



ISSN 1983-7283

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**
(Criada em agosto de 1996)

Ano 2011 - Nº 22
Porto Velho - Rondônia

Ficha Catalográfica

ISSN 1983-7283

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia; n. 22. Porto Velho: DEGRAF/TJ-RO, 2011.

I. Homenagens. II. Direito Civil. III. Contrato Eletrônico. IV. Direito Internacional. V. Mediação e Conciliação no Direito Trabalhista. VI. Planejamento estratégico. VII. Direito Ambiental. VIII. Bioética. IX. Doação voluntária de sangue como pena restritiva.

CDU-340.5

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei n. 9.610 de 19/2/1998. Nenhuma parte desta obra, sem autorização prévia e por escrito da Escola da Magistratura ou dos autores do texto, poderá ser reproduzida ou transmitida, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou outros.

Rua José Camacho, 585 - Bairro Olaria - Fone (069) 3217-5034/1066

CEP 76801-330 - Porto Velho - Rondônia

<http://emeron.tjro.jus.br> - emeron@tj.ro.gov.br

**ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE
RONDÔNIA - BIÊNIO 2010 - 2011**

Des. CÁSSIO RODOLFO SBARZI GUEDES
Presidente

Des. MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA
Vice-Presidente

Des. PAULO KIYOCHI MORI
Corregedor-Geral da Justiça

**ADMINISTRAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - BIÊNIO 2010 - 2011**

Des. VALTER DE OLIVEIRA
Diretor

Des. ALEXANDRE MIGUEL
Vice-Diretor

Bel^a BEATRIZ HELENA PERES ALVES
Coordenadora-Geral

Juiz OSCAR FRANCISCO ALVES JÚNIOR
Coordenador do Núcleo de Ji-Paraná



EMERON

**Escola da Magistratura
do Estado de Rondônia
Fundada em 1986**

Conselho Editorial	Des. Renato Martins Mimessi Des. Dimas Ribeiro da Fonseca Des. Eurico Montenegro Júnior Des. Gabriel Marques de Carvalho Des. Eliseu Fernandes de Souza Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia Des. Alexandre Miguel
Divulgação	Coordenadoria de Comunicação Social do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Capa	José Miguel de Lima
Diagramação, Composição	Risoneide Maria da Silva Alves
Revisão	Maria Luzia Godoi Navarrete Risoneide Maria da Silva Alves
Fotolito, Impressão, Acabamento e Comercialização	Departamento Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

APRESENTAÇÃO

Apraz-nos colocar em suas mãos a Revista de n. 22, num ano especial, porque a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia completará, no segundo semestre, 25 anos de história, sendo a revista parte dos bons resultados, cujos frutos são a soma na divulgação do conhecimento e das experiências vivenciadas pelos sujeitos – autores e ou leitores, o que suscita a reflexão, amadurecimento e novas alternativas à práxis jurídica e forense.

Manter este canal aberto, que é condutivo de saberes diversificados no campo do direito, é um compromisso da nossa Administração e de todas que por aqui têm passado, em razão de sua alta significância para a evolução do direito, acompanhando também a evolução social.

É de se ressaltar que este veículo foi criado sobremaneira para a difusão da produção intelectual de magistrados do nosso Estado, uma vez que ficamos distantes dos grandes mercados editoriais e dos grandes centros de excelência na produção das teorias jurídicas. Com isso, constituiu-se, como consequência, um centro de construção e difusão do pensamento jurídico local, objetivo este que está sendo alcançado com mais essa publicação.

Nesta edição, ainda, a EMERON rende homenagens ao Desembargador Eliseu Fernandes de Souza, que foi o 2º Diretor da Escola da Magistratura de Rondônia, durante o Biênio de 1992/1993, ao publicar na íntegra o seu discurso de despedida por ocasião de sua aposentadoria voluntária no final do mês de maio. Ele que concorreu em lista sêxtupla pela OAB e figurou no topo da lista tríplice, tomou posse como desembargador em 1991, na vaga do Quinto Constitucional em substituição ao Desembargador Aldo Castanheira. Oportunamente, também faz-se publicar o galante discurso do Des. Roosevelt Queiroz Costa exaltando a marcante passagem do nobre colega pelo Tribunal de Justiça e bem assim a dedicada vida profissional a bem da Justiça, sobremodo externando o apreço dos pares.

Por fim, a todos autores dos textos reunidos nesta revista nossos agradecimentos, decerto transcenderão as ideias contidas no papel, dando vazão ao debate, sobretudo nos preparando às novas perspectivas sociais sobre o prisma de um mundo mais humano e mais justo.

Des. Valter de Oliveira
Diretor da EMERON

ÍNDICE

ELISEU FERNANDES DE SOUZA

Compêndio dos discurso do Des. Eliseu Fernandes na homenagem de sua aposentadoria 9

ROOSEVELT QUEIROZ COSTA

Julgamento quebrando paradigmas. O olimpo e o voto com parcialismo! 17

ROGÉRIO MONTAI DE LIMA

Contratos a distância 31

EUMA MENDONÇA TOURINHO

Temporalidade e planejamento estratégico na comarca de Cacoal - Rondônia 55

VINÍCIUS VALENTIN RADUAN MIGUEL

Orientalismo e o Direito Internacional 117

EUDES LANDES RINALDI

Mediação e conciliação no Direito Processual do Trabalho 145

ALESSANDRA QUEIROZ PINHEIRO

Concessão de Florestas Públicas: análise e aplicabilidade da Lei n. 11.284 de 2 de março de 2006 197

GILSON ELY CHAVES DE MATOS

Aspectos jurídicos e bioéticos no consentimento informado na prática médica 269

JAYME WALMER DE FREITAS

A doação voluntária de sangue como pena restritiva de direitos 303

COMPÊNDIO DO DISCURSO DO DES. ELISEU FERNANDES NA HOMENAGEM DE SUA APOSENTADORIA



Eliseu Fernandes de Souza

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia pela vaga do 5º Constitucional da OAB, aposentado recentemente. Compôs por muito anos a Câmara Cível e, com a criação das Câmaras Especiais, passou a integrar a 1ª Câmara Especial; Foi presidente da comissão de jurisprudência do TJ/RO; foi o 2º diretor da EMERON (1992/1993); Presidente do Tribunal de Justiça/RO no Biênio de 1998/1999.

Não posso negar viver neste momento uma inusitada e dupla emoção. Uma é, sem falsa modéstia, a satisfação e a honra do dever cumprido com dignidade, o que é motivo de alegria.

A outra é a melancolia da despedida, do adeus a esta casa que tão bem me acolheu e me permitiu, certamente por desígnio de Deus, viver meus melhores dias e me realizar exercitando minha vocação de magistrado por estes breves 20 anos. Eu não poderia deixar de salientar a convivência respeitosa que sempre desfrutei neste Tribunal, desde os primeiros desembargadores que encontrei em sua composição, aos amigos que atualmente o integram.

Em princípio, e em alguns momentos, por minha quase intransigência em defesa desta instituição, pela concepção que tenho sobre a postura ética do magistrado, sei que fui um tanto enérgico,

mas também sei que fui compreendido. Lembro-me bem de quando comecei neste Tribunal, dos embates que mantinha com um colega desembargador então em atividade, hoje aposentado.

Eu admitia o mandado de segurança contra ato de autoridade judicial por entender que, se a Constituição prevê a concessão de mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo quando o responsável pela ilegalidade ou abuso for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, não exclui a autoridade judicial. E, no que o legislador não excepciona, de regra, não cabe ao Judiciário excepcionar. Por isso eu permitia o mandado de segurança contra ato de magistrado. Do contrário, seria dizer não ser a figura do magistrado autoridade pública, porque o fato de caber recurso, do ato, com sua tramitação morosa, não evitaria o prejuízo iminente à parte. Naquela época, o agravo de instrumento era interposto no juízo de primeiro grau e subia ao Tribunal, demorando o julgamento mais de ano. Então, o nosso estimado colega me chamava de rebelde. Mas, em verdade, ele gostava mesmo era de ver o seu entendimento vencedor, se possível à unanimidade, por isso sustentava-o com ênfase. Contudo, ao final da sessão, quase sempre me procurava pedindo desculpas, reconhecendo a inconveniência e, por fim, conservamos a amizade.

Pois bem. A minha trajetória de vida é de apego ao que faço, o que me tornou, como dizem os americanos, um *work a holic*, isto é, um viciado em trabalho, vício que às vezes nem percebia, por não encontrar dificuldade em fazer o que gosto e por compreender que a vida só é difícil para quem se acomoda. Embora desconfiasse, mas só vim a ter certeza de que agia como um *work a holic*, recentemente ao vasculhar meus alfarrábios, algumas pastas de arquivo, deparei-me com um caderninho escolar do meu filho William, então com cerca de 5 anos de idade, contendo uma redação tipo perguntas e respostas formuladas por sua professora na escolinha, com as seguintes questões: de que seu pai mais gosta? Ele responde – de trabalhar. E do que ele não gosta? Da preguiça. Então, é possível que este compromisso com o que faço, a fim de fazê-lo bem feito e corresponder às expectativas de quem aguarda um resultado, tenha estabelecido esse compasso.

Mesmo antes, como advogado, assim o era, e isso me fez viver uma vida menos social, e quem sabe até aproveitado menos a infância dos filhos Lygia e William, que, certamente hoje, adultos, já me perdoaram. Mas desconfiava eu que as pessoas viam em mim um sujeito hermético de pouca conversa e até meio estranho por seu jeito de ser, reservado, com alimentação diferente, abstinência de carne, do álcool, de pouca conversa, e que não gosta de *funk*, apesar de corintiano.

Malgrado nem todos pensarem como penso, minha concepção sobre a missão da magistratura é de compromisso velado com a ética, com a probidade e com a efetividade da prestação jurisdicional, o que me leva a um silencioso diálogo com a consciência na solidão do ser consigo mesmo.

Com efeito, e a bem dizer, o magistrado que porta, com vocação, o emblema da justiça deve saber dos desígnios de sua missão, que recomenda a renúncia de uma série de liberalidades da vida privada. O ideário dos princípios institucionais da magistratura delimita um balizamento ético diferenciado de outros agentes públicos, por ser de sua atribuição julgar os outros.

Disso decorre, como costume dizer, que recrutar magistrado não é oferecer emprego, ou simplesmente preencher cargos vagos no serviço público. Em verdade, embora não se desconheçam as dificuldades, deve-se priorizar o perfil, a adequação moral e psíquica necessários ao cargo, condição que, uma vez ausentes, constitui defeito irreversível e mais grave que a deficiência de conhecimento, passível de ser superada com o tempo.

A questão ético moral é da essência do indivíduo e não se corrige com facilidade, sobretudo depois de se lhe entregar o poder. E, quando falo do recrutamento de magistrado, incluo, na abordagem, a elaboração pelo Tribunal, de lista do quinto constitucional, cuja razão de ser não é inserir no âmbito dos colegiados do Judiciário uma representação classista.

Em verdade, a finalidade do quinto constitucional é levar uma visão diferenciada das auguras e efetividade do processo, e a sensibilidade vivenciada na função essencial ao funcionamento da justiça, maturada

por tempo não inferior a um decênio, se possível blindada com o selo da ética e da moral, e municiada pela coragem e a independência.

Com efeito, quando a OAB, por exemplo, elabora uma lista sêxtupla, deve fazê-lo movida por interesse exclusivamente institucional, e não deve o processo ser contaminado por critério de mera simpatia, companheirismo, interesse pessoal ou pressão de qualquer natureza, em prejuízo dos requisitos estabelecidos no concurso constitucional que pouco diferencia daquele da prova e título, pois o candidato na seleção do quinto, a bem dizer, deve passar pela prova dos requisitos constitucionais dentre eles o saber jurídico em estágio de pelo menos dez anos, passando pelo exame dos requisitos feito na OAB, no Tribunal e finalmente no executivo.

Então, aprovado e empossado, o magistrado tornar-se-á membro vitalício do Judiciário, pois o estágio probatório, como já disse, precede a posse, como requisito de vivência na atividade jurídica essencial à justiça, de pelo menos dez anos. Logo, investido no cargo, deve velar por ele e por sua independência, e ser consigo mesmo e suas circunstâncias, como disse Errera & Errera.

Pois bem. Vivi esses vinte anos de magistratura com muita paz de espírito e assim seguirei a minha vida, como sempre procurando corrigir em mim o que vejo desagradável em outros. Penso que, se sonhamos com a evolução do homem como ser amável, se, queremos a vitória do bem sobre o mal, ainda que não pareça comezinho o que possamos fazer a esse fim, relembremos o pregador Martin Luther King: “O que mais preocupa não é o grito dos violentos, nem dos corruptos, nem dos desonestos, nem dos sem-caráter, nem dos sem-ética. O que mais preocupa é o silêncio dos bons”.

Não parece confortável gritarmos contra a violência, contra o desperdício, contra a corrupção e o descompromisso com a causa pública, e nos acomodarmos instalados entre paredes domésticas como se desejássemos atravessar a existência numa carruagem de luxo sobre lixo dourado.

Dizia o grande sociólogo americano, Thomaz Huxlei, que a grande finalidade da vida não é o conhecimento, mas a ação.

Bem, há, então, de se perguntar: mas, se na órbita da jurisdição, instalou-se o princípio da inércia, qual a ação, ou contribuição do magistrado frente à perplexidade da corrupção, da violência e da crença na impunidade?

A bem dizer, pode ser imensurável a contribuição, sobretudo, se contar com um ministério público compromissado com o princípio da eficiência, e cômico de ser o guardião do interesse público. O Juiz, como criador do direito dinâmico em concretude, tem a norma abstrata a seu dispor como instrumento de trabalho para modulação do direito, porque a lei é o meio e não o fim.

Assim, ao se por em campo a cada dia, entalhando e moldurando o direito à realidade do fato social, o magistrado atento ao princípio da eficiência, administrará a prestação jurisdicional com critério e organização, de modo a priorizar o julgamento dos processos cujo objeto em controvérsia tem maior repercussão, sem esquecer o anseio dos hipossuficientes, a fim de que a justiça cumpra o que dela se espera, amenizando o desalento que o mundo vive.

O Prof. Giuseppe Di Federico, da Universidade de Bolonha, enfatiza que o desenvolvimento do Poder Judiciário e sua relevância no sistema político se viram reforçados pela circunstância de ser o único dos poderes que o cidadão pode singularmente ativar e ser o único do qual o cidadão pode, como indivíduo, pretender uma específica e pontual resposta à sua pretensão, alimentando legítima expectativa de obtê-la de um órgão independente e imparcial.

O jurista Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, no seu livro, Juízes Irresponsáveis, citando Piero Calamandrei, ao criticar a figura do magistrado que se acha sobrenatural, inatingível e intocável pela miséria desta terra, salienta: “Quem se satisfaz com estas vãs adulações ofende à seriedade da magistratura, a qual não se honra adulando-a, mas ajudando-a, sinceramente, a estar à altura de sua missão”(Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989).

Para Jean Paul Sartre, se a existência precede a essência, o homem nada mais é do que o que faz de si mesmo.

A vida nos cobra ação e criatividade. Einstein dizia não haver maior prova de insanidade mental do que fazer a mesma coisa dia após dia e esperar resultado diferente.

Tenho a concepção de que a justiça constitui, em si, o eixo da democracia, não um eixo meramente abstrato, mas o sustentáculo do estado de direito, pressuposto intrínseco do regime democrático. Por isso, constitui compromisso inegociável do Poder Judiciário a defesa de sua autonomia permeada da preocupação, como antes foi dito, com a composição dos seus quadros.

Deixo esta casa levando saudade e a esperança de que ela continuará a merecer o respeito que conquistou. E, se algo além de algum exemplo que pretensiosamente penso deixar, posso recomendar, concito, sobretudo aos mais jovens magistrados, a refletir sobre a seguinte advertência de um pensador de outra dimensão. Imaginemos a figura do Cristo, a pretexto de angariar contribuições para as boas obras, disputando a nomeação de Mateus para exercer as atribuições de chefe do erário, no palácio de Ântipas; se, para garantir o prestígio do Evangelho, passasse a frequentar os corredores do Pretório, a fim de atrair as atenções de Pilatos; se, para favorecer a causa da Boa Nova, resolvesse adular os familiares de Anás, oferecendo-lhe a cura de suas dores; ou se, para se preservar na grande crise, tivesse procurado um entendimento com essa ou aquela autoridade do Sinédrio, acomodando-se ao mercado das influências políticas!

Ao contrário, o que se viu foi, a cada passo, a sua coerência consigo mesmo. Esse é o grande paradigma para quem firma compromisso com a missão da justiça que se encontra, indelevelmente implantada no regime democrático que, se fracassar na sua independência, tomada de ímpeto pusilânime, ruirão todas as franquias constitucionais, e não haverá mais esperança.

Tenho dito incomodar-me a permissão do excessivo número de recursos das decisões judiciais, quase sempre estimulados pela letargia dos tribunais superiores, onde não há metas a cumprir nem prazo para julgar, e os julgamentos constituem verdadeiros saraus acadêmicos onde se quer demonstrar quem sabe mais, relegando-se a efetividade da justiça.

Com efeito, se torna conveniente recorrer de qualquer decisão ante a certeza do tempo que se vai ganhar protelando a execução da sentença seja cível ou penal, especialmente esta.

Banaliza-se a chamada presunção de inocência, em detrimento da presunção de culpa comprovada quando no processo há decisão condenatória em duas instâncias. E não se venha dizer que a culpa só será confirmada com decisão das instâncias superiores, como se os juízes de lá fossem melhores que os de cá. Em verdade, podem ser mais teóricos e ter pensamentos diferentes, o que não significa melhor justiça. Tais circunstâncias, a bem dizer, constituem verdadeira alforria à impunidade.

Disso decorre o fluxo de desconfiança que permeia a desesperança crescente no seio da comunidade brasileira e nas veredas institucionais. Então, para conter e combater a tirania da negação que entenebrece a alma brasileira, necessário será que o Judiciário, da primeira instância ao Supremo Tribunal, potencialize o compromisso de fazer cumprir as leis, e que haja um pacto a esse fim, a começar pelos tribunais superiores, estabelecendo critérios de prioridade de julgamento dos casos de maior repercussão, em especial os relativos à corrupção, mal sombrio e incrustado nos negócios da administração pública, como parasita que a debilita e deixa anêmico o corpo do Estado brasileiro, diagnóstico retratado na miséria da Saúde Pública, da Segurança e da Educação.

Então, malgrado os limites de nossas possibilidades, e na relatividade dos conceitos humanos não nos seja possível resolver todos os problemas com os quais nos defrontamos, ninguém está proibido de iniciar-se, desde já, na virtude de algo fazer pela solução do possível.

Dizem os árabes que nos tornamos escravos das palavras que dissermos e das que não dissermos. Por isso folga-me a condição de escravo do que digo. É preciso dizer.

Com efeito, conquanto a emoção da despedida provoque-me certa melancolia, minha alma está em festa por encerrar minha sublime missão com esta significativa homenagem dos colegas de ofício, com a certeza do dever cumprido, presenciada por pessoas queridas.

Já se disse que ninguém faz sucesso sozinho, por isso queremos homenagear, com sinceros agradecimentos, a todos os partícipes da nossa jornada pelos caminhos da Justiça, deste Tribunal ao TRE. Diretores de departamentos e secretarias recebam todos nossas homenagens e agradecimentos.

Minha família, Aurora Helena, Lygia e William, obrigado por não terem ciúmes do meu amor pela justiça, e perdão pelos momentos que dei mais atenção a ela do que a vocês.

Saúdo e agradeço a cada um por este momento e pela convivência harmoniosa que aqui desfrutei.

Des. Eurico Montenegro, decano da Corte desde que aqui cheguei, estivemos sempre juntos, eu o sucedi na Escola da Magistratura, fui seu Vice-Presidente no Tribunal, e depois sempre integramos a mesma Câmara. Agora não tem jeito, vamos nos separar, mas a amizade está selada. Des. Rowilson Teixeira suas palavras calaram profundamente e as retribuimos agradecidos. Desembargador Dimas Ribeiro da Fonseca, hoje aposentado, que nos recepcionou em nossa chegada na Corte, aceite nossas homenagens. Desembargadores Cesar Montenegro, Lourival Mendes, Clemenceau Maia, Antônio Cândido de Oliveira, Adilson Florêncio de Alencar e Hércules do Vale, todos da época e não mais integrando o Tribunal, os nossos agradecimentos.

Ilustre Procurador de Justiça, Gilberto Cavalcante, agradecemos a homenagem do Ministério Público, em suas belas palavras e no respeito que me tributou durante a Judicatura. Aos amigos presentes que nos prestigiaram, muito obrigado.

Concluindo meus amigos, renovo a satisfação da convivência em sua companhia levando na fisionomia o atestado do tempo e da certeza de que, se não fiz tudo quanto me permitiram as circunstâncias, dei tudo de mim pela grandeza da Justiça.

Muito obrigado.

JULGAMENTO QUEBRANDO PARADIGMAS. O OLIMPO E O VOTO COM PARCIALISMO!



Roosevelt Queiroz Costa

Desembargador Presidente da 2ª Câmara

Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Diretor da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON, Pós-graduado (*latu sensu*) em Direito Processual Civil, Processo Penal, Comercial, Metodologia em Ensino Superior, Professor da Universidade Federal de Rondônia, Membro Titular da Academia Rondoniense de Educação, Promotor Resignatário, Mestrado (incompleto) em Direito Constitucional e Doutorando em Direito pela *Universidad del Museo Social Argentino* - UMSA.

Sinopse

Provecto (sábio, experiente e adiantado na idade). Tempo para causos, histórias. Caso emblemático. O advogado e o juiz. Elogio e crítica! O reflexo do ego vaidoso. O homem de dois amores. Bigamia! Infidelidade! Permissividade! A coma de Eliseu. Um milagre. A força de Prometeu. Dom da juventude. O Apolo e a decisão do Olimpo. Justiça. Ainda que só, mas com DEUS você tem a maioria. À Ele toda honra e toda a glória.

Começo chamando a atenção de alguém com muito júbilo e que logo se entristece para reacender o prazer de que tudo não passaria de um suspense¹.

¹ Narrativa que gera no espectador, ouvinte ou leitor uma sensação de ansiedade, angústia, mas o personagem termina sendo enaltecido, apesar da presunção em contrário. Como em outros tempos o fiz com: Des. DIMAS FONSECA (1995); Des. ELISEU FERNANDES (1992); Des. CESAR MONTENEGRO, no meu discurso de posse no cargo de desembargador (2000); Des. RULLI JÚNIOR, Des. MARCOS ALAOR e o então Juiz, hoje Des. ALEXANDRE MIGUEL na ENTREGA DE COMENDAS e assinatura de convênio com Escola Paulista/SP, aí também exortado o Des. CANDIDO DINAMARCO -vide Revista da EMERON n. 19 (2008), e que resultou na sua vinda a Porto Velho/RO para direito de resposta no ano seguinte, brindando-nos com palestra em cuja preleção de minha

Olha aí D. Aurora, esposa do nosso homenageado, eu havia anunciado previamente que iria falar (e votar) contra, e ontem, pessoalmente, no almoço (na AMERON) em homenagem ao seu marido assegurei que tudo era brincadeira, pois eu nada podia dizer, por estar de férias. Que alegria indizível estampada eu seu rosto com tal notícia, mas olha aí a sua alegria se desvanece, pois a palavra foi-me concedida, a sorte está lançada, a sorte é que nem estou preparado.

Agora me lembrei da desembargadora IVANIRA FEITOSA que já expressou não gostar de meus aprontamentos, que começo sério e termino em caçoadas, mas hoje lhe exorto, aqui será tudo sério, tanto que meu filho, ontem, me olhou e disse: pai, que cara é essa? Era os olhos de quem havia chorado, ainda hoje, nos meus arremates deste escrito, novas emoções. Então, não vou tratar aqui de coisa singela, muito menos de brincadeira.

Tanto é sério que imagino chegar às vias de fato, e por isso eu deveria falar da tribuna, distante de ELISEU, mas como sei tratar-se de um homem equilibrado, apesar do risco, vou atrever-me a ficar na minha cadeira.

Vou parodiar o próprio Des. ELISEU que na data de ontem anunciava que hoje² tudo podia ser dito, assertiva só porque se assegurou que aqui eu não ia me fazer presente.

Senhor Presidente,

Eminentes pares e procurador de justiça

Demais autoridades presentes

Sra. AURORA HELENA DE SOUZA e seus filhos LIGIA e WILLIAN FERNANDES DE SOUZA

Senhoras e Senhores,

autoria fora novamente surpreendido, a qual denominei de ato de obrigação de fazer, em que o conferencista estava compelido a cumprir a obrigação de fazer que consistiu em ato de palestrar, em novembro de 2009.

2 Sessão Administrativa de homenagem e votação do pedido de aposentadoria do Des. Eliseu, no TJRO, Plenário, 31/5/2011.

Com mania de monografia³, na qual se deve apresentar um resumo e palavras-chaves, aqui também as anoto alguns dos assuntos a serem tratados: 20 dias e 20 anos – Paradigmas - Elogio e crítica – O advogado e o Juiz - Causos e histórias – Duas paixões - Bigamia sem adultério – O Apolo e a decisão do Olimpo.

Não quero acreditar mas o meu “provector” que rima com sensato, decanato, Des. EURICO MONTENEGRO, significando muito sábio, experiente, a mim parece já está representando adiantado na idade, tempo para contar histórias. Se assim é estou legitimado a tanto. Circunstância que impede indeferir o meu direito de expressar o mérito de meu falar para ouvirem sem censurar, porque aqui acredito que vai reinar a democracia.

Pois bem. Retomo à minha cadeira, com o pedido deferido pelo presidente, Des. CÁSSIO GUEDES. Tenho motivos de sobra para tomar assento nesta assentada de julgamento, sem falar que recebi convite especial para participar desta solenidade e acho que tenho o direito de exceder no tempo, afinal são quase três meses que daqui estou afastado.

Mas cá com os meus botões, acho até que o nosso homenageado escolheu esta data propositadamente para que eu, de férias, aqui não estivesse para incomodá-lo. Acho que ele não contava com a minha astúcia.

De uma coisa estou certo: a de que a oportunidade é singular para dizer o máximo sobre quem, pela última vez, participa como membro desta Corte. Procurarei cumprir este desiderato, apresentando desde logo escusas pelos excessos, de tempo e de conteúdo.

Logo neste introito, mais uma vez vou parodiar aquele que é alvo de minha fala, Des. ELISEU, que, ao apresentar seu amigo Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS como palestrante nesta capital, disse que o apresentado foi o escolhido para ser Ministro do STJ, graças ao seu voto como conselheiro da OAB, pois o último voto, o seu, foi decisivo para o seu ingresso na lista.

³ Em período de férias, para estudos e pesquisas com o fito de elaborar sete monografia, parte de conclusão do curso de doutorado para, noutra oportunidade, estar credenciado a feitura da Tese. Haja tempo e estudo para tanto, no qual sempre me leva a entusiasmar e a pecar em proximidade.

Eu não me atreveria, nem tive tamanho poder para fazer dele desembargador, mas sendo ele candidato e eu tendo sido juiz em Ji-Paraná e lá, ele advogado, era natural que eu fosse consultado sobre o seu nome, e lembro que o Des. CESAR MONTENEGRO (ícone da magistratura e um líder⁴ quando na ativa nesta Corte), dentre outros, de forma enfática, asseverou: olha, este nome lá da sua ex-comarca não tem ele a mínima condição de ser membro deste Tribunal. No Estado é por demais conhecido sua notícia de ser um profissional problemático, não preenche os requisitos constitucionais.

De pronto, respondi a ele e aos que me procuraram, posso assegurar com toda certeza e verdade absoluta que o ELISEU, que Vossa Excelência está a questionar, só pode ser outro, este de Ji-Paraná não traz qualquer mácula, é um exemplo de profissional, ética e postura, pronto para ocupar a cadeira de desembargador. Assino embaixo, e qualquer outro que o conheça fará o mesmo. A dúvida ficou dissipada.

Bom. Com esta primeira observação, apesar da ressalva positiva ao homenageado, adianto que meu objetivo é o de, num só tempo, quebrar dois paradigmas: a) que desembargador de férias não tem voz, não vota e b) que no ato ora em andamento é proibido tecer comentários desairosos contra o homenageado. Estou de férias e aqui vou votar, e votar contra a maioria.

Antes, como é tempo de contar história, uma outra que parece fugir do contexto, mas é pertinente. Nesta Corte, em 1997, instaurava-se um processo para promoção de juiz a desembargador e eu era um dos candidatos. Nesse interim, coincidentemente chegava nesta Corte uma carta anônima denunciadora que minha casa era uma mansão e que eu fazia muitos gastos em turismo internacional, quando na verdade, o país estrangeiro que eu conhecia era o nosso fronteiro, Bolívia, mais precisamente a cidade de Guayaramerin e a casa todos já conheciam. Entrei na lista, mas não fui o ungido.

⁴ Isto é, ao tempo em que poderia barrar o nome, com certeza, após certificar-se de quem se tratava, foi capaz de fazer o contrário: aprovar ELISEU como o primeiro da lista, naturalmente e igualmente convencidos os pares.

Pelo meu passado e presente, a Corte deveria ter mandado a carta ao lixo, mas terminou a Corregedoria enviando-me a missiva insana do irresponsável anônimo, além do chamamento na Corregedoria, onde compareci por deferência, de cabeça erguida, sem temor e indiquei os possíveis responsáveis que pretendiam que aqui eu não chegasse como seu integrante.

Para responder à peça tresloucada, simplesmente pedi que na minha antiga residência, em Goiânia, de uma mala velha retirassem e me enviassem todas as minhas declarações de renda, desde a primeira, a de 1969 até 1981, pois em Rondônia estavam em meu poder as subsequentes, ficando provado que desde a adolescência não só tinha o peso de arrimo de família, mas já era detentor de algum patrimônio ganhado com honestidade, com suor e lágrimas, pois na lida comecei em trabalho duro, com 10 anos de idade.

O que tem a ver isso com este momento? Apenas uma prova de que costume guardar cousas, documentos, e na empreitada das monografias do curso de doutoramento tive que remexer as gavetas e estantes e aí localizei o que não procurava, ou seja, umas verdades que havia escrito sobre o Des. ELISEU FERNANDES, há quase 20 anos em Ji-Paraná, ele como palestrante.

Não fosse o achado com os meus achismos sobre o homenageado acredito que aqui eu não estaria, deveria estar com outras ocupações, mas esses manuscritos em folhas já carcomidas (vejam), relendo-as animou-me revigorá-las adaptando-as para esta ocasião de despedida e as expressarei como resposta a algumas censuras que do homenageado as recebi neste plenário por algumas vezes. A hora é agora, ou agora ou nunca.

É certo que ele terá o direito de resposta, mas esta a tomarei como de um cidadão comum, pois praticamente já estará sem jurisdição, sem o peso da toga. Então, por mais contundente que seja o seu refutar não surtirá efeito, a mim será de importância nenhuma.

Diferente se imbuído do poder de julgar, quando algumas vezes sua Excelência chegou a ensaiar a cassação de minha palavra e o inadmissível é que em pleno debate de julgamento e ele não era

o presidente. Num desses embates,⁵ senti-me agredido, deixei passar um tempo para provocar o reconhecimento de que eu não merecia e que ele havia excedido.

Sem hesitar, reconheceu seu excesso e pediu desculpas. Prova que o colega tem humildade e igual gesto o fiz com os amigos e colegas WALTENBERG, MARCOS ALAOR e MIGUEL MONICO. Tenho repisado que tal proceder é mais do que ser humilde, é sinal de grandeza. Lembro que num destes episódios Marcos Alaor, agradecido, respondeu: “a grandiosidade de um homem pode ser medida por suas atitudes em relação aos amigos”. Enfim, aqui, por ora, vai um elogio ao nosso homenageado, mas não ficarei nisso. Minha proposição é outra.

Muito bem. Leio o manuscrito de idade provecta, de quase vinte anos, não vinte dias atrás em que eu recebia um telefonema de sua esposa, Sra. AURORA, que desejava falar com a minha amada REGINAMAR, ausente, quando indaguei, naturalmente, com a liberdade que julgo ter: D. AURORA, está chegando o dia da despedida do colega; e vou lá falar dos defeitos de seu marido ou será que ele não os tem?

Ela meio sem jeito terminou respondendo afirmativamente: Quem não tem?! Mas percebia facilmente que do outro lado a esposa interpelada mostrava preocupação, talvez imaginando: o que aconteceu durante este tempo de Tribunal? Será que os dois se desentenderam? Independentemente de qualquer coisa, é o momento de prestar contas, e eu as faço em relação à pessoa do homenageado ELISEU.

Vamos lá ao meu antigo manuscrito para quebrar o paradigma de que nestas despedidas o elogio é unânime, mas se é dito que “toda unanimidade é burra” então devo divergir para que a votação de expressão de admiração e aprovação de Eliseu tenha pelo menos um voto de reprovação: o meu.

5 Sim, porque em mais de uma oportunidade o nobre colega exagerou na dose das tratativas, mas as vezes o silêncio fala mais alto. O importante é que senti que o amigo parece ter dado conta de não ser eu merecedor. Enfim, meu troco é este, o de lhe prestar homenagens, merecidas é claro.

Mas antes que o clima fique ainda mais tenso, apresento-lhes algo jubiloso, digno de contemplação, coisa de poeta, referindo-se aos negros cabelos de Eliseu, coisa que intriga muitos, mas que ninguém se encoraja a dizer uma palavra diretamente ao detentor. Tudo tem ficado nos bastidores. Uma inveja só!

Bom, se é tempo de festa, vamos festejar o personagem alvo desta solenidade e também o nosso poeta maior, que, corajosamente, ninguém mais do que DIMAS FONSECA, que, poetizando, ontem no almoço, confidenciou-me e municiou-me a quadra a seguir, mas meio temeroso de que eu a levasse a público. Vamos a ela, elaborada há dez anos:

TEM O PORTE DE APOLO

E A FORMA DE PROMETEU

SÓ UM MILAGRE DO OLIMPO

É CAPAZ DE EMPRETECER A COMA DE ELISEU

Mas a história de seus cabelos tem chegado até aos lares e com a minha REGINAMAR, entendida do assunto, pois chegou a ter um singelo Salão de Beleza e me garantiu que os ditos cabelos são naturais, sem coloração, para contrariedade de todos.

Então, meu caro poeta Maior! (Des. DIMAS), após pesquisa folicular a quadra seria esta:

DEZ ANOS JÁ SE PASSARAM

QUE O VATICÍNIO SE MUDE

O CABELO DE APOLO

OSTENTA SUA JUVENTUDE

Vou retomar a temática. Acho que são poucas palavras e vou ao prometido, dito em Ji-Paraná, há quase vinte anos, quando indicado a apresentá-lo como palestrante. Com o devido ajuste:

Abro aspas. Em primeiro lugar, mais uma vez, parabênizo o Egrégio Tribunal de Justiça, representado pelo seu presidente, Des.

ADÍLSON ALENCAR, e a frutuosa EMERON, pela promoção desses eventos culturais.

Ao magistrado não pode, dentre outros requisitos, faltar-lhe coragem, e um dos meus escritos em priscas eras foi: “O dia que Juiz tiver medo nenhum cidadão dormirá tranquilo”.

Esta introdução é para alertá-los que com intrepidez irei revelar aqui e agora um sério defeito do nosso conferencista. Para isso é preciso se desvencilhar do medo.

A princípio, pensei recusar o honroso convite para apresentar o Des. Eliseu Fernandes, mas, como sempre gostei de desafios, não iria recusar a convocação, principalmente partindo do amigo, o professor e diretor da EMERON, Des. DIMAS RIBEIRO DA FONSECA, ainda que a ordem tenha sido de última hora, agora de manhã, imaginando o Sr. Diretor que eu iria falar de improviso como ele de costume sabiamente o faz.

Não só isso, sabendo que poderia dar o trabalho de possível requisição do palestrante para proceder à degravação de minha fala para eventual responsabilização resolvi escrever e assinar embaixo. Prossigo.

Bem conheço o primeiro conferencista do nosso II Encontro Regional de Magistrados, Des. Eliseu, primeiramente, como advogado, e desde 31 de dezembro de 1983, dia em que aportei a esta comarca, titular da 1ª Vara Cível, e sobre os meus ombros a comarca de Presidente Médici durante o tempo que aqui judicava.

Saudosa comarca de Ji-Paraná, nesta solenidade representada pelos juízes, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, serventuários da justiça, prefeito, vereadores e demais segmentos da sociedade.

Nesta comarca, judiquei por 2 anos e meio. Muito aprendi. Há quase 12 anos conheci essa figura extraordinária, o então combativo e equilibrado advogado Eliseu Fernandes, que desde os primeiros contatos vislumbrei nele a postura de um magistrado, tanto que por algumas vezes o interpelei, incentivando-o para o ingresso na magistratura.

Induvidosamente, seria uma excelente aquisição. Tardou, o tempo passou e o então advogado não contestava o meu assertório reiterado, certamente como mineiro, silencioso vaticinava alçar voo mais alto, ser membro desta Corte, que, merecidamente, pelo destaque na arte de advogar, sua conduta ilibada, estudioso, de excelente curriculum, pela competência, postura, foi o primeiro da lista sêxtupla da OAB e, nesta Corte, também encabeçou a lista tríplice; e no Executivo, o escolhido para tomar assento e honrar este Tribunal.

Depois desse arrazoado, nada mais precisaria dizer sobre o nosso I conferencista, já diz o que ele é, mas não vou parar por aqui, preciso dizer a verdade, o nosso conferencista tem um grande defeito que detectei ainda quando advogado. E esse defeito ou vício acompanhou-o como desembargador.

Eu sei que estamos em tempo de paz, de estudos, de amenidades, de confraternização, mas só elogios? Precisamos ter coragem e, de público, falar uma verdade, precisamos quebrar a monotonia, desconstrair o ambiente carregado de muita seriedade, sem falar que este nosso primeiro conferencista é muito sério, de pouco sorriso.

Todos curiosos, qual será a revelação do defeito? As qualidades, todos sabemos, têm-nas de sobra, mas sabidamente ninguém é dotado só de virtudes. Sem defeito só conhecemos um, que não é deste mundo, mas do reino celestial, e que um dia todos se dobrarão aos teus pés. Jesus, criador de todas as cousas, Ele, Senhor e Salvador nosso.

Sem mais delongas, estou quase ao final do segredo, do vício do ex-advogado, depois magistrado.

É o de ser, simplesmente, dedicado às coisas da Justiça, de trazer consigo a marca da competência, do trabalho sério, do zelo, de ter uma vida, desde quando advogado, pautada de probidade, ética, isenção, coragem, um legítimo e pugnaz defensor da Justiça, um exemplo de magistrado.

Enfim, uma extraordinária figura humana, um magistrado operoso, expedito, detentor de admirável amor à Justiça, que orgulhou a classe de advogados e que só somou, engrandeceu o Judiciário.

Devemos aprimorar-nos, fazendo cursos, mas de nada adianta tais, seja mestrado, doutorado ou escrever bonito se isso não vier em benefício, em aplicação do nosso cotidiano de interpretar o direito e fazer a melhor justiça. É preciso ter sensibilidade, e o nosso homenageado tem essas características. O que ele fala, o que escreve exercita no julgar, faz justiça.

Noutras palavras, os seus escritos não são falaciosos, os traz para a realidade da vida. Veja por exemplo dois de seus artigos: “O juiz como agente de realização da Justiça”, título que por si só já diz tudo.

Ainda escreveu Eliseu Fernandes: “Outro incômodo que aniquila a prosperidade do campo da justiça é o chamado academicismo, muitas vezes reflexo do ego vaidoso que necessita expressar a falsa cultura, de par com a prolixidade que transforma o singelo suficiente em complexo ineficiente”.

Noutra passagem: “Se o serviço público da Justiça é, para quem necessita dela, tão relevante quanto o da saúde, é preciso compatibilizar e equacionar, em definitivo, sua situação orçamentária e financeira”. Até parece algo preparado em período em que esta Corte está em estudo interno sobre o orçamento, o que, aliás, semanas atrás estive na Assembleia Legislativa participando de primeira audiência pública a respeito; e no ano passado sobre o orçamento um curso promovido pela AMB e que tive a honra de lá representar o então presidente da AMERON, o então juiz, hoje Des. RADUAN MIGUEL FILHO.

É a preocupação de todos os membros desta Corte, pois não há como fazer uma boa administração se não tivermos o vil metal para atender às incontáveis demandas do Judiciário. Condição sine qua non para o sucesso. Que o diálogo e a parceria sejam uma constante, sem comprometer nossa independência. Sejam coesos nesta boa e justa empreitada, conquistou um orçamento para atender as nossas necessidades.

Bom, por aí a revelação e a forma de ser, de pensar e agir como julgador e cidadão preocupado com o Poder Judiciário, com a sociedade como um todo. Tudo tem a ver com o bom senso, senso de justiça, aí, mais uma vez, conhece-se o nosso Eliseu.

Em síntese, eis umas das poucas e boas verdades sobre uma pessoa que só tem aparência de muito austero, sisudo, mas se estiver com ele desfrutando de um passeio, fora das formalidades da Corte, veremos tratar-se de uma pessoa afável, sem a imaginada rigidez, é simples e brincalhona.

Mas antes de passar ao capítulo final, saindo do estado de tensão, mais uma vez, meu poeta maior! A quadra também poderia ser esta:

TANTO O PORTE DE APOLO
COMO A FORÇA DE PROMETEU
PERPETUARAM A COMA
DO ENCANTADO ELISEU

Chega! Vamos ao verdadeiro segredo, que propositadamente o deixei o grave, o mais sério, para só revelar ao final e que é, de uma vez por todas, a minha divergência e vou me dirigir também à sua esposa, Sra. Aurora. Fidelidade é algo que todos nós cobramos, não só na relação de marido e esposa, mas de colegas, amigos etc.

Costuma-se dizer que quando o homem tem uma segunda companheira a mulher é a última a saber, ou vice-versa. Pois é, dona Aurora! Guardei este segredo desde quando seu marido era advogado e esta segunda pessoa já era conhecida.

Veio ele pra Justiça e a tal relação se acentuou sobremaneira. Vindo de Ji-Paraná para esta capital, terminou foi casando pela segunda vez e estranho é que sem dissolver o casamento primeiro, cometendo bigamia, mas não me atreveria dizer que esta relação se tornou adulterina, apesar de ser clara a existência desta segunda relação amorosa fora do casamento, mas, repito, não chega a caracterizar o odioso crime de bigamia.

A esta altura, não posso mais voltar atrás, o homem tem, sim, uma segunda pessoa e de relacionamento muito forte, e o perigo, colega Eliseu, é ficar com a atenção maior ao segundo casamento, em detrimento do primeiro, mas aqui também me penitencio. Sou também pecador. Tenho também uma segunda paixão, nunca escondi de ninguém. Sou cúmplice neste desvio de conduta. Sou seu amigo, você não está só.

E chega de rodeios D. Aurora, vou aos finalmentes, o homem Eliseu Fernandes tinha, tem e continuou mantendo a dita e forte relação com alguém que tanto admiramos, respeitamos e perseguimos. Esta mulher tem um nome, pela qual somos apaixonados, e o nome desta mulher é JUSTIÇA, Justiça com letras maiúsculas.

Parabéns colega Eliseu, pelos seus vícios e defeitos, que, no meu falar, é de apenas um aprontamento, que dos apontamentos vieram apenas confirmar que, nesta Corte, V. Excelência honrou a toga; também fez amigos, fez JUSTIÇA, “justiça justa” para ser redundante.

É claro e é natural que algumas vezes divergimos, mas isso ficou no campo das ideias. É a beleza do colegiado, confirmando que nem sempre convém a unanimidade, até porque a minoria de hoje pode ser a unanimidade, a JUSTIÇA de amanhã.

Mais uma vez em digressão, voltando ao caso ELISEU, o Apolo, dileto e poeta maior! Agora, de forma acabada, a Corte decidiu e ponto final, em quadra terminal e não se fala mais nisso. É caso encerrado, tornou-se coisa julgada:

O OLIMPO DECIDIU

ADOTAR OUTRA ATITUDE

UNGINDO O NOBRE ELISEU

COM O DOM DA JUVENTUDE

Não tem jeito, muito me esforcei para quebrar o segundo paradigma – defeitos e vícios de Eliseu, como nada consegui, se dos

homens ELISEUS⁶ que conheço é ele sem desdouro o mais perfeito, a votação só pode ser unânime, sem a minha divergência.

Em face do exposto, não me resta outra alternativa senão aprová-lo com nota de louvor, como um excelente colega. Assim, voto deferindo o seu pleito de aposentadoria voluntária, a contra gosto, pois muito ainda poderia contribuir na sublime missão de julgar.

Eu, apesar de estar em pleno gozo de férias, sem direito a voto, eis o voto de apreço àquele que se despede mas deixa sua marca indelével neste Tribunal, e que fique registrado nos anais desta Casa, também no seu processo ora em julgamento.

Que DEUS nos abençoe e nos ilumine em toda a nossa caminhada, pois o que mais importa nesta vida é ter a presença do DEUS vivo em nossas vidas, pois bem sabemos, e aqui repito: podemos até estar só, mas se tivermos com DEUS somos a maioria. À ELE toda honra e toda a glória.

Grato pelo tempo permitido, mais uma vez fui incompetente em não conseguir um resumo. Perdão, do fundo do meu coração!

6 Porque temos também o Eliseu da Bíblia, profeta, homem de Deus, de oração, com o poder de cura, dentre outras passagens. 2Reis 4:33; 5:14 e 6:17.

CONTRATOS A DISTÂNCIA



Rogério Montai de Lima

Juiz substituto do Tribunal de Justiça do

Estado de Rondônia; Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia; Professor de graduação e programas de pós-graduação em Direito. Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires; Mestre em Direito dos Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade de Londrina; Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação, Associação dos Magistrados de Rondônia e Associação dos Magistrados Brasileiros.

Sumário

Introdução. Contratos Eletrônicos. 1. Conceito. 2. Requisito. 3. Classificação. 4. Formação. 5. Meios de pagamento. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A rede mundial de computadores vem causando alterações de grande relevância na vida do homem contemporâneo; é inegável que a humanidade deu um salto tecnológico admirável com o advento e o progresso diuturno da *Internet*.

O Direito, por seu turno, tem por escopo regular a vida social, garantindo à coletividade o mínimo de dignidade e justiça. Desta forma, a ciência jurídica amolda-se incessantemente às conversões que lhe infundem a mesma sociedade que a dirige, adaptando-se àquelas novas tendências comportamentais.

A *Internet*, mais do que um representante da comunicação e da informação, é o vetor primordial da revolução que vem desprezando todos os meios tradicionalistas de negociar, estimulando as circunstâncias adequadas à compra e à venda de produtos, aumentando, assim, a oferta de serviços em todos os segmentos econômicos da sociedade.

Sujeitar-se ao “mundo virtual” é inevitável. As obrigações diárias mais comuns vêm se subordinando intensamente cada vez mais à *Internet*, dando causa a fatos e consequências, sejam jurídicas ou econômicas, tal como acontece no “mundo real”.

A *Internet* trouxe à baila vários problemas jurídicos que aumentam à medida que cresce a utilização das redes de computadores e a popularização da *internet*. Destaca-se, assim, o avanço do comércio eletrônico, que traçou novas dimensões aos contratos tradicionais, enfatizando a necessidade de regulamentação deste instrumento.

Surge, assim, o dever inerente aos operadores do direito de se aprofundar nos estudos do tema, a fim de buscar respostas para os carentes de solução. Isso poderia se dar tanto por intermédio da criação de projetos de leis, como por meio do emprego de tais problemas às soluções jurídicas atualmente existentes, já que ainda não há uma lei que regulamente o assunto.

Nesse passo, por se tratar de matéria totalmente inovadora, ainda há um certo preconceito envolvendo os contratos virtuais, principalmente no que tange à produção de provas em meio eletrônico.

A inexistência de fronteiras relacionadas às atividades da *web* e a facilidade nelas depositadas, abrem importantes possibilidades comerciais para o País. Tem-se, daí, que o direito não pode ficar alheio à evolução tecnológica, mas convir como mecanismo de fomento ao desenvolvimento das relações contratuais na *Internet*.

Para o fomento deste trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, abordando de forma dedutiva os avanços da tecnologia, analisando os contratos em geral para posteriormente, de forma indutiva, sopesar a aplicação das normas vigentes aos contratos eletrônicos, buscando um estudo detalhado de suas peculiaridades e formas.

CONTRATOS ELETRÔNICOS

Com o advento da *internet* e o consequente crescimento do comércio eletrônico, surge a necessidade de uma nova modalidade de contrato para regular as transações celebradas na *Internet*. É neste meio que nasce o contrato eletrônico.

O contexto do contrato eletrônico é muito amplo e engloba não só os contratos realizados entre duas empresas ou entre esta e um particular, pode ser celebrado também por entidades públicas, ou ainda entre dois particulares.

Arnoldo Wald (*in* GRECO; MARTINS, 2001, p. 19) afirma que no plano jurídico a dificuldade nos contratos eletrônicos consiste em equipará-los ao escrito, verificando se as normas vigentes podem atribuir-lhe a mesma segurança jurídica deste.

Fábio Ulhoa Coelho (2000, p. 38) ensina que o contrato pode ter dois suportes diferentes, qual seja, o papel, com o qual já estamos acostumados, e o registro eletrônico, em que as partes manifestam suas vontades por meio de impulsos eletrônicos, o chamado contrato eletrônico.

Ver-se-á, no decorrer deste trabalho, que os contratos eletrônicos em quase nada se diferenciam dos tradicionais, distinguindo destes apenas no que concerne ao instrumento de formação, qual seja, o meio eletrônico.

Tecnicamente, tem-se que o contrato, entabulado via *Internet*, é um contrato entre ausentes. Em assim sendo, é considerado válido desde que presentes todos os requisitos necessários para a celebração de qualquer negócio jurídico.

Via de regra, aplicam-se aos contratos eletrônicos todos os princípios inerentes ao contrato tradicional, dentre eles, os mais importantes são o princípio da autonomia da vontade, o da relatividade das convenções e o da força vinculante dos contratos, conforme assinalado por Sílvia Rodrigues (1990, pp. 15-79).

Cita-se o princípio fundamental da autonomia da vontade que versa sobre o livre arbítrio dos contratantes em regular suas relações,

estabelecendo prazos, condições, valores ou modalidades. Trata-se de liberdade contratual conferida às partes para que possam pactuar suas convenções, desde que legal, criando assim o vínculo entre os contratantes.

Tem-se ainda o princípio da relatividade dos contratos, pelo qual traz regramento no sentido de que somente as partes envolvidas, com exceção dos envolvidos no negócio, estarão vinculadas ao referido contrato.

O princípio da força vinculante dos contratos, *pacta sunt servanda*¹, consiste na obrigação das partes cumprirem o que foi pactuado. Os contratos, uma vez definidos, adquirem força de lei entre as partes e somente se extinguem pelo acordo de vontade das partes que o criaram ou pelo cumprimento da obrigação estipulada.

Porém, os contratos eletrônicos têm seus princípios específicos, que foram introduzidos pela Comissão de Direito Comercial Internacional da ONU, quando da elaboração da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico, mais conhecida como Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), dentre eles, o princípio da equivalência funcional.

Tal princípio consiste em assegurar ao contrato eletrônico a mesma validade atribuída para o contrato tradicional, afirmando que o registro magnético cumpre as mesmas funções do papel. Desta forma, não há que se considerar sem validade ou eficácia jurídica os contratos celebrados em meio eletrônico (COELHO, 2000, p. 36).

Outro conceito específico também introduzido pela Lei Modelo da UNCITRAL é a figura do iniciador que busca ajustar o momento da manifestação da oferta pelo proponente², uma vez que a simples disposição de produtos em um *website* não vincula o ofertante, ou seja, não produz nenhum efeito jurídico enquanto não acossada por alguém. Portanto, a mera disposição de um produto na rede não é considerada oferta, visto que o empresário está iniciando - daí a denominação “figura do iniciador” - um processo, o qual não

1 Os pactos devem ser cumpridos.

2 Pessoa que faz a proposta.

pode ser considerado, ainda, como uma manifestação de sua vontade (COELHO, 2000, p. 40).

Fora isto, aos contratos eletrônicos aplica-se, no que couber, toda legislação vigente aplicável aos contratos tradicionais, porque não se trata de um novo instituto jurídico, mas sim de uma nova modalidade de contratos que somente se difere dos demais contratos tradicionais por ser realizada no meio eletrônico, ou seja, pela *internet*.

1. CONCEITO

O contrato eletrônico, assim como o tradicional, pode ser definido por uma espécie de negócio jurídico formado pela convergência de vontades das partes, que cria obrigações de natureza patrimonial.

Assim, nesta primeira ideia de contrato, pode-se visualizar, já que há convergência de vontades das partes, que é realizado por pelo menos duas partes, ou seja, é bilateral, podendo ser ainda plurilateral, quando nele estiverem inseridas mais de duas partes.

A expressão “negócio jurídico”, entende-se a declaração de vontade que produz efeitos no âmbito jurídico, criando, modificando ou extinguindo direitos.

Nos dizeres de Orlando Gomes (*apud* BARBAGALO, 2001, p. 9) “negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei”.

Para Clóvis Bevilacqua (*apud* MANDELBAUM, 1996, p. 86), contrato “é o acordo de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”. Já Silvio Rodrigues (1990, p.10) o define como “o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”.

Maria Helena Diniz (2000, 770) conceitua contrato como sendo:

(...) o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma

regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

O contrato eletrônico, portanto, nada mais é do que um contrato tradicional celebrado em meio eletrônico, ou seja, através de redes de computadores – é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas (GLANZ, 1998, p. 72). Diferencia-se do contrato tradicional apenas e tão somente quanto à forma como é materializado.

Erica Brandini Barbagalo, (2001, p. 37) assim o conceitua:

(...) definimos como contratos eletrônicos os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguirem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si.

Já para Olivier Iteanu (*api/cf*WALD, *in* GRECO; MARTINS, 2001, p. 18), o contrato eletrônico pode ser definido como sendo “o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio de interatividade.”

Na concepção de Luís Wielewicki (*in* SILVA JÚNIOR; WAISBERG, 2001, p. 198):

(...) os contratos eletrônicos podem ser definidos como instrumentos obrigacionais de veiculação digital. São todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos.

Não diferente é a conceituação dada por Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi (2000, p. 108), que considera contratos eletrônicos “os negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual”.

2. REQUISITOS

Os contratos eletrônicos, como já visto, constituem uma nova modalidade de contratos e, sendo assim, para que esta contratação tenha validade na órbita jurídica, é imprescindível a presença de todos pressupostos de validade exigidos para a formação de um contrato tradicional.

Angela Bittencourt Brasil (*apud* SILVA, 2001, p. 43) arrazoa:

Por terem, portanto, as características comuns dos contratos, os seus requisitos subjetivos de validade são aqueles mesmos dos contratos. Já conhecidos, eis que a presença de duas ou mais pessoas, a vontade livremente manifestada e a capacidade civil para o ato devem estar presentes para o ato se perfazer de forma válida. O mesmo se diz em relação aos requisitos objetivos de validade, como a licitude do objeto, o seu conteúdo econômico, a possibilidade física e jurídica de sua acessibilidade. A única novidade que surge até aqui é o meio pelo qual foi feito o acordo e a forma de entrega da coisa, que muitas vezes é entregue através do próprio computador, como a entrega de programas para serem baixados por um dos contratantes em forma de *download*.

Como não poderia ser diferente constituem pressupostos essenciais de quaisquer tipos de contratos: a capacidade das partes, objeto lícito, a forma prescrita ou não defesa em lei e o consentimento das partes.

O novo Código Civil, em seu art. 104, reza: “A validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei”³

Observa-se que o Código Civil não exige para a validade do ato jurídico o consentimento das partes, referindo-se tão somente aos demais requisitos já mencionados. Entretanto, para a maioria dos doutrinadores, este requisito é essencial e de caráter subjetivo, porque

3 Art. 104, dividido em inc. I, II e III do Novo Código Civil.

o contrato, visto como uma espécie de negócio jurídico e por sua vez é entendido como uma espécie de ato jurídico, se faz pela vontade das partes e, sem esta, o ato se torna inválido, fundado em vícios de consentimento que configura defeito do ato jurídico.

Para a entabulação do contrato eletrônico não é diferente: exige-se a presença de todos os requisitos acima especificados no momento da formação dos contratos para que este obtenha validade no âmbito jurídico. É necessário, contudo, analisar cada requisito em separado, verificando as suas peculiaridades nos contratos eletrônicos.

O primeiro requisito diz respeito à capacidade das partes, ou seja, o agente que pratica o ato, ou melhor, realiza o contrato deve ser capaz para tanto, capacidade esta de fato e de direito.

A capacidade de fato é a capacidade de exercer direitos, enquanto que a capacidade de direito alcança a ideia de ser titular de direitos. Neste contexto, obviamente não será válido o ato praticado por incapaz, pois este não detém capacidade para realizar negócios e manifestar sua vontade, logo seus atos não terão efeitos na órbita jurídica.

Outrossim, não basta a capacidade da parte, esta tem que estar acompanhada de legitimidade, ou seja, deve estar apta para realizar o negócio jurídico. A legitimidade tem relação com o conteúdo do contrato, o objeto deste; é mais específica que a capacidade da parte por ser esta última anterior ao contrato.

Este requisito, entretanto, é de difícil verificação nos contratos eletrônicos, uma vez que neste as partes contratantes não estão fisicamente presentes uma diante da outra, mas sim distantes, muitas vezes até em países diferentes.

Quanto ao objeto, destaca-se que, para que o contrato seja válido na órbita jurídica, se faz imprescindível que o seu objeto seja possível, certo ou determinável, lícito e idôneo.

Assim, conclui-se que o objeto do contrato deve se apresentar livre de qualquer proibição legal, não constituir ofensa aos bons costumes e ainda não ocasionar prestação impossível de realização. O objeto é lícito quando não atenta contra a moral ou o bom costume e é idôneo quando for fisicamente possível.

Orlando Gomes (*apud* BARBAGALO, 2001, p. 15) define objeto de um contrato como sendo o “conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados”.

A forma do contrato é a exteriorização do ato, do acordo de vontades, para que, assim, possa produzir efeitos no meio social em que foi produzida.

Na nossa legislação atual, a forma especial para um contrato somente será exigida quando a lei expressamente o disser; caso contrário, prevalece a regra de que os contratos são de forma livre, podendo ser livremente pactuado pelas partes contratantes.

Porém, se houver expressamente na lei forma especial a ser seguida, a não observância desta invalida o contrato se esta constituir a essência do ato. Em outras palavras, se a lei apenas permite a prova de um ato por meio de uma forma especial ou solene, caso não haja tal observância, o contrato não será válido. Os contratos eletrônicos, particularmente considerados, não exigem forma especial ou solenidades para a sua validade.

As declarações de vontade nas contratações eletrônicas são externadas por meio de troca de informações, sem que haja o conhecimento público. Estas declarações serão válidas, a menos que a lei exija para tal ato, a forma pública.

Quanto ao consentimento é a aceitação das partes, a convergência da vontade para o negócio jurídico, determinando o objeto do contrato a ser cumprido.

Faz-se necessária não somente a troca de informações, mas também a síntese da vontade distinta dos contratantes para que esta possa ser ajustada entre eles.

Sílvio Rodrigues (1990, p. 14) considera o consentimento da parte como sendo um fator elementar ao conceito de contrato, consistindo na “coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção.”

Para Renata Mandeibaum (1996, p. 90), “o consentimento pode consistir na adesão a uma proposição ou no assentimento dado por cada uma das partes”.

O acordo de vontades é um elemento constitutivo do contrato: a sua ausência implica em nulidade deste. Esta vontade deve ser declarada para que assim possa produzir efeitos no mundo jurídico, podendo ser de forma expressa ou tácita ou ainda pelo silêncio, desde que exprima de forma evidente o teor da vontade das partes.

3. CLASSIFICAÇÃO

Como demonstrado, os contratos eletrônicos não constituem um novo instituto jurídico, mas uma nova modalidade de contratos que somente se diferencia dos demais por ser formalizado no meio eletrônico, através de redes de computadores.

Esta nova modalidade de contratos, por sua vez, admite subdivisões, levando-se em consideração o emprego do computador para a sua formação.

A classificação adotada por César Viterbo Matos Santolim (1995, pp. 24-26) e por Eriça Brandini Barbagalo (2001, pp. 48-58), divide os contratos eletrônicos em três categorias distintas segundo a maneira de utilização do computador para a formação do contrato. Conforme tal classificação, os contratos eletrônicos dividem-se em intersistêmicos, interpessoais e interativos.

Em alguns tipos de contratos, o computador é utilizado apenas para aproximar as vontades das partes que já existiam, funcionando tão somente como um instrumento auxiliar na formação e manifestação da vontade (BARBAGALO, 2001, p. 50). Trata-se dos contratos eletrônicos intersistêmicos. Nestes tipos de contratos, o computador não é ligado à rede; assim, não há interferência do computador no momento da formação das vontades das partes, apenas funcionando, nos dizeres de César Viterbo Matos Santolim (1995, p. 24), como um “instrumento de comunicação de uma vontade já antes aperfeiçoada”.

Nos contratos intersistêmicos, o computador nada mais é senão um meio de comunicação como um telefone, fax, pois o contrato propriamente dito é celebrado por meios tradicionais, cabendo ao computador somente a transmissão das vontades já manifestadas.

Os contratos eletrônicos interpessoais são aqueles em que o computador não é somente um meio de comunicação entre as partes, mas interfere diretamente na formação da vontade dos contratantes - é o “local de encontro das vontades já aperfeiçoadas” (SANTOLIM, 1995, p. 25).

Esta segunda categoria de contratos eletrônicos pode ser: simultâneos - e as partes estiverem conectadas à rede ao mesmo tempo, manifestando suas vontades no mesmo momento ou em curto espaço de tempo - ou não - simultâneos - se houver lapso temporal entre a declaração e a recepção da manifestação de vontade (BARBAGALO, 2001, p. 54).

São exemplos de contratos eletrônicos interpessoais simultâneos os famosos *chats*⁴ ou ainda os contratos formados por meio de vídeo conferência⁵.

Já os contratos realizados por meio de correio eletrônico, ou seja, por e-mail, são exemplos de contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos, sendo equiparados aos contratos formados por correspondência epistolar, previsto no Código Civil⁶

Estes contratos - contratos eletrônicos interpessoais - podem ser igualados, por analogia, aos contratos celebrados por telefone, pois a oferta está imediatamente à disposição do adquirente.

Os contratos eletrônicos interativos são aqueles realizados entre uma pessoa e um sistema eletrônico de informações, em que o interessado na oferta manifesta sua vontade a um sistema de processamento eletrônico colocado à disposição pela outra parte, sem que esta última esteja conectada ao mesmo tempo ou tenha ciência imediata da formação do contrato (BARBAGALO, 2001, p. 55). Este tipo de contrato é chamado por César Viterbo Matos Santolim (1995, p. 25) como “contratos por computador *stricto sensu*”, porque o computador age diretamente na formação da vontade das partes.

4 Forma de comunicação por meio de redes de computadores (ger. a *Internet*), similar a uma conversação, na qual se trocam, em tempo real, mensagens escritas; bate-papo virtual, papo *on-line*, papo virtual. (FERREIRA, 1999).

5 Teleconferência (q. v.) que emprega recursos televisuais. (FERREIRA, 1999).

6 Art. 434 do Novo Código Civil.

O mais comum dos contratos eletrônicos interativos e também o mais famoso entre os contratos formados por computador é o realizado pela da *Internet*, do qual trata este trabalho.

Por meio do acesso aos *websites*, é possível adquirir produtos ou serviços. Na maior parte deste tipo de contratação, há cláusulas preestabelecidas de forma unilateral, o que os caracteriza como contratos de adesão, como será abordado mais adiante.

Outra classificação dos contratos eletrônicos apresentada por Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi (2000, p.115) considera a forma como são executados estes contratos, podendo ser direta ou indireta. Seria direta a modalidade de contrato eletrônico que tem por objeto um bem de natureza intangível ou imaterial, permitindo sua execução no próprio meio virtual, através de *download*, por exemplo. Ao contrário, seria indireto o contrato que tenha por objeto bem de natureza tangível, o qual não seja possível de execução no ambiente virtual.

4. FORMAÇÃO

Os contratos, de forma geral, apresentam dois momentos de formação: um subjetivo, particular, consistente na vontade da parte, e outro objetivo que se exprime na manifestação de tal vontade.

É por intermédio da manifestação da vontade que os contratos se aperfeiçoam, sendo que esta pode ser tácita ou expressa. Assim, o contrato será considerado formado quando houver a integração das declarações de ambas as partes manifestadas de forma livre, ou seja, sem que haja vícios no consentimento, o que, como já visto anteriormente, invalida o negócio.

Admite-se o silêncio como forma de manifestação de vontade quando a parte que deveria se manifestar negativamente na hipótese de não querer contratar deixa de fazê-lo, sendo seu silêncio interpretado como anuência. Há, neste caso, uma presunção de vontade.

O contrato é formado pela conexão entre a proposta e a aceitação. A proposta, declaração inicial, é a oferta do negócio que convida a outra parte a aceitá-lo. O proponente - pessoa que faz a proposta - se vincula a ela, estando sujeito a perdas e danos em caso de inadimplemento.

Com a aceitação da proposta se completa a formação do vínculo contratual e, para que esta seja válida, necessário se faz que esta chegue ao conhecimento do proponente dentro do prazo concedido e que satisfaça integralmente a proposta, pois, caso contrário, tratar-se-á de nova proposta de iniciativa do oblato - pessoa que aceita a proposta - e não mais aceitação.

A partir da aceitação, o oblato se vincula à proposta e o proponente se obriga a cumpri-la, estando ambos ligados a um contrato. Todavia, para o comércio eletrônico, considera-se feita a oferta somente quando a proposta, à disposição na rede, entra no sistema computacional do adquirente, sendo que a aceitação deste último se verifica quando os dados por ele transmitidos chegam ao sistema computacional do proponente. Isso se dá em razão da figura jurídica do iniciador, como já mencionado acima.

Em regra, a oferta obriga o proponente, como se vê estampado no art. 427 do Novo Código Civil, *in verbis*: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Por outro lado, a proposta deixará de ser obrigatória, podendo haver retratação, se feita à pessoa ausente sem prazo certo e não for aceita em tempo suficiente para chegar ao conhecimento do proponente, ou, havendo prazo e expirado este, não houver aceitação expedida; ou, ainda, se antes ou juntamente com a proposta chegar a retratação do proponente.

Já, em se tratando de contratos entre pessoas presentes, a proposta não vinculará quando feita sem prazo e a parte não aceitá-la imediatamente.

Todas estas hipóteses são encontradas no art. 428 do Novo Código Civil.⁷ As declarações de vontade podem ser externadas entre presentes ou ausentes, considerando, para tanto, a imediatividade da recepção da aceitação da proposta e não a distância física entre as partes contratantes.

No contrato eletrônico, especificamente, a declaração de vontade é feita por meio eletrônico, mediante o uso de redes de computadores. A manifestação da vontade no meio eletrônico pode se dar por escrito, pela fala, se houver equipamentos para que se possa identificar a voz da parte contratante, ou ainda, e de modo mais corriqueiro, por acionamento de um comando que envia a manifestação da vontade de uma parte para outra, por meio de um simples “dique” no *mouse*⁸.

Qualquer seja o meio utilizado, a vontade é externada e, para que esta seja válida, deve ser compatível ou possível de ser interpretada no sistema computacional do destinatário. Assim, há diversas modalidades de contratos eletrônicos, e cada uma destas modalidades possui um modo peculiar em sua formação. Contudo, este trabalho se atentará especificamente à formação dos contratos interativos, que são aqueles realizados via *website*, por serem estes de maior importância ou os que mais se destacam, dada a sua extensão e popularidade no mundo jurídico.

Quanto ao momento da formação, a exatidão em que se forma o contrato não é meramente acadêmica ou doutrinária. É, ao contrário, muito importante, pois a partir do momento em que o contrato é considerado eficaz, ou seja, perfeito e acabado, não é permitido às

7 Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita, considerando-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por outro meio de comunicação semelhante; I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

8 Dispositivo periférico de apontamento, que controla a posição de um cursor na tela e que conta com um ou mais botões, usado para indicar e selecionar opções, ícones e outros elementos de interface. (FERREIRA, 1999).

partes contratantes, salvo exceções, alterarem suas declarações de vontade.

Outrossim, é relevante saber exatamente o momento da formação dos contratos para que se possa fazer a verificação da presença dos pressupostos exigidos para o negócio no momento de sua celebração, bem como a lei pela qual o contrato será regido, na hipótese de haver uma nova lei que trate do assunto.

Como já visto, a manifestação da vontade pode se dar entre presentes ou entre ausentes. Consideram-se contratos entre presentes os que se formam instantaneamente e entre ausentes aqueles em que houve um lapso temporal entre a proposta e o aceite. Assim, leva-se em conta para esta classificação, conforme já abordado, não a distância física entre os contratantes, mas sim o espaço de tempo existente entre as manifestações da vontade.

O contrato entre presentes estará formado no momento em que é emitida a aceitação da proposta, uma vez que esta é conhecida pelo proponente de imediato, num mesmo instante.

Observe-se que a diferenciação de contratos entre presentes ou entre ausentes está na duração do período existente entre a oferta de um produto ou serviço e a aceitação de tal oferta, ou seja, o lapso temporal existente entre eles.

Ainda, tratando-se de contratos entre ausentes, não é tão fácil a verificação do momento onde se forma o contrato, como por exemplo, os contratos realizados por meio de correspondência, uma vez que a proposta e a aceitação nestes tipos de contratos se dão em momentos diversos.

A doutrina adota vários critérios para a solução deste impasse, porém o Novo Código Civil, em seu art. 434, trata sobre os contratos formados por correspondência, ou seja, entre ausentes, considera efetivo o contrato no momento em que a aceitação é expedida, admitindo, todavia, exceções.

Como pode se observar, para resolver a questão do momento da formação dos contratos entre ausentes, o Código Civil adotou a

teoria da expedição, considerando o contrato perfeito e acabado no momento em que o oblato expede a aceitação, entendendo que a partir deste momento ele não pode mais se arrepender, já que expediu sua declaração de vontade.

Os contratos eletrônicos, de modo geral, são considerados como contratos entre ausentes, já que a manifestação de vontade, na maioria das vezes, não se dá em um mesmo instante. Destarte, aplica-se a eles o dispositivo do Código Civil referente aos contratos entre ausentes acima mencionados.

Corroborando com este entendimento, Maurício de Souza Matte (2001, p. 83) ressalta que:

Os contratos eletrônicos de *Business-to-Consumer*, no que se refere às partes, devem ser considerados entre ausentes, pois como já mencionado, para serem considerados entre presentes, o requisito principal é que ambas as partes estivessem presentes no momento da aceitação da proposta e consequente concretização do contrato, o que não ocorre, pois, somente uma está.

Entretanto, estes contratos serão considerados entre presentes, como observa Eriça Brandini Barbagalo (2001, pp. 79-80), se o sistema computacional apresentar capacidade para imediatamente processar a oferta, emitindo automaticamente uma resposta, qual seja, a aceitação. Visualiza-se esta hipótese quando o computador estiver programado para aceitar certo tipo de proposta pré-definida pelo interessado.

Serão, outrossim, considerados entre presentes os contratos em que basta a simples aceitação para concluí-los, ou seja, se aperfeiçoam na própria rede de computadores. São, por exemplo, os contratos para aquisição de *softwares* através de *downloads*, visto que se trata de bens que podem ser entregues por meio da própria rede de computadores (BARBAGALO, 2001, p. 80).

César Viterbo Matos Santolim (1995, p. 30) defende a ideia de que a melhor forma para se verificar a caracterização da presença ou ausência nos contratos eletrônicos é a “imediatidade da resposta”.

Assim, se a resposta for imediata, o contrato é considerado entre presentes, já se houver um lapso entre a proposta e a aceitação, este contrato deve ser considerado como entre ausentes.

Adita-se ainda que alguns doutrinadores entendem como o momento de formação dos contratos eletrônicos o instante em que o proponente recebe a aceitação, independentemente do momento em que toma conhecimento de seu conteúdo (teoria da recepção). Adepta a este seguimento doutrinário, Maristela Basso (*apud* BARBAGALO, 2001, p. 75) justifica que “somente se pode considerar adequadamente comunicada a aceitação por dos meios eletrônicos quando a informação tenha atingido o aparelho receptor do proponente”.

Para a maior parte da doutrina, para se saber exatamente o momento da formação dos contratos eletrônicos, faz-se imprescindível a verificação de cada modalidade de contratação eletrônica⁹. Contudo, para este trabalho, que se prende principalmente aos estudos dos contratos realizados via *website*, será analisado o momento de formação dos contratos eletrônicos interativos.

Neste tipo de contratação, ou seja, nos contratos eletrônicos interativos ou via *website*, para se chegar no momento exato de sua formação é necessário identificar o proponente e o aceitante e ainda a possibilidade de resposta imediata.

Contudo, a oferta, nos contratos interativos, é considerada realizada no momento em que esta pode ser potencialmente acossada, ou seja, a partir do momento em que o proponente disponibiliza a oferta através de programas de computadores e esta pode ser aceita pelos interessados.

Como pondera Erica Brandini Barbagalo (2001, pp. 78-79), podem ocorrer, basicamente, duas hipóteses: a oferta é colocada à disposição para o acesso por outra pessoa ou então a informação colocada à disposição da outra parte, trata-se não de uma proposta em si, mas de um convite a realizá-la. Em ambas as hipóteses, os contratos são considerados entre ausentes.

9 Compartilham deste entendimento Manoel J. Pereira dos Santos e Erica Brandini Barbagalo.

Na primeira hipótese, a pessoa que se interessar pela proposta, envia a aceitação, momento em que o contrato estará formado, independentemente do conhecimento desta aceitação pelo proponente, visto que a criação do vínculo contratual cabe tão somente ao oblato.

Na segunda hipótese, há uma inversão de papéis; em outras palavras, a pessoa que convida a fazer a proposta é quem será o oblato, pois a parte que se interessar em celebrar o contrato, ou seja, aceitar o convite a realizar um contrato emitirá não uma aceitação da proposta, mas a proposta em si. Aqui, como lembrado por César Viterbo Matos Santolim (1995, p. 27), deve ser verificada a existência dos pressupostos de validade do contrato “no momento em que o sistema foi preparado e inserido no computador, e não na data da celebração do pacto”.

Quanto ao local da formação, destaca-se que conhecer com exatidão o respectivo local onde se formou o contrato, tem relevância não só para apurar o foro competente para dirimir questões referentes a ele, mas também para saber qual a legislação aplicável em se tratando de direito internacional, quando envolver partes de diferentes países.

O art. 435 do Novo Código Civil considera como o local de celebração do contrato aquele em que este foi proposto. Porém, este dispositivo é aplicável quando versar sobre partes residentes no mesmo país.

Para os contratos que envolvem partes de diferentes países, deve ser levado em conta o art. 9º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰ que reputa formado o contrato no local onde reside o proponente.

Seja o contrato realizado por partes residentes no mesmo país, seja celebrado por uma ou ambas as partes fora do país, o critério adotado como local da formação do contrato é sempre o lugar onde foi feita a proposta.

10 Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §1º(-) § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Quando se fala em contratos eletrônicos é difícil precisar exatamente o local da formação destes, pois são realizados em um meio virtual e não num espaço físico.

Como sugere Erica Brandini Barbagalo (2001, p. 67), “o ideal seria que as partes estipulassem o lugar de formação do contrato ou não sendo possível, que estivesse presente na proposta o local onde ela é manifestada.”

Tratando-se de oferta realizada via *websites*, esta é dirigida a pessoas incertas, uma vez que não se sabe quem poderá ter acesso a ela, bem como onde poderá ser acossada. Neste tipo de contrato, deve-se considerar como o local da formação o lugar onde se encontra o proponente, aplicando a legislação do lugar onde o proponente exerce suas atividades principais para dirimir eventuais litígios que versam sobre o contrato.

No entanto, pode ocorrer de os *websites* dirigirem suas propostas diretamente para uma certa localidade, como por exemplo, a oferta de produtos ou serviços em moeda local. Aqui, a legislação aplicável será a da localidade a quem o *site* é destinado.

Cabe, porém, ao oblato, o encargo da verificação do local de onde vem a proposta, mas se tal tarefa se tornar impossível, será considerado como o local da formação o domicílio, lógico do proponente, ou seja, o lugar indicado como de origem de sua identificação, o que nem sempre corresponde à sua localização geográfica, como ocorre nos casos em que a proposta é dirigida a certa localidade, por exemplo.

A regra geral que se aplica aos contratos eletrônicos, portanto, é a mesma existente no Código Civil e na Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja considera o contrato formado no local onde residir o proponente. Assim, se aplica a legislação do país onde situar o seu estabelecimento físico, não se podendo confundir, porém, o local do estabelecimento físico do proponente com o seu endereço na *web*, por ser este último um endereço virtual que serve somente para o acesso àquela página na *Internet*.

5. MEIOS DE PAGAMENTO

Para Maria Helena Diniz (2000, p. 698), “pagamento é a execução voluntária e exata, por parte do devedor, da prestação devida ao credor, no tempo, forma e lugar previstos no título constitutivo”.

Sílvio Rodrigues (1997, p. 116) ressalta que “o termo pagamento fica reservado para significar o desempenho voluntário da prestação, por parte do devedor”.

Desta forma, o pagamento é um meio de extinção das obrigações e nos contratos eletrônicos, na maior parte das vezes é realizado por sistemas eletrônicos, podendo ainda haver trocas de mercadorias ao invés de pagamento em moeda corrente.

As modalidades de pagamento mais utilizadas no meio eletrônico são o cartão de crédito, boleto bancário, depósito em conta corrente, cartão inteligente, cheque eletrônico e ainda a moeda eletrônica ou *e-cash*.

Nos pagamentos por cartões eletrônicos ou de crédito, ao contratar com o fornecedor, o consumidor transfere-lhe o número de seu cartão bancário, permitindo, com isso, a transferência eletrônica do débito do cliente para a contado credor.

Por meio da contratação que envolve como forma de pagamento a emissão de boletos bancários, o consumidor imprime o boleto e se dirige até uma agência bancária para a efetivação do pagamento e somente após tal pagamento receberá o produto ou serviço contratado.

O *e-cash* são “vários mecanismos de pagamento, que não as formas ‘físicas’ tradicionais, desenvolvidos para proporcionar sigilo e segurança e, ao mesmo tempo rapidez, nas transações ocorridas em rede” (STUBER; FRANCO, 1998, p. 76). Seu funcionamento se dá por meio de uma sequência numérica criptografada - o que evita a interceptação por terceiros - que transfere, por impulsos eletrônicos, valores (monetários diretamente para o computador do credor (MARTINS, 2000, p. 103).

Há, basicamente duas espécies de *e-cash*: o que utiliza os serviços bancários tradicionais para realizar a transferência dos valores

monetários, permitindo, desta forma, um controle governamental pelas instituições financeiras e o que dispensa a intervenção destas instituições tradicionais, armazenando valores no próprio computador, é o chamado “dinheiro digital” (STUBER; FRANCO, 1998, pp. 76-77).

Um dos grandes problemas, ainda sem solução, gerados por esta última espécie de movimentação financeira é a perda do controle sobre a remessa de dinheiro, tanto dentro como fora do país, pelos órgãos de controle tradicional (STUBER; FRANCO, 1998, p. 77).

Uma das formas do *e-cash* que possibilita pagamentos em qualquer parte do mundo e em qualquer moeda é o cadastramento do número do cartão de crédito do cliente, criando uma espécie de carteira de crédito que coloca o consumidor em contato com os fornecedores de produtos ou serviços na *Internet*.

O valor das compras realizadas é debitado diretamente na conta do cliente, mediante sua autorização. Esta forma garante maior segurança, pois o número do cartão não fica circulando pela rede (STUBER; FRANCO, 1998, p. 75).

Luiz Alberto Albertin (1999, p. 140) afirma que o dinheiro eletrônico possui as seguintes características:

Anonimato. O comprador pagaria ao vendedor. Ninguém, exceto o vendedor, conheceria a identidade do comprador ou os detalhes da transação. Liquidez. O dinheiro digital teria de ser aceito por todos os agentes econômicos relacionados como um método de pagamento.

O cheque eletrônico utiliza-se da estrutura bancária existente, funcionando do mesmo modo que um cheque de papel, diferenciando-se destes últimos pela sua instantaneidade do processo. São ideais para pequenas compras e é de fácil aceitação, porque o risco é assumido pelo servidor de conta (ALBERTIN, 1999, p. 146).

Por fim, há a possibilidade de pagamento com os cartões inteligentes ou *smart cards* - muito utilizados nas compras pela *Internet* - que têm valor armazenado, sendo o saldo mantido no próprio cartão.

CONCLUSÃO

A popularização da *Internet* trouxe uma forte contribuição e até um incentivo nas contratações eletrônicas, atingindo uma grande massa de usuários, incentivando, desta forma, os empresários a integrar-se ao *e-commerce*.

O futuro do comércio eletrônico ainda é uma dúvida. Há quem diga que as transações tradicionais diminuirão em detrimento destas contratações e a crescente utilização das redes, porém não há meios para comprovar tal afirmação.

Uma coisa é certa: o fato de existir uma maneira de se adquirir produtos de qualquer parte do mundo sem que seja necessário sair de casa, já é um grande avanço da tecnologia do comércio eletrônico que atrai, cada vez mais, investidores e consumidores.

Diante da lacuna existente na legislação sobre os contratos eletrônicos e as relações de consumo na *Internet*, é certa a aplicação de toda a legislação vigente, uma vez que, conforme analisado, os contratos eletrônicos se diferem dos tradicionais somente no que concerne à sua formação, que se dá em meio eletrônico. Porém, é inegável que esta falta de normatização específica causa um grande desconforto nestas contratações, uma vez que fica por conta da interpretação doutrinária e dos tribunais a resolução de possíveis conflitos envolvendo tais questões.

Ao operador do direito compete acompanhar a evolução social e tecnológica para que, desta forma, busque a correta aplicação do direito às novas situações, seja interpretando uma lei já existente para aplicar-lhe a um novo instituto, ou ainda, buscando novas soluções para estas transformações sociais, adequando-se as necessidades que surgem no dia a dia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTIN, Luiz Alberto. Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. São Paulo: Atlas, 1999.

BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. vol.3. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 6ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Eletrônico: século XXI. Versão 3.0. Ed. Nova Fronteira e Lexikon Informática Ltda, 1999.

GLANZ, Semy. Internet e Contrato Eletrônico. Revista dos Tribunais, fase. Civ. ano 87, v. 757, nov. 1998.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS. Ives Gandra da Silva (coord.). Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANDELBAUM, Renata. Contratos de adesão e contratos de consumo. Biblioteca de direito do consumidor, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via Internet: problemas relativos à sua formação e execução. Revista dos Tribunais, fase. civ., ano 89, v. 776, jun. 2000, pp. 92-106.

MATTE, Maurício de Souza. Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de *e-commerce*. São Paulo: LTr, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil vol. 3: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990. 7 v.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. Formação e eficácia probatória dos contratos por computador. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor. Ano 9, n. 36, pp. 105-129. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 2004.

SILVA JÚNIOR. Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). Comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STUBER, Walter Douglas; FRANCO, Ana Cristina de Paiva. A Internet sob a ótica jurídica. Revista dos Tribunais, fase. civ., ano 87, v. 749, mar. 1998.

TEMPORALIDADE E PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO NA COMARCA DE CACOAL - RONDÔNIA

Euma Mendonça Tourinho



Juíza de Direito do Poder Judiciário de Rondônia desde 1999; Professora do Curso da OAB (1999); Professora Concursada na Universidade Federal de Rondônia (UNIR - 2000/2002) e Professora de Direito na Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO - 2000/2001). Pós-Graduada “*Lato Sensu*” em Direito Constitucional na Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia – FARO e em MBA em Poder Judiciário, pela Fundação Getúlio Vargas.

Sumário

Introdução. 1. Judiciário e temporalidade. 2. Eficiência e planejamento estratégico. 3. Considerações finais. Conclusões. Bibliografia. Anexos.

INTRODUÇÃO

O mundo em que vivemos sofre mudanças mais rápidas a cada dia. O espaço público não está imune a isto. Ao que corresponde às asserções “crise fiscal, ineficiência e ineficácia na gestão da coisa pública” uma conotação real que parece engendrar-se com temas secundários que se utilizam desta ineficiência, caracterizando o sistema público enquanto falho e corrupto¹.

¹ VERGARA, Sylvia Constant. Características do mundo contemporâneo e as repercussões na gestão municipal. In: **Propostas para uma gestão pública municipal efetiva**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

Um modelo diferenciado de gestão pública envolve elucubrações acerca da crise fiscal, aumento dos custos sociais do Estado, perda de poder dos Estados nacionais e aumento do poder da sociedade civil.

Tais elucubrações devem servir de ensejo para discussões *a posteriori*, quando dados forem apresentados acerca desta realidade em nível jurídico.

A coisa pública, então, tem sua medição atrelada a padrões econômicos crescentemente mais velozes dos demais organismos que formam o campo da prestação de serviços à comunidade, além de díspares quando de uma gestão baseada em burocracias e que, por vezes, parece olvidar-se do fim: servir ao cidadão¹.

Quanto às prerrogativas do poder do Estado, como prestador de serviços à população, e exercidas por órgãos diferentes, entretanto, é uno. A eficiência, a independência e o equilíbrio são razões fortes que autorizam e aconselham a tripartidação (divisão dos poderes do estado). No relacionamento entre os poderes, constata-se uma interpenetração recíproca determinada pela Constituição, ocorre uma invasão de atribuições, constata-se que os poderes não estão encarregados somente de uma função. Em alguns casos, o Executivo legisla ou julga, o Judiciário administra e o Legislativo julga ou administra².

Nesta perspectiva, este trabalho visa discorrer quanto ao Poder Judiciário no que pertine aos 1) aspectos temporais, 2) planejamento estratégico e eficiência nesta esfera do poder, mais especificamente na Comarca de Cacoal (RO) e as 3) propostas e medidas que tornem célere os processos e adequadas ao regime econômico em voga na sociedade a partir de uma abordagem bibliográfica cujos descritores de pesquisa foram “morosidade”, “eficiência”, “planejamento estratégico” e “poder judiciário” embasados em livros, artigos, documentos oficiais e notícias em veículo apropriado ao poder supracitado em língua portuguesa. Quanto à correspondência entre um ou mais descritores supracitados quanto ao último (poder judiciário) foram divididos os achados em língua portuguesa entre as seções a seguir.

2 FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 5ª ed.

1. JUDICIÁRIO E TEMPORALIDADE

1.1 Reflexões teóricas e termos apropriados

As instâncias, prazos e formalidades pelos quais processos passam no sistema judiciário visam o cumprimento do inciso que discorre que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”³. Isto influencia de maneira objetiva a conclusão dos procedimentos legais nos quais haja ocasiões suficientes para exercício de defesa⁴.

Dito isto, estas ocasiões comprometem o inviolável direito de defesa, relacionando-o de maneira insólita a uma negligência na efetividade processual.

Há um enunciado na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais que trata que “qualquer pessoa tem o direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela”.

Tal asserção mostra a preocupação, dentre outras variáveis, no que diz respeito à elucidação da razoabilidade temporal no procedimento judicial.

Em outros países também há inquietação acerca deste tópico quando se lê que há (por parte dos cidadãos) “o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação”⁵.

O Código da Organização Judiciária da França também disserta sobre a questão do tempo à medida em que caracteriza enquanto “prestação defeituosa do serviço da Justiça”, relegando ao Estado a reparação dos danos causados pela inabilidade do sistema anteriormente citado.

3 Inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal.

4 OLIVEIRA, Rogério Nunes de. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, vol. IV, n. 4, 2003-2004.

5 Constituição de Portugal, § 1º, art. 52.

Outrossim às transações asseverações, o tempo na prestação do ofício jurisdicional não repercute apenas no plano individual da vida do cidadão – este enquanto sujeito com realização material de uma pretensão bradada em juízo em suspenso, entretanto nas relações democráticas desenvolvidas em sociedade concernentes à preservação do que se convencionou chamar de ordem pública⁶.

No que diz respeito a este ordenamento e quanto a questões como “razoabilidade na duração dos processos judiciais” e “entrega tempestiva da jurisdição”, pode-se afirmar que parecem apontar para uma problemática crescente em âmbito nacional, contudo mais especificamente no âmbito jurídico, objeto deste estudo.

Arelamentos a normatizações antigas e confiabilidade no protocolo jurídico são utilizados por alguns atores sociais enquanto modo de entrave a uma transformação social que deveria se concretizar com o tempo, de acordo com as necessidades do capitalismo e adequar-se ao *modus operandi* das organizações transnacionais, respeitando os direitos individuais, apenas tornando célere os julgamentos que se fazem necessários quanto a estes direitos⁷.

Ao se discorrer acerca da questão temporal no Judiciário e suas mazelas ao cidadão comum, compreende-se que “o tempo é medida da justiça”⁸. Dentre estas mazelas causadas pelo abuso dos procedimentos jurídicos, encontra-se o “assédio processual” enquanto modalidade de procrastinação do andamento do processo, no qual se retarda o cumprimento das decisões judiciais, respaldando-se em normas processuais, o que torna a justiça aparentemente lenta e falha, contribuindo para a reflexão de que há necessidade de reformulações quanto aos procedimentos jurídicos e seu aspecto temporal⁹.

6 TARANTA, Ângela. Conceito de ordem pública e bons costumes nos contratos. Portugal: Verbo Jurídico, 2008.

7 MONREAL, Eduardo Novoa. O direito como obstáculo à transformação social. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

8 ADORNO, Sérgio e PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. Tempo social. São Paulo: EDUSP, v. 19, n. 2. Novembro, 2007.

9 PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual na Justiça do Trabalho. Revista Ltr, São Paulo, v. 72, n.1, setembro, 2006.

Apresentados os termos e tocantes generalistas quanto à abordagem temporal no sistema judiciário, cabe, agora, respaldar concretamente em dados que possam servir de base para reflexões conclusivas quanto ao que aqui será sugerido.

1.2 Dados prevalentes quanto à temporalidade e correlatos

Quanto à utilização por parte das grandes empresas, poder-se-á comparar a crescente agilidade e precisão com que estas atuam no mundo e fornecem tipos diferenciados de *feedback* de acordo com a necessidade, com a atuação jurídica com sua burocracia, distando do modelo gerencial moderno¹⁰. Contudo, paradoxalmente à esta agilidade empresarial, há questões que parecem se configurar beneficiadas pela “morosidade da justiça”, como nos casos trabalhistas¹¹, no qual os responsáveis pela avaliação dos custos judiciais no montante de capital privado, 59% relataram que as benesses foram superiores aos custos.

Tabela 2
População, Processos Entrados e Julgados na Justiça Comum, de 1990 a 2002

Ano	População	Processos Entrados	Processos Julgados
1990	144.764.945	3.617.064	2.411.847
1991	146.815.815	4.250.133	2.947.177
1992	148.866.685	4.560.833	3.214.948
1993	150.917.554	4.419.699	3.347.725
1994	152.968.424	3.423.403	2.533.619
1995	155.019.293	4.266.325	2.970.509
1996	157.070.163	5.901.824	4.106.962
1997	159.121.033	6.964.506	5.472.489
1998	161.171.902	7.719.169	5.188.146
1999	163.998.652	8.717.300	5.791.959
2000	169.799.170	9.463.246	6.164.532
2001	169.799.170	9.489.657	8.063.303
2002	174.799.170	9.764.616	7.506.697

Fontes: IBGE; Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário

10 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: Revista do Serviço Público. Rio de Janeiro, v. 47, n. 1, Maio, 1996.

11 IDESP – Relatório de Pesquisa “Justiça e Economia”. São Paulo, 2000.

Segundo dados do IBGE, a partir do levantamento de 1990 a 2002 quanto à entrada de processos e julgamento destes, há uma diferença em milhões que pode ser averiguada na Tabela 2.¹²

A Tabela 2 mostra um crescimento populacional aproximado de 20%, enquanto a entrada de processos cresceu aproximadamente 270%.

O estudo indica uma correlação negativa entre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e a entrada de processos, cabendo ao Norte/Nordeste – menores índices – o maior número de entrada de processos.

Ainda com relação às diferenças regionais, sugere-se que apenas 2% dos processos julgados nos anos citados no estudo pertencem à Região Norte.

A despeito de uma requisição quanto à pertença dos dados supracitados nesta secção, discorre-se o conceito lógico de que 1) o processo jurídico deve ser analisado, 2) a análise demanda tempo, logo 3) o processo jurídico demanda tempo. E isto concernente a um único processo. Que o diga a adição de dezenas de milhares que aumenta estatisticamente correlacionada ao crescimento populacional e além.

Decorre-se, então, que a asserção é válida para enunciar que, com o passar do tempo, mais casos são iniciados à revelia dos já trânsitos em julgado. Não se imiscui um processo em detrimento de um emergente, de forma generalista, contudo esta inclusão de um quadro de não-julgados que demandarão tempo para análise.

Pode-se destacar, ainda, quanto ao que se convencionou chamar de “morosidade” em âmbito do Judiciário, que há dados, mostrados no quadro abaixo, que dizem respeito a outros países e suas taxas.

12 SADECK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: perspectivas de reforma. Opinião Pública, Campinas, v. 10, n. 1. Maio, 2004.

QUADRO 2

Morosidade Comparada (Processos Cíveis)

PAÍS	TRIBUNAL	MOROSIDADE
FRANÇA (média 1976-1986)	Tribunal de Grande Instance	12,9 meses
	Tribunal de Instance	4,2 meses
ITÁLIA (1988)	Tribunali Primo Grado	26 meses
	Preture	14,4 meses
ALEMANHA (1988)	Amtsgerichte	4,5 meses
	Landgerichte	8,9 meses
PORTUGAL (1988)	Tribunais de Primeira Instância	17 meses

Fonte: "Morosidade processual nos Estados-membros da CEE (Programa Cidadão e Justiça)", 1991. Para Portugal: "Estatísticas de justiça", 1988, em Sousa Santos *et al.* (1996).

Concernente aos dados brasileiros, temos o paradigma da análise do tempo para desfecho processual em crimes dolosos quanto à vida na tabela abaixo.

TABELA 1

*Morosidade em Crimes Dolosos Contra a Vida no Município de São Paulo Segundo Desfecho Processual**

DURAÇÃO/DESFECHO	ABSOLUÇÃO	%	CONDENAÇÃO	%	DESCLASSIFICAÇÃO	%	TOTAL	(%)
< 12 MESES	26	36,62	70	40,7	20	37,04	116	(39,05)
12-24 MESES	32	45,07	73	42,44	27	50	132	(44,44)
24-36 MESES	9	12,68	24	13,95	7	12,96	40	(13,46)
36-48 MESES	3	4,23	2	1,16	–	–	5	(1,68)
SEM INFORMAÇÃO	1	1,41	3	1,74	–	–	4	(1,34)
TOTAL	71	100	172	100	54	100	297	(100)
%	23,91		57,91					

*Município de São Paulo, IV Tribunal do Júri, Fórum Regional da Penha (1984-1988).

Fonte: *Processos penais*, Pesquisa NEV/USP-CEDEC, 1989.

Percebe-se a partir dos dados acima que a temporalidade dos casos majoritários foi de no máximo 24 meses, o que pode parecer razoável se relacionadas às variáveis concernentes ao tribunal do júri quando comparadas às varas criminais.

Pode-se investigar ainda quando o processo é mais moroso, como na tabela abaixo¹³.

momento mais moroso	frequência	percentual	percentual preenchido
1ª estância	137	26,2%	27,7%
2ª estância	134	25,6%	27,1%
tribunais superiores	224	42,8%	45,3%
Total dos preenchidos	495	94,6%	100,0%
não preenchidos	28	5,4%	-
Total	523	100,0%	-

A esta tabela, há possibilidade de inserção de uma outra que diz respeito a qual das “justiças” é a mais morosa.

Justiça mais morosa	frequência	percentual	percentual preenchido
trabalhista	38	7,3%	7,5%
comum	283	54,1%	55,6%
federal	188	35,9%	36,9%
Total dos preenchidos	509	97,3%	100,0%
não preenchidos	14	2,7%	-
Total	523	100,0%	-

A partir, então, das duas últimas tabelas, pode-se exercer um paralelo no concernente à justiça federal e aos tribunais superiores, que ocupam as maiores escalas de tempo e porcentagem de demora em julgar um processo.

No tocante à responsabilidade pela morosidade, os dados apontam para juízes e advogados como contribuintes primários para a morosidade da justiça conforme tabela abaixo.

contribui para morosidade	frequência	percentual	percentual preenchido
oficiais de justiça	19	3,6%	3,9%
ministério público	61	11,7%	12,7%
juízes	161	30,8%	33,4%
advogados	158	30,2%	32,8%
serventuários	83	15,9%	17,2%
Total dos preenchidos	482	92,2%	100,0%
não preenchidos	41	7,8%	-
Total	523	100,0%	-

13 ASSAFIM, João Guilherme de Lima. Morosidade da Justiça. Disponível em http://www.udf.edu.br/downloads/pesquisas_juridicas/morosidade_da%20justica.pdf, acessado em 5/10/2010.

Aos advogados, o relato direciona para questões proletárias ordinárias, quanto à morosidade pelos juízes, esta relaciona-se à falta de estrutura e de pessoal para a eficiência dos serviços jurídicos.

2. EFICIÊNCIA E PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

2.1 Aspectos conceituais

O que se conhece enquanto eficiência (aqui alcunhado como “princípio da eficiência” para fins acadêmicos e distintivos quanto aos demais âmbitos dos poderes constitucionais) não pode ser traduzido como simplória busca por aumento de lucro, contudo enquanto uma saga em direção ao cumprimento do que é de interesse coletivo. Tal eficiência prelude a realização do fim quanto ao ordenamento jurídico sem prejudicar os cidadãos¹⁴.

O “princípio da eficiência” visa tornar os procedimentos jurídicos integrantes de uma nova lógica que deixa à margem a formalidade abstracionista que compunha, para se tornar parte dos sistemas capitalistas que se amoldam à realidade social.

Contudo, à guisa deste enunciado, deve-se advertir que “as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada senão ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estrutural (entre os dois sistemas) não é possível. Neste caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros (...). Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade”¹⁵.

14 ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Salvador, v. 1, n.4. novembro/dezembro, 2005.

15 TEUBNER, Gunther. *Apud* ARAGÃO, idem.

Quanto ao princípio da eficiência, deve-se interpretá-lo de forma conjunta aos demais princípios em voga no conglomerado constitucional. Destaca-se, no entanto, que tal interpretação destoa quando implementada no mundo das relações privadas (com o fim na lucratividade, flexibilizam-se os meios para atingi-lo), concomitantemente à obrigação da possibilidade de uma ampliação do controle jurisdicional sobre as atividades da administração pública, porque passa a integrar outra dimensão da análise judicial não somente quando da verificação da legalidade dos meios escolhidos, mas também na averiguação da possibilidade de os resultados obtidos proporcionarem a satisfação do interesse público.

Esta operação leva a uma aproximação muito estreita com a seara do chamado mérito administrativo, questão tradicionalmente reservada somente à administração pública e imune ao controle judicial.

Ressalta-se, ainda, a importância da constitucionalização dos princípios como um axioma publicístico de nosso tempo, que torna inquestionável sua dimensão normativa, inferiorizada por mais de cem anos, pois eram considerados elementos supletivos e subsidiários para o preenchimento de lacunas legais. São considerados, agora, como ponto culminante da hierarquia normativa¹⁶.

Trata-se também de princípio pluridimensional, segundo alguns autores, de um princípio que não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos, vale dizer, há uma relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos, consoante o emprego tradicional das ciências econômicas.

No sistema jurídico brasileiro, em face das normas referidas, o princípio da eficiência diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo. Entendo eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona-se, de uma parte, aos resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, aos objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, entretanto não se detém nisto.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Quanto à eficiência supracitada, pode-se aferi-la a partir de dois pontos principais: a dimensão do uso dos meios necessários para execução de uma atividade no meio (no caso, jurídico) e satisfatoriedade quanto aos resultados – este último pode não se aplicar de maneira objetiva à área jurídica já que não se pretende satisfazer o sujeito, mas promover uma resposta rápida e correta quanto à demanda efetuada.

Quanto ao caráter primeiro do princípio da eficiência, considera-se a “exigência de economicidade, igualmente positivada entre nós”, sendo o desperdício a ideia oposta imediata. Trata-se aqui da eficiência como qualidade da ação administrativa que maximiza recursos na obtenção de resultados previstos. Na segunda dimensão, cuida-se da eficiência como qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes, constituindo a obtenção de resultados inúteis ou insatisfatórios uma das formas de contravenção mais comum ao princípio¹⁷.

Este princípio, embora não recente em nosso sistema jurídico, merece ser fortalecido e rememorado de maneira adequada. À luz de uma condizente consideração deste, podem ser renovados diversos institutos do direito público. Aquele ainda permite oferecer nova legitimação à aplicação abrangente e geral do direito público na disciplina da administração pública e permite um controle mais efetivo da competência discricionária de agentes públicos. Desfeitar a sua relevância no contexto dos demais princípios do Estado Social, apenas pode satisfazer os que advogam a chamada “fuga para o direito privado”, que mais parece uma “debandada para o direito privado”¹⁸.

Disto posto, pode-se passar para a discussão quanto à nova ordem gerencial trazida pelas mudanças globais que dizem que:

Esse modelo para nova gerência pública apresenta como características: contextualizar o cidadão como cliente em foco; dar o sentido claro da missão da organização

17 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

18 MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. In: Revista do Serviço Público, v.51, n. 2, abril/junho, 2000.

4/15 pública; delegar autoridades; substituir normas por incentivos; elaborar orçamentos baseados em resultados; expor operações do governo à concorrência; procurar soluções de mercado e não apenas administrativas; e medir o sucesso do governo pelo cidadão. Também tem como princípios: reestruturação, reengenharia, reinvenção, realinhamento, e reconceituação¹⁹.

Ouve-se falar de maneira generalizada acerca do conceito de Planejamento Estratégico (PE), e nas organizações de forma generalizada ainda são encontradas séries de interpretações diferenciadas em relação a esta ferramenta da administração. O Planejamento Estratégico, que se tornou o alvo-mor de consideração da alta administração das empresas, volta-se para as medidas positivas que um empreendimento poderá tomar para enfrentar ameaças e aproveitar oportunidades presentes em seu ambiente de trabalho.

Vários tipos de empreendimentos sólidos chegam à mesma conclusão acerca desta atenção sistemática à estratégia, configurando-a enquanto uma atividade útil e necessária para o enquadramento nos paradigmas emergentes. Pode-se averiguar ainda que empresas pequenas, médias e grandes, distribuidores e fabricantes, bancos e instituições sem finalidade de lucro, todos os tipos de organizações devem dedicar-se à elucidação dos caminhos que sejam mais adequados aos seus interesses e estejam em consonância com os modelos postos²⁰.

Com relação ao ambiente dos negócios, a grande maioria dos pensamentos são convencionais sobre planejamento estratégico. Isto designa que o estabelecimento de metas e a formulação de planos para atingi-las, é mal conduzida e em algumas ocasiões obsoleta. Há organizações que perdem tempo excessivo e esforço do corpo intelectual precioso – que poderia ser investido no desenvolvimento de algum aspecto lucrativo no que concerne às empresas privadas – tentando planejar e realizar um prognóstico de seu futuro. Criam-se

19 JONES, L. R. e THOMPSON, F. Um modelo para a nova gerência pública. In: Revista do Serviço Público, v. 51, n. 1, janeiro/março, 2000.

20 ALDAY, Hernan E. Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. In: Revista da FAE, v.3, n.2, maio/agosto, 2000.

planos estratégicos vultosos no aspecto temporal e de complexidade, apoiados em orçamentos detalhados, estimativas de recursos, planos táticos e dispendiosos cronogramas. Entretanto a maioria desses esforços tem pouca ligação com o êxito dos negócios.

Dados de alguns estudos já apontaram que líderes organizacionais tendem a confundir os vocábulos orçamento e planejamento quando questionados sobre a organização empresarial, utilizando os vocábulos como sinônimos em alguns momentos. Enquanto instituições estatais, por exemplo, nas quais os orçamentos são quase em sua totalidade dirigidos para os custos da folha de pagamento, o líder simplesmente extrapola os custos do ano vigente para o ano seguinte, com correções para ajustes de salários e fatores relacionados ao custo de vida. Todos eles compõem seus orçamentos corretamente, com mínimas mudanças, e o processo passa de um ano para outro. Quanto a esta elucubração sobre uma atividade com base no orçamento ilude as pessoas, levando-as a pensar que estão executando um planejamento, contudo de fato frequentemente há muito pouco ou nenhum planejamento²¹.

2.2 Estratégias na literatura

Abaixo segue uma parte da enunciação dividida em etapas acerca da execução de um processo de planejamento estratégico²⁰.

Etapas 1 - Execução de uma análise do ambiente: O processo de administração estratégica tem início com a análise do ambiente, isto é, com o processo de monitorar o ambiente organizacional para identificar os riscos e as oportunidades presentes e futuras. Nesse contexto, o ambiente organizacional encerra todos os fatores, tanto internos como externos à organização, que podem influenciar o progresso obtido através da realização de objetivos da organização. Os administradores devem compreender o propósito da análise do ambiente, reconhecer os vários níveis existentes no ambiente organizacional e entender as recomendações das normas para realizar uma análise do ambiente.

21 ALBRECHT, Karl. Programando o futuro. São Paulo: Makron Books, 1994.

Etapa 2 - Estabelecimento de uma diretriz organizacional: A segunda etapa do processo de administração estratégica é o estabelecimento da diretriz organizacional ou determinação da meta da organização. Há dois indicadores principais de direção para os quais uma organização é levada: a missão e os objetivos organizacionais. A missão organizacional é a finalidade de uma organização ou a razão de sua existência. Os objetivos são as metas das organizações. Há outros dois indicadores de direção que, atualmente, as empresas estabelecem: a visão, que é o que as empresas aspiram a ser ou se tornar, e os valores, que expressam a filosofia que norteia a empresa e a que a diferencia das outras.

Etapa 3 - Formulação de uma estratégia organizacional: A terceira etapa do processo é a formulação da estratégia. Esta é definida como um curso de ação com vistas a garantir que a organização alcance seus objetivos. Formular estratégias é projetar e selecionar estratégias que levem à realização dos objetivos organizacionais. O enfoque central está em como lidar satisfatoriamente com a concorrência. Assim que o ambiente tenha sido analisado e a diretriz organizacional estipulada, a administração é capaz de traçar cursos alternativos de ação em um esforço conhecido para assegurar o sucesso da organização.

Etapa 4 - Implementação da estratégia organizacional: Nesta quarta etapa colocam-se em ação as estratégias desenvolvidas logicamente que emergiram de etapas anteriores ao processo de administração estratégica. Sem a implementação efetiva da estratégia, as organizações são incapazes de obter os benefícios da realização de uma análise organizacional, do estabelecimento de uma diretriz organizacional e da formulação da estratégia organizacional.

Etapa 5 - Controle estratégico: O controle estratégico é um tipo especial de controle organizacional que se

concentra na monitoração e avaliação do processo de administração estratégica no sentido de melhorá-lo e assegurar um funcionamento adequado.

Os dados supracitados poderão servir de base para posterior construção de uma reflexão e instrumento preliminar para se investigar a relação entre o jurídico, na comarca citada, e a produtividade em nível de planejamento estratégico mínimo.

Nota-se que, ainda recorrendo-se sobre a eficiência e o planejamento interno em instituições, na aplicabilidade desta noção a organizações do âmbito público, encontra-se motivo para cuidado ao menos sobre dois sustentáculos fundamentais, o primeiro do conteúdo objetivo de seu uso e o segundo da necessária definição do aspecto de eficiência em questão, evitando o desmerecimento do proposto conceito para avaliar instituições do âmbito público.

Quando se disserta sobre sua relação ao conteúdo objetivo quer se dizer a sua aplicabilidade, tendo por base os fins da organização em análise, no que pode ser averiguado na possibilidade de analisar a eficiência de produção e gerencial dos processos judiciários, mas não é possível a análise do Poder Judiciário do ponto de vista das noções de eficiência da forma como foi proposto e são comumente alvo os empreendimentos privados²².

No que concerne a uma breve revisão bibliográfica sobre reforma da administração pública, nota-se a ideia de que modelos flexíveis de gestão pode reduzir a dualidade negativa existente entre desempenho e controle. Contudo não parece caber um aspecto real a esta proposição já que há dois motivos para tanto: 1) a essência da organização é a capacidade de oferecer resultados esperados por meio de um processo de transformação qualquer, bem como 2) o desempenho é aferido com base em um padrão sujeito a ambiguidades²³.

22 BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: Reforma do Estado e administração pública gerencial. Orgs. Luis Carlos e Peter Kevin Spink, tradução Carolina Andrade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

23 BUENO, R.L.P. Análise da eficiência técnica dos modelos de gestão dos hospitais públicos do Estado de São Paulo no período de 2000 a 2001. São Paulo: FGV/EAESP, 2004 (Dissertação de Mestrado).

No tocante à primeira ideação, se a essência da organização é que por seu intermédio, o resultado é obtido com menor esforço, faz-se sem sentido a existência de organizações públicas em um mercado de cidadãos-consumidores que consigam obter por si resultados com esforço menor – caso se desconsiderem os aspectos institucionais. Já no tocante à segunda ideação, a definição do padrão de desempenho não se dá de forma neutra, ou seja, sempre há interesses e poder envolvido – o que corrobora o sentido de capital e poder na sociedade controlada por uma economia global multifacetada que manipula economias regionais de maneira encadeada e delas depende.

Porém desconsiderando essas duas variáveis faltaria responder ainda a seguinte questão: Quem é o responsável pela definição do padrão de comparação entre as possíveis eficiências entre os empreendimentos? Alterando o enfoque da análise, é possível afirmar que as formas flexíveis de hoje correspondem a burocracias leves, contudo que aparentam ser eficientes, na maior parte das vezes baseadas na expectativa de desempenho futuro, explicitado por contratos de gestão, termos de parcerias e/ou convênios, nas quais o processo de produção se dá de forma descentralizada, porém muito provavelmente determinado pelo objetivo do principal expresso em políticas centrais para elaboração e métricas para esses instrumentos contratuais.

Faz-se mister destacar que os modelos flexíveis de hoje poderão não estar adaptados às contingências de amanhã e assim terem sua eficiência reduzida. Consequentemente tanto o padrão de desempenho, como a essência das organizações públicas padecerão reduzindo sua eficiência, aumentando o custo das transações na produção de serviços/ produtos causando instabilidade e imprevisibilidade para seus beneficiários – o que corrobora a ideia de que os empreendimentos se moldam à guisa de uma economia global com vistas ao consumidor, selecionando os empreendimentos por esta medida: o atendimento eficiente das expectativas capitalistas²⁴.

Nos dias de hoje é possível encontrar nas capitais brasileiras os centros de serviços integrados, antes dispersos em localizações distintas

24 FIGUEIREDO, M.F. e FIGUEIREDO, A.M.C. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. In: Textos IDESP, n. 15. São Paulo, 1986.

por determinação regional e, algumas vezes, estatal quanto a certos tipos de incentivos. Concernente a certas eventualidades, algumas das unidades dispersas que atendiam o público são fechadas tendo em vista que as novas instalações são mais eficientes, em termos produtivos – seja pela distribuição de pessoal de maneira efetiva, seja pela aquisição de material que torne o ambiente mais dependente de tecnologia, contudo menos dependente de burocracias em formato de papel que poderiam levar dias para transitar de uma mesa a outra sem a devida enunciação de chegada ou protocolização adequada e acessível. Entretanto uma situação é divisada, depois de decorridos cinco anos com o advento do governo eletrônico, há inexistência de demanda pelos seus serviços. No que diz respeito ao papel da central, que hoje se mostra altamente eficiente e maximizadora de recursos produtivos, amplamente utilizados pelas repartições, poderia ser equiparada às antigas repartições de origem.

2.3 Transparência como etapa avaliativa da eficiência e planejamento

A importância de os tribunais adotarem a Resolução 102 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determina a divulgação de informações referentes aos gastos dos tribunais de todo o país na internet, é um dos assuntos do momento que atende ao princípio da publicidade descrito na Constituição Federal de 1988 e, ao mesmo tempo, torna pública a gestão financeira e orçamentária dos Tribunais.

Espera-se que a Resolução 102 se torne o Siafi do Judiciário.

Criado em 1986, o Siafi (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal) deu mais responsabilidade aos administradores públicos, pois a execução da despesa deve ter a correspondente previsão orçamentária.

O controle, antes adstrito ao parlamento, passa a ser de toda a sociedade seja no tocante aos gastos públicos seja quanto à publicação de suas despesas.

O Conselho Nacional de Justiça, com a aprovação da Resolução 102, objetiva dar transparência aos gastos do Poder Judiciário, padronizar

as informações orçamentárias e financeiras e, em consequência, comparar os tribunais de acordo com o contexto de cada um.

A transparência, tornada pública por meio da revelação dos gastos dos Tribunais, pode indicar se houve expectativa infundada de receita, descompasso do estimado e a real ocorrência das despesas, não escalonamento das prioridades ou ineficiência de gerenciamento.

O não cumprimento das etapas legais do planejamento orçamentário torna os gastos irregulares demonstrando a falta de gestão administrativa.

Ainda que seja aconselhado o abandono do formalismo exacerbado de alguns modelos orçamentários como, por exemplo, o da União, a transparência demonstra que o gasto foi bem realizado, pois é por meio dela que se mensura a eficiência e a racionalidade do administrador.

O Poder Judiciário, detentor de autonomia orçamentária, não é dispensado da obrigação de elaborar orçamentos com antecedência sendo aconselhável a participação do magistrado para tanto.

Concernente à participação do magistrado ou quanto aos componentes do sistema judiciário, cabe ainda a discussão acerca do mito administrativo acerca de que quem executa não tem ou não deve ter poder de decisão. Esta é uma presunção que não se sustenta, mesmo em uma organização altamente centralizada, pois quem está no topo da pirâmide administrativa não tem condição de centralizar todo o poder decisório. Atualmente se privilegia um modelo organizacional em que se concilie a descentralização do poder decisório, assim como das funções administrativas de planejamento, execução e controle, concebendo-se mais amplamente os membros da organização como gestores. É concepção de que a gestão é um processo organizacional que deve ser coletivizado dentro da organização, envolvendo todos os setores.

O crescente desenvolvimento de tecnologia conhecida enquanto “da informação” oferece novas possibilidades de ganho de transparência pelas organizações. A empregabilidade dos novos

recursos tecnológicos da informatização pode melhorar a qualidade da informação produzida pela organização; outrossim, por outro lado, independentemente disso, tem impacto extraordinário sobre o seu acesso, haja vista que, por meio da informatização, a organização tanto pode conhecer-se melhor, como também pode dar-se a conhecer melhor ao seu ambiente externo. Esta dupla concepção, por meio da qual a informatização expõe e, portanto, ‘transparentiza’, se assim pode ser chamada, a organização, submetem-na a mudanças potenciais imensuráveis²⁵.

No que concerne à autoridade hierárquica formal da organização, que corresponde à sua propalada hierarquia, geralmente recebe e resiste o quanto é possível a este processo de ‘transparentização’, tentando refreá-lo, devido ao histórico de sobrepujância dos direitos e deveres envolvidos na administração pública e confronto com interesses pessoais, além do longo histórico de ausência de investigações rotineiras referente ao conhecimento dos gastos com relação aos bens públicos.

Não se pode ser contra a informatização, mas “detê-la”, isto é, “circunscrevê-la a determinados processos organizacionais” parece ser um meio utilizado amplamente na administração pública. Esse tipo específico de defesa do poder formal acaba se expressando de modo inconsciente, construído via ausência de regulação específica e averiguação. Vez por outra, a autoridade se dá conta de informação, de fatos, que vem ao seu conhecimento, que ela prefere não divulgar. O sigilo acaba triunfando, em detrimento da transparência, pela inércia, pela acomodação de quem detém o poder. Na ausência, no Brasil, de uma efetiva obrigação legal de informar, a não ser quando há provocação específica da cidadania, a autoridade sente-se liberada para divulgar a informação que lhe convém. É o que, certamente tem acontecido nas organizações privadas e públicas, em face do avanço dos processos de informatização, os quais são de uma tendência inevitável do mundo contemporâneo²⁶.

25 ABRAMO, Claudio Weber. Corrupção e desenvolvimento humano. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/DesHum.pdf>. Acessado em: 28/10/2010.

26 KLAUS, Frey *et alii*: O acesso à informação, in: Bruno Wilhelm Speck (org.): Caminhos da transparência. Análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas, Editora Unicamp, 2002.

2.4 Dados acerca do possível planejamento em nível de transparência real

A adaptação às mudanças ambientais e crescente estabilização do sistema interno baseado em previsões concretas e estratégias pré-delineadas perpassam pelo que se conhece enquanto “planejamento estratégico”²⁷.

Este estudo serviu-se de quatro distintas linhas, das quais uma diz respeito à presente proposta: orçamento e capital humano, presente no quadro ao lado, extraído do estudo anterior.

Como mostra a figura, há necessidade de – em relação à estrutura e tecnologia - 1) Dotar o Poder Judiciário de Rondônia de estrutura de pessoal adequada e proporcional ao atendimento da demanda, 2) garantir a infraestrutura apropriada às atividades administrativas e judiciais, 3) Disponibilizar os sistemas essenciais de TI. Quanto ao orçamento, assegurar recursos orçamentários para a execução da estratégia.

Ainda com relação ao estudo anterior⁷, há possíveis soluções como a própria reorganização do sistema judiciário a partir de medidas internas, partindo do planejamento acadêmico. Dentre as medidas possíveis, a determinação dos limites de cada poder e de cada instância do Judiciário a partir do esclarecimento à população do que vem a ser cada vara ou elucidação quanto ao encadeamento dos procedimentos judiciais.

Um estudo buscou este planejamento estratégico em nível de Poder Judiciário em Rondônia²⁸.

27 KOTLER, P. Administração de *marketing*: análise, planejamento, implementação e controle. Atlas: São Paulo, 1995.

28 CIDADE, Ione Grace do Nascimento e ALMEIDA, Angelina Gomes de Brito. Planejamento estratégico: fatores condicionantes no processo de implementação no Poder Judiciário do Estado de Rondônia. In: VI Congresso Nacional de Excelência em Gestão: Energia, Inovação, Tecnologia e Complexidade para a Gestão Sustentável. Disponível em: http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg6/anais/T10_0291_1089.pdf.

Visão de Futuro

Ser uma instituição acessível, que promova Justiça com celeridade, qualidade e transparência

Atributos de Valor para a Sociedade

Acessibilidade
Ética
Imparcialidade
Modernidade
Probidade
Equidade
Responsabilidade Social e Ambiental

Credibilidade

Eficiência Operacional

Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos

- Inovação metodológica operacional

Alinhamento

Garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades

- Obediência da estratégia
- Continuidade das ações
- Gestão de projetos
- Gestão democrática participativa

Acesso ao Sistema de Justiça

Facilitar o acesso à Justiça

- Democratização do acesso
- Reduzir distância física aos órgãos jurisdicionais

Promover a efetividade no cumprimento das decisões judiciais

- Execução das decisões

Atuação Institucional

Promover política de responsabilidade social e ambiental

- Economia verde
- Gestão ambiental
- Inclusão social e desenvolvimento
- Concentração de talentos e valores

Melhorar a Comunicação com o público externo

- Papel e iniciativas do Judiciário
- Análise de processos e administrativos
- Transparência e integridade clara

Estrutura, Infraestrutura e Tecnologia

Dotar o PJRO de estrutura de pessoal adequada e proporcional ao atendimento da demanda

- Alocação de pessoas

Garantir a infra-estrutura apropriada às atividades administrativas e judiciais

- Segurança física institucional
- Adequação das instalações e equipamentos

Disponibilizar os sistemas essenciais de TI

- Suporte à estratégia
- Segurança da informação
- Adequada infraestrutura de comunicação

Orçamento

Assegurar recursos orçamentários para a execução da Estratégia

- Execução dos recursos planejados
- Incremento das fontes de receita

Desenvolvimento de Pessoas

Desenvolver ações que garantam aos servidores e magistrados conhecimentos, habilidades e atitudes essenciais ao alcance da Estratégia

- Gestão e execução da estratégia
- Gestão administrativa
- Gestão de projetos

Comportamento Organizacional

Promover o comprometimento dos servidores e magistrados com a execução da Estratégia

- Comunicação interna
- Cultura orientada a resultados
- Clima organizacional

Promover a saúde e a segurança dos servidores e magistrados

- Segurança das pessoas
- Qualidade de vida

Valorizar o conhecimento e a competência dos servidores e magistrados

- Reconhecimento da criatividade e proatividade
- Valorização do desempenho
- Adequar condições de trabalho às demandas

A estrutura, a organização e a administração do Poder Judiciário se mostram inadequadas para a realidade social atual, principalmente quando se relacionam a entrada de processos e os julgados.

Com efeito, toda vez que se argumenta acerca da necessidade de reforma, aborda-se apenas a questão processual como se ela fosse a causa e a solução de todos os problemas afetos a Justiça²⁹.

A busca da celeridade na prestação jurisdicional deve, igualmente, ser pensada por meio de um planejamento estratégico aplicado ao longo dos anos, sem solução de descontinuidade, estabelecido com abordagem de metas e resultados, a fim de atingir o sucesso em cada administração exercida.

Revela-se, pois, necessário garantir uma continuidade na administração judiciária sob pena de não evolução e comprometimento de todo o trabalho desenvolvido ao longo dos anos.

Assim, a mudança na cultura jurídica - no que diz respeito ao seu aspecto administrativo - é fundamental para garantir uma prestação jurisdicional de excelência.

É vital, portanto, que se garanta um planejamento e uma continuidade na administração judiciária, pois isto, em verdade, constitui um imperativo constitucional que não se coaduna com a falta de planejamento como ocorre, por exemplo, quando Tribunais gastam o orçamento ao final do ano para que não haja devolução de dinheiro.

O envolvimento dos juízes de 1º grau, de igual modo, é recomendável porque não se mostra razoável a justificativa de que asoberbados com o excesso invencível de trabalho não participem do planejamento estratégico quando deveriam, em corresponsabilidade com os Tribunais, conhecer os problemas inerentes ao Poder que integram e apontar as soluções que reputam indicadas à melhora da prestação jurisdicional.

Vários itens precisam ser conhecidos e planejados como, por exemplo, o relativo ao acompanhamento de custos a fim de

29 PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. In: *Seminário Internacional. Sociedade e a Reforma do Estado*. Disponível em: <http://raceadm3.nuca.ie.ufrj.br/buscarace/Docs/acpinheiro2.pdf>

que o planejamento estratégico e a própria gestão possam ser dimensionados, o que traduz a ideia de que o dinheiro público precisa ser bem gasto.

Concernente ao bloco segundo do painel que discutiu o planejamento estratégico, magistrados se reuniram para apresentar propostas de aperfeiçoamento do Judiciário. O palestrante Marcos Alaor Grangeia, ilustre Desembargador do Estado de Rondônia, tratou dos principais desafios existentes em cartórios. “Os juízes não dão muita importância a dois grandes problemas dessas unidades judiciais: a ausência de uma administração ativa de casos e a má gestão do fluxo físico de processos”³⁰, explicou. “É urgente o estabelecimento de um modelo de gestão, e ninguém fará esta tarefa por nós”, completou.

Dando sequência ao painel, Roberto Bacellar falou da importância de se medir o índice de satisfação dos jurisdicionados na prestação dos serviços. Para Bacellar, a escuta deve ser qualificada. “Talvez não tenhamos uma segunda oportunidade de causar uma boa impressão”, disse o juiz³¹.

Encerrando o painel, Alexandre de Moraes falou da importância dos órgãos de reformulação do Judiciário, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), institutos dos quais o Secretário já fez parte. “Os Conselhos devem se preocupar com o macro. A administração do Judiciário, como um todo, cabe aos tribunais”³¹, afirmou.

Como conclusão, foram definidos três pontos importantes para estimular o aprimoramento do Judiciário: o que concerne à separação de atos administrativos de gestão dos atos institucionais; o embate de ideias dos administradores e não de seus currículos, em pejeiras internas; e a necessidade da criação de um Conselho voltado exclusivamente para a Justiça Estadual, em razão do grande volume de processos vindos dessa esfera do Judiciário³².

30 Notícia veiculada em sítio virtual datando de 4/11/2009. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/index2.asp?secao=mostranoticia&mat_id=19627. Acessado em: 28/10/2010.

31 Notícia veiculada em sítio virtual datando de 30/11/2009. Disponível em: http://www.amb.com.br/congresso/?secao=mostranoticia&mat_id=19156. Acessada em: 28/10/2010.

32 _____. Informativo da Associação dos Magistrados Brasileiros: Edição Especial XX Congresso Brasileiro de Magistrados. Distrito Federal, 2009.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

3.1 Quanto a dados locais

A carência e desproporção de servidores nas unidades judiciárias de 1º grau têm revelado dados preocupantes aos juízes titulares das referidas unidades. Tendo isto em vista, a Comarca do Estado do Acre publicou uma resolução³³ acerca da lotação de recursos humanos nas Unidades Judiciárias, Diretorias do Foro e outros serviços. Os principais trechos que dissertam sobre a problemática levantada no estudo seguem abaixo:

Art. 10. Os profissionais lotados no Núcleo de Conciliação e Mediação – COMED atenderão prioritariamente as Varas de Família, podendo ser distribuídos consoante disciplina da Diretoria do Foro.

Art. 12. Os cargos efetivos previstos nesta Resolução, quando existentes servidores aprovados em concurso, serão providos de acordo com a necessidade justificada pelo respectivo Magistrado e segundo a conveniência da Presidência do Tribunal de Justiça.

De posse dos artigos da resolução supracitada, destaca-se o papel central do Magistrado na distribuição de pessoal de acordo a observância das normas e aqui se enquadra o papel deste trabalho, da própria reflexão acerca do funcionamento do organismo sob sua responsabilidade. Cabendo-lhe, então, ter instrumentos de medida de 1) eficiência, 2) avaliação de pessoal e competências e 3) temporalidade de cada procedimento em, sugere-se, intervalos não regulares para melhor prover uma avaliação na qual não haja preparação direta por parte dos funcionários, cabendo-lhes o cumprimento do dever para o qual foram lotados durante o tempo em que se apresentam no âmbito do trabalho.

Há ainda documentos que visam controlar o contingente de pessoal nos organismos jurídicos, objetivando manutenção mínima de servidores para cumprimento do dever como na Portaria Conjunta

³³ Resolução n. 17/2009 (Anexo I).

n. 83 na Comarca do Distrito Federal (Anexo II) e ainda na Resolução 17 da mesma Comarca (Anexo III).

Estas referências apontam para o começo de uma organização e proteção quanto à lotação de pessoal, com previsão de mínimo de servidores para o cumprimento das obrigações locais deste poder, contudo ainda há necessidade de uma investigação acerca de instrumentos válidos que meçam de maneira adequada e quantitativa a propalada eficiência com relação à temporalidade dos procedimentos deste poder.

De posse disto, a preocupação com a carência de servidores nas unidades provavelmente crescerá, pois ano após ano são estabelecidas Metas do Poder Judiciário.

Dentre as fixadas para os anos de 2009 e 2010, estão previstas as que estabelecem o julgamento de todos os processos distribuídos até 2006 e a redução do estoque em número superior ao distribuído e de pelo menos 10% do acervo dos processos na fase de cumprimento ou execução.

O atendimento desses novos objetivos do CNJ para o ano de 2010 e aquelas que surgirem nos anos subsequentes exige que seja feita uma reavaliação do quadro funcional do Poder Judiciário de forma proporcional à demanda.

Saliente-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe um teto para o gasto com pessoal. Todavia, mesmo com obediência à reportada lei, mostra-se possível a reformulação do quadro pessoal e a consequente estrutura logística correspondente a fim de evitar distorções seja no que diz respeito à distribuição dos recursos financeiros, seja no que diz respeito ao pessoal lotado em cada unidade judiciária.

Os quadros 1 e 2 a seguir demonstram a diferença/ desproporção entre o número de processos e o número de servidores (com correspondente distribuição material) nas varas da Comarca de Cacoal, no interior do Estado de Rondônia³⁴:

34 Dados solicitados à COINF (Coordenaria de Informática da Comarca de Cacoal) e Diário Oficial n. 172/2009, de 16/9/2009, p. 16.

Tabela 3. Funcionários por especialidade por Vara.

Cate- goria Funcio- nal ou Cargo	Especiali- dades	Nível	1ª Vara Cível		2ª Vara Cível		3ª Vara Cível		4ª Vara Cível		1ª Vara Criminal		2ª Vara Criminal		Juizado- Especial Cível e Criminal			
			Cartório	Gabinete do Juiz	Cartório	Gabinete do Juiz	Cartório	Gabinete do Juiz	Cartório	Gabinete do Juiz	Cartório	Gabinete do Juiz	Cartório	Gabinete do Juiz	Cartório	Gabinete do Juiz	Posto Avançado	
Técnico Judiciá- rio	Escrivão	Superior	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	-	
	Apoio Técnico	Médio	8	1	8	1	8	1	8	1	8	1	8	1	8	1	2	
	Sub-Total			9	1	9	1	9	1	9	1	9	1	9	1	9	1	2
Cargos de Con- fiança e Funções Gratifi- cadas	Assessor de Juiz	Superior (Bacha- rel em Direito)	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	
	Conciliador	Superior (Pref. Bacha- rel em Direito)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4	-	1	
	Secretário(a) do Juiz(a)	Médio	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	
	Chefe de Cartório	Médio	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	1	-	-	
	Sub-Total			1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	5	2	1
TOTAL				10	3	10	3	10	3	10	3	10	3	10	3	13	3	3

Vara	G1	G2	G3	G4	G5	G6	G7	G8	G9	G10	G11	G12	G13	G14	G15	G16	G17	G18	G19	G20	G21	G22	G23	G24	Total
1ª Vara Cível	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	585	527	200	949	110	30	9	377	0	0	0	2787
2ª Vara Cível	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1	472	194	31	944	100	30	5	304	0	0	0	1	2083
3ª Vara Cível	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	585	513	190	970	110	53	7	377	0	0	0	0	2806
4ª Vara Cível	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	7	3	1	12	1	1	0	9	0	0	0	0	34
1ª Vara Criminal	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	221	0	0	352	529	82	0	0	1184
2ª Vara Criminal	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	217	0	0	347	543	75	0	0	1183
1ª Vara do Juizado Especial Cível	0	773	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	773
2ª Vara Cível (Juizado Infância e Juventude)	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24	349	183	102	6	2	5	73	0	0	0	0	744
1ª Vara do Juizado Especial Criminal	0	392	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	393

Para desenvolvimento pelos servidores públicos da função que lhes é afeta com presteza, eficiência e celeridade deve ser efetivada medida de reestruturação do quadro funcional.

Não por outro motivo, foi apresentada como uma das principais sugestões do 3º Workshop realizado no dia 4 de fevereiro, em Brasília, a adequação da força de trabalho existente nos Tribunais, de forma que pelo menos 75% da mão-de-obra atuem na atividade fim do Poder Judiciário, observada a proporção entre a quantidade de servidores no 1º e no 2º graus e o respectivo número de processos distribuídos.

Tal sugestão não foi, infelizmente, posteriormente incluída nas Metas de Nivelamento para o ano de 2010; diga-se infelizmente porque a referida sugestão asseguraria igualdade de tratamento a todos os magistrados.

Sem a inclusão como meta do CNJ para 2010, a sugestão foi acolhida como recomendação aos Tribunais.

Em que pese se tratar de recomendação, tal medida proporcionaria melhor distribuição do quadro pessoal viabilizando uma melhora na entrega da prestação jurisdicional.

Dentre os dados supracitados na tabela, o Total é o que se torna fundamental para encadeamento das ideias a partir deste ponto, no qual a teoria foi enunciada e os dados propalados.

Algumas questões são importantes para tornar efetiva a compreensão da proposição desta pesquisa:

- 1) a 3ª Vara Cível possui a maior quantidade de processos;
- 2) a 4ª Vara, a menor; saliente-se que, por ocasião da colheita de dados relativos ao número de processos, a respectiva vara era recém instalada;
- 3) as 1ª e 2ª Varas Cíveis têm quase a mesma quantidade de processos se juntarmos à última, a distribuição cumulativa do Juizado da Infância afeta a sua distribuição;

4) as Varas Criminais têm cerca de 40% (quarenta por cento) da distribuição das Varas Cíveis;

5) O Juizado Especial (Cível e Criminal) possui, igualmente, cerca de 40% (quarenta por cento) da distribuição das Varas Cíveis com a maior quantidade, entre todas as unidades judiciárias, de servidores.

Constitui-se, então, fundamental determinar a distribuição de equipamentos e materiais de acordo com os processos de um ponto de vista estratégico. Contudo isto não acontece.

Os dados apontam que o número de equipamentos e materiais estão correlacionados ao número populacional e a distribuição uniformizada.

3.2 Quanto à relação a parte do apanhado da literatura

Ao que tudo diga respeito, o Poder Judiciário de posse de um levantamento bibliográfico sugere que os culpados pela morosidade da Justiça são 1) o número excessivo de processos e 2) a defasagem da legislação em vigor; o Poder Legislativo põe a culpa no Poder Judiciário e em sua estrutura organizacional, reclamando por “controle externo”; e o Poder Executivo continua governando via medidas provisórias e culpando os outros dois.

Então, faz-se necessário envidar esforços para que a garantia concreta dos direitos e tudo mais não se resumam a um silogismo leviano e para que não vivamos na carne a melancólica metáfora construída:

Na praça, há um enforcado, condenado à morte pelo juiz. A sentença foi executada, mas era injusta: o enforcado era inocente. Quem é o responsável pelo assassinato daquele inocente? O legislador, que na sua lei estabeleceu em abstrato a pena de morte, ou o juiz, que a aplicou em concreto?

O legislador e o juiz, um e outro, encontram um meio para lavar a alma, com o pretexto do silogismo.

O legislador diz: - Não tenho culpa por aquela morte,

posso dormir tranquilo: a sentença é um silogismo, do qual construí apenas a premissa maior, uma inócua fórmula hipotética, geral e abstrata, que ameaçava a todos mas não atingia ninguém. Quem o assassinou foi o juiz, porque foi ele quem, a partir das premissas inócuas, tirou a conclusão homicida, a *lex specialis* que ordenou a morte daquele inocente.

Mas o juiz diz, por sua vez: Não sou culpado daquela morte, posso dormir tranquilo: a sentença é um silogismo, do qual não fiz nada mais que extrair a conclusão, a partir da premissa imposta pelo legislador. Quem assassinou foi o legislador com a sua lei, a qual já era uma *sententia generalis*, em que estava encerrada a condenação daquele inocente.

Lex specialis, sententia generalis assim, legislador e juiz remetem um ao outro a responsabilidade; e um e outro podem dormir sonos tranquilos, enquanto o inocente balança na forca³⁵.

No que tange ao trabalho sobre morosidade na justiça¹³, pode-se averiguar em sua abordagem dos dados os utilizadores do sistema judiciário como sujeitos de pesquisa. E ainda responde quanto à imagem que melhor representa este poder no Brasil, as opções foram a) Não sabe ou não opinou, b) museu, c) carro de fórmula 1, d) caramujo e e) labirinto. Cabe a esta última categoria o maior percentil (63%) de respostas. Mostrando que, mesmo que a maioria dos sujeitos esteja na categoria quanto à divisão populacional entre os de nível superior incompleto (37,1%), não há um esclarecimento quanto aos trâmites pelos quais os procedimentos jurídicos passam, o que pode tornar a visão do processo um labirinto.

A ausência de enunciações públicas quanto aos procedimentos pode ser determinante também para o desconhecimento dos procedimentos supracitados. Além da ausência de uma informatização que enuncie os

35 CALAMANDREI, Peiro. Eles os juízes vistos por um advogado. (Trad. Eduardo Brandão) 1ª ed. Florença: Martins Fontes, 2000, pp. 273-274.

caminhos percorridos por meio de protocolos virtuais e os possíveis a ser percorridos posteriormente. Isto poderia diminuir a “sensação de labirinto” que este poder tomou com o passar do tempo.

CONCLUSÕES

De posse dos enunciados acima, pode-se afirmar o seguinte:

1) Há um modelo de gestão que não está largamente difundido no poder público, principalmente ao que concerne ao Poder Judiciário, alvo desta pesquisa;

2) Há necessidade da melhoria na gestão do Judiciário tendo em vista: a) o aumento populacional, b) o aumento do acesso à informação dos direitos e deveres e c) à reclamação quanto a direitos constitucionalmente garantidos;

3) O modelo burocrático clássico pode ter servido anteriormente quando os pontos acima não estavam amplamente em voga;

4) O modelo de gestão, a partir de um planejamento estratégico, parece ser fundamental para as instituições privadas, servindo como paradigma claramente eficaz que pode ser implantado no setor público, dadas as devidas proporções, limitações e possibilidades legais;

5) Necessidade de informação dos magistrados enquanto componentes da gestão do Judiciário quanto ao repasse de verbas e sua alocação apropriada, seguindo moldes privados de “distribuição proporcional de meios” que parece ser um legado socialista, mas que se ajusta perfeitamente aos moldes capitalistas e que na engenharia é chamado de “compensação de falhas” – buscando aplacar os erros antigos e minimizando futuros erros aumentando a capacidade geracional de um determinado “rolamento”;

6) Busca por informações quanto aos recursos tanto humanos quanto materiais periodicamente, por parte dos juizes responsáveis, e divisão por sua carga de trabalho a partir de dados de “entrada de processos”, como na tabela anterior, cuja redistribuição dos recursos supracitados podem dirimir a “morosidade” do processo jurídico e

aumentar a credibilidade deste diante da população leiga, o que pode aumentar o repasse de capital devido à visualização social da capacidade resolutiva deste sistema a partir de uma lógica de mercado;

7) Capacitação dos magistrados para observar, prever e controlar os gastos, analisar organogramas e planilhas concernentes à sua atuação e propor medidas que acelerem a decisão dos processos, tornando eficiente o sistema e transparente para a população;

8) Constante avaliação das problemáticas regionais quanto aos tipos de processos recebidos e sua adequação a estes, com criação de “rotinas de tratamento” (como no caso de patologias) que sejam amplamente alardeadas e estejam à disposição de outros magistrados para que possam importar estes modelos e;

9) Criar uma rede de relações funcionais entre juízes e advogados que perpassa pela discussão de estratégias que permitam celeridade, coerência e cumprimento justo dos processos.

A partir destas afirmativas, cabe construir um *check-list* de atividades que um juiz responsável por uma vara pode levantar para posterior decisão quanto aos procedimentos necessários para tornar célere o procedimento jurídico como um todo, podendo ser discutido em estudos posterior que lhe insiram quesitos ou apontem melhorias para compreender o sistema em questão.

Check List para Juízes como base de avaliação de Varas

	Dados quanto à entrada de processos disponível e periodicamente (4 meses) atualizado, com médias de crescimento ou decrescimento.
	Dados quanto ao número de pessoas em cada vara, com função e tempo de dedicação disponível periodicamente (4 meses), com quadro de faltas efetivas.
	Relação de produtividade por semana por juiz.
	Padrão de execução de relatórios diários quanto à entrada e à julgamento de processos.

	Disponibilidade de material adequado (computador, mesa e impressora, quando necessário) para cada funcionário.
	Distribuição de atividades internas de acordo com competências e necessidade da Vara.
	Rede de computadores disponível para 1) comunicação interna, 2) conhecimento de resultados, 3) conhecimento de processos, 4) distribuição de atividades e funções.
	Sumarização de atividades realizadas, com números precisos semanalmente, para postagem pública e conhecimento (e avaliação interna).

No tocante à existência ou não do procedimento enunciado, marcar para o primeiro caso com (✓) e no segundo com (X). No caso de haver cumprimento parcial, preencher com (---).

Este instrumento deve servir como base para reflexão e posterior instrumentalização quanto aos procedimentos que tornem céleres os procedimentos jurídicos.

O que está contido no *check-list* pode ser relacionado ao trabalho de ALDAY (2000)³⁶, na qual sugere a etapa de “análise do ambiente”, “estabelecimento de uma diretriz organizacional” para posterior “formulação de uma estratégia organizacional. Pode-se ainda relacionar estes apontamentos à relação dos funcionários por especialidade na Tabela 3.

Se os dados acima propostos forem relacionados à Tabela 4, ainda há maior probabilidade de investigação quantitativa quanto à entrada de processos, a funcionários e de como realizar um planejamento estratégico adequado, dividindo-se os funcionários entre as varas com maiores entradas de processo, tornando céleres os procedimentos.

Ainda, sugere-se que os funcionários tenham conhecimento de todo o procedimento de “entrada de processos”, evitando-se desta forma que o absenteísmo de algum funcionário impeça o andamento correto e apropriado dos processos.

36 ALDAY, Hernan E. Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. In: Revista da FAE, v.3, n.2, maio/agosto, 2000.

BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Informativo da Associação dos Magistrados Brasileiros: Edição Especial XX Congresso Brasileiro de Magistrados. Distrito Federal, 2009.

ABRAMO, Claudio Weber. Corrupção e desenvolvimento humano. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/DesHum.pdf>. Acessado em: 28/10/2010.

ADORNO, Sérgio e PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. Tempo social. São Paulo: EDUSP, v. 19, n. 2. Novembro, 2007.

ALBRECHT, Karl. Programando o futuro. São Paulo: Makron Books, 1994.

ALDAY, Hernan E. Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. *In: Revista da FAE*, v.3, n.2, maio/agosto, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo*. Salvador, v. 1, n.4. novembro/dezembro, 2005.

ASSAFIM, João Guilherme de Lima. Morosidade da Justiça. Disponível em http://www.udf.edu.br/downloads/pesquisas_juridicas/morosidade_da%20justica.pdf, acessado em 5/10/2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In: Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Orgs. Luis Carlos e Peter Kevin Spink, tradução Carolina Andrade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BUENO, R.L.P. Análise da eficiência técnica dos modelos de gestão dos hospitais públicos do Estado de São Paulo no período de 2000 a 2001. São Paulo: FGV/EAESP, 2004 (Dissertação de Mestrado).

CALAMANDREI, Peiro. Eles os juízes vistos por um advogado. (Trad. Eduardo Brandão) 1ª ed. Florença. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 273-274.

CIDADE, Ione Grace do Nascimento e ALMEIDA, Angelina Gomes de Brito. Planejamento estratégico: fatores condicionantes no processo de implementação no Poder Judiciário do Estado de Rondônia. In: VI Congresso Nacional de Excelência em Gestão: Energia, Inovação, Tecnologia e Complexidade para a Gestão Sustentável. Disponível em: http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg6/anais/T10_0291_1089.pdf.

Constituição de Portugal, § 1º, art. 52.

Dados solicitados à COINF (Coordenaria de Informática da Comarca de Cacoal) e Diário Oficial n. 172/2009, de 16/9/2009, p. 16.

FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 5ª ed.

FIGUEIREDO, M.F. e FIGUEIREDO, A.M.C. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. In: Textos IDESP, n. 15. São Paulo, 1986.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

IDESP – Relatório de Pesquisa “Justiça e Economia”. São Paulo, 2000.

Inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal.

JONES, L. R. e THOMPSON, F. Um modelo para a nova gerência pública. In: Revista do Serviço Público, v. 51, n. 1, janeiro/março, 2000.

KLAUS, Frey *et alii*: O acesso à informação, in: Bruno Wilhelm Speck (org.): Caminhos da transparência. Análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Editora Unicamp, 2002.

KOTLER, P. Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle. Atlas: São Paulo, 1995.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. In: Revista do Serviço Público, v.51, n. 2, abril/junho, 2000.

MONREAL, Eduardo Novoa. O direito como obstáculo à transformação social. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Notícia veiculada em sítio virtual datando de 4/11/2009. Disponível em: http://www.amb.com.br/porta1/index2.asp?secao=mostranoticia&mat_id=19627. Acessado em: 28/10/2010.

Notícia veiculada em sítio virtual datando de 30/11/2009. Disponível em: http://www.amb.com.br/congresso/?secao=mostranoticia&mat_id=19156. Acessada em: 28/10/2010.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *In*: Revista da Faculdade de Direito de Campos, vol. IV, n. 4, 2003-2004.

PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual na Justiça do Trabalho. Revista Ltr, São Paulo, v. 72, n.1, setembro, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *In*: Revista do Serviço Público. Rio de Janeiro, v. 47, n. 1, Maio, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. *In*: *Seminário Internacional. Sociedade e a Reforma do Estado*. Disponível em: <http://raceadm3.nuca.ie.ufrj.br/buscarace/Docs/acpinheiro2.pdf>.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: perspectivas de reforma. Opinião Pública, v. 10, n. 1. Unicamp: Campinas, maio, 2004.

TARANTA, Ângela. Conceito de ordem pública e bons costumes nos contratos. Portugal: Verbo Jurídico, 2008.

TEUBNER, Gunther. *Apud* ARAGÃO. O princípio da eficiência. *In*: Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Salvador, v. 1, n.4. novembro/dezembro, 2005.

VERGARA, Sylvia Constant. Características do mundo contemporâneo e as repercussões na gestão municipal. *In*: Propostas para uma gestão pública municipal efetiva. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ANEXO I

RESOLUÇÃO Nº 17/2009

Estabelece a dotação de pessoal para as Unidades Judiciárias e Diretorias do Foro e outros serviços das Comarcas do Estado do Acre.

O Conselho de Administração do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, no uso de suas atribuições previstas no art. 23, da Lei Complementar Estadual nº 47, de 22 de novembro de 1995 e art. 27, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Acre,

Considerando as mudanças havidas desde a edição das Resoluções nºs 06 e 07, ambas de 05 de janeiro de 2006, com significativo aumento da demanda pelos serviços judiciários, sem o proporcional aumento dos recursos humanos;

Considerando que a fixação de nova dotação de pessoal para as Unidades Judiciárias e Diretorias do Foro é imprescindível para a gestão de pessoal e de recursos materiais deste Poder;

Considerando, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça tem concitado os Tribunais Brasileiros a adotarem medidas e mecanismos suficientes ao enfrentamento dos desafios impostos à Justiça, como, v. g., a redução da taxa de congestionamento, maior eficiência operacional e acesso ao sistema de justiça mais facilitado,

RESOLVE:

Art. 1º Fica estabelecida na Comarca de Rio Branco a seguinte dotação de pessoal:

1. Diretoria de Foro:

1.1. Secretaria de Administração – SEADM

- a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de secretário;
- b) 8 (oito) auxiliares judiciários, sendo 4 (quatro) deles com FC-3;
- c) 4 (quatro) auxiliares de serviços diversos; e
- d) 2 (dois) estagiários.

1.2. Setor de Atendimento ao Público, Telefonia, Emissão de Certidões e Guias – SEATE

- a) 1 (um) servidor com FC-5 para a função de chefe de setor; e
- b) 2 (dois) auxiliares judiciários com FC-3.

1.3. Seção de Contadoria - CONTA

- a) 1 (um) Avaliador-Contador (PJ-DAS-101.4) – chefe da seção;
- b) 2 (dois) auxiliares judiciários com FC-3; e
- c) 2 (dois) estagiários.

1.4. Seção de Partidoria - SEPAR

- a) 1 (um) Partidor (PJ-DAS-101.4) – chefe da seção;
- b) 2 (dois) auxiliares judiciários; e
- c) 2 (dois) estagiários.

1.5. Seção de Protocolo - SEPRO

- a) 1 (um) servidor com FC-5 para a função de chefe da seção; e
- b) 5 (cinco) auxiliares judiciários, sendo 2 deles com FC-3.

1.6. Seção de Distribuição - SEDIS

- a) 1 (um) Distribuidor (PJ-DAS-101.4) – chefe da seção;
- b) 1 (um) auxiliar judiciário com FC-5 para a função de distribuidor auxiliar;
- c) 8 (oito) auxiliares judiciários, sendo 4 (quatro) deles com FC-3; e
- d) 2 (dois) estagiários.

1.7. Central de Mandados - CEMAN

- a) 1 (um) servidor chefe da central;
- b) 1 (um) servidor chefe auxiliar da central;
- c) 8 (oito) auxiliares judiciários, sendo 4 (quatro) deles com FC-3;

d) 50 (cinquenta) oficiais de justiça; e

e) 2 (dois) estagiários.

1.8. Núcleo de Conciliação e Mediação - COMED

a) 6 (seis) conciliadores.

1.9. Núcleo de Serviço Social e Psicologia - SESOP

a) 11 (onze) assistentes sociais;

b) 11 (onze) psicólogos; e

c) 1 (um) pedagogo.

1.10. Núcleo de Taquigrafia e Degração - NUTAD

a) 4 (quatro) taquígrafos; e

b) 4 (quatro) auxiliares.

2. Unidades Judiciárias:

2.1. Varas Cíveis e Criminais

2.1.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.1.2. Secretaria de Vara

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 1 (um) escrivão substituto (PJ-DAS-101.2);

c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e

d) 2 (dois) estagiários.

2.2. Varas do Tribunal do Júri

2.2.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.2.2. Secretaria de Vara

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 1 (um) escrivão substituto (PJ-DAS-101.2);

c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e

d) 2 (dois) estagiários.

2.2.3. Apoio de Plenário

a) 2 (dois) auxiliares judiciários, sendo 1 (um) deles com FC-1.

2.3. Juizados Especiais Cíveis

2.3.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.3.2. Secretaria

a) 1 (um) secretário geral (PJ-DAS-101.4);

b) 1 (um) secretário substituto (PJ-DAS-101.2);

c) 10 (dez) servidores efetivos (preferencialmente oito auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 6 (seis) deles com FC-1; e

d) 4 (quatro) estagiários.

2.3.3. Serviço de Conciliação e Mediação

a) 5 (cinco) juízes leigos; e

b) 3 (três) conciliadores.

2.4. Juizados Especiais Criminais

2.4.1. Gabinete

- a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e
- b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.4.2. Secretaria

- a) 1 (um) secretário geral (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) secretário substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1 e
- d) 2 (dois) estagiários.

2.4.3. Serviço de Conciliação e Mediação

- a) 4 (quatro) conciliadores.

2.5. Turmas Recursais dos Juizados Especiais

2.5.1. Secretaria Única das Turmas Recursais

- a) 1 (um) secretário geral (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) secretário substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 8 (oito) servidores efetivos (preferencialmente dois auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 4 (quatro) deles com FC-1; e
- d) 4 (quatro) estagiários.

2.5.2. Assessoria dos Juizes Membros (cada Turma Recursal)

- a) 3 (três) oficiais de gabinete (PJ-DAS-101.4);

2.6. Núcleo de Juizado de Trânsito

2.6.1. Subsecretaria de Núcleo

- a) 1 (um) subsecretário;
- b) 1 (um) subsecretário auxiliar;

c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 2 (dois) deles com FC-1; e

d) 2 (dois) estagiários.

2.6.2. Serviço de Conciliação e Mediação

a) 1 (um) juiz leigo; e

b) 2 (dois) conciliadores.

2.6.3. Serviço de Atendimento Móvel e Perícia

a) 1 (um) chefe de setor (FC-6) para a função de coordenador da equipe técnica;

b) 1 (um) auxiliar judiciário;

c) 3 (três) servidores com FC-3 para a função de escrevente e conciliador;

d) 3 (três) servidores com FC-4 para a função de perito e avaliador;

e) 3 (três) motoristas; e

f) 2 (dois) estagiários.

2.7. Núcleo de Conciliação – Juizado Especial – Faculdades

2.7.1. Assessoria

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 (preferencialmente técnico judiciário ou assistente jurídico).

2.7.2. Subsecretaria de Núcleo

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário do núcleo;

b) 3 (três) auxiliares judiciários, sendo 1 (um) deles com FC-1; e

c) 4 (quatro) estagiários.

2.7.3. Serviço de Conciliação e Mediação

a) 1 (um) juiz leigo; e

b) 2 (dois) conciliadores.

2.8. Núcleo de Conciliação – Juizado Especial – Vila do “V”
– Porto Acre

2.8.1. Subsecretaria

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário do núcleo; e

b) 3 (três) auxiliares judiciários.

2.9. Núcleo de Conciliação – Juizado Especial - Centro Integrado de Cidadania – Porto Acre

2.9.1. Subsecretaria

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário do núcleo; e

b) 3 (três) auxiliares judiciários.

2.10. Núcleo da Justiça Comunitária e Itinerante

2.10.1. Subsecretaria

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário;

b) 3 (três) auxiliares judiciários, sendo 1 (um) deles com FC-1.

2.10.2. Justiça Comunitária - Equipe Operacional

a) 1 (um) auxiliar judiciário; e

b) 1 (um) assistente social.

2.10.3. Justiça Itinerante - Equipe Operacional

a) 1 (um) auxiliar judiciário; e

b) 1 (um) conciliador.

2.11. Central de Execução de Penas Alternativas – CEPAL

2.11.1. Assessoria

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 (preferencialmente técnico judiciário ou assistente jurídico).

2.11.2. Subsecretaria

a) 1 (um) subsecretário (FC-6);

b) 1 (um) subsecretário auxiliar (FC-5);

c) 8 (oito) servidores efetivos (preferencialmente seis auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1;

d) 1 (um) motorista;

e) 4 (quatro) estagiários.

§ 1º Além de suas atribuições específicas, a Secretaria de Administração da Diretoria do Foro responderá pelos serviços de administração dos edifícios, depósitos e arquivos judiciais e coordenará as atividades dos núcleos COMED, SEOP e NUTAD.

§ 2º Os Núcleos da Justiça Comunitária e o da Justiça Itinerante, bem como os do Juizado Especial da Vila do “V” e do Centro Integrado de Cidadania de Porto Acre, ficam vinculados ao 3º Juizado Especial Cível da Comarca de Rio Branco.

§ 3º O Núcleo do Juizado de Trânsito e o Núcleo de Conciliação do Juizado Especial – Faculdades – ficam vinculados ao 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Rio Branco.
§ 4º A Central de Execução de Penas Alternativas fica vinculada à Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco.

Art. 2º Fica estabelecida na Comarca de Cruzeiro do Sul a seguinte dotação de pessoal:

1. Diretoria do Foro:

1.1. Secretaria de Administração - SEADM

a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de secretário;

b) 4 (quatro) auxiliares judiciários, sendo 2 (dois) deles com FC-3;

c) 2 (dois) auxiliares de serviços diversos;

d) 1 (um) agente de segurança;

e) 2 (dois) motoristas; e

f) 2 (dois) estagiários.

1.2. Setor de Atendimento ao Público, Telefonia, Emissões de Certidões e Guias - SEATE

a) 1 (um) servidor com FC-5 para a função de chefe do setor;

b) 2 (dois) auxiliares judiciários.

1.3. Seção de Distribuição, Contadoria e Partidoria

a) 1 (um) Contador-Distribuidor-Partidor (DAS-101.3);

b) 5 (cinco) auxiliares judiciários; e

c) 2 (dois) estagiários.

1.4. Central de Mandados - CEMAN

a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de chefe da central;

b) 2 (dois) auxiliares judiciários;

c) 8 (oito) oficiais de justiça; e

d) 2 (dois) estagiários.

1.5. Núcleo de Serviço Social e Psicologia - SESOP

a) 3 (três) assistentes sociais; e

b) 3 (três) psicólogos.

1.6. Núcleo de Conciliação e Mediação - COMED

a) 4 (quatro) conciliadores.

2. Unidades Judiciárias:

2.1. Varas Cíveis e Criminais

2.1.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente

dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.1.2. Secretaria de Vara

- a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) escrivão substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e
- d) 2 (dois) estagiários.

2.2. Segunda Vara Cível

2.2.1. Gabinete

- a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e
- b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.2.2. Secretaria de Vara

- a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) escrivão substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e
- d) 2 (dois) estagiários.

2.2.3. Subsecretaria de Vara - Área de Infância e Juventude

- a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de subsecretário;
- b) 3 (três) auxiliares judiciários, sendo 2 (dois) deles com FC-1.

2.3. Juizado Especial Cível

2.3.1. Gabinete

- a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4);
- b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.3.2. Secretaria de Vara

- a) 1 (um) secretário-geral (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) secretário substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e
- d) 2 (dois) estagiários.

2.3.3. Serviço de Conciliação e Mediação

- a) 4 (quatro) juízes leigos; e
- b) 2 (dois) conciliadores.

2.4. Juizado Especial Criminal

2.4.1. Gabinete

- a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4);
- b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.4.2. Secretaria de Vara

- a) 1 (um) secretário-geral (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) secretário substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1;
- d) 2 (dois) estagiários.

2.4.3. Serviço de Conciliação e Mediação

- a) 3 (três) conciliadores.

2.5. Central de Execução de Penas Alternativas – CEPAL

2.5.1. Subsecretaria

- a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de subsecretário;

- b) 1 servidor efetivo com FC-5 para a função de secretário auxiliar;
- c) 3 (três) servidores efetivos; e
- d) 4 (quatro) estagiários.

§ 1º Além de suas atribuições específicas, a Secretaria de Administração da Diretoria do Foro responderá pelos serviços de administração dos edifícios, depósito e arquivo judicial, e coordenará as atividades dos núcleos COMED e SESOP.

§ 2º A Central de Execução de Penas Alternativas fica vinculada à 2ª Vara Criminal da Comarca de Cruzeiro do Sul.

Art. 3º Fica estabelecida na Comarca de Brasília a seguinte dotação de pessoal:

1. Diretoria do Foro:

1.1. Secretaria de Administração - SEADM

- a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de secretário; e
- b) 1 (um) auxiliar de serviços diversos.

1.2. Setor de Distribuição, Contadoria e Partidoria

- a) 1 (um) Contador-Distribuidor-Partidor (PJ-DAS-101.3);
- b) 3 (três) auxiliares judiciários; e
- c) 2 (dois) estagiário.

1.3. Central de Mandados - CEMAN

- a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de chefe de seção;
- b) 1 (um) auxiliar judiciário;
- c) 6 (seis) oficiais de justiça; e
- d) 1 (um) estagiário.

1.4. Núcleo de Serviço Social e Psicologia – SESOP

- a) 1 (um) assistente social;

b) 1 (um) pedagogo; e

c) 1 (um) psicólogo.

2. Unidades Judiciárias:

2.1. Vara Cível

2.1.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4);

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.1.2. Secretaria de Vara Cível

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 1 (um) escrivão substituto (PJ-DAS-101.2);

c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e

d) 2 (dois) estagiários;

2.1.3. Subsecretaria de Juizado Especial Cível

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de subsecretário;

b) 4 (quatro) servidores efetivos (preferencialmente dois auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 2 (dois) deles com FC-1;

c) 1 (um) juiz leigo;

d) 3 (três) conciliadores; e

e) 2 (dois) estagiários.

2.2. Vara Criminal

2.2.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.2.2. Secretaria de Vara Criminal

- a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) escrivão substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e
- d) 2 (dois) estagiários.

2.2.3. Subsecretaria de Juizado Especial Criminal

- a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de subsecretário;
- b) 4 (quatro) servidores efetivos (preferencialmente dois auxiliares judiciários e dois técnicos judiciários), sendo 2 (dois) deles com FC-1;
- c) 2 (dois) conciliadores; e
- d) 2 (dois) estagiários.

Art. 4.º Fica estabelecida nas Comarcas de Acrelândia, Bujari, Epitaciolândia, Mâncio Lima e Manoel Urbano a seguinte dotação de pessoal:

1. Diretoria de Foro:

1.1. Secretaria de Administração - SEADM

- a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de secretário;
- b) 2 (dois) auxiliares judiciários; e
- c) 2 (dois) oficiais de justiça.

2. Unidade Judiciária

2.1. Vara Única

2.1.1. Gabinete

- a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.1.2. Secretaria Cível

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 3 (três) servidores efetivos (preferencialmente um auxiliar e dois técnicos judiciários), sendo 2 (dois) deles com FC-1;

c) 1 (um) estagiário.

2.1.3. Secretaria Criminal

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 2 (dois) servidores efetivos (preferencialmente um auxiliar e um técnico judiciário), sendo 1 (um) deles com FC-1; e

c) 1 (um) estagiário.

2.1.4. Subsecretaria de Juizado Especial Cível e Criminal

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário;

b) 2 (dois) auxiliares judiciários, sendo 1 (um) deles com FC-1;

c) 1 (um) juiz leigo;

d) 1 (um) conciliador; e

e) 1 (um) estagiário.

Art. 5º Fica estabelecida nas Comarcas de Assis Brasil e Capixaba a seguinte dotação de pessoal:

1. Diretoria do Foro:

1.1. Secretaria de Administração - SEADM

a) 1 (um) servidor com FC -6 para a função de secretário;

b) 1 (um) auxiliar judiciário; e

b) 2 (dois) oficiais de justiça.

2. Unidade Judiciária:

2.1. Vara Única

2.1.1. Gabinete

- a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e
- b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.1.2. Secretaria Cível e Criminal

- a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);
- b) 1 (um) escrivão substituto (PJ-DAS-101.2);
- c) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente dois auxiliares e três técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e
- d) 2 (dois) estagiários.

2.1.3. Subsecretaria de Juizado Especial Cível e Criminal

- a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de subsecretário;
- b) 2 (dois) auxiliares judiciários, sendo 1 (um) deles com FC-1;
- c) 1 (um) juiz leigo;
- d) 1 (um) conciliador; e
- e) 1 (um) estagiário.

Art. 6º Fica estabelecida na Comarca de Feijó e Tarauacá a seguinte dotação de pessoal:

1. Diretoria do Foro:

1.1. Secretaria de Administração - SEADM

- a) 1 (um) servidor com FC-6 para a função de secretário;
- b) 3 (três) auxiliares judiciários;
- c) 4 (quatro) oficiais de justiça; e
- d) 1 (um) auxiliar de serviços diversos.

1.2. Núcleo de Serviço Social e Psicologia – SESOP

a) 1 (um) assistente social; e

b) 1 (um) psicólogo.

2. Unidades Judiciárias:

2.1. Vara Única

2.1.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.1.2. Secretaria Cível

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e

c) 2 (dois) estagiários.

2.1.3. Subsecretaria de Juizado Especial Cível

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário;

b) 4 (quatro) servidores efetivos (preferencialmente dois auxiliares judiciários e dois técnicos judiciários), sendo 2 (dois) deles com FC-1;

c) 1 (um) juiz leigo;

d) 3 (três) conciliadores; e

e) 2 (dois) estagiários.

2.1.4. Secretaria Criminal

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnico judiciário), sendo 3 (três) deles com FC-1; e

c) 2 (dois) estagiários.

2.1.5. Subsecretaria de Juizado Especial Criminal

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário;

b) 4 (quatro) servidores efetivos (preferencialmente dois auxiliares e dois técnico judiciário), sendo 2 (dois) deles com FC-1; e

c) 2 (dois) conciliadores; e

d) 2 (dois) estagiários.

Art. 7º Fica estabelecida nas Comarcas de Plácido de Castro, Sena Madureira, Senador Guimard e Xapuri a seguinte dotação de pessoal:

1. Diretoria do Foro:

1.1. Secretaria de Administração - SEADM

a) 1 (um) servidor com FC6 para a função de secretário;

b) 4 (quatro) auxiliares judiciário;

c) 4 (quatro) oficiais de justiça; e

d) 2 (dois) auxiliares de serviços diversos.

2. Unidades Judiciárias:

2.1. Vara Cível

2.1.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.1.2. Secretaria Cível

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnicos judiciários), sendo 3 (três) deles com FC-1; e

c) 2 (dois) estagiários.

2.1.3. Subsecretaria de Juizado Especial Cível

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário;

b) 4 (quatro) auxiliares judiciários, sendo 2 (dois) deles com FC-1;

c) 1 (um) juiz leigo;

d) 3 (três) conciliadores; e

e) 2 (dois) estagiários.

2.2. Vara Criminal

2.2.1. Gabinete

a) 1 (um) oficial de gabinete (PJ-DAS-101.4); e

b) 3 (três) servidores efetivos com FC-6 (preferencialmente dois técnicos judiciários e um assistente jurídico).

2.2.2. Secretaria Criminal

a) 1 (um) escrivão judicial (PJ-DAS-101.4);

b) 5 (cinco) servidores efetivos (preferencialmente três auxiliares e dois técnico judiciário), sendo 3 (três) deles com FC-1; e

c) 2 (dois) estagiários.

2.2.3. Subsecretaria de Juizado Especial Criminal

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-6 para a função de secretário;

b) 4 (quatro) servidores efetivos (preferencialmente dois auxiliares judiciários e dois técnicos judiciários), sendo 2 (dois) deles com FC-1;

c) 2 (dois) conciliadores; e

d) 2 (dois) estagiários.

Art. 8º Fica estabelecida nos Núcleos de Conciliação – Juizado Especial - Centro Integrado de Cidadania dos municípios de Jordão,

Marechal Thaumaturgo, Porto Walter, Rodrigues Alves e Santa Rosa do Purus a seguinte dotação de pessoal:

1. Núcleos de Conciliação – Juizado Especial - Centro Integrado de Cidadania

1.1. Subsecretaria

a) 1 (um) servidor efetivo com FC-3 para a função de secretário do núcleo; e

b) 3 (três) auxiliares judiciários.

Art. 9º Os profissionais lotados no Núcleo de Serviço Social e Psicologia – SESOP atenderão prioritariamente as Varas de Família, Varas de Infância e Juventude e Central de Execução de Penas Alternativas, podendo ser distribuídos consoante disciplina da Diretoria do Foro.

Art. 10 Os profissionais lotados no Núcleo de Conciliação e Mediação – COMED atenderão prioritariamente as Varas de Família, podendo ser distribuídos consoante disciplina da Diretoria do Foro.

Art. 11 Os cargos em comissão e funções de confiança serão providos pela Presidência do Tribunal de Justiça, segundo indicação do Magistrado ao qual estejam diretamente vinculados.

Art. 12 Os cargos efetivos previstos nesta Resolução, quando existentes servidores aprovados em concurso, serão providos de acordo com a necessidade justificada pelo respectivo Magistrado e segundo a conveniência da Presidência do Tribunal de Justiça.

Art. 13 Compete à Diretoria de Recursos Humanos adotar as providências para observância da dotação de pessoal.

Art. 14 Permanecem em vigor as Resoluções ns. 6 e 7, do CONAD, ambas de 5 de janeiro de 2006, acrescidas da seguinte dotação de pessoal para a Comarca de Assis Brasil: 1 (um) escrivão judicial, 3 (três) auxiliares judiciários, 1 (um) juiz leigo, 1 (um) conciliador, 1(um) oficial de justiça e 1 (um) servidor com FC-6 para a função de secretário da Diretoria do Foro.

Art. 15 Esta Resolução entrará em vigor a partir da homologação do próximo concurso público para servidores efetivos do quadro de pessoal do Poder Judiciário do Acre, exceto no que consiste o artigo antecedente.

Publique-se.

Rio Branco, 2 de dezembro de 2009

Desembargador Pedro Ranzi

Presidente

Desembargador Adair Longuini

Vice-presidente

Desembargador Samoel Evangelista

Corregedor-Geral da Justiça

ANEXO II

PORTARIA CONJUNTA N. 83 DE 3 DE NOVEMBRO DE 2010

Retifica artigos contidos na Portaria Conjunta N. 74, de 11 de outubro de 2010, publicada no DJ-e em 18 de outubro de 2010.

O PRESIDENTE e o VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS e o CORREGEDOR DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, no uso de suas atribuições legais,

RESOLVEM:

Art. 1º Dar nova redação aos incisos I e II do Art.10, que passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10. (...)

I - para unidade de qualquer Área de Atuação, mediante substituição imediata, com anuência do gestor da unidade de origem;

II - entre unidades da Área Fim, mediante a anuência do gestor da unidade de origem, facultada a liberação sem substituição imediata.

(...)”

Art. 2º Dar nova redação aos incisos I e II do Art.11, que passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 11. (...)

I - mediante substituição imediata, com anuência do gestor da unidade de origem;

II - entre unidades da mesma Área de atuação, ou da Área Meio para a Área Fim-Apoio, com anuência do gestor da unidade de origem, sem necessidade de substituição imediata;

(...)”

Art. 3º Dar nova redação aos artigos 33 e 34, que passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 33. A equipe de trabalho dos magistrados de Primeiro Grau participantes de processo de remoção, de promoção ou de permuta será formada inicialmente por servidores designados para função comissionada, nomeados para cargo em comissão e, facultado ao interesse do magistrado, por até mais dois servidores lotados na unidade de origem do magistrado.

§ 1º A movimentação de até dois servidores não comissionados fica condicionada a:

I - Manutenção, na unidade de origem do magistrado, de um quantitativo de servidores que garanta o preenchimento de 50% da lotação de referência;

II - Existência de vaga na unidade de destino do magistrado.

§ 2º Os servidores não indicados para formação de equipe de magistrado deverão continuar exercendo as atividades na unidade organizacional em que se encontram localizados.

§ 3º Enquanto o cargo de titular do juízo permanecer vago, a modificação da localização dos servidores na serventia somente será permitida em caso de designação para função comissionada ou de nomeação para cargo em comissão ou de indicação de perícia médica do TJDFR.

§ 4º Excetuando-se as movimentações previstas para formação de equipe de magistrado, não haverá movimentação de servidores em unidades envolvidas em processo de remoção, promoção ou permuta de magistrados, até a homologação da titularização ou remoção.

Art. 34. A designação para funções comissionadas e a nomeação para cargo em comissão da unidade com titularidade vaga será formada preferencialmente por servidores participantes de Seleções Internas, indicados pelo SERESE, com ratificação da Corregedoria.

Parágrafo único. Enquanto o cargo de titular do juízo permanecer vago, a modificação da localização dos servidores na serventia somente será permitida em caso de designação para função comissionada ou de nomeação para cargo em comissão ou de indicação de perícia médica do TJDFT.”

Art. 4º Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação.

Desembargador OTÁVIO AUGUSTO BARBOSA

Presidente

Desembargador DÁCIO VIEIRA

Vice-Presidente

Desembargador SÉRGIO BITTENCOURT

Corregedor da Justiça

ANEXO III

RESOLUÇÃO 17 DE 1º DE SETEMBRO DE 2010

Disciplina a cessão e a requisição de servidores no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT.

O TRIBUNAL PLENO, no uso de suas atribuições legais e em virtude do que foi decidido na Sessão de 27 de agosto de 2010,

RESOLVE:

Art. 1º Disciplinar, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, a cessão e a requisição de servidores.

Art. 2º A cessão de servidores do TJDFT a outro órgão ou entidade obedecerá ao disposto em lei e atenderá ao estabelecido nesta Resolução.

Art. 3º É vedada a cessão de servidor:

I – em estágio probatório, exceto nos casos de nomeação para cargo em comissão;

II – quando o quantitativo de servidores cedidos ultrapassar 3% (três por cento) da força de trabalho do Tribunal;

III – localizado em unidade cujo quantitativo de servidores esteja muito abaixo da lotação de referência.

Art. 4º Aplica-se aos casos de requisição de servidores o disposto no art. 3º, incisos I e II.

Art. 5º Situações excepcionais, especiais e de interesse institucional acerca de cessão e de requisição de servidores serão decididas pelo Presidente do Tribunal.

Art. 6º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Desembargador DÁCIO VIEIRA

Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos
Territórios em exercício

ORIENTALISMO E O DIREITO INTERNACIONAL



**Vinicius Valentin Raduan
Miguel**

Advogado e sociólogo. Mestre em Direitos Humanos e Política Internacional pela Universidade de Glasgow.; Pós-graduado em MBA em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/Rio.

Sumário

1. Introdução.
2. Estrutura do discurso colonial.
3. Representações do Árabe-Palestino no discurso jurídico israelense durante o genocídio de Gasa.
4. Considerações finais.
5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO¹

1.1 Relações internacionais, eurocentrismo, colonialismo e a imagem do árabe-palestino durante o conflito em Gaza (2008-2009)

Este texto é resultado de inquietações. Fui profundamente perturbado pelos acontecimentos em Gaza.

¹ As visões trazidas neste texto – como todos os textos - são interpretações e, desta forma, politicamente posicionadas. Deixo claro, desde já, minha perspectiva situada na teoria pós-colonial. Registro os agradecimentos a Sueli Valentin Moro e Celso Naoto Kashiura Jr pela revisão do texto. Texto inicialmente apresentado no *II Simpósio Santiago Dantas* (UNESP, UNICAMP e PUC-SP, em Novembro de 2009).

A brutalidade colonialista² se mostrava mais uma vez em uma guerra aberta contra todos os limites aceitáveis para o exercício de sua violência. A mídia, que usualmente acobertando episódios desta natureza, foi obrigada a divulgar grandes manifestações ao redor do mundo³, acentuando o divórcio entre os níveis de violência “antiterror” aceitáveis pela sociedade daqueles praticados pelas potências colonizadoras. Israel lançou uma massiva operação de destruição em uma diminuta área da Palestina. O objetivo foi causa de disputa: por um lado foi alegado que os únicos fins seriam o massacre e arrasamento⁴ e de outro uma justificação vaga de alterar a situação de segurança no sul de Israel.

2 Por colonialismo estou descrevendo as mais variadas metodologias para controle de uma população/território por forças estrangeiras. Historicamente, foi constituído para assegurar o acesso à força de trabalho e recursos naturais a custos reduzidos. Na dimensão legal, o Direito Internacional reconhece aos povos o direito à autodeterminação como antítese ao colonialismo. Na “Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Relações amigáveis e cooperação entre os Estados” da Assembleia Geral da ONU (A/RES/25/2625 em 1970 *in* Brownlie, 1983) se afirma que o colonialismo (“sujeição dos povos à subjugação estrangeira, dominação e exploração”) é incompatível com os princípios da igualdade e autodeterminação e, portanto contrário à Carta da ONU. O Protocolo Adicional I à Convenção de Genebra (1977) também fez referência à prática, incluindo na gama de “conflitos armados” as guerras de libertação nacional definidas como lutas “contra dominação colonial, ocupação estrangeira ou regimes racistas” (art. 1º par. 4º) (*in* Roberts & Guelff, 2000). A história de Israel enquanto colonialismo - entendido simplesmente como transferência de uma população para um território ocupado por outro agrupamento populacional distinto - pode ser encontrado em Rodinson ([1967] 1988), Finkelstein (2003) e Said (1979).

3 Na segunda semana da agressão israelense, protestos eclodiram em Londres, Paris, Amsterdã, Berlim, Madri, Atenas e outras cidades europeias, somando dezenas de milhares de pessoas (The Associated Press, 2009).

4 Do outro lado, o Ministério de Relações Exteriores de Israel (MREI) declara ser uma “Guerra do Hamas contra Israel”, invertendo a agência de modo que Israel apenas se defende contra uma agressão iniciada pelo Hamas. Em seu FAQ (2009) sobre a operação militar, o MREI apresenta o lançamento de mísseis pelo Hamas como sua motivação. O fato é que Israel não atacou apenas pontos de lançamento de foguetes ou depósitos de armas (como exigiriam os requerimentos da necessidade e proporcionalidade para impedir uma imediata agressão), mas deliberadamente bombardeou escolas, hospitais e prédios governamentais. A suposta razão da guerra – os ataques com os artesanais foguetes qassam – apesar do grande número (8500 entre foguetes e morteiros) mataram 20 israelenses desde 2000. Por outro lado, os ataques israelenses, a partir de 2005 – data do suposto fim da ocupação de Gaza, quando Israel retirou-se da região embora mantendo o controle do espaço aéreo e fronteiras marítimas e terrestres – mataram 1700 palestinos (desconsiderando os outros 1400 assassinados na ofensiva de dezembro de 2008 e janeiro de 2009) (McGreal, 2009).

O texto irá buscar na tradição crítica de Edward Said (2003) o seu lineamento e demonstrar como o discurso colonial⁵ representou o árabe-palestino (Orientalismo) no discurso jurídico e filosófico durante o Genocídio. Apresentaremos como a *intelligentsia* israelense – o colonizador e orientalista no caso em análise – representou o árabe-palestino. Os dados utilizados são discursos, aqui entendidos em sentido foucault-saidiano amplo. Ou seja, discurso não só como “fala” e sim como estratégia de dominação. Discurso que não é neutro ou objetivo, mas politicamente carregado e levando mensagens não-perceptíveis, postulados ideológicos. Estes atos de fala tomados por densa roupagem político-ideológica desconstituem o sujeito real e o reconstituem em uma forma totalmente diferente. O árabe, por exemplo, é transmutado em algo maléfico por si só – como foi o índio ou o negro por toda a América.

Chamo de “discurso jurídico” os artigos publicados em periódicos e jornais acadêmicos contendo vocabulário pautado em uma argumentação legal principalmente fundada no Direito Internacional Público, Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos. Os artigos usados foram Bell (2008), Bryen (s.d.), Dershowitz (2009), Gold (2008) e Maurer (2009). Embora nem todos os autores sejam de nacionalidade israelense, foram agrupados nesta categoria por, em termos gerais, apresentarem semelhanças do ponto de vista político-ideológico e argumentativo pró-Israel. Estes autores e textos não são uma lista exaustiva, no entanto são significativos por representarem influentes think-tanks (Bryen e Gold) e reconhecidas universidades (Bell e Dershowitz). Em decorrência da exaustiva citação do material em inglês, os trechos mencionados foram traduzidos para facilitar a leitura. Finalmente, na delimitação temporal, este texto se detém ao genocídio de Gaza iniciado com a operação militar israelense no dia 27 de dezembro de 2008 e encerrada em 19 de janeiro de 2009 com mútuas declarações unilaterais de cessar-fogo.

5 Detenho-me às práticas do colonial/colonialismo concernentes à dimensão política e cultural, embora sabendo que os fatores econômicos são determinantes e indissociáveis. O discurso não existe no vácuo histórico-social e nem apartado de sua prática de deslocamento/“transferência”/expulsão da população palestina tradicional e substituição por uma população judaica-sionista convertida em uma cidadania israelense – ou seja, colonialismo no senso comum.

O orientalismo é parte da estratégia e prática colonial, podendo ser sintetizado como um discurso para o domínio, introduzido para a universalização de um modelo de controle territorial e populacional aplicado da Europa para o Oriente Médio. É uma forma particular de discurso em que o colonizador se autorrepresenta como “civilizado” e representa o outro como seu extremo oposto, isto é, “a barbárie”. O discurso orientalista foi então colocado à disposição das administrações imperialistas da Europa para controlar e ordenar o Oriente Médio. O orientalismo como saber acadêmico retido nas mãos da intelectualidade europeia acrescentou um poder moral ao poder militar e à superioridade religiosa: o orientalista/colonizador sabe sobre o Outro. Através do orientalismo é possível identificar percepções e representações comuns do Oriente produzidas pelos colonizadores – um mecanismo para assegurar e justificar a prevalência da superioridade colonial e inferioridade do colonizado (Said, 2003). Há um padrão (a estrutura do discurso colonial) de difícil reconhecimento por conta dos protegidos sistemas ideológicos.

2. ESTRUTURA DO DISCURSO COLONIAL

O discurso colonial é também método de transmissão de relações de poder: cria e/ou atualiza diuturnamente a hierarquização dos sujeitos. Alega (por meio de sua narrativa e violência simbólico-linguística) e assegura (por meio da coação física) um processo de dominação. A fala do colonizador é um conjunto de práticas violentas intencionais, buscando a subjugação psicossocial quando muitas vezes já foi assegurada a dominação político-econômica. Simultânea à desarticulação das instituições sociais do colonizado, ocorre a intencional prática para sua desumanização⁶ e inferiorização. A crueldade (materializada seja pela expulsão e tomada das terras, o assassinato em massa ou a degenerada destruição para instigar o pavor na população colonizada) nada mais que é que a consolidação desta prévia classificação do Outro/colonizado como o não-Eu/não-humano (Césaire, 1955; Fanon, 1991; Said, 2003; Sartre, 1985).

6 O agente colonizador assume que o colonizado não possui sequer semelhança com um ser humano: “A violência colonial não se faz somente com o objetivo de obter o respeito dos homens subjugados; ela busca desumanizá-lo” (Sartre *in* Fanon, 1991, p. 45).

O colonialismo não é um plano mental ou ato isolado; é inerentemente um conjunto de práticas para transformar o Outro em Outro, em um não-ser e contido nesta não-existência constituído como um sub-ser, obter a permissão para sua manipulação que pode ser sua eliminação por meio ou da remoção física (com a expulsão/o deslocamento territorial) ou mesmo da destruição total (com o extermínio físico e apagamento de suas entidades políticas, sociais e culturais). Para o colonizador não há nada de errado com a destruição do Outro - o Outro é justamente o Outro. Um não-ser pode então ser tornado no nada – o assassinato em massa sob a forma das expedições punitivas do colonizador é mera formalidade processual para a conformação do “selvagem” neste nada.

A estrutura do discurso colonial segue este padrão de nulificação do Outro: o Outro é criado a partir da negação do Eu em arquétipos dicotômicos (Said, 2003). O Outro não é uma criatura sem valores, “mas a negação dos valores [do colonizador]”, “ele é o mal absoluto” (Fanon, 1991, p. 72). O Outro é percebido como uma criatura bestial e não-humana cujo único idioma que compreende é o trovoar dos fuzis do colonizador. A violência do Outro é interpretada como comprovação de sua bestialidade contra o civilizado colonizador. A violência do colonizador é em si mesma autojustificada: violência que se apresenta como violência induzida contra a agressão [do Outro] e, desta forma, legítima defesa (Sartre, 1985). A violência das relações coloniais é resultado desta totalidade discriminatória que é o discurso colonial.

As relações coloniais envolvem subordinação do Outro através de extrema violência. A desarticulação econômica e arrasamento político-institucional são objetivos do colonizador ambicionando a prevalência das relações de domínio. O arrasamento político, social e cultural é perpetrado primordialmente pelo orientalismo, descrevendo o outro como uma caricatura do real. Mas o outro não é apenas descrito no orientalismo: ele é desconstituído e refeito como algo novo de tal maneira que o Oriente existente na narrativa do colonizador é uma representação ideológica sem conexão com o real. É fantasia do orientalista. A prática discursiva orientalista tem por objetivo criar uma entidade histórica e geográfica não apenas inventando o outro,

mas sujeitando-o, dominando-o e expropriando-o do direito de se “autoexplicar”, privando-os da fala e representando-os de maneira a impedir sua autorepresentação.

Ao fim, o orientalismo obtém hegemonia cultural e determina como o “eu” ocidental percebe e apreende o outro meso-oriental. Não apreendemos o mundo de forma objetiva, mas sob a cobertura ideológica do orientalismo. A forma pela qual entendemos o Oriente é distorcida pela grande narrativa Orientalista transmitida através de gravuras, literatura, filmes e atos de fala. O Outro é representado nesta forma distorcida e a representação – do Outro como total estranho, como inferior, como bárbaro atrasado e não-civilizado – é universalizada permitindo práticas que não são aceitas com o Eu (ou mesmo com diversos “Outros”), como por exemplo, a expulsão em massa e o assassinato coletivo (práticas que não seriam toleradas se exercitadas contra brancos-cristão-europeus ou afro-descendentes ou um albanês kosovar). O árabe/muçulmano/palestino⁷ foi representado como terrorista, personificação da fúria incivilizada e

7 No caso palestino – como em muitos outros – o processo para subdesenvolver a sociedade foi variado, iniciando pela brutal tomada da terra dos palestinos ao longo de várias décadas (tomada que foi acelerada nas guerras de 1948 e 1967 e aprofundada com a construção do Muro do Apartheid, em 2000). A Palestina não é pobre, foi pauperizada por anos de ocupação militar impedindo o desenvolvimento da indústria local para permitir a sua fácil submissão econômica, fornecendo por anos mão de obra barata até 2005. Em 2005, 8.000 colonos judeu-israelenses controlavam 25% do território de Gaza, incluindo 40% de toda a terra arável deixando o restante para um milhão e meio de palestinos (Shlaim, 2009). O controle de recursos permeia a tomada de recursos hídricos; de acordo com relatório divulgado pelo Banco Mundial em abril de 2009, Israel utiliza 80% da água disponível, violando os Acordos de Oslo e o Direito Internacional Humanitário e afetando diretamente o desenvolvimento da agricultura e saúde pública (Issacharoff, 2009). O governo israelense também estrangula qualquer possibilidade de desenvolvimento econômico palestino através do controle de fronteiras, impedindo a mobilidade de matérias-primas, produtos e pessoas. Mercadorias apodrecem aguardando passagem. Além disso, o clima de instabilidade política e permanentes toques de recolher impossibilitam o aproveitamento da força de trabalho. A insegurança de retornos serve de desestímulo para qualquer investimento e o controle de recursos naturais como terras cultiváveis e água são monopolizadas pelo colonizador (Roy, 1987), seja para seu uso ou alegando questões de segurança, fazendo com que o uso 30% da terra arável seja proibido (ICRC, 2009). Por fim, não podemos ignorar a sistêmica destruição de infra-estrutura, como estradas e construções. Atendo-nos ao Genocídio de Gaza, as forças armadas de Israel destruíram 209 indústrias e 724 estabelecimentos comerciais, 187 estufas e cerca de 10.000 estabelecimentos de pequena agricultura ou agricultura familiar foram arrasados. As indústrias reduziram em 97% sua atividade causando a perda de 70.000 empregos, atingindo a marca de 44% da população em idade produtiva desempregada (Al Mezan, 2009; ICRC, 2009; Mackenzie, 2009; UN, 2009).

manifestação da ameaça ao civilizado. O oriental é sempre associado aos adjetivos “extremista fanático religioso”, negação da “moderação científico-racional” (Said, 2003). Esta representação (preconceituosa e demonizante) se faz presente também no discurso jurídico-político, como será apresentado a seguir.

Apresento um adendo à tese clássica do orientalismo: a perspectiva da existência de um Orientalismo Jurídico. Não há apenas uma permeabilidade do discurso jurídico para com o orientalismo. Há algo de inovador em mediar a guerra através de discursos jurídicos. A linguagem jurídica invoca poder; pretende-se legítimo e “justo”, tal como as vozes do episcopado católico na Idade Média. O discurso jurídico traz para si o fardo de ser o determinante final, buscando ser decisivo para a resolução dos conflitos. Assim, o discurso jurídico substituiu os antigos atores na capacidade de definir o sagrado/pecaminoso e o lícito/ilícito. O Orientalismo Jurídico é um avanço potencialmente perigoso, mesclando a manipulabilidade advinda (i) da superioridade civilizatória do colonizador e (ii) a pretensa intangibilidade moral da justiça. Com essa dupla determinação de capitais simbólicos, o Outro é também duplamente enfraquecido: é racialmente/culturalmente inferior e, como se não bastasse, é ilegal/injusto. O Outro, através do Orientalismo Jurídico, navega então no limbo da criminalidade, da ilicitude e da imoralidade, para muito além da sua condição de bárbaro e bestial. Em momentos em que a legitimação para a violência colonial não pode surgir ou manter-se totalmente pela força da religião, o discurso jurídico-orientalista alimenta os agentes coloniais com uma nova fonte de virtude, que agora é provida da legalidade/juridicidade.

Estas práticas coloniais foram em grande parte permitidas ou legalizadas (consideradas permissíveis e aceitáveis) pelo orientalismo Jurídico. Exemplificando, a “Partilha da Palestina”, ato de brutalidade colonial supremo. Potências europeias estrangeiras (Inglaterra e França⁸) negociando terras⁹ com um segundo grupo (judeu-europeus sionistas¹⁰) esquecendo-se que estas terras eram ocupadas por terceiros

8 Negociação já secretamente definida no Acordo de Sykes-Picot (1916). Igualmente, a Declaração de Balfour (1917) antecede sua “juridicidade” efetivada no Tratado de Sèvres (1920).

9 A França acabaria ficando com o território da Síria e a Inglaterra com a Palestina e Iraque.

10 O objetivo destas negociações era ainda facilitar a criação de “um lar nacional” para um povo estrangeiro (o Estado judeu), permitindo a imigração destes estrangeiros e seu assentamento em território que não o seu original, uma colônia de povoamento.

(árabe-palestinos). O orientalismo permitiu tornar invisível¹¹ toda uma população local e o Orientalismo Jurídico deu-lhe as vestes de juridicidade. Em primeiro momento então, a Conferência de San Remo (Itália, 1920) referendada pela Sociedade das Nações (em 1922) constituiu o Mandato Britânico¹² para a Palestina, usando do Direito Internacional para efetivar os acordos coloniais. O mandato toma um território ocupado e adquirido militarmente e passa a tratá-lo como uma área de posse britânica, podendo dispor dela como bem entendesse. Posteriormente (e já com a dissolução da Sociedade das Nações), o Plano de Partilha da Palestina emitido pela Assembleia Geral da ONU¹³ (A/RES/181 II, 181 *in* Institute for Palestine Studies, 1980) fez exatamente a mesma coisa: atende solicitação da Potência Mandatária e sugere a divisão geográfico-política da região. Embora faltasse legitimidade para a Sociedade das Nações ou a ONU para decidir sobre o futuro dos povos à revelia da autodeterminação e vínculos territoriais deste, o Orientalismo Jurídico permitiu estas operações.

No ano seguinte, a antiga potência colonial (Inglaterra) retirou-se e uma nova entidade jurídica, Israel foi constituída (se não *de jure*, ao menos *de facto*), mantendo as relações coloniais para com os árabe-

11 Não é que os sionistas-colonizadores desconhecessem a existência dos árabes nativos, é que eles simplesmente não se importavam com isso (Finkelstein, 2003; Said, 1979). Um memorando do próprio Arthur Balfour ao seu secretário de assuntos internacionais George Curzon em 11 de agosto de 1919 é claro quanto a isto: “As quatro grandes potências estão comprometidas com o Sionismo e o Sionismo [...] é muito mais importante do que os desejos e preconceitos de 700.000 árabes que hoje habitam aquela terra ancestral. [...] Eu não acho que o Sionismo irá prejudicar os árabes, mas eles nunca irão dizer que o querem” (*in* Allain, 2004, p. 84; tradução nossa). Este trecho deixa evidente o reconhecimento da existência da população local e o desprezo pela opinião desta mesma população. Juridicamente, a Liga das Nações recepcionou a Declaração de Balfour em contradição com a sua carta constitutiva, onde os mandatos deveriam apenas assegurar a criação de Estados independentes de acordo com a autodeterminação dos povos que ali habitavam.

12 Em apenas um caso, o art. 1º do Mandato Britânico para a Palestina diz que “O Mandatário terá plenos poderes de legislação e administração (...)”. Se o Mandatário tem esta plenitude de poderes, fazendo o que lhe interessar, qual o espaço de atuação dos palestinos submetidos ao Mandato? A total autonomia do colonizador é a irrestrita subjugação do colonizado.

13 A resolução foi aprovada em 29 de novembro de 1947, tendo o Mandato Britânico data de término para 15 de maio de 1948. A resolução tem pouco valor jurídico, uma vez que a ONU não pode usurpar funções de Estados e não possuía soberania sobre a região em questão. Não menos importante, uma resolução da Assembleia Geral não tem força vinculante obrigando sua observação pelos Estados-membros (Allain, 2004).

palestinos. A velha tradição de ignorar os povos tradicionais¹⁴ não seria possível e foi preciso uma larga operação militar para o desalojamento, expulsando e impedindo o retorno destes. O Sionismo, repetindo o discurso colonial, apresentou o Outro/Palestino como não-detentor de direitos (sejam direitos coletivos como à independência política e autodeterminação, ou mesmo direitos individuais, como direito à vida, à propriedade e liberdade) e deu continuidade ao Orientalismo. As representações dicotômicas, típicas do Orientalismo, persistem: Israel é civilizado, a Palestina é barbárie; Israel é democrático, a Palestina é autoritária. E ignora-se a contradição política fundamental: Israel é um Estado que ocupa militarmente a Palestina e a Palestina é um território militarmente ocupado por Israel. Novamente, qual a fonte do pretenso direito de Israel em militarmente ocupar a Palestina pelos últimos 60 anos? Mais uma vez, o Orientalismo Jurídico irá conferir legalidade à brutalidade do colonizador e sua violência será mero exercício legítimo da força para a proteção de seus civis barbaramente atacados por criminosos palestinos, enquanto a violência do colonizado é barbárie criminosa contra o justo colonizador.

Uma única fonte perpetua todos os tipos de relações coloniais: a violência. Em relações entre colonizado e colonizador só há espaço para a força. A diferenciação preconceituosa quer assuma a fantasmagórica fachada de conflito étnico, religioso, linguístico, cultural, nacional ou uma combinação de todos estes, é uma diferenciação para segregação e opressão do colonizado. O Orientalismo é veículo para administração colonial, incorporando as representações do Outro no discurso acadêmico-científico – e no caso, jurídico – assistindo a expansão dos interesses coloniais (Iskandar, 2009; Said, 2003). O Orientalismo Jurídico toma forma de meios para justificar a subjugação do colonizado ou mesmo a de um manual com claras indicações do que e como fazer com o Outro, contribuindo para a preservação de um sistema de ideias e poder.

Estas descrições incorporadas na pesquisa científica passam

14 O historiador judeu-israelense Ilan Pappé (2007) descreve claramente o processo de limpeza étnica/genocídio da Palestina e desfaz o mito do pequeno Davi israelense enfrentando uma legião de Golias árabes. O cientista político judeu-estadunidense Norman Finkelstein (2003) também lida com os mitos da questão como o da inferioridade militar israelense ou suas ambições pacifistas.

a justificar o colonialismo baseando seus argumentos na lógica binária de que “nós” somos benevolentes e “eles” são traiçoeiros (Assayag, 2007; Iskandar, 2009; Said, 2003). Por esta razão, o colonizador/Israel tem o direito e o fardo de executar sua “violência civilizadora” através da colonização, atualizando e reforçando a mítica narrativa dualística do “civilizado” contra o “bárbaro”. A distinção é reforçada pela equivocada ideia de que o colonizador é movido pelos ideais de democracia e liberdade, enquanto o Outro não aceitou ou repudia integralmente estas ideias. Na última guerra em Gaza, como exemplo desta formulação, foram insistentes as antigas alegações de que Israel é “a única democracia do Oriente Médio” enquanto o Hamas é uma “organização terrorista” cujo único objetivo é a “destruição de Israel”. Além das eventuais críticas quanto aos problemas do regime democrático israelense e dos reais e pragmáticos objetivos do Hamas, outra questão deve ser ressaltada: que o antagonismo entre o “democrático Israel” e o “terrorista palestino” é repetição da visão orientalista de longa data. É exatamente a mesma acusação feita aos países árabes vizinhos em 1948, exatamente a mesma contra Gamal Abdel Nasser na década de 1960 e exatamente a mesma contra Organização para a Libertação da Palestina nos anos 1970. Isto reitera a noção de que o Oriente é uma região atrasada e que rejeita o progresso e modernização, mantendo a velha e única obsessão com a destruição de Israel, o que, certamente, não é verdadeiro.

Desta maneira, com a formação do Outro como ameaçador, desumano e maligno, a eliminação se prova como um processo interminável. O Outro não é apenas adversário com desacordos de ordem política, mas um inimigo sombrio que precisa ser destruído e cuja destruição é aceitável pelos padrões do intervencionismo benevolente do civilizado/colonizador com o objetivo de remodelá-lo, administrá-lo, guiá-lo e “democratizá-lo” *manu militari*, como se a única via aceitável fosse a reprodução da imagem do colonizador por meio de sua coerção generativa (Assayag, 2007). A próxima parte do texto irá descrever essas representações orientalistas no discurso jurídico.

3. REPRESENTAÇÕES DO ÁRABE-PALESTINO NO DISCURSO JURÍDICO ISRAELENSE DURANTE O GENOCÍDIO DE GAZA

O discurso colonial se dissemina por variados artefatos culturais e não seria diferente com a esfera jurídico-filosófica. Com esta transmissão da hegemonia colonial o discurso jurídico é instrumentalizado e passa a fazer apologia das relações de subjugação existentes. O vocabulário jurídico é cooptado e explorado para justificar e defender o colonialismo. Por esta razão, contém elementos “orientalistas”, ou seja, representações do árabe-palestino de acordo com a matriz hegemônica de pensamento, reforçando essa mesma hegemonia e fragilizando o uso do Direito Internacional como instrumento de contestação da violência colonial. A ideologia colonial serve como mecanismo de justificação e encobrimento do ódio preconceituoso do colonizador: perseguir injustificadamente, trancafiar ilegalmente e assassinar ordenadamente o Outro não é sequer percebido como ato de suprema ilegalidade. Se a civilização ocidental se define em oposição ao Oriente, o mesmo se dá com sua legalidade (Halдар, 2007). O genocídio não é visto como genocídio; o crime de guerra vira pura legítima defesa. Os discursos aqui estudados seguem este padrão que envolve a manipulação da argumentação filosófica e vocabulário jurídico para desumanizar o Outro, inferiorizá-lo e apresentá-lo como o agressor irracional. A violência colonial, no entanto, se mostra como a conformada e necessária defesa de uma vítima injustamente ultrajada.

Imagem 1: Representação do Ministério de Relações Exteriores de Israel



Imagem divulgada pelo governo de Israel onde se vê um grande míssil disparado contra um casal de adultos e um casal de crianças sob a inscrição “A guerra do Hamas contra Israel”. A família transmite a categoria de não militar. As crianças deixam explícitas no imaginário a condição de não combatente.

Fonte: Ministério de Relações Exteriores de Israel (2008)

O que fica claro é que o Orientalismo (Jurídico ou não) não é apenas descrição, é prática política para (des)ordenar/(re)estruturar. Não é um campo do saber acadêmico restrito a discussões herméticas. É um “fazer algo” com o Outro, que passa pela necessidade de se alcançar uma representação aceita por uma sociedade, como uma hegemonia no sentido gramsciano, produzindo consenso e aceitação. No caso em questão, a discussão voltou-se aos princípios do Direito Internacional Humanitário, notadamente o princípio da proporcionalidade que não pode ser distinto de seus gêmeos siameses, a distinção entre civis e combatentes e necessidade militar. Israel usou da manipulabilidade do argumento jurídico mobilizando o repertório orientalista que foi aceito pela opinião pública dada a persistência deste orientalismo – a aceitação do Outro/Palestino como o mal em oposição à bondade do Eu/Israel.

O primeiro ponto a ser combatido neste Orientalismo Jurídico é um documento oficial emitido pelo Ministério de Relações Exteriores de Israel¹⁵. A primeira frase atesta que “Israel está em um conflito que não causou”. Trágico argumento colonial, transferindo a culpabilidade para o colonizado. E a violência do colonizado é descontextualizada: a violência militar desde 1948 e a ocupação em 1967¹⁶ subitamente desaparecem. Para o orientalista, o roubo de terras palestinas não ocorreu e a obliteração de cidades inteiras ao longo destes anos nunca foi um fato. A limpeza étnica ao longo de 60 anos repentinamente não

15 Israeli Ministry of Foreign Affairs. Responding to Hamas attacks from Gaza – Issues of Proportionality. Dezembro – 2008. Disponível em http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/A1D75D9F-ED9E-4203-A024-AF8398997029/0/Responding_to_Hamas_Attacks_from_Gaza_december_2008.pdf Acesso em 17.07.2009. O texto encontra-se em inglês, para facilitar a compreensão foi traduzido para o português.

16 A resolução 242 do Conselho de Segurança da ONU, considerando a impossibilidade de aquisição territorial pela força, clama pela retirada israelense para as fronteiras anteriores estabelecidas em armistício. A resolução nunca foi observada e Israel permanece ilegalmente ocupando territórios sírios e palestinos.

existiu. Os grotescos mecanismos de controle físico, como o medonho muro¹⁷ construído desde 2000 cercando todas as saídas da Faixa de Gaza com o Egito e Israel não são mencionados. O estrangulamento econômico com o controle do espaço aéreo e marítimo, bem como o boicote e total bloqueio desde 2006 somem. Desta forma, o conflito é cinicamente descontextualizado de sua historicidade e apresentado como um bárbaro, injustificado e incompreensível ato de terrorismo do colonizado por si só. O terrorismo é incompreensível para o colonizador por conta de seu cinismo intencional.

O Orientalismo Jurídico vai além, transformando indivíduos – seres humanos – em categorias jurídicas abstratas de modo que seja lícito assassiná-las. A formação discursiva do Ministério de Relações Exteriores de Israel vai além. A estrutura do discurso colonial segue: “Israel foi forçado a atuar em defesa de seus cidadãos” “atacados pela organização terrorista Hamas”. “O Hamas não faz nenhum esforço para observar o Direito Internacional” e está sempre “em clara violação aos princípios do Direito Internacional Humanitário”, enquanto “Israel está comprometido a se limitar com uma resposta legal” (p. 1). “Israel aceita o fardo para assegurar que seus ataques contra alvos militares legítimos (...) sejam mantidos em níveis mínimos” (p. 5). E se “Israel procura minimizar os danos aos civis” o Hamas busca “deliberadamente” usar civis contra “os resultados inevitáveis de suas ações” (p. 5). A dicotomia não poderia ser mais polarizada. Israel defende, Hamas ataca; Israel observa a lei, Hamas viola a lei, Israel protege a população civil e lamenta suas trágicas mortes, o Hamas ambiciona matar civis.

Estes fatos poderiam ser aceitos como verdadeiros, se desconsiderado que Israel planejou o ataque por seis meses (Ravid, 2009) e que os delineamentos da estratégia empregada já haviam sido confessados sob o nome de Doutrina Dahiyah, aparecendo dois meses antes do ataque em Dezembro de 2008 (Mizroch e Gazzar, 2008). É nesta doutrina que a *intelligentsia* das forças armadas israelenses apresenta a tese da licitude do ataque a civil e governos que abriguem o que consideram terroristas. Além disto, em agosto de 2008 Ehud

17 Muro declarado ilegal pela Corte Internacional de Justiça em 2004, decisão ignorada pelo governo de Israel, que prossegue com sua arquitetura para a *apartheid*.

Olmert, então Primeiro-Ministro de Israel, promete o emprego de “força massiva”, usando de “todos os meios disponíveis” (Ravid, 2008) para atingir os inimigos de Israel. Em igual sentido, demonstrando o planejamento do uso excessivo de força, encontramos as declarações do major aposentado das forças armadas de Israel Giora Eiland que prometeu “a destruição da infraestrutura nacional e intenso sofrimento à população” como resposta (Eiland, 2008, p. 16). Ultimamente, quem usou pesada artilharia - o que só poderia resultar em vítimas civis - e bombardeou prédios de uso civil foi Israel – e não o Hamas. Independente dos fatos persiste a representação orientalista do palestino. Como o resultado de um antagonismo extremado de tudo que Israel é, o palestino é representado como tudo o que Israel não é.

Outro autor, Shoshana Bryen¹⁸ (s. d.), demasiado preocupado com o clamor que acusava Israel de reação desproporcional, afirmou: “Mas proporcionalidade como doutrina no Direito Internacional não requer que o poder de fogo empregado tenha que ser igual ao poder de fogo usado anteriormente e também não requer que as vítimas sejam iguais em ambos os lados” (Bryen, s.d.). Sim, certamente o poder de fogo empregado não deve necessariamente ser igual, mas evidentemente não se responde com bombas atômicas quando se há uma simples violação de fronteira, por exemplo. O uso comum de proporcionalidade implica uma noção geral de retributividade – não se condena um homem a 200 anos de cadeia por roubar uma maçã. Mas a retribuição aqui não trata de iguais – são relações coloniais. Uma vítima entre o povo colonizado não tem o menor valor para o colonizador. Para Bryen, Israel luta uma guerra de legítima defesa. Miraculosamente, Bryen não menciona o direito palestino à resistência e a obrigação israelense de se abster de atacar a população civil. Não menos contraditória é a alegação de que “a morte de civis durante um conflito armado, não importando quão grave ou lamentável, não constitui um crime de guerra” (s.d., s.p.) ao passo de que os alvos do Hamas não atendem aos requerimentos de necessidade militar. Em outras palavras, Israel pode atacar civis palestinos sem cometer crimes de guerra enquanto que os civis israelenses atacados pelos árabes-palestinos são ilegais.

18 Diretor-sênior do Instituto Judeu para Assuntos Nacionais de Segurança (Jewish Institute for National Security Affairs) nos EUA.

Abraham Bell¹⁹ (2008) atesta que “a imposição israelense de sanções econômicas à Faixa de Gaza é um modo perfeitamente legal de responder aos ataques palestinos”. Considerando que a potência ocupante é responsável por atender às necessidades da população civil ocupada, ele está enganado. Há ainda a expressa proibição à punição coletiva nas Convenções de Haia e Genebra. Ironicamente, na história do Direito Internacional, Israel apresentou o bloqueio egípcio do Canal de Suez como uma “guerra econômica”, atividade para “justificar operações que se assemelham a guerra” e “incitamento à guerra”, uma vez que a “atividade belicosa” do Egito “ilegalmente impediu a livre navegação de navios israelenses e impediu o trânsito de mercadorias pelo Canal”. Estas palavras foram ditas por Golda Meir então ministra das Relações Exteriores de Israel na ONU em 1959 e exemplificam os duplos estandartes de Direito Internacional para o Oriente Médio. Quando se trata do conflito árabe-israelense é o Outro/árabe-palestino que é ilegal: “O conflito em Gaza vem sendo caracterizado por extensa prática de crimes de guerra, atos de terrorismo e atos de genocídio pelos palestinos, enquanto as contramedidas israelenses têm obedecido aos requerimentos do Direito Internacional” (Bell, 2008). Ele ainda afirma que “os ataques palestinos miram civis israelenses e, portanto violam o princípio de distinção”, bem como suas “armas primitivas não podem ser direcionadas para alvos específicos”, o que significa que “qualquer uso destas armas” viola o Direito Internacional Humanitário.

Estranhamente, é perfeitamente aceitável do ponto de vista do Orientalismo de Bell todo e qualquer uso de armas de avançada tecnologia assassinando milhares de civis. O imaginário colonial entende que o palestino (com “armas primitivas”) é genocida, antagonicamente, a mesma fúria genocida do colonizador (com avançada tecnologia utilizada para assassinar civis) é percebida como amparada pelo Direito Internacional. O posicionamento contrário de Cannizzaro (2006) defende que a parte atacante deve abster-se de um ataque se não puder avaliar os efeitos colaterais de tal operação. Ao assumir o ataque desconhecendo os impactos ou não se importando

19 Professor de Direito da Universidade Bar-Ilan e paraquedista reservista das forças armadas de Israel na Guerra no Líbano em 2006.

com eles, a parte atacante assume os eventuais riscos pelos excessos, podendo cometer crimes de guerra. Bell alega que “o princípio da distinção permite um ataque, mesmo que ocorram danos colaterais contra civis e mesmo que, em retrospectiva, o ataque seja um erro baseado em informações de inteligência erradas” e “por outro lado, os ataques palestinos objetivam atingir civis israelenses”. Assim, as vítimas civis palestinas são justificadas *a priori* como mero dano colateral. Já a mera tentativa palestina de ataque contra Israel é um crime por atentar contra civis israelenses.

Na mesma estrutura, Alan Dershowitz²⁰ (2009) alega na primeira sentença de seu artigo que “As ações de Israel em Gaza são justificáveis sob o Direito Internacional e Israel deveria ser aplaudido por sua legítima defesa contra o terrorismo”. O Outro é terrorista e a violência do colonizador deve ser glorificada... E a estrutura dicotômica segue: Israel protege seus civis e o Hamas deliberadamente expõe os civis palestinos; o Hamas é designado para matar civis israelenses, Israel “inadvertidamente mata” civis palestinos, “Israel encerrou a ocupação²¹ de Gaza” e o “Hamas disparou milhares de foguetes designados para matar civis no sul de Israel”, uma prova de que são os “terroristas que exploram a moralidade das democracias”. Ao fim, seu encerramento sintetiza o pensamento orientalista: “Hamas comete crimes de guerra” e “Israel atua em legítima defesa”. Juridicamente, Dershowitz comete um erro ao dizer que o Hamas comete um crime de guerra por ter por objetivo destruir Israel – ainda que esta seja a meta maximalista do grupo – pela simples razão de que não há este crime de guerra (para esta e outras inconsistências no argumento legal de Dershowitz, ver Heller, 2009).

Outro a empregar os recursos do Orientalismo em seus textos jurídicos foi Joseph Maurer (2009). Para ele é o Hamas que comete atos de perfídia se misturando a civis, lançando foguetes de escolas²² e, por estas razões, “qualquer civil morto resulta inteiramente das ações bárbaras do próprio Hamas” (p. 4). Os “alvos [atacados por Israel]” “são militares

20 Professor de Direito na Universidade de Harvard.

21 A tese do fim da ocupação israelense em Gaza é rejeitada por entidades de direitos humanos como a Human Rights Watch (2004), Gisha (2007) e mesmo por Richard Falk (2009), relator especial da ONU.

22 Fato nunca provado e categoricamente negado pela ONU (Eldar, Harel *et alli*, 2009).

por natureza” (p. 2), Israel “apóia a solução do conflito enquanto o Hamas trabalha para destruir e conquistar Israel” (p. 3). Suas conclusões sintetizam a dicotômica perspectiva orientalista: “Os dois jogadores nesta disputa estão separados por dois tipos diferentes de regras: para Israel há o escrutínio e a ira do olho internacional. Para o Hamas, há apenas o desejo de destruir as regras da sociedade ocidental” (p. 4). Por fim, Dore Gold²³ (2008) afirma que haveria baixas civis mesmo “com os esforços de Israel de evitar estas mortes”, no entanto essas mortes, embora “verdadeiramente lamentáveis”, “ultimamente não são responsabilidade de Israel”. “Israel tem que defender seus cidadãos” contra “organizações terroristas” que cometem um crime de guerra por serem seus ataques direcionados contra civis israelenses. Como se evidencia, os civis mortos por Israel são lamentados pelo próprio agressor e não são de sua responsabilidade. Já a violência do palestino é terrorista – com toda a carga negativa associada à palavra - e um crime de guerra.

Imagem 2: Caricatura reproduzida pela imprensa israelense



Caricatura sob o título “Treinamento básico do Hamas”. Um homem mascarado e armado se esconde sob um berço em que um bebê dorme. Detalhe para os brinquedos do berço: pequenos mísseis.

Fonte: Israel National News (2008)

²³ Ex-embaixador israelense na ONU (1997-1999) e presidente do Centro Jerusalém para Assuntos Públicos (*Jerusalem Center for Public Affairs*) em Israel.

Destes autores, três (Bell, 2008; Dershowitz, 2009; Gold, 2008) sustentam a tese de que Israel não é mais uma potência ocupante em Gaza, estando desobrigado de observar leis pertinentes à ocupação militar e que, em decorrência da ausência da ocupação, o Hamas não teria mais motivações para continuar com sua plataforma política de enfrentamento, gerando a hipótese do “terrorismo sádico e niilista”, sem razão de ser e esvaziado de qualquer demanda política minimamente aceitável e/ou negociável. Dentro do repertório orientalista, há uma tendência a ignorar clivagens e transformar toda a região e povos em um só aglomerado disforme (Said, 2003). Assim, há uma insistência em mencionar outros atores não-estatais como se fossem parte de uma só figura, a do fundamentalismo terrorista islâmico (e as três palavras, “fundamentalismo”, “terrorismo” e “Islã”, tornam-se sinônimos em outra perigosa generalização). Deste modo, Bryen (s. d.) e Gold (2008) trazem ao debate o Hezbollah e a Al’Qaeda²⁴ como se fossem aliados naturais e estivessem em cooperação com o Hamas. Igualmente, Gold (2008) e Maurer (2009) insistem em uma conexão entre o Irã e o Hamas, da mesma forma que no contexto pré-invasão do Iraque, em 2003, os EUA apresentaram Saddam Hussein como vinculado à Al’Qaeda.

Este texto não buscou apresentar uma refutação baseada no Direito Internacional. O objetivo desta subdivisão era apresentar a estrutura do discurso israelense demonstrando como este representou o palestino. Em resumo, há uma repetição da seguinte estrutura: Israel foi obrigado a agir para defender seus cidadãos. Hamas ataca as crianças israelenses²⁵. Israel atua em legítima defesa e dentro da mais perfeita legalidade, isto é, observando os princípios de

24 Foge do escopo deste trabalho apresentar as diferenças ou semelhanças entres os dois grupos. Por linhas gerais, o Hezbollah (Partido de Deus) é um partido político que aceita o processo político-democrático e de base shi’a no Líbano enquanto a Al’Qaeda (A Base ou A Rede) é um grupo de origem saudita, operando de forma desterritorializada, não-institucional e de um sunnismo declaradamente anti-shi’a. No campo religioso, há uma nítida disputa pela hegemonia ideológica da Arábia Saudita como patrocinador do sunismo radicalizado (salafismo/wahabismo) que vê o shiismo como o pior tipo de incrédulo contra o Irã promovendo o shiismo.

25 A menção a ataques contra escolas israelenses é feita em Bryen, Dershowitz e Gold. Embora irrelevante do ponto de vista jurídico, sob a perspectiva política os três ignoram que Israel intencionalmente atacou (declarando que ali se abrigavam terroristas) a Universidade de Gaza e ao menos quatro outras escolas da ONU, uma em 6 de janeiro em Jabaliya, e em 17 de janeiro em Beit Lahiyah, assim como outras duas em Khan Yunis).

proporcionalidade, distinção entre combatentes e necessidade militar. Hamas atua ilegalmente, cometendo crimes de guerra e tentando genocídio. Israel é um Estado que de maneira cândida se protege. Hamas é uma organização terrorista que almeja a destruição de Israel. Em suma, Israel é virtude e o Árabe/Palestino/Hamas é a totalidade do mal. Evidentemente, estas simplificações não são verdadeiras e descontextualizam a complexidade do conflito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso jurídico foi elaborado para ofuscar. Assim, ou encobre e torna invisível o Outro, ou o vê como criminoso em sofisticado processo de demonização. No caso em apreço, o Direito Internacional deu a fundamentação e a legitimidade para a dominação colonial. Desloca-se a culpa, atribuindo-a ao Outro e emprega-se a teoria para proclamar e justificar a exterminação do homem (Fanon, 1995). Como demonstrado, o Direito Internacional é uma artificial estrutura conceitual que apresenta os não europeus como adequados para a conquista colonial por conta de seu status de incivilizado (Anghie, 1999). É também legitimação de formas extremas de violência apresentadas em nome do Direito Internacional, a levar a ordem colonial para a barbárie do nativo, que nunca preenche os requisitos para se constituir como um sujeito dotado de personalidade jurídica (Fitzpatrick, 1992). Outro exemplo disso é a não criação ou reconhecimento de um Estado soberano palestino que persiste desde 1948 no limbo jurídico e onde o Direito Internacional atua facilitando a gestão dos territórios ocupados, desumanização daqueles que em primeira instância são as vítimas da ocupação militar. No mais, quando necessário, o Direito Internacional facilita a transformação do árabe-palestino em criminoso, por segundo, essa prática discursiva, empreender crimes de guerra.

A forma jurídica obscurece ideologicamente as relações sociais. Apresentam-se conceitos jurídicos abstratos, ignorando que há um conteúdo colonial por trás destes. O antagonismo quase insolúvel entre as necessidades humanitárias e os imperativos

militares (Princípio da Preservação dos Civis *vs* Necessidade de Repelir a Agressão) é uma falsa contradição, contradição que se apresenta dissociada da concomitante dominação econômica e ambições de hegemonia regional. O Direito Internacional, mais do que outros ramos da ciência jurídica, encarna a dualidade da ação política: dialeticamente é violência e consentimento; bestialidade e humanidade. A cultura jurídica não se afasta nunca da força militar, o Direito Internacional, sendo forma de regulamentação das profundas disparidades entre Estados coloniais e povos oprimidos, se equilibra entre a promessa de civilidade e o báculo da ferocidade imperial. Diante do clamor contraditório de duas partes para impor sua própria interpretação do Direito Internacional prevalece um ciclo interminável de argumentos jurídicos em que nenhuma das partes parece estar errada, levando à aparente noção de indeterminação do Direito Internacional (Koskenniemi, 2005).

No entanto, perante dois argumentos mutuamente excludentes entre duas partes que invocam uma igualdade jurídica para interpretar e apresentar sua versão de legalidade/ilegalidade é a força que prevalece, vetor determinante das contendas no Direito Internacional (Miéville, 2005). Ao invés de concluir pela fragilidade do Direito Internacional e seus mecanismos de *enforcement*, é preciso reconhecê-los como um sistema coerente funcionando em benefício de Estados hegemônicos, capazes de impor suas visões particulares sobre os demais atores. A natureza indeterminável do argumento jurídico no Direito Internacional é parte do processo fluido de criação de um Direito onde violência e coerção são imanescentes, em especial, para a interpelação do Outro/não-europeu “não como sujeitos, mas como objetos da política colonial dos Estados imperialistas” (Pashukanis, 1978 *apud* Miéville, 2006, p. 23).

Foi mostrada a existência de duas narrativas: primeiro a identificação de um padrão orientalista nos escritos de Direito Internacional demonizando o árabe/palestino; a outra narrativa é o uso do Direito Internacional contra o colonizado. O Direito Internacional não é tão somente uma fonte onde se encontram representações médias do Outro/árabe/palestino; é ainda local e veículo para ataque contra

o colonizado. Tal qual afirmado por Miévielle (2005), “a violência colonial é Direito Internacional”. O recurso à força militar brutal do colonizador é seguida por uma retórica de autovitimização e elogio à própria virtude da violência colonial (sempre justa, legal e legítima) contra o colonizado (sempre mostrado como criminoso e ilegal) (Shlaim, 2009). Miéville (tradução nossa) sintetiza de forma clara a interrelação entre o Direito Internacional e Imperialismo, regime no qual floresce o Orientalismo:

Ações imperialistas são articuladas em termos jurídicos e não apenas por razões de propaganda, mas fundamentalmente porque imperialismo e direito internacional são parte de um mesmo sistema. O capitalismo moderno é um sistema imperialista e um sistema jurídico. As formas constituintes do direito internacional são formas constituintes do capitalismo global e, desta maneira, do imperialismo (2006, p. 24).

Miéville (2005; 2006) refere-se à forma-mercadoria do Direito e da Lei. Na dimensão histórica, Miéville aponta que o surgimento do campo de estudo e prática do Direito Internacional buscou favorecer a expansão comercial para a burguesia mercantil e a expansão do domínio europeu, enquanto interpelava o Outro como não-titular de capacidade jurídica. Para este trabalho, o que se ressalta é o aspecto colonialista do Direito Internacional, que é aplicado de modo meramente punitivo contra o palestino, o que não é simples “uso” e instrumentalização da disciplina, mas parte de sua formação. Isso se evidencia desde o estágio originário da disciplina, quando o *bellum iustum* (as justificativas para a guerra) era extraído dos livros de Direito Internacional para apresentar um modo coerente de argumentação contra o colonizado e sua eventual resistência à *mission civilisatrice*.

Aqui, se sugere uma inversão dialética aplicada ao Direito (Engels, 1890; Pashukanis, 1924): não é o Direito Internacional que autoriza a operação militar em Gaza tanto para o *jus ad bellum* como as práticas *in bello*, são as categorias jurídicas e princípios legais que são criados para autorizar o intervencionismo militar dos

Estados hegemônicos. Em outras palavras, um arranjo institucional ou o desenvolver das relações jurídicas não surgem por elas mesmas, mas originam-se em condições materiais objetivas²⁶. Assim, o “Outro” foi vilificado de modo que todas suas práticas são descritas como criminosas enquanto as práticas do colonizador são, em sua totalidade, *a priori* aceitáveis e não recriminadas. Esta dinâmica não é um “mal uso” do Direito Internacional, mas o Direito Internacional em si (Allain, 2004; Miéville, 2005).

Quanto aos argumentos trazidos pela *intelligentsia* pró-Israel e/ou favorável à legalidade da operação militar, nota-se um ciclo de argumentos nem sempre coerente. Primeiro se formatou uma doutrina militar (Dahiyah Doctrine) divulgada meses antes em que se prometia (i) emprego desproporcional de força contra um eventual adversário e (ii) a assegurava uma nova interpretação do Direito Internacional em que civis, governantes e infraestrutura seriam encarados como um único alvo. Posteriormente, diante das acusações de organismos variados como ONU e Cruz Vermelha, Israel alegou que a perfídia e desonestidade eram do Hamas, por misturar combatentes e “infra-estrutura terrorista” com civis, tornando impossível não atingi-los. Ao mesmo tempo, era alegado insistentemente o direito de Israel em retaliar em decorrência “dos nove anos de ataques com foguetes *qassam*”, ignorando não apenas os nove, mas quarenta anos de ocupação militar israelense²⁷, bem como os limites legais para resposta militar, condicionados à imediata necessidade de repelir o ataque e feito de maneira proporcional à agressão, tendo em consideração os custos aos civis e vantagens esperadas desta contramedida. Mas como afirmado anteriormente, estes argumentos aqui trazidos podem gerar uma quantidade inimaginável de contra-argumentos, sem necessariamente se obter uma solução “jurídica” ou “política” – ou mesmo de se objetivar uma eventual solução.

26 Embora estas formas não sejam puro e claro reflexo de condições econômicas e expressão inconfundível da dominação de um grupo, estes fatores (i. e., as condições econômicas e dominação política de determinados atores) são vetores consideráveis na resultante jurídica e política (Engels, 1890; Marx, 1859).

27 Se a ocupação não justifica o admitido direito à resistência para efetivação da autodeterminação de um povo, ao menos ajuda a compreender a indignação de uma população sujeita a esta e derivadas formas de opressão.

Esta indeterminação revela não apenas uma das fraquezas do Direito Internacional como a necessidade de se opor à agressão israelense por outros meios. O massacre em Gaza não deve ser moralmente condenado e ser elemento de objeção política por ser uma guerra “ilegal”, “injusta” ou pelos sinais de “crimes de guerra” cometidos (Weizman, 2009). O massacre deve encontrar oposição por ser parte da grande estratégia de controle territorial e populacional palestino privando-os dos mais fundamentais direitos sociais, econômicos e culturais bem como por excluir do debate – que agora se concentra em questões sobre a proporcionalidade da operação militar - outras questões inerentes e basilares: a ocupação israelense, a expansão dos assentamentos com nova tomada de terras palestinas, a construção do muro do apartheid, o status de Jerusalém, o direito ao retorno dos refugiados e, por fim, o direito à autodeterminação palestina. Infelizmente, em todas as questões, o Direito Internacional foi aplicado de modo seletivo: puramente punitivo contra o colonizado.

O Direito Internacional é aparente como formação discursiva capaz de fornecer um vocabulário em que defendeu a guerra do colonizador e insuficientemente limitou a incidência de novos focos de tensões e explosões de violência por meio de soluções negociadas para o conflito. Ao contrário, o Direito Internacional providenciou uma forma narrativa para encorajar a guerra israelense ao justificar suas causas em termos de “justa” e “legítima defesa” contra um oponente hostil e traiçoeiro, em síntese, um “criminoso de guerra”. Estes pontos demonstram a incapacidade do Direito Internacional em apresentar soluções para os povos submetidos à ocupação e colonização e deve provocar a reflexão para um Direito Internacional além do orientalismo. Alfim, é imperioso o surgimento de um Direito Internacional não comprometido com o colonialismo, onde, além das distinções jurídicas entre combatentes e civis ou a diferenciação orientalista entre “terroristas árabes/palestinos” e “vítimas israelenses”, ambas as categorias sejam percebidas como seres humanos.

5. REFERÊNCIAS

Al Mezan Center for Human Rights. *Cast Lead Offensive in Numbers*. 15/6/2009. Disponível em http://www.mezan.org/en/details.php?id=8844&ddname=Gaza%20destruction&id_dept=14&p=center Acesso em 18/7/2009.

ALLAIN, Jean. *International Law in the Middle East: Closer to Power than Justice*. Aldershot, Burlington: Ashgate Publishing Ltd, 2004.

ANGHIE, Antony. *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, 40 Harv. INT'L L.J. 1, 7 (1999).

ASSAYAG, Jackie. *East and West. Orientalism, war and the colonial present*. Etnográfica. 11, 1, pp. 253-269. May, 2007

BELL, Abraham. *International Law and Gaza: The Assault on Israel's Right to Self-Defense*. Jerusalem Center for Public Affairs. V. 7, n. 29. 28/1/2008.

BROWNLIE, Ian (ed.). *Basic documents in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

BRYEN, Shoshana. *Proportionality: Israel's Response to Hamas Rocket Attacks Under International Law*. The Jewish Institute for National Security Affairs. Disponível em <http://www.jinsa.org/node/846> Acesso em 18/7/2009.

CANNIZZARO, Enzo. *Contextualizing proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese war*. International Review of the Red Cross, v. 88 n. 864, pp. 779-792, 2006.

CÉSAIRE, Aimé. *Discours sur le colonialisme*. Paris: Présence Africaine, 1955.

DERSHOWITZ, Alan. *Israel's Policy Is Perfectly "Proportionate"*. *Wall Street Journal*. 2/1/2009. Disponível em <http://online.wsj.com/article/SB123085925621747981.html> Acesso em 17/7/2009.

EILAND, Giora. *The Third Lebanon War: Target Lebanon*. The Institute for National Security Studies. V. 11, n. 2, pp. 9-17. November, 2008.

ELDAR, A.; HAREL, A. *et alli*. *UN rejects IDF claim Gaza militants operated from bombed-out school*. Haaretz. 7/1/2009. Disponível em <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1053455.html> Acesso em 17/7/2009.

ENGELS, F. *Letters on Historical Materialism. To Joseph Bloch*. [1890]. pp. 760-765. in TUCKER, Robert C. (org.) *The Marx-Engels reader*. 2ª ed. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

FALK, Richard. *Human Rights Situation in Palestine And Other Occupied Arab Territories*. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967. A/HRC/10/20. Released on 18/2/2009. New York: UN, 2009.

FANON, Frantz. *Les damnés de la terre. Préface de Jean-Paul Sartre; présentation de Gérard Chaliand*. Paris: Gallimard, 1991.

_____. *Peau noire, masques blancs*. Paris: Seuil, 1995.

FINKELSTEIN, Norman. *Image and reality of the Israel-Palestine conflict*. London: Verso, 2003.

FITZPATRICK, Peter. *The Mythology of Modern Law*. London: Routledge, 1992.

GISHA Legal Center for Freedom of Movement. *Disengaged Occupiers: The legal status of Gaza*. Tel Aviv: Gisha, 2007.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. V. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GOLD, Dore. *Did Israel Use "Disproportionate Force" in Gaza?* *Jerusalem Center for Public Affairs*. V. 8, n. 16. 28/12/2008.

HAARETZ. UN Chief: *Hamas rocket attacks are 'appalling and unacceptable'*. 20/1/2009. Disponível em <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1057132.html> Acesso em 18/7/2009.

HALDAR, Piyel. *Law, orientalism and postcolonialism: the jurisdiction of lotus eaters*. Oxon: Routledge-Cavendish, 2007.

HELLER, Kevin Jon. *Dershowitz on Israel and Proportionality*.

Opinio Juris. 3/1/2009. Disponível em <http://opiniojuris.org/2009/1/3/dershowitz-on-israel-and-proportionality/> Acesso em 15/9/2009.

Human Rights Watch. Israel: 'Disengagement' Will Not End Gaza Occupation. 28/10/2004. Disponível em <http://www.hrw.org/en/news/2004/10/28/israel-disengagement-will-not-end-gaza-occupation> Acesso em 27/5/2009.

Institute for Palestine Studies. International documents on Palestine. Beirut: Institute for Palestine Studies, 1980.

International Committee of Red Cross. Gaza, 1.5 people trapped in despair. June 2009. Disponível em [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/palestine-report-260609/\\$File/gaza-report-ICRC-eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/palestine-report-260609/$File/gaza-report-ICRC-eng.pdf) Acesso em 18/7/2009.

ISKANDAR, Adel T. *On Orientalism: Edward Said, Representation, and the Post-Structural Epistemology of Power. Paper presented at the annual meeting of the International Communication Association, Sheraton New York*. New York City, NY Online. Disponível em http://www.allacademic.com/meta/p14802_index.html Acesso em 25/5/2009.

Israel Ministry of Foreign Affairs. FAQ: The Operation in Gaza - Factual and Legal Aspects. 16/08/2009. Disponível em http://www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism+Obstacle+to+Peace/Hamas+war+against+Israel/FAQ-Operation_in_Gaza-Legal_Aspects.htm#2 Acesso em 10/9/2009.

ISSACHAROFF, Avi. *World Bank: Israelis get four times more water than Palestinians*. Haaretz. 20/4/2009. Disponível em <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1079405.html> Acesso em 17/7/2009.

MACGREAL, Chris. *Why Israel went to war in Gaza*. The Guardian. 4/1/2009. Disponível em <http://www.guardian.co.uk/world/2009/jan/04/israel-gaza-hamas-hidden-agenda> Acesso em 10/9/2009.

MACKENZIE, Debora. *Conflict leaves Gaza's agriculture in ruins*. 30/01/2009. News Scientist. Disponível em <http://www.newscientist.com/article/dn16513-conflict-leaves-gazas-agriculture-in-ruins.html> Acesso em 18/7/2009.

MAURER, Joseph. Opinion: *Justifying Self-Defense. A Counter to Noam Chomsky and the Critics of Israel*. The Tech. 21/1/2009. V. 128, n. 64. Disponível em <http://tech.mit.edu/V128/N64/maurergaza.html> Acesso em 17/7/2009.

MARX, Karl. Introdução à Contribuição para a Crítica da Economia Política. Disponível em <http://www.marxists.org/portugues/marx/1859/concritconpoli/introducao.htm> Acesso em 21/9/2009. [1859].

MEIR, Golda. *Continuing Egyptian Blockade of the Suez Canal, Statement by Foreign Minister Golda Meir to the General Assembly*, 24 September 1959. MREI. Disponível em <http://www.mfa.gov.il/MFA/Foreign+Relations/Israels+Foreign+Relations+since+1947/1947-1974/13+Continuing+Egyptian+Blockade+of+the+Suez+Canal-.htm> Acesso em 15/9/2009.

MIÉVILLE, China. *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*. Leiden: Brill Academic Publishers. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. *The Commodity-Form Theory of International Law: An introduction*. In: Historical Materialism Annual Conference (School of Oriental and African Studies), London, 8-10 December, 2006.

MIZROCH, A. and GAZZAR, B. *Israel sets new rules on Lebanon targets*. Jerusalem Post. 7/11/2008. Disponível em <http://www.jpost.com/servlet/Satellite?cid=1225910057976&pagename=JPost/JPArticle/ShowFull> Acesso em 6/7/2009.

PAPPÉ, Ilan. *The ethnic cleansing of Palestine*. Oxford: Oneworld Publications, 2007.

PASHUKANIS, Evgeny. *The General Theory of Law and Marxism*. Translated by Peter B. Maggs. [1924] Disponível em <http://marxists.org/archive/pashukanis/1924/law/index.htm> Acesso em 21/9/2009.

RAVID, Barak. *Disinformation, secrecy and lies: How the Gaza offensive came about*. Haaretz. 2/6/2009. Disponível em <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1050426.html> Acesso em 10/9/2009.

_____. Olmert: *'Israel will unleash all its force if Hezbollah seizes Lebanon'*. Haaretz. 19/8/2008. Disponível em <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1013156.html> Acesso em 6/7/2009.

ROBERTS, Adam and GUELFF, Richard. *Documents on the laws of war*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

RODINSON, Maxime. *Israel: a colonial-settler state?*. New York; London: Anchor Foundation, 1988.

ROY, Sara. *The Gaza Strip: A Case of Economic De-Development*. *Journal of Palestine Studies*. v. 17, N. 1. Autumn, pp. 56-88, 1987.

SAID, Edward. *Orientalism*. London : Penguin Books, 2003.

_____. *Zionism from the standpoint of its victims*. pp. 114-168. [1979]. In Bayoumi, M. and Rubin, A. (Org.). *The Edward Said Reader*. New York: Vintage Books, 2000.

SARTRE, Jean-Paul. *Critique de la Raison dialectique*. Paris: Gallimard, 1985.

SHLAIM, Avi. *Israel and Gaza: rhetoric and reality*. 07/01/2009. Disponível em <http://www.opendemocracy.net/article/israel-and-gaza-rhetoric-and-reality> Acesso em 17/7/2009.

THE Associated Press. *Tens of thousands rally across Europe against Israel's Gaza offensive*. Haaretz. 04/01/2009. Disponível em <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1052304.html> Acesso em 10/9/2009.

UN (United Nations). *Satellite-based Gaza Damage Assessment Overview*. *United Nations Institute for Training and Research*. 2009/3/10. Archived from the original on 2009/4/07. Disponível em http://unosat.web.cern.ch/unosat/freeproducts/Gaza/Crisis2008/UNOSAT_GazaStrip_Damage_Review_19Feb09_v3_Lowres.pdf Acesso em 04/07/2009.

WEIZMAN, Eyal. *Lawfare in Gaza: Legislative attack*. *Open Democracy*. 1º/3/2009. Disponível em <http://www.opendemocracy.net/article/legislative-attack> Acesso em 18/8/2009.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO



Eudes Landes Rinaldi

Juiz substituto do Tribunal Regional Federal 14ª Região; Pós-graduado em MBA em Poder Judiciário, ministrado pela Fundação Getúlio Vargas.

Sumário

1. Introdução. 2. Revisão da literatura. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

De longa data constitui-se a expressão: *ubi homo, ibi jus* – “onde está o homem, está o direito”, de tal forma que é indispensável a necessidade do direito para o convívio social harmônico. Nesse contexto, a doutrina tem se apresentado no sentido de que:

... seja dom dos deuses, seja criação dos homens, o direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio, a harmonia social. Estivesse o homem sozinho no mundo, como seu primeiro habitante ou seu último sobrevivente, e não haveria necessidade de direito, por ausência de possibilidade de interpretação e conflito de interesses,

cuja repercussão na ordem social impõe a regulação jurídica, tendente à pacificação ou, pelo menos, à contenção desses conflitos. (DIAS, 1995).

CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO (1998 *apud* RAMOS, 2002), afirmam que:

De outra parte, sabe-se que muito antes do surgimento do Estado os conflitos interpessoais resolviam-se por intermédio da autotutela, em que vigia o aforismo da “lei do mais forte”. Com o advento da organização social corporificada no Estado passou-se da justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesse.

Todavia, o que ocorre nos dias atuais é uma intensificação das críticas à justiça estatal, sinalizando uma crescente mudança de fortalecimento da justiça privada, o que não é novidade na história, considerando a época do surgimento dos primeiros mercadores – os *burgensis*.

As populações urbanas desejavam proceder a seus próprios julgamentos, em seus próprios tribunais. Eram contrárias às cortes feudais vagarosas, que se destinavam a tratar dos casos de uma maneira estática, e totalmente inadequada aos novos problemas que surgiam numa cidade comercial dinâmica. Que sabia, por exemplo, um senhor feudal sobre hipotecas, letras de crédito, ou jurisprudência de negócios em geral? Absolutamente nada. (...) As populações urbanas queriam estabelecer seus próprios tribunais, devidamente capacitados a tratar de seus problemas, em seu interesse. (HUBERMAN, 1986).

Como não poderia deixar de ser, a crise do Poder Judiciário brasileiro também alcança a Justiça do Trabalho. Este cenário é retratado pelos números apresentados: são ajuizados cerca de 6.500 processos por dia no Brasil (no Japão a média é de aproximadamente 1.000 processos por ano; na Inglaterra 67.000 por ano); o orçamento

destinado à Justiça do Trabalho nos últimos anos chega a cerca de 50% do montante destinado nos mesmos anos ao Ministério da Agricultura; o custo médio de uma reclamação trabalhista para os cofres públicos do país atinge a cifra de R\$ 1.328,00, sendo que nos estados do norte o valor pode chegar a mais de R\$ 4.000,00 (MOURA; MELO, 2001).

Na concepção de MOURA e MELO (2001):

A tramitação dos processos trabalhistas enfrenta ainda toda a sorte de dificuldades na três instâncias da Justiça do Trabalho, com suas superlotadas pautas de audiências e as prateleiras abarrotadas de autos, que insistem em se multiplicar, vertiginosamente, todos os dias.

O produto desse processo é a queda da qualidade dos serviços prestados, quer pela morosidade na tramitação dos processos, quer pela falta de garantia do atendimento às partes litigantes e aos seus advogados, quer pela sobrecarga de trabalho para os juízes encarregados de julgar e instruir um excessivo número de processos.

A prática de meios alternativos de solução de conflitos individuais e coletivos, a saber, a mediação e a arbitragem, poderia significar uma saída para a grave crise que aflige o Judiciário trabalhista brasileiro.

1.1 Metodologia

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa foi do tipo bibliográfica, sob a forma de revisão da literatura. A pesquisa bibliográfica consiste no exame da literatura científica, para levantamento e análise do que já se produziu sobre determinado tema. Uma pesquisa é um processo sistemático de construção do conhecimento que tem como metas principais gerar novos conhecimentos e/ou corroborar ou refutar algum conhecimento pré-existente. É basicamente um processo de aprendizagem tanto do indivíduo que a realiza quanto da sociedade na qual esta se desenvolve.

Quanto aos fins, a pesquisa foi do tipo descritiva. A pesquisa descritiva, segundo, expõe características de determinada população ou de determinado fenômeno. Pode também estabelecer correlações

entre variáveis e definir sua natureza. Não tem compromisso de explicar os fenômenos que descreve, embora sirva de base para tal explicação. Uma pesquisa de opinião insere-se nessa classificação.

A pesquisa como atividade regular também pode ser definida como o conjunto de atividades orientadas e planejadas pela busca de um conhecimento. Ela dá suporte a todas as fases de qualquer tipo de pesquisa, uma vez que auxilia na definição do problema, na determinação dos objetivos, na construção de hipóteses, na fundamentação da justificativa da escolha do tema e na elaboração do relatório final (MEZARROBA; MONTEIRO, 2003).

A amostra consistiu na separação da literatura por grau de relevância e ano de publicação, sendo o acervo utilizado. As informações mais atuais foram consideradas em detrimento das mais antigas, dado o caráter dinâmico do direito.

Os dados coletados foram consolidados e, com o objetivo de verificar a consistência e extensão da revisão literária das informações obtidas, procedeu-se à seleção do material para o trabalho, realizou-se leituras prévias de reconhecimento e analítica, e, por fim, o fichamento.

O tratamento e a análise dos dados deu-se conforme seu nível de relevância e atualização, realizando-se, assim, uma ordenação das informações fichadas.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Pressupostos e caracterização dos institutos jurídicos mediação e conciliação no direito do trabalho

2.1.1 Soluções alternativas de conflitos

Metodológica e didaticamente, pode-se fazer referências a dois mecanismos de composição de conflitos. Por um lado, a autocomposição, que monopoliza os institutos da conciliação, da mediação e da negociação coletiva, e, por outro, a heterocomposição, que envolve a arbitragem e a solução jurisdicional.

De ressaltar-se, a despeito, o fato de que a doutrina não é uníssona em posicionar a mediação como meio autocompositivo de resolução de conflitos, considerando que há doutrinadores classificando-a como meio heterocompositivo (RAMOS, 2002).

2.1.1.1 Autocomposição

Conforme já assinalado, três são as formas autocompositivas de resolução de conflitos, requerendo, ainda que perfunctoriamente, uma conceituação desses institutos (RAMOS, 2002), quais sejam, Conciliação, Mediação e Negociação Coletiva.

Na conciliação há a figura do conciliador, que auxilia as partes a integrarem a resolução sugerindo alternativas para o acordo. A sua natureza é contratual, podendo ainda ser convencional ou regulamentada. A conciliação é “prevista pela Recomendação n. 92, da OIT, e possui dois tipos: judicial e extrajudicial”.

Esse instituto não é novidade no sistema processual brasileiro. A Constituição Imperial Brasileira já tratava dele, exigindo que a conciliação fosse tentada antes do processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa.

Em relação à justiça trabalhista, deve-se ressaltar o uso do Instituto no procedimento das reclamações trabalhistas, que inclui duas tentativas de conciliação, conforme dispõe a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT em seus art.s 847 e 850.

Na mediação há a figura do mediador, que é definido de comum acordo pelas partes em litígio, cuja função é servir de canal de comunicação entre os litigantes objetivando uma decisão em que prepondere a vontade das partes e nunca a sua, uma vez que não agencia sugestões como o mediador.

A negociação coletiva (NASCIMENTO, 1998), contemplada no art. 114, § 1º, da Constituição Federal, cinge-se à fase das tratativas de interesses entre sindicatos de trabalhadores e patronal, que, sem a intervenção de terceiro, mesmo que assistidos por advogados lavram convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho.

2.1.1.2 Heterocomposição

Das formas heterocompositivas – arbitragem e solução jurisdicional – um estudo mais detido será requerido quanto ao primeiro, por isso que forma de resolução de conflitos extrajudicial.

Porém, de forma lacônica, impõe-se frisar que a solução jurisdicional é aquela em que “o Estado exerce a função que lhe é própria, a jurisdição, na qual a vontade das partes cede lugar a um órgão imparcial do Estado, qual a Justiça do Trabalho” (FRANCO FILHO, 1990, p.30).

A arbitragem, também denominada “Lei Marco Maciel” (Lei n. 9.037/96), “é um meio alternativo de solução de conflitos, por meio do qual as partes elegem uma terceira pessoa, cuja decisão terá o mesmo efeito que a solução jurisdicional, pois é impositiva para as partes”(MORGADO, 1999, p. 14-15).

2.1.2 Solução de conflitos e processo de concessões mútuas

Matéria consolidada na doutrina e na jurisprudência consiste na busca permanente pela solução do litígio por meio da conciliação. No caso da Justiça do Trabalho, o art. 764 da CLT traduz a vontade do legislador de reprimir os dissídios individuais ou coletivos de competência da Justiça do Trabalho sempre à tentativa de conciliação.

O processo de concessões mútuas, de reconhecimento do direito do autor ou de desistência da ação (modalidades de conciliação), abrangendo os litigantes de estabelecida demanda ainda na etapa de cognição não representa nenhuma novidade no ordenamento pátrio. A própria CLT envolve em seu corpo dispositivos que preveem a tentativa obrigatória de conciliação em dois momentos.

O primeiro deles dá-se no início da audiência de instrução, quando o juiz propõe a conciliação, segundo preceitua o *caput* do art. 846.1 A segunda ocasião em que o magistrado, necessariamente, deverá renovar a proposta conciliatória é após a dilação probatória e antes de proferida a decisão de primeira instância (art.850 da CLT).

LEITE (2004, p. 323), ao dispor a respeito do assunto, ainda adiciona que “o art. 831 da CLT reafirma a necessidade das duas propostas de conciliação ao determinar que a sentença será proferida ‘depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação’”.

A conciliação demonstra-se ser de extrema relevância para o processo do trabalho, podendo até mesmo a ausência da segunda proposta conciliatória ocasionar nulidade absoluta dos atos posteriores. Apesar de tal causa de nulidade inexistir no ordenamento jurídico, essa compreensão vem sendo consolidada nas decisões dos Tribunais e em grande parte da doutrina nas mentes dos mais respeitáveis juristas do país, por ser a conciliação considerada matéria de ordem pública.

Se o juiz não propõe a conciliação, haverá nulidade absoluta dos atos processuais posteriores. Parece-nos acertado esse entendimento, uma vez que a proposta de conciliação considerada matéria de ordem pública. (LEITE, 2004, p. 323/324).

Enfatiza-se que a ausência da primeira tentativa de conciliação no início da audiência não implicará nulidade absoluta dos atos posteriores caso a segunda proposta seja formulada. Isso devido à tentativa de conciliação anterior à anunciação da sentença convalida a falta inicial. A nulidade persiste, todavia, se somente a primeira proposta for formulada, pois não haveria outra oportunidade de tentativa obrigatória de acordo capaz de suprir a ausência da segunda proposição pelo juiz.

A conciliação permeia todo o processo cuja competência é da Justiça do Trabalho, devendo estar sempre presentes os princípios da celeridade e economia processual, do informalismo e da proteção ao hipossuficiente atuando como mola propulsora dessas ações.

Os benefícios auferidos pelas partes quando obtêm sucesso nas propostas conciliatórias elaboradas no processo cognitivo são inúmeras e podem ser facilmente elencadas. As partes (reclamante e reclamado) ganham primordialmente pelo simples fato de terem alcançado um acordo encerrando o processo e atingindo a pacificação do conflito.

O demandante possui seu direito reconhecido precocemente pelo demandado, por meio do termo de conciliação, que integra título executivo irrecorrível; levando em conta que é permitido ao réu o pagamento de preço inferior ao que realmente seria devido caso fossem avaliados todos os pedidos postulados na peça vestibular.

De acordo com ARRUTI (2006, p. 2):

O Poder Judiciário é também beneficiado pelo êxito conciliatório, eis que diminui o número de processos em andamento, desafogando os órgãos jurisdicionais de primeira instância, bem como os Tribunais Superiores. O descongestionamento da Justiça traz, como consequência, vantagens para a sociedade que vem sofrendo constantemente com o excesso de ações responsáveis pela demora e ineficiência na prestação jurisdicional. A busca pela celeridade e eficácia da Justiça do Trabalho deve significar a procura por novas formas de agilizar o cumprimento do comando sentencial, sem abandonar os princípios norteadores do processo trabalhista. É neste diapasão que surge a questão da conciliação na fase de execução.

Deve-se ressaltar também a questão da conciliação na execução trabalhista. Tal possibilidade consiste em matéria ainda não unânime por parte dos doutrinadores. Mesmo com a inexistência de norma expressa na CLT presumindo tal procedimento, não há também nenhum dispositivo legal que o proíba.

Pelo contrário, percebe-se pelo aludido art. 764, *caput* (os processos trabalhistas “serão sempre sujeitos à conciliação”) e § 3º (“é lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório”) da Consolidação das Leis do Trabalho que é inteiramente possível o acordo na execução trabalhista.

Além disso, o Diploma Processual Civil, aplicado de forma subsidiária no processo do trabalho nas hipóteses de lacuna na CLT e desde que a norma usada não venha chocar-se com nenhuma outra

trabalhista ou com um de seus princípios, consagra um dispositivo que antecipa expressivamente a transação como meio de extinção da execução (art.794, inciso II).

Portanto, a possibilidade de conciliação deve sim ser amplamente usada na fase executória do processo laboral, pois além de não contrariar nenhum art. legal, vem ressaltar os princípios norteadores desta Justiça Especializada.

Neste contexto, Targa (2004, p. 201) diz que não existe, no entanto, previsão de tentativa de conciliação na execução trabalhista, que, evidentemente, ainda não é proibida, considerando as características já sinalizadas que informam o processo do trabalho, das quais a mais importante, certamente, diz respeito à conciliabilidade, levando em conta a relevância social da pacificação dos conflitos produzidos dos embates entre o capital e o trabalho.

A conciliação tem sido contemplada como um mal necessário, já que a parte autora introduz-se em Juízo para obter do Estado sua pretensão que fora resistida, mas o faz sem a certeza de quando e se irá receber a quantia que entende ter direito.

ARRUTI (2006, p. 3) diz que:

Normalmente o empregado se dirige à Justiça do Trabalho para obter parcela salarial, que possui natureza alimentar, não paga ou quitada a menor pelo empregador durante o vínculo ou no momento da rescisão. Daí a necessidade de urgência no cumprimento da prestação, pois as demandas podem significar a sobrevivência do autor e de sua família. Por isso, em determinadas situações, a conciliação representa não a melhor, mas a única solução viável para o caso concreto, sob pena de prejuízo da sobrevivência do demandante e de seus dependentes.

Tal forma de extinção do litígio é vastamente possível e encontra respaldo, ainda, no Código Civil, art. 840, *verbis*: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões

mútuas”. A parte que busca em Juízo um direito que compreende ser titular, nas hipóteses de direitos disponíveis, possui liberdade de tentar um acordo sempre que compreender cabível, inclusive quando já se encontra em fase de execução.

2.1.3 Instituto da mediação

2.1.3.1 Breves Considerações

A mediação é vista como forma autocompositiva de solução de conflito, tendo presente a figura do mediador. Este é, em realidade, um terceiro alheio aos interesses individuais das partes em litígio, já que nesta modalidade de resolução deve haver total autonomia das partes no tocante à decisão mais satisfatória para elas. Enfim, a mediação consiste no meio extrajudicial de resolução de conflitos, podendo ocorrer antes ou depois de instalada a controvérsia, isto é, em caráter preventivo ou resolutivo respectivamente (RAMOS, 2002).

Como atributos significativos é possível citar a celeridade e eficácia de resultados; a minimização do desgaste emocional e do custo financeiro; garantia de privacidade e sigilo; redução da duração e reincidência de litígios; promoção da comunicação etc.

Segundo NASCIMENTO (1999, p. 14-15):

Momentâneo dizer que o procedimento de mediação é informal; começa por uma notificação por meio da qual as partes pedem a atuação dos mediadores; procede-se à reunião com as partes, em conjunto ou separadamente, esgotando-se todos os esforços, durante dias seguidos se necessário, para que os interlocutores sociais cheguem a um entendimento direto.

Sobre o assunto, surge uma questão: tendo-se iniciado a ação judicial podem as partes recorrer à mediação? Certamente que sim, considerando que a mediação pode ocorrer antes, durante ou após o início o processo judicial.

Por último, há de se distinguir a “mediação” da “conciliação”: esta é judicial, podendo ser em alguns casos extrajudicial, enquanto a mediação é sempre extrajudicial.

Logo, se o acordo é em juízo, o nome é conciliação (...) Na mediação, o mediador é via de regra escolhido pelas partes, embora em alguns casos isso possa não ocorrer, como na mediação da Delegacia Regional do Trabalho, no Brasil; na conciliação nem sempre é assim, pois o conciliador pode ser até mesmo o juiz. Na conciliação geralmente atua um órgão permanente destinado a esse fim, enquanto na mediação pode surgir a figura do mediador para cada caso concreto. (NASCIMENTO, 1999, p. 15).

2.1.3.2 Conceito

A Mediação consiste numa forma alternativa de resolução de controvérsias, litígios e impasses, onde um terceiro, neutro/imparcial, de confiança das partes (pessoas físicas ou jurídicas), por elas livre e voluntariamente determinado, intervém entre elas (partes) atuando como um “facilitador”, um catalisador, que, usando suas habilidades diplomáticas, induz às partes a se depararem com a resolução para as suas pendências. Logo, o Mediador não toma as decisões; quem decide são as partes. O Mediador usa as habilidades e as técnicas da “arte de mediar”, induz as partes a decidirem.

MOURA e MELO (2001) afirmam que:

A mediação é um sistema de solução de conflitos no qual as partes não atuam como adversárias, e as controvérsias não são resolvidas por um terceiro, mas sim pela vontade comum das partes que chegam a um acordo com o auxílio de alguém, chamado mediador, que facilita do acordo: o mediador empenha seu trabalho ou diligência para obter um acordo ou aproximar as partes. Na mediação temos uma relação jurídica linear, o mediador encontra-se no mesmo nível, é um facilitador de comunicação entre as partes. O mediador é escolhido em comum acordo, tem que ser pessoa capacitada, para possibilitar o diálogo. Mostrar para as partes que elas têm capacidade de resolver os próprios problemas. Normalmente uma

parte não ouve a outra. Se firmam na própria posição. O mediador tem que descobrir quais os reais interesses no conflito. O objetivo final é a pacificação social.

AMARAL (1994), referindo-se à figura do mediador no processo conciliatório de conflitos laborais em que este não toma qualquer decisão ou medida, ou coerção, afirma que:

As partes negociam com o mediador, não como se fosse um juiz, mas apenas como uma ponte entre elas. Demonstrando amplo conhecimento sobre relações entre trabalho e capital, vasta experiência no processo de negociação e grande habilidade em insuflar o desejo de se chegar a um acordo, o mediador age como um elemento catalisador, que acelera a composição.

Na mediação as partes possuem total controle sobre a situação, diverso da arbitragem, por exemplo, onde o controle é exercido pelo árbitro. O mediador consiste num profissional treinado, qualificado, que conhece muito bem o universo das negociações e dos negociadores e domina a arte da mediação.

2.1.4 Instituto da conciliação

2.1.4.1 Do debate constitucional

A Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000, introduziu a uma inovação à CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas): inseriu os arts. 625-A ao 625-H, que tratam a respeito das Comissões de Conciliação Prévia e sua aplicabilidade no Direito Processual Trabalhista Brasileiro.

Dentre as implementações, destaca-se a constante do art. 625-D, mais especificamente no §2º, in fine, que trouxe a exigência da tentativa de conciliação entre empregado e empregador antes do ajuizamento de qualquer demanda individual trabalhista. De tal tentativa, podem surgir duas consequências: 1 - no caso de êxito do acordo, a conciliação será reduzida a termo e servirá como título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral

para as partes (art. 625-E, parágrafo único, CLT). 2 - No caso de insucesso, será fornecida ao empregado e ao empregador uma declaração da tentativa frustrada, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista (art. 625-D, §2º, *in fine*, CLT) (FERREIRA NETO, 2009).

A doutrina e a jurisprudência abordam sobre a natureza dessa declaração que deverá ser juntada à demanda laboral, na hipótese de não haver acordo. Para uma corrente, a declaração é entendida como pressuposto processual (BRASIL, 2008a). Para outra linha, tal documento diz respeito a uma condição da ação.

A relevância dessa diferenciação a respeito da natureza jurídica – pressuposto processual ou condição da ação –, consiste na constitucionalidade dessa exigência contemplada na lei supracitada, principalmente em face aos Princípios Constitucionais da Inafastabilidade do Acesso à Justiça e do Devido Processo Legal (art. 5º, XXXV, e LIV, da CRFB/88, respectivamente) (FERREIRA NETO, 2009).

Não obstante a alteração na CLT ter sido formulada por uma lei – a de n. 9.958/00 –, a qual possui a presunção de ser constitucional, por seguir o devido processo legislativo (art. 59, CF/88), e sancionada pelo Executivo (art. 66, CF/88), também é verdade que, no caso concreto, a aplicação da Lei cabe ao Poder Judiciário, sendo esta sua função precípua. E ao Judiciário caberá fazer essa análise sob a ótica do que de maior há em nosso sistema democrático de direito: a nossa Carta Constitucional. Por meio de uma interpretação sistemática, histórica e sociológica da Carta, e inspirando-se em princípios e valores constitucionais, deverá o operador do Direito compreender – e aplicar – o mens legis na busca do que Aristóteles denominou de mesotes (justo meio). (FERREIRA NETO, 2009).

É conveniente enfatizar que no interior desta filtragem constitucional, o evento da constitucionalidade surge nos Estados Democráticos de Direito não como um modismo ou uma simples onda,

mas, inversamente, significa um novo passo rumo à concretização da Justiça social.

Ora, se para os diversos campos do Direito é importante essa nova abordagem, quiçá na área do Direito do Trabalho, na qual, como é sabido, historicamente mais representa a evolução dos direitos e das garantias do Homem. Em um dos eixos de estudo que aborda tal discussão, o da Antropologia Jurídica, em muito se respalda esta posição. Para esse eixo, existiriam duas teorias do Direito: aquela que a lei estabelece e aquela que ocorre na prática. É justamente sobre esta que este estudo ora investiga. Mister destacar, antes de se chegar a alguma conclusão, que, no campo dos conflitos individuais, um trabalhador não possui as mesmas condições que seu empregador. Daí surgir a ideia de hipossuficiência, da vulnerabilidade e, conseqüentemente, o mais importante princípio trabalhista: o da Proteção (SUSSEKIND, 2003). De outro modo, assevera este renomado autor trabalhista: “A necessidade de proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho” (SUSSEKIND, 2003).

Aliás, ainda assevera o autor trabalhista que “a necessidade de proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho.” (SUSSEKIND, 2003).

Assim sendo, toda essa garantia ao trabalhador aponta para uma aparente colisão entre regra e princípios. Diante dessa discussão, é necessário buscar o que preconiza a doutrina atual e o a *práxis* na jurisprudência dos tribunais.

2.1.4.2 Da Comissão de Conciliação Prévia: breve histórico, natureza jurídica e finalidade

O instituto da conciliação no Direito do Trabalho assenta-se no âmbito internacional, por meio da Recomendação n. 92 da Organização Internacional do Trabalho, (OIT), de 1951, a qual antecipa dois tipos: a judicial e a extrajudicial.

Segundo PICO (2008, p. 88):

No Brasil, a experiência com a heterocomposição no Direito do Trabalho, na sua forma conciliação, pode-se

remontar à Lei n. 1.637, de 5/11/1907, que previu a criação dos Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem. Bem verdade que a Constituição de 1824, portanto ainda no Império, previa, em seu art. 161, a necessidade de negociação como uma condição para o ajuizamento de ações. Assim constava: Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.

MORAES FILHO (2003, p. 714) revela que “coube ao governo Washington Luís instituir no Estado de São Paulo os primeiros organismos de uma autêntica justiça do trabalho, os chamados Tribunais Rurais, pela Lei n. 1.869, de 10/10/22.”, nos quais funcionaria uma espécie de composição de conflitos trabalhistas.

No ano de 1932, por meio do Decreto n. 21.396, foram desenvolvidas as Comissões Mistas de Conciliação e, no mesmo ano, instituídas as Juntas de Conciliação e Julgamento, com o propósito de decidir os conflitos individuais de trabalho.

É importante ressaltar que a Justiça do Trabalho no País, como organismo judiciário, especial, só se consolidou no ano de 1939, por meio do Decreto-Lei n. 1.237. No ato da criação essa Justiça foi dividida em 3 níveis. Conforme Moraes Filho (2003), tratava-se dos seguintes: 1) as Juntas de Conciliação e Julgamento; 2) os Conselhos Regionais de Trabalho; 3) o Conselho Nacional do Trabalho.

Foi no primeiro desses níveis que se contemplou, como o próprio nome aponta, o instituto da conciliação como forma de resolução dos dissídios individuais trabalhistas. As Juntas de Conciliação e Julgamento possuíam a competência para conciliar e julgar os dissídios individuais.

Ainda que tratada ora pelo nome de acordo, ora pelo nome de transação, a conciliação consiste na expressão consagrada na Justiça do Trabalho para prestigiar o espaço da autonomia das vontades individuais no interior do próprio espaço da jurisdição, evidente mostra do dirigismo estatal na solução articulada de conflitos de natureza patrimonial entre empregado e empregador (SILVESTRINI, 2004).

Anterior à CLT, quando a Justiça do Trabalho configurava-se como órgão do Poder Executivo, sua função apaziguadora de conflitos por acordos pecuniários já haviam sido delimitada. Em um passado recente as Varas do Trabalho emblematicamente eram intituladas Juntas de Conciliação e Julgamento: primeiro a conciliação, depois o julgamento, como estabelece o art. 764 da CLT, abre-alas do processo trabalhista. Mesmo com a modificação da denominação das unidades judiciárias trabalhistas, a função precípua de conciliar continua firme e primordial nessa esfera da jurisdição, cujas expressões é possível observar na audiência de conciliação prévia e na segunda proposta conciliatória, que deve obrigatoriamente ser renovada antes do encerramento da instrução, sob pena de nulidade do processado (SILVESTRINI, 2004).

Na atualidade discute-se a flexibilização dos direitos trabalhistas como se fosse uma nova pioneira, havendo discussões de inúmeras teses a seu favor, outras contra e outras, ainda, imparciais. No entanto, quando observamos o sistema institucional trabalhista num plano mais abrangente, a conciliação na Justiça do Trabalho é a mais evidente prova de que a flexibilização é fato, é realidade e há remonta à longa data. Isso porque, sem embargo a regra seja a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, havendo lide processual, há ampla liberdade para a adaptação de acordos, pondo termo à própria relação jurídica de direito material, em toda a sua amplitude, que é minimizada ao valor pactuado.

Na concepção de SILVESTRINI (2004):

E, de regra, nesse momento o Juiz do Trabalho não perquire se esse valor é condizente com os fundamentos de fato e de direito da lide ou se abrangem direitos a mais ou a menos dos que estão sendo postulados na ação. O máximo que faz é coordenar esse espaço de autonomia, alertando as partes para os riscos e desgastes da continuidade da ação judicial. O ordenamento privilegia a autonomia das vontades sempre que não houver nesse espaço de ampla negociação das partes vícios de consentimento – dolo, coação, erro essencial quanto à pessoa ou à coisa controversa, art. 849 do

Código Civil – ou fraude e simulação evidentes, vindo o Juiz a homologar o acordo, ou seja, selando a “lei entre as partes”, consubstanciada naquilo que elas mesmas calcularam como o adequado – concessões mútuas – para pôr fim ao litígio.

Assim sendo, inversamente ao que se apregoa, os trabalhadores individualmente negociam, sim, seus direitos legais, em sede de ação trabalhista, após o contrato de trabalho ter sido encerrado. Fica evidente a flexibilização desses direitos. A conjuntura institucional do mercado de trabalho concentra-se para isso, pois é economicamente mais vantajoso para o empregador não pagar a totalidade dos direitos do trabalhador ao longo da relação de emprego – porque nesse momento o trabalhador se cala, premido pela necessidade de sua subsistência e de sua família – vindo a fazê-lo se demandado na Justiça do Trabalho, quando poderá pagar menos do que deve nesse espaço de negociação. Evidente que o trabalhador, até a vista dos riscos de um arrastado processo de conhecimento escoltado do estresse de um processo de execução, concorda com valor inferior ao que, em tese, seria apurado ao cabo do trâmite processual.

Por outro lado, o trabalhador possui amplo acesso à Justiça do Trabalho, pois a regra é a de concessão da justiça gratuita, investindo somente o seu tempo para participar das audiências; isto é, trata-se de um caminho acessível e gratuito para sua reclamação e, de qualquer sorte, ele sabe que conseguirá algum sucesso pecuniário.

Dessa forma, o juiz envida todos os bons ofícios e a afirmação racional para a conciliação e, sendo vantajosa esta, o parágrafo único do art. 831 da CLT dispõe que: “no caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social, quanto às contribuições sociais que lhe forem devidas”.

Da primeira seção desse dispositivo e de todo retro exposto se infere que (SILVESTINI, 2004):

- a) a natureza jurídica da conciliação é de direito privado, porque prestigiada a autonomia negocial das partes;

b) trata-se de concessões mútuas para encerrar o litígio, propiciando imediato espaço à execução do título;

c) dessa forma produz coisa julgada, que é consubstanciada na relevância ajustada, não se perquirindo quais os fundamentos de fato e de direito que lhe deram origem, nem se determinar correspondência entre o valor e os pedidos balizados pelos argumentos da defesa; **d)** isso porque as partes classificam os riscos da ação trabalhista, sendo procedimento autônomo, que não guarda necessariamente correspondência com a lide: a conciliação pode, inclusive, compreender parcelas sequer demandadas na ação, o que é referendado pelo art. 584, inciso III, do CPC, diploma processual de aplicação subsidiária no processo do trabalho;

e) as partes determinam livremente o conteúdo do acordo, de forma a melhor contemporizar seus interesses, pois consiste na forma de resolução do liame obrigacional;

f) logo, a conciliação não implica, necessariamente, no reconhecimento de direitos;

g) o impedimento para sua homologação pelo Juiz demandar a presença dos defeitos que extingam os negócios jurídicos em geral, como ausência de capacidade das partes, dolo, coação, violência, erro essencial a respeito da pessoa ou coisa controversa;

h) no entanto, se essa conciliação é “homóloga à lei”, passa a ser título executivo judicial, desfeito somente pela estreita trilha das ações anulatória ou rescisória, segundo a natureza dos vícios nela identificados;

i) por isso se pode declarar que o acordo originado do processo trabalhista está atrelado ao espaço de autonomia individual aberto pelo Estado, o qual não pode ser afrontado por lei ordinária, muito menos por ato de autoridade.

Finalmente, dessas constatações destacam-se (SILVESTRINI, 2004):

- a) a primeira, é a vocação conciliatória da Justiça do Trabalho, seu dever institucional de, antes de julgar, revolver conflitos por meio de acordos entre as partes;
- b) a segunda é que evidente é a flexibilização dos direitos trabalhistas nesse espaço, que são negociados individualmente e, na maior parte das situações, renunciados pelo trabalhador para permitir o acordo pecuniário;
- c) a terceira é que esse sistema de solução de conflitos – espaço da heterocomposição - converge para que essa flexibilização individual de direitos aconteça, passando, a conciliação, a ser essencialmente uma alternativa para o empresário gerir seu capital de giro e ainda uma forma de o trabalhador, consciente de sua renúncia, receber alguma importância além das parcelas rescisórias pelo encerramento do contrato.

Não consiste necessariamente no sistema ideal e certamente não reflete a Justiça como valor, mas é, sem dúvida, um sistema que se baseia na negociação, o que não deixa de ser um reflexo do mercado capitalista. A Justiça do Trabalho, quando atua na conciliação, pode ser alegoricamente compreendida como se fosse uma grande loja em que o trabalhador, individualmente, negocia seus direitos trabalhistas.

É possível definir mediação como uma “técnica de composição dos conflitos caracterizada pela participação de um terceiro, suprapartes, o mediador, cuja função é ouvir as partes e formular propostas”(NASCIMENTO, 1999, p. 13).

A conciliação diz respeito ao acordo entre as partes alcançado também com o auxílio de um terceiro, que propõe a compreensão entre as partes, levando e conta os argumentos de uma e de outra. Afirma-se que a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos porque as partes chegam ao acordo espontaneamente, seja por meio do auxílio do mediador, como do conciliador (MOURA; MELO, 2001).

Apresenta suas próprias prerrogativas em que, além da administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, este mesmo conciliador apresenta a característica de poder recomendar um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria a ambas as partes. Na arbitragem, considerada como método heterocompositivo, as partes não logram obter o acordo sozinhas e por este motivo buscam sua solução por meio de uma decisão imposta por um terceiro que atua como juiz privado. Daí porque se recomenda que o árbitro escolhido pelas partes não seja o mesmo que tenha anteriormente atuado como mediador ou conciliador, porque apenas assim poderá desempenhar sua função de forma mais imparcial possível.

As vantagens do procedimento arbitral são evidentes (MOURA; MELO, 2001):

- a) afastamento do Judiciário: a lide evita a indústria de recursos, não ficando na pendência da interpretação do Juiz;
- b) preserva a integridade das partes: estima-se que ambas estejam de boa-fé;
- c) celeridade: tem que prolatar a sentença no prazo definido pelas partes, sendo que no silêncio a lei contempla que o prazo máximo é de seis meses;
- d) atuação do advogado é preservada: a parte pode se socorrer do seu advogado;
- e) confidencialidade e segredo: o processo não é público, não é publicado o nome das partes, não é aconselhada a divulgação do resultado, quando se publica decisões preserva-se a identidade das partes;
- f) possibilidade de prosseguimento do negócio;
- g) caso uma parte não cumpra a sentença, e houver necessidade de executar a sentença, esta pode tornar-se pública;

- h) a solução por arbitragem pode ser especificada em cláusula compromissória contratual ou convenção coletiva: após instalado o conflito as partes assinam um termo de compromisso;
- i) é menos oneroso quando comparado ao prejuízo que a demora da solução pelo Judiciário acarreta para uma empresa que, muitas vezes, até a inviabiliza;
- j) utiliza-se da tecnologia moderna;
- l) socorre-se de uma pessoa da confiança das partes para decidir a lide.

2.2 Efeitos dos institutos jurídicos mediação e conciliação em seus aspectos práticos

2.2.1 Contextualização

2.2.1.1 Os conflitos jurídicos

Na história social da humanidade parece prevalecer mais o conflito do que o consenso. A vida sempre produziu conflitos entre as pessoas, e na atualidade se sabe, evidentemente, até da pessoa consigo mesma, conflitos interiores. Especialmente a psicanálise, a partir do século XIX, particularmente com a obra de Freud sobre “A interpretação dos Sonhos” (1900) passou a se ocupar da análise e resolução dos conflitos, o que antes era objeto da preocupação de filósofos, políticos e de outros profissionais (BUITONI, 2006).

No Direito o conflito tem sido tratado como algo a ser extinto, considerando que representa, quase sempre, uma ameaça à ordem. Conflito significa, em seu sentido etimológico, luta, combate, colisão, discussão. Finalmente o que é a guerra senão um conflito armado de grandes proporções entre grupos, entre nações? O que se espanta em um conflito é seu potencial destrutivo da convivência social.

Na concepção de BUITONI (2006, p. 6):

O conflito se desenvolve por diversos motivos: pelas incompatibilidades sentimentais, ideológicas, racionais,

cognitivas, étnicas, religiosas, familiares e afins. Normalmente, por representar incompatibilidades pouco saudáveis, precisa ser resolvido, mas pode também funcionar como fator de transformação das relações humanas.

Apesar disso, pode-se dizer que a conflito apresenta ainda uma carga positiva, não é só um mal. Entretanto:

O conceito jurídico do conflito, como litígio, representa uma visão negativa do mesmo. Os juristas pensam que conflito é algo que tem de ser impedido. Eles o redefinem, pensando-o como litígio, como controvérsia. Uma controvérsia que por outro lado, se reduz às questões de direito ou patrimônio. Jamais os juristas pensam o conflito em termos de satisfação.

Falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outriedade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença. (WARAT, 2001, 81,82; BUITONI, 2006, p. 6.).

Logo, essa situação sugere um potencial positivo no conflito, desde que o conflito não seja visto de forma somente lógica e racional, para culpar ou inocentar os litigantes. O conflito apresenta um lado externo, aparente, mas tem ainda seu lado oculto, que demanda ser descoberto, caso a caso. Nenhum conflito é simples. Todo conflito tem elementos originados das mais diferentes causas e circunstâncias e merece ser avaliado como um todo.

BUITONI (2006, p. 6) afirma ainda que:

O conflito, para ser bem examinado, precisaria ser encarado como um fato, nem bom nem ruim, sem interferência de pré-julgamentos ou valores. Acontece

que, no sistema jurídico, os conflitos são vistos através das normas e nunca em estado puro. Ao invés de fatos o direito positivo acaba trabalhando com artefatos, fatos trazidos para dentro do sistema de forma pré-determinada, selecionados de acordo com sua relevância diante da norma jurídica.

Segundo GARCIA, 1992, p. 48:

Para o Direito um fato não tem que ser algo existente, mas algo a que se atribui existência (real ou hipotética, tanto faz), como resultado e às vezes como ponto de partida para certas operações jurídicas e com vistas a lograr certos efeitos jurídicos. O fato em direito não é um fato, mas sim um artefato.

Tanto isso procede que o sistema jurídico diferencia questões de fato e questões de direito, a sinalizar que há uma dicotomia, uma distinção entre fato e norma. Não são quaisquer fatos que entram para o sistema jurídico, mas somente aqueles que são relevantes para a decisão de um conflito.

Portanto, há uma seletividade e a própria norma jurídica indica como escolher certos fatos. O fato jurídico não é o fato histórico, o acontecimento em si, mas o fato que o direito aceita como tal. A relevância é dada por abstração. Os fatos são valorados pelo sistema, o que resulta num conflito entre os fatos e as normas. A Dogmática Jurídica exige que assim seja, para que o sistema possa funcionar com segurança a partir de fatos escolhidos objetivamente. Cria-se, assim, o mal estar do julgamento jurídico. As decisões agradam uns e desagradam outros, num interminável jogo de ganhar/perder, de caráter binário. (BUITONI, 2006, p.7).

Em face à insuficiência desse modelo binário de resolver conflitos, desenvolveram-se inúmeras concepções na Teoria Geral e na Filosofia do Direito, buscando trazer a experiência concreta para dentro do sistema, procurando respeitar mais a realidade e não

a versão processual da realidade. Um exemplo relevante consiste na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale (Reale, 1980), que justamente enfatiza o caráter ternário do Direito (Fato, Valor e Norma) em oposição ao binário (Fato-Norma) cristalizado no axioma latino “*da mihi factum dabo tibi jus*” (dá-me o fato, dou-te o direito). Para o tridimensionalismo o Direito há de pesar, axiologicamente, os fatos.

Não se transita dos fatos ao Direito, automaticamente. A avaliação é ato de interpretação que impõe não uma lógica linear, mas uma prudência, variável, flexível, caso a caso. De qualquer modo, esse tipo de análise está limitado pela norma positiva e, portanto, sofre uma limitação, uma simplificação de antemão posta. Por mais que se dê importância aos fatos, os fatos jurídicos são avaliados dentro de um sistema pré-existente. É preciso ir além do sistema jurídico, como faz a Mediação. (BUTONI, 2006, p. 8).

No Direito Positivo os conflitos são solucionados restritivamente, sem que se possa usar todo o instrumental transdisciplinar que os fatos possam demandar. Essas restrições não existem na Mediação que ultrapassa e, logo, supera a Dogmática Jurídica.

2.2.1.2 Dos significados do acesso à Justiça

GARTH (*apud* ALVIM, 2003, p. 1) identifica que a expressão “acesso à Justiça” é de difícil conceituação. No entanto, sinaliza pelo menos duas finalidades nela contidas. A primeira diz respeito ao entendimento que o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos. A segunda diz que esse sistema deverá gerar resultados que sejam individual e socialmente justos.

Constata, nesse aspecto, que: “Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a Justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.” (ALVIM, 2003, p. 1).

Nesse diapasão, afirmou REALE (1998, p. 379), sobre a ideia de Justiça que esta “implica constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando atingir a plenitude de

seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade”. Tudo isso, é importante enfatizar, compreendendo a Justiça como “concreta experiência histórica, isto é, como valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história.

Na concepção de CAPPELLETTI e GARTH (*apud* ALVIM, 2003, p.1), é possível entender o acesso à Justiça, historicamente falando, em três etapas, ou em “três ondas”. A primeira onda consiste na assistência judiciária gratuita aos menos favorecidos. Na ordem jurídica nacional, a ideia oriunda dessa onda se consubstanciou por meio da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, salvaguardada pela Carta Magna de 1988 – art. 5º, inc. LXXIV.

Conforme FERREIRA NETO (2009, p. 11):

A segunda trata da representação dos interesses coletivos (*lato sensu*). Nessa maré inserem-se direitos, como por exemplo, ao meio ambiente sadio (art. 225, CF/88) e às ações coletivas (art. 5º, XXI, CF), à ação civil pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990). Nessa onda, também fora muito prestigiado o Parquet como legítimo representante da sociedade no pleito dos direitos difusos. Contudo, é na 3ª onda que se deve concentrar mais atenção. Junto a ela, *ex vi*, o instituto da conciliação, ou melhor, o incentivo às soluções alternativas de conflito de interesse. Vem ainda a concretude dos Juizados Especiais e a possibilidade do *jus postulandi*, isto é, quando a própria parte postula seus direitos em Juízo, sem a necessidade de patrocínio por advogado.

No Direito há os métodos opcionais de solução de conflito de interesses (MASC) ou, como denomina o direito norte-americano, o *alternative dispute resolution*, representado pela sigla *ADR*. Ainda, nesse esteio, veio ao ordenamento a Lei n. 9.307/96, dispondo e disciplinando a arbitragem, pela qual se beneficia na resolução dos litígios por meio de uma espécie de justiça privada.

Ferreira Neto (2009, p. 12) revela ainda que: “Todas essas ondas, na verdade, significam a procura de uma Justiça com melhores condições para garantir a rapidez e a eficácia do processo.”

De acordo com CARREIRA ALVIM (2003, p.10-11):

... hoje o problema do acesso à Justiça não pode ser visto mais sob a ótica da ‘entrada’ da ação, mas sim sob a apreensão da mora na ‘saída’ de seus efeitos, pois poucos conseguem obter o resultado dentro de um prazo razoável.

Desta feita, não há mais que se falar em óbices, além dos já previstos, que visem a dificultar o acesso ao Judiciário. Deve-se procurar atingir a maior celeridade possível do processo, a fim de garantir a prestação jurisdicional em um razoável tempo. Considerando-se a declaração de tentativa de conciliação como condição da ação (ou pressuposto processual) e extinguindo-se o feito sem a resolução do mérito, mais uma vez estar-se-ia condenando à inépcia todos os princípios contidos nos métodos alternativos de solução de conflitos.

Ainda mais por se tratar de uma relação litigiosa na qual inexistente equidade entre as partes. Incabível de se observar que um processo seja extinto, sem julgamento do mérito, fundamentado no art. 267, IV (ou VI) do CPC, porque não se manifestou a declaração de tentativa de conciliação. Uma das finalidades da Justiça, de acordo com “ondas *cappellettianas*”, é justamente a de tentar conciliar as partes. Visto de outro ângulo, imaginar que um processo que alcançou o Tribunal Superior do Trabalho (TST) seja extinto por esta causa, no mínimo é reprimir qualquer ideia de razoabilidade.

2.2.2 Efeitos da conciliação

2.2.2.1 Comissões de Conciliação Prévia (CCP)

Entretanto, devido ao advento da Lei n. 9.958, sancionada em 12 de janeiro de 2000, que houve a inserção na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) - arts. 625-A ao 625 H - da previsão das Comissões de Conciliação Prévia (CCP) como forma de heterocomposição dos conflitos trabalhistas, de natureza extrajudicial.

Entendemos que a constituição de tais comissões é de caráter facultativo. Aliás assim se alinha o art. 625-A, CLT: “As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia (...)”. Em decorrência disso, a obrigatoriedade de a questão trabalhista ser debelada pela Comissão de Conciliação somente dar-se-á se esta existir na localidade da prestação de serviços.

A natureza jurídica das Comissões de Conciliação Prévia consiste em mediação, considerando que são órgãos privados, de solução de conflitos extrajudiciais, e não público. Portanto, diz respeito a um meio de resolução de conflitos trabalhista com a intervenção de terceiro, daí a denominação de heterocomposição.

MORAESFILHO (2003, p. 712) revela que “a heterocomposição do conflito toma lugar da autocomposição ou a substitui quando impossível esta ou não realizada. A solução do conflito é transferida para uma pessoa estranha às partes (...)”. Existem duas formas de intervenção de terceiros no conflito trabalhista: a primeira, suave e tênue, isenta do poder coercitivo, levando em conta que a decisão final é de responsabilidade das partes, como a conciliação e a mediação; a outra forma consistirá na arbitragem ou a própria intervenção judicial. É possível afirmar, então, que a conciliação ou sua tentativa feita pelas CCP se localiza a meio caminho entre a autocomposição e a heterocomposição, porque as partes possuem papel decisivo no seu sucesso.

Remontando ao ano de 1951, a OIT estimou como objetivo dos organismos de conciliação voluntária a prevenção e a resolução dos conflitos do trabalho entre empregadores e trabalhadores (Recomendação n. 92). À época foi imensa a expectativa dos juslaboristas e dos órgãos sindicais que conceberam a criação das Comissões no Direito do Trabalho. Eles acreditavam ser um esforço voltado ao sentido de modernização dessa Justiça Especializada, apresentando como característica principal talvez a possibilidade de descongestionar os inúmeros órgãos da Justiça do Trabalho.

Afirma ALMEIDA, 2008, p. 522 que “as comissões de conciliação prévia devem ser vistas como inegável esforço no sentido

de desafogar a Justiça do Trabalho e acelerar as soluções dos conflitos trabalhistas individuais.”

MARTINS (2008, p. 53) corrobora a respeito desta alteração na CLT:

O fator positivo da norma é que o conflito pode ser resolvido na própria empresa e não irá para a Justiça do Trabalho, sendo uma espécie de filtro. Pode diminuir o número de processos na Justiça do Trabalho em razão do efetivo funcionamento das Comissões.”. O Tribunal Superior do Trabalho ainda se posicionou no que diz respeito ao objetivo das Comissões em tentar aliviar a sobrecarga de processos debelados ao Judiciário Trabalhista.

Na análise do Recurso de Revista n. TST-RR-924/2005-491-01-00-8, 1ª Turma, que aborda o referido tema, o Ministro Relator Vieira de Melo Filho assim pronunciou: “A previsão constante do art. 625-D tem por escopo facilitar a conciliação extrajudicial dos conflitos, com vistas a aliviar a sobrecarga do Judiciário Trabalhista (...).” (*apud* PISCO, 2008, p. 95).

O Poder Executivo, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), corrobora a compreensão no tocante à finalidade: “As Comissões de Conciliação Prévia contribuem para diminuir a enorme carga sobre a Justiça do Trabalho. Com isso, ganha o trabalhador que busca proteção, (...), e ganha também o empregador, hoje onerado pela necessidade de manter uma estrutura jurídica complexa e pelos custos de sucumbência.” (BRASIL, 2007, p. 1).

Dispõe ainda o MTE que já foram desenvolvidas até o momento 1.233 Comissões de Conciliação Prévia em todo o país, sendo a grande maioria formada por comissões intersindicais (73%).

Observa-se seja pela doutrina, seja pelos Poderes Constitucionais, que o propósito da Comissão de Conciliação Prévia é de desafogar o Poder Judiciário das reclamações trabalhistas individuais, uma vez que muitas podem ser resolvidas por via da composição. Estimula-se, logo, a resolução dos conflitos de forma extrajudicial. Assegura-se, ainda,

uma maior celeridade na solução e, com isso, uma economia de ambas as partes – empregador e empregado.

É importante ressaltar que desde 2002, o MTE, por meio da Portaria n. 264, se articulou com o Tribunal Superior do Trabalho, com o Ministério Público do Trabalho, com as Centrais Sindicais CGT, SDS e Força Sindical, com a Associação Nacional dos Sindicatos da Micro e Pequena Indústria, e com as Confederações Patronais CNC, CNT, CNF e CNA, emergindo desse encontro a criação de um Termo de Cooperação Técnica, assinado ainda em 5 de junho de 2002, para promover o aprimoramento do instituto das Comissões de Conciliação Prévia.

2.2.2.2 Da declaração de tentativa de conciliação como condição da ação ou pressuposto processual

Atualmente há ampla discussão sobre a natureza da declaração de tentativa de conciliação prévia no seio da Justiça Laboral. Num momento se vê tal objeto como condição da ação, no outro, como pressuposto processual.

Segundo FERREIRA NETO (2009, 6):

Martins (2008), dentre outros, afirma ser a declaração comprobatória de tentativa da conciliação uma condição da ação. Como fundamento alega o autor que os pressupostos processuais de existência de um processo são a jurisdição, o pedido e as partes. Já os de validade do processo são a competência, a ausência de suspeição, a inexistência de coisa julgada e de litispendência, a capacidade processual dos litigantes, a regularidade da petição inicial e da citação.

Outrossim, indica o mesmo autor que o art. 267, VI, do CPC - de que trata sobre a resolução do processo sem julgamento do mérito - traz as condições da ação de forma meramente exemplificativa, daí a conjunção ‘como’, no dispositivo.

Em sua análise detalhada a respeito desse assunto, Martins (2008) afirma que a CLT, em seu art. 625-D, utiliza o verbo “será” no imperativo, sinalizando que o empregado terá de submeter sua

reivindicação à comissão antes de ajuizar a ação na Justiça do Trabalho.

Não obstante, o §2º do mesmo art. também usa o verbo “dever” no imperativo, obrigando, portanto, o empregado a juntar com a petição inicial da reclamação trabalhista a declaração frustrada da tentativa de conciliação. ALMEIDA (2008) também afirma ser a declaração de tentativa de conciliação prévia uma condição da ação. Esse autor indica que o direito de ação não é absoluto e para a consecução de tal direito existem algumas condições: as comuns a todo o processo, que seriam a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, e a específica do processo trabalhista no dissídio individual, qual seja, a prévia submissão da reivindicação à comissão de conciliação. (FERREIRA NETO, 2009, p. 7).

Ainda, à luz do art. 625-D da CLT, ressalta o seguinte:

Conquanto facultativa a criação de comissão de conciliação prévia, tanto no âmbito da empresa como no intersindical, uma vez criada e instalada, torna-se obrigatória a submissão a ela de qualquer demanda trabalhista. (FERREIRA NETO, 2009, p. 7).

Parcialmente, a jurisprudência é favorável à tese de constitucionalidade da Lei n. 9.958/00, garante consistir na declaração de tentativa de conciliação um pressuposto processual. Tal é a compreensão, *verbi gratia*, dos seguintes julgados: TST-RR-237/2005-061-01-00-8; TST-RR-1.044/2003-461-02-85.2; TST-RR-362/2003-315-02-00.4; TST-RR-1.016/2001-009-04-40.9, todos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) (BRASIL, 2008, p. 2-3).

Recentemente, no Tribunal Superior do Trabalho, por meio do acórdão TSTR- 528/2003-095-15-00.5, em sede de recurso de revista, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga inovou o entendimento acerca da natureza da declaração de tentativa. Para ele, não passaria de um requisito da petição inicial, conforme o art. 284 do CPC,

restando ao autor, ora empregado, a oportunidade de emendá-la, não acarretando a extinção do processo sem a extinção do feito. (FERREIRA NETO, 2009, p.7).

Acrescenta o Ministro do TST que se não haverá a conciliação no âmbito judicial, nem em 1ª, nem em 2ª instância, ultrapassada está qualquer tentativa de acordo no âmbito extrajudicial. Evidenciado está que o empregador não possui nenhuma proposta a ser oferecida. Extinguir o feito nessa etapa seria contrariar inúmeros princípios, tais como o da celeridade, o da economia processual, da informalidade, o da instrumentalidade e o da razoável duração do processo.

Sendo assim, vislumbra-se que encarar a regra do art. 625-D da CLT como obrigatória, de caráter impositivo, e não como mera faculdade, estar-se-ia indo de encontro à finalidade procurada pelo legislador, pelo administrador público e pelos juslaboristas. Os efeitos almejados por esses estar-se-iam “saindo pela culatra”, ou seja, o que se tem verificado quanto à prática forense é uma mora maior no processo, ferindo a celeridade, a economia processual, a informalidade e o mais novo dos direitos fundamentais estatuídos pela Constituição: o da Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88). (FERREIRA NETO, 2009, p.8).

Não obstante, fere-se o próprio fim do instituto da conciliação extrajudicial: a prevenção ou a solução espontânea, voluntária e opcional dos conflitos do trabalho entre empregadores e trabalhadores, impedindo-se dessa maneira o abarrotamento de processos na seara do Judiciário.

2.2.2.3 Do princípio da inafastabilidade do acesso à Justiça

O Princípio da Inafastabilidade do Acesso à Justiça respalda-se no Texto Constitucional de 1988, situando-se no TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, mais precisamente no art. 5º, em seu inciso XXXV. Diz a Carta: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (FERREIRA NETO, 2009).

Todavia, esse princípio – e a garantia nele contida – não é inédita no ordenamento jurídico Pátrio. A Carta Magna de 1946 trazia esse princípio em uma redação quase idêntica a da atual: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Para Celso Ribeiro Bastos (1999), este princípio já poderia até mesmo ser encontrado na Primeira Constituição Republicana, a de 1891, porque estava implícito na sistemática constitucional adotada. Igualmente ao autor supracitado, a Juíza Cláudia de Abreu Lima Pisco (2008) discorre, acrescentando que, durante certo tempo, o sistema brasileiro previu a necessidade de negociação prévia como uma condição para o ajuizamento de ações. Foi durante a vigência da Constituição do Império – 1824 – a qual trazia no art. 161 tal exigência: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. (FERREIRA NETO, 2009, p.8).

Embora, permanecendo sua observação a respeito desta exigência do art. 161, da Constituição do Império, Pisco afirma que: “(...) o Decreto n. 359, de 1890, de acordo com as ideias da época, aboliu a exigência.” (PISCO, 2008, p. 88). A Constituição de 1891 acompanhou tal compreensão e não fez constar qualquer exigência de prévia tentativa de conciliação para o ajuizamento de ação.

BASTOS (1999, p. 214) diz que foi em 1891 que houve a filiação do Brasil ao sistema da tripartição dos Poderes de maneira desenganada (a Constituição do Império continha um Quarto Poder, o Poder Moderador). Desta feita, inspirou-se com base então na Constituição norte-americana. E é em função desta influência que se consegue justificar a razão pela qual sempre “coube o recurso último para todas as lesões de direito, provenham de onde provierem, ao Poder Judiciário.”.

Entende BASTOS (1999, p. 214) que “é certo que a lei poderá criar órgãos administrativos diante dos quais seja possível apresentarem-se reclamações contra decisões administrativas”, mas também afirma que

“estes remédios administrativos não passarão nunca de mera via opcional. Isso se torna possível afirmar, uma vez que qualquer que seja a lesão, ou mesmo a ameaça, surge imediatamente o direito subjetivo público de ter, o prejudicado, a sua questão examinada por um dos órgãos do Poder Judiciário” (FERREIRA NETO, 2009, p. 8).

Referindo-se ao Princípio do Acesso à Justiça, SILVA (2007, p. 219) acrescenta nesse o mandamento da Igualdade, declarando que “formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV).” Apesar disso, observa o autor que “realmente essa igualdade não existe. Acredita que tratar como igual sujeitos com diferenças econômicas e sociais não é outra coisa senão ulterior forma de desigualdade e Justiça.” (SILVA, 2007, p. 219).

No entanto afirma SILVA (2007, p. 431) que “a Constituição Federal (CRFB) protege o cidadão, inclusive quando se sentir simplesmente ameaçado, possibilitando o ingresso em juízo”. Permanece o autor expressando que a CRFB dimensionou o acesso ao Judiciário, antes mesmo da concretização da lesão.

Uma vez que se chame atenção para esse caso, de forma indistinta a todos os segmentos do Direito, quanto mais se preocupa no que diz respeito à Justiça do Trabalho, que reconhecidamente coexistem com as maiores desigualdades reais/substanciais identificadas no seio social.

Para Fernando Capez *et al* (2004), a Constituição Federal traz um núcleo de normas intangíveis, as denominadas cláusulas pétreas – art. 60, §4º, IV – das quais os direitos e as garantias fundamentais fazem parte. Diz o autor *supra* que, neste caso, pelo gozo dessa posição constitucional, esses direitos só poderão vir a ser ampliados, nunca restringidos, nem por emenda constitucional, quanto mais por lei ordinária. (FERREIRA NETO, 2009, p.9).

A este respeito CAPEZ *et al* (2004), mais especificamente no tocante ao art. 5º, inc. XXXV, da CF, pois esse corrobora com a

indeclinabilidade da prestação jurisdicional e que, por seu turno, consiste numa derivação do Princípio da Isonomia (direito à igualdade). Assegura que do Princípio da Igualdade decorrem, dentre outros, o “princípio da igualdade perante a Justiça, que se traduz na garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV) e na assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV).” (CAPEZ *et al*, 2004, p. 61).

Paulo Bonavides (2008) ratifica esse pensamento, denominando essas garantias como garantias constitucionais qualificadas ou de primeiro grau. Explica que essas regras constitucionais são protegidas simultaneamente contra dois legisladores: o ordinário e o próprio constituinte, que poderia vir a emendar a Constituição. A garantia constitucional de 1º grau – como, *verbi gratia*, a do art. 5º, inc. XXXV – protege o espírito da Carta constitucional, portanto está fora do poder de emenda, livre do poder de alteração que tente suprimi-lo ou restringi-lo. Qualquer modificação dessas garantias significaria supressão ou mudança da essência, da natureza e da própria razão de ser da Lei Suprema. (FERREIRA NETO, 2009, p. 9).

BONAVIDES (2008, p. 549), afirma ainda que:

Nunca houve, no constitucionalismo brasileiro, (...), uma defesa constitucional tão rígida de dois princípios supremos do velho Estado de Direito do liberalismo: a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Intrinsecamente atrelado ao acesso à Justiça, o Princípio do Devido Processo Legal – art. 5º, inc. LIV, CF – ainda prevê, além da elaboração regular e correta da lei, a sua razoabilidade e o enquadramento nas preceituações constitucionais. Foi o que se consolidou como devido processo legal em sentido material ou substancial.

Aliás, PISCO (2008), inspirando-se nos ensinamentos de Ada Pellegrine Grinover, diz que o Princípio da Proteção Judiciária, ou da Inafastabilidade do Controle Judiciário, é uma regra que se prende na cláusula do *due process of law* (art. 5º, inc. LIV, CF/88) (FERREIRA NETO, 2009, p.10).

MORAES (2006, p. 71) compreende que sempre que houver violação do direito, sob lesão ou ameaça, deverá ser chamado a intervir o Poder Judiciário que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto. Continua alegando que “o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição.”

Entende ainda MORAES (2006) que toda violação de direito está atrelada a uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. Idêntico raciocínio apresenta Silva (2007), pois revela que no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88 já está introduzido o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Assegura-se, nesta situação, o direito de agir, o direito de ação.

Como exemplo cristalino, de se ver que a Constituição de 1988, diferentemente da anterior, afastou a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. Este procedimento, até então vigente, era tido, por uns, como jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado (MORAES, 2006) e, por outros, como contencioso administrativo ou jurisdição dúplice (PISCO, 2008), o que lembraria bem o art. 161, da Carta Imperial já transcrito, traduzindo-se, portanto, em um retrocesso. (FERREIRA NETO, 2009, p.10).

MORAES (2006, p. 72) observou somente um único caso admitido pela CF/88 desse tipo de contencioso: “A Constituição Federal exige, excepcionalmente, o prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos das ações relativas à disciplina e às competições desportivas reguladas em lei (art. 217, §1º, CF)”.

Por conseguinte, apenas com relação ao objeto mencionado no art. 217, §1º, da Carta, há a necessidade de se recorrer à administração, antes de se dirigir ao Poder Judiciário, e só. Todavia, mesmo assim, diz o próprio Texto Constitucional que, se em sessenta dias o processo administrativo não estiver concluído, a lide poderá ser levada ao Judiciário. Se esse afastamento temporário do acesso direto se dá nos assuntos ligados aos desportos e

competições previstas em lei, não é igualmente verdadeiro afirmar que em outros casos poderá o legislador impor ou criar óbices no acesso à Justiça, quicá, ainda mais, quanto aos créditos trabalhistas, que gozam de natureza especial e alimentar. (FERREIRA NETO, 2009, p.10).

É importante ressaltar que a conciliação, como trazida pela Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000, não é nem realizada em órgãos administrativos públicos, como o é na Argentina (Lei n. 24.635, 1996). Segundo a Juíza do TRT 1ª Região Cláudia de Abreu Lima Pisco (2008) diz respeito ao meio alternativo de resolução de conflitos de interesse, *inter partes*, ocorrendo extrajudicialmente.

2.2.2.4 Da obrigatoriedade da submissão da demanda individual trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia e o Princípio da Inafastabilidade do Acesso à Justiça: discussão doutrinária

Importa explicar que existe uma discussão doutrinária a respeito do instituto da conciliação extrajudicial, sob a forma trazida pela Lei n. 9.958/2000 à CLT (art. 625-A a H), e que tal debate está longe de ser uníssono. Inúmeros posicionamentos diferentes emergiram - e vem surgindo - a respeito do tema.

Para uns, a exigência legal disposta no art. 625-D da CLT é mero requisito da petição inicial, o que traria a possibilidade da emenda logo no início do trâmite processual – art. 284, CPC, resolvendo-se o conflito de forma imediata, segundo as palavras do Ministro TST Aloysio Corrêa da Veiga (BRASIL, 2008b).

Outros entendem ser a exigência um pressuposto processual ou uma condição da ação, o que representaria um obstáculo ao prosseguimento do processo, ocasionando a extinção do feito sem a resolução do mérito, consoante o art. 267, IV ou VI, do CPC, respectivamente. Em outra linha, há aqueles que garantem ser tal exigência uma verdadeira afronta ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Justiça ou da Garantia de Acesso à Justiça, consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988 (PISCO, 2008).

Ex vi, como exemplo, essas posições: para MARTINS (2007, p. 55), o procedimento disposto no art. 625-D da CLT “representa condição da ação para ajuizamento da reclamação trabalhista.” Diz ainda esse doutrinador que “não se trata de pressuposto processual”. As premissas processuais do processo são jurisdição, pedido e partes. Os de validade são a competência, a ausência de suspeição, a inexistência de coisa julgada e de litispendência, a capacidade dos litigantes, a regularidade da petição inicial e da citação. Dessa forma, o rol quanto aos pressupostos processuais é taxativo, *numerus clausus*, na concepção deste autor.

Todavia, no tocante ao art. 267, inc. VI, do CPC, há um rol meramente exemplificativo pelo que se apreende do próprio texto legal. Diz tal preceito que o processo é extinto sem resolução do mérito quando não concorrer alguma das condições da ação, “como”. Por essa conjunção, MARTINS (2007) fundamenta seu posicionamento. Para o autor, isso demonstraria que o rol das condições da ação previsto no CPC não se restringe apenas à possibilidade jurídica do pedido, à legitimidade das partes e ao interesse processual. Finaliza o doutrinador asseverando não ser inconstitucional a exigência do art. 625-D, da CLT, pois as condições da ação devem ser estabelecidas em lei e não se está privando o empregado de ajuizar a ação, desde que tente a conciliação, previamente (FERREIRA NETO, 2009, p.13).

Seguindo esta tese, Almeida (2008, p. 533) revela: “Na existência de CCP na localidade da prestação do serviço, o empregado deve, obrigatoriamente, submeter sua reivindicação à comissão, como condição prévia à propositura da ação trabalhista.”

Também afirma este autor, ao encontro de MARTINS (2007), que:

Tal imposição não se nos afigura inconstitucional (ALMEIDA, 2008, p. 533), acarretando-se o julgamento conforme o art. 267, inc. VI, do CPC, extinguindo-se

o feito sem a resolução do mérito (FERREIRA NETO, 2009). Mas, ao mesmo tempo, data vênua, até certo ponto dualista, ALMEIDA (2008) também diz que a Justiça do Trabalho no Brasil tem por fim solucionar os conflitos de interesse entre patrões e empregados, bem como processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho. Alerta o autor que o direito processual do trabalho, mais do que o processual civil, tem a finalidade pública, cuja função social é acentuada, assumindo especial relevo.

PISCO (2008) rebate a posição de Almeida (2008) a respeito da imposição da tentativa de conciliação por tratar-se de uma condição da ação e de sua obrigatoriedade estar dentro dos parâmetros de constitucionalidade. Lembra ainda que esta condição deverá ser observada no parâmetro do binômio necessidade/adequação. É isto que evidenciará o interesse de agir ou o interesse processual. A condição estará presente quando a parte manifestar ter havido lesão (ou a simples ameaça) do direito material. Com a lesão encontrar-se-á presente o interesse material e, por conseguinte, o processual.

LEITE (2006) compreende que o art. 625-D da CLT deve ser interpretado conforme o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, devido ao fato de que o trabalhador possui a alternativa de formular sua reclamação trabalhista em face a CCP ou, se preferir, ajuizar diretamente a sua demanda perante a Justiça do Trabalho. Continua o autor dizendo que “a CCP nada mais é do que meio alternativo de acesso à Justiça, tal como preconizado por Cappelletti, como terceira onda de acesso a uma ordem justa.” (LEITE, 2006, p. 283).

2.2.3 Efeitos da mediação

2.2.3.1 A Mediação e a Transdisciplinaridade

A Mediação está inserida sob a forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas somente auxilia as partes na busca de uma solução.

Trata-se de um verdadeiro não-poder. O mediador diferentemente do Juiz, não dá sentença; diferentemente

do árbitro não decide; diferentemente do conciliador não sugere soluções para o conflito. O mediador fica no meio, não está nem de um lado e nem de outro, não adere a nenhuma das partes. É um terceiro mesmo, uma terceira parte, quebrando o sistema binário do conflito jurídico tradicional. Busca livremente soluções, que podem mesmo não estar delimitadas pelo conflito, que podem ser criadas pelas partes, a partir de suas diferenças. Não é apenas o lado objetivo do conflito que é analisado na mediação, mas também, e, sobretudo, o lado subjetivo. Essa é uma das bases da Mediação: trabalhar a subjetividade do conflito, o lado oculto que todo conflito apresenta, o não verbal, o que se esconde no conteúdo latente do conflito, que, frequentemente, é diferente do conteúdo manifesto do conflito. (BUIIONI, 2006, p.8).

O positivismo acabou com essa preocupação secular, separando o direito da moral e da ética. A Mediação é um dos campos privilegiados para o cultivo da Ética. Num recente estudo patrocinado pela UNESCO, Edgar Morin afirmou sobre a necessidade da ética (BUIIONI, 2006, p. 8):

A Humanidade deixou de constituir uma noção abstrata: é realidade vital, pois está, doravante, pela primeira vez ameaçada de morte, a Humanidade deixou de constituir uma noção somente ideal, tornou-se uma comunidade de vida; a Humanidade é, daqui em diante, sobretudo uma noção ética: é o que deve ser realizado por todos em cada um. (MORIN, 2000, p. 114).

A Mediação irrompe com o isolamento das disciplinas que não mais atendam às necessidades do conhecimento. O conhecimento deve ser transdisciplinar, isto é, vai muito além da junção de disciplinas, buscando o que há de comum em todos os ramos dos saberes. Isso significa que tal instrumento de solução de conflito não está somente atrelado à Ética, mas também às implicações ecológicas da atividade humana, não só físicas, mas ainda mentais e sociais. “Mais do que nunca a natureza não pode ser separada da cultura e

precisamos aprender a pensar ‘transversalmente’ as interações entre ecossistemas, mecanosfera e Universos de referências sociais e individuais (GUATTARI, 1990, p. 25).

Assim bem resumiu a Declaração de Veneza da UNESCO, de 1987:

Ao mesmo tempo em que recusamos todo e qualquer projeto globalizante, toda espécie de sistema fechado de pensamento, toda espécie de nova utopia, reconhecemos a urgência de uma pesquisa verdadeiramente transdisciplinar em um intercâmbio dinâmico entre as ciências exatas, as ciências humanas, a arte e a tradição. Num certo sentido, esse enfoque transdisciplinar está inscrito em nosso próprio cérebro através da dinâmica entre os seus dois hemisférios. O estudo da natureza e do imaginário, do universo e do homem, poderia nos aproximar melhor do real e nos permitir enfrentar de forma adequada os diferentes desafios de nossa época.

Ou seja, a Mediação é transdisciplinar, um modo de construir um conhecimento unificado, de fazer pontes entre vários tipos de abordagem. Por isso exige dos mediadores muito mais do que simples especialização como juristas, ou mesmo com psicanalistas, ou sociólogos e afins. Exige a apreensão do fenômeno conflitivo como um todo indissociável.

O conflito não é só um fato objetivo, pois também subjetivo. Hoje se sabe que a mente humana, de acordo com pesquisas da moderna Neurociência, possui seu funcionamento regulado por estímulos nervosos, que não podem ser controlados só pela razão, objetivamente. A ciência evoluiu muito na tecnologia objetiva e pouco no entendimento da subjetividade humana. Os programas de saúde mental deveriam fazer parte do sistema social como um meio de educação dos cidadãos. A Mediação deveria ser uma atividade estimulada porque pode ajudar na implantação de uma sociedade subjetivamente mais saudável. (BUIIONI, 2006, p. 9).

É chegada a hora de desenvolver a Mediação, uma forma mais eficiente de resolver os conflitos, com maior amplitude e maior potencial de produção de felicidade para todos. A Mediação consiste num novo paradigma para se solucionar conflitos levando em conta que:

... o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento. Superando lógicas binárias, essas práticas se interessam pelas possibilidades criativas que brindam as diferenças, a diversidade e a complexidade (SCHNITMAN, 1999, p. 20).

As transformações subjetivas continuam, enquanto as decisões objetivas, não remotamente, são ineficazes para retificar os problemas que tentam resolver. É necessário tentar desenvolver a experiência da Mediação como uma possibilidade de superar a Dogmática Jurídica que não responde, apropriadamente, às necessidades do mundo contemporâneo.

2.2.3.2 Relações possíveis e necessárias entre Dogmática Jurídica e Mediação

O Direito Positivo e a Ciência têm sido utilizados pelo Estado como dois conhecimentos que geram resultados, para que a sociedade possa operar com estabilidade. São conhecimentos regulação, mais do que atrelados a emancipar a sociedade (BOAVENTURA, 2000, p. 245).

Basta ver a discussão a respeito do aborto, bioética, genoma, células troncos, transplantes, ecologia para se constatar como a Ciência está presente em todos os debates. O Direito monitora tudo, no interior de uma crescente racionalidade e abstração, que, basicamente, só os especialistas conseguem compreender. O Direito, como arte do bom e do justo, cedeu terreno às soluções da eficiência social e econômica, sob a égide do Estado.

A Dogmática Jurídica avançou muito, formalmente, e com isso criou uma insatisfação nos cidadãos, principalmente, no campo emocional, no campo dos desejos, no campo da subjetividade. Principalmente a Psicanálise vem tentando resolver a frustração dos desejos reprimidos,

dos traumas causados por uma sociedade moderna cada vez mais positivista e tecnológica, e cada vez menos sensível e harmoniosa. Por isso mesmo, a Psicanálise vem dialogando profundamente com o Direito e, acreditamos, poderá chegar um momento em que será possível psicanalisar o sistema jurídico. A Mediação, também, é um modo privilegiado para resolver as insatisfações subjetivas. Embora não ignore a Dogmática Jurídica, coloca-a em plano secundário, enquanto busca entender e decifrar todo conteúdo, latente e manifesto, do conflito. (BUTONI, 2006, p. 10).

A Dogmática Jurídica requer certezas, pontos de partida inquestionáveis. A Mediação não trabalha com preceitos pré-estabelecidos, nem com uniformidades, nem com simplificações, nem com a hegemonia de um fato ou de outro, mas com a produção das diferenças, com a complexidade, com a totalidade dos fatos. A Mediação alegoricamente pode ser vista como um procedimento artesanal. Cada situação requer um procedimento diferenciado, uma abordagem específica. Embora existam conceitos comuns a muitas situações, nem sempre, numa situação específica, isso pode ser utilizado da mesma forma.

Para a Mediação a verdade, a Justiça, a ética, a moral e as virtudes, via de regra, são primordiais. Para a Dogmática, esses valores existem, mas são migrados ao sistema jurídico como informadores das decisões e não como fatores determinantes da solução do conflito. Na Dogmática a norma jurídica consiste na referência principal e necessária, predominando sobre a justiça ou não da decisão.

A Mediação revela-se como uma resposta mais completa à problemática dos complexos conflitos contemporâneos dessa sociedade pós-moderna, da sociedade da informática, da sociedade do espetáculo, da sociedade da nova era, da sociedade das comunicações de massa e outras instituições que se possam dar ao momento em que vivemos, neste século.

A Mediação não é incompatível com o sistema jurídico

positivo. Ela é, apenas, um outro modo de abordar os problemas, deixando o poder de decisão para cada um.. É um caminho mais criativo e abrangente do que a Dogmática Jurídica. Para a Mediação não há solução única, há várias soluções que precisam ser elaboradas pelos interessados e até podem ser transformadas, de tempos em tempos, em novas soluções, que podem ser revistas e melhoradas. (BUITONI, 2006, p. 11).

A Mediação é dinâmica, trata-se de um procedimento contínuo, um modo não dogmático de estar no mundo.

A mediação ultrapassa a dimensão de resolução não adversarial de disputas jurídicas. Ela possui incidências que são ecologicamente exitosas, como a estratégia educativa, como a realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia. Dessa forma produz um dever de subjetividade que indicam uma possibilidade de fuga da alienação. A Mediação deve ser encarada como uma atitude geral diante da vida, como uma visão do mundo. (WARAT, 2001, pp. 88- 89).

Na relação mediada todos ganham, considerando que não há soluções impostas, mas geradas de forma consensual. A Mediação é essencial para solucionar os conflitos que a Dogmática Jurídica não tem resolvido, devido às próprias limitações do Direito Positivo.

A Mediação é imprescindível no direito atual. Mais Mediação, e menos Dogmatismo Jurídico parece, no momento, a forma de buscar novos paradigmas de resolução de conflitos. A Mediação é indispensável para superar a simplificação da Dogmática Jurídica, porém deve com ela manter, no contexto atual, uma relação possível e necessária, nesse difícil caminho da realização da sempre tão desejada virtude da Justiça.

2.2.3.3 A mediação como forma efetiva de pacificação social no Estado Democrático de Direito

Na Mediação é essencial a percepção do conflito como um todo, para que as partes sintam e respeitem suas diferenças. O sistema jurídico

positivo procura mais estabelecer a uniformidade, eliminar os desvios, penalizar os culpados, obter a normalidade comportamental. A Mediação trabalha, também, com o potencial transformador dos desvios para integrá-los na formulação de uma nova solução. Ela encara o poder emancipatório, que existe em todo sistema jurídico, como fator mais importante do que o poder normativo. Uma sociedade para ser justa precisa, sem dúvida, de um mínimo de leis, porém precisa da indispensável internalização subjetiva dos valores éticos e morais. Os romanos já haviam percebido, como observou Paulus, “*non omne, quod licet, honestum est*”, ou seja, nem tudo que é lícito é também honesto.

Os conflitos de interesses são percebidos sob uma dupla dimensão (1), de um lado o conflito jurídico envolvendo direitos violados ou supostamente violados, e, de outro o conflito social envolvendo as relações entre indivíduos que desestabilizam a sociedade e nem sempre são reestruturados, muito embora, juridicamente, tenha-se solucionado o conflito emergente, pois que a insatisfação permanece latente entre os indivíduos; em realidade não se trata, o conflito, de meras questões materiais, mas subjetivas e emocionais, neste sentido comenta WARAT (2001) que o conflito é entendido como “*conjunto de condiciones psicológicas, sensibles, culturales y sociales que determinan um choque de actitudes em el vínculo de las personas.* (in GRUNWALD, 2004, p.1).

Para GRUNWALD, 2004, p. 1:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como

uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania. Como mecanismo alternativo de caráter extrajudicial (6) e autônomo, a mediação, privilegia a conciliação entre as partes e o restabelecimento das relações sociais.

Exsurge então que, com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de criar uma solução em que todos ficarão satisfeitos. O objetivo principal da mediação seria, desta forma, não a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas a busca do apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia, percebendo-se como indivíduos sociais.

Numa análise do desenvolvimento da mediação entre os indivíduos propugna WARAT (2001) que: à diferença do que ocorre em um processo judicial, no qual na realidade são os advogados que intervêm e manejam o conflito, na mediação são as partes os principais atores, as donas do conflito que mantêm, em todos os momentos, o controle do mesmo, dizendo quais são as questões que estão envolvidas, assim como o modo de resolvê-las. O acordo decorrente de uma mediação satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que verdadeiramente precisam e não o que a lei lhes reconheceria. Permite o encontro de alternativas que escapam das possibilidades que a justiça ou o árbitro podem oferecer, limitados pelas disposições legais e jurisprudenciais. (*in* GRUNWALD, 2004, p. 2).

3. CONCLUSÃO

A Mediação ultrapassa a Dogmática Jurídica e valoriza a dimensão subjetiva do conflito, isenta de dogmas, com maior liberdade. Pretende interatuar com todos os fatores sociais e pessoais, criando no seu caminho, a cultura da paz, e não a cultura adversarial. Repõe a Justiça e a Ética, como virtudes centrais da sociedade humana. Pouco

importa se é difícil estabelecer os valores justos e éticos; o que importa é não deixar de lado a preocupação com esses valores. Certezas são modificadas, e a própria Ciência pode ser encarada como a retificação constante do saber. O que hoje na Ciência é certo, amanhã é retificado. A Ciência e o Direito são alteráveis.

Retirar de cada caso conflitivo o que de mais criativo e transformativo possa existir. A estabilidade social e individual acabará ocorrendo de forma mais espontânea, como produto do procedimento de Mediação. Parece utópico, entretanto, que todos os conflitos possam ser solucionados pela Mediação. Eventualmente, pode ser muito mais difícil mediar um conflito do que obter uma decisão judicial. Os resultados, porém, serão, certamente, mais duradouros e mais profundos quando as partes resolverem seus conflitos, livremente, por meio da Mediação.

Este instituto procura ir além das aparências explícitas, investigando os pressupostos implícitos do conflito. Muitas vezes, pode ser o aspecto legal o mais relevante fator a ser analisado, mas, nem sempre isso acontece. O sistema de Mediação é aberto a qualquer aspecto que possa estar causando o conflito. O lado emocional e sensorial é extremamente importante na Mediação.

A Conciliação no Brasil, a partir de abril/2000, assumiu uma nova roupagem na área trabalhista, com a Lei n. 9.958/00 que trouxe as Comissões de Conciliação Prévia, nas empresas e/ou as Comissões Intersindicais de Conciliação Prévia e os Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista, quando constituídos entre Sindicatos de Trabalhadores e Sindicatos de Empresas, via Acordos/Convenções Coletivas. Com essa providência a Conciliação Trabalhista, basicamente, deixa a área pública para se tornar privada. Os Conciliadores passam a ser privados, quando nas empresas são trabalhadores eleitos pelos companheiros de trabalho para exercer essa função, e outro indicado pela empresa - mínimo um de cada lado e máximo cinco.

Quando as Comissões são Intersindicais (Sindicato dos Trabalhadores x Sindicato Patronal), são os Sindicatos que recomendam os Conciliadores, podendo ainda sinalizar a entidade (INAMA, p. ex.) para administrar/operacionalizar os Processos de Conciliação. No

entanto, a despeito dessa nova roupagem, a Conciliação mantém as semelhanças e diferenças em relação à Mediação. Inclusive a Lei n. 9.958/00 prevê que para ingressar na Justiça do Trabalho, o trabalhador deverá antes ter passado pelas Comissões de Conciliação Prévia. Nesse sistema, primordialmente, há uma composição entre o Conciliador que representa o trabalhador e o Conciliador que representa a empresa, para na sequência promoverem a aproximação das partes, (trabalhador e empresa), ajudando-as a encontrar o ponto de consenso para o Acordo, podendo ser bem sucedidos ou não. A partir daí, se frustrada a Conciliação, as partes poderão se dirigir à Justiça do Trabalho, ou optar livre e voluntariamente pela Mediação e/ou Arbitragem.

A conciliação tem elevada relevância para o processo do trabalho, tanto que a ausência da segunda proposta conciliatória ocasiona na nulidade absoluta dos atos posteriores. Mesmo com essa causa de nulidade inexistir no ordenamento jurídico, essa é a compreensão que vem sendo consolidado nas decisões dos Tribunais e nas mentes dos mais respeitáveis juristas do país, por ser a conciliação considerada matéria de ordem pública. “Se o juiz não propõe a conciliação, haverá nulidade absoluta dos atos processuais posteriores. Parece-nos acertado esse entendimento, uma vez que a proposta de conciliação é considerada matéria de ordem pública”. (LEITE, 2004, pp. 323/324).

Enfatiza-se que a ausência da primeira tentativa de conciliação no início da audiência não implicará na nulidade absoluta dos atos posteriores caso a segunda proposta seja formulada. Isso devido à tentativa de conciliação anterior à anulação da sentença convalida a falta inicial. A nulidade persiste, todavia, se somente a primeira proposta for formulada, pois não haveria outra oportunidade de tentativa obrigatória de acordo capaz de suprir a ausência da segunda proposição pelo juiz.

A conciliação permeia todo o processo cuja competência é da Justiça do Trabalho, devendo estar sempre presentes os princípios da celeridade e economia processual, do informalismo e da proteção ao hipossuficiente atuando como mola propulsora dessas ações.

Os benefícios auferidos pelas partes quando obtêm sucesso nas propostas conciliatórias elaboradas no processo cognitivo são

inúmeras e podem ser facilmente elencadas. As partes (reclamante e reclamado) ganham primordialmente pelo simples fato de terem alcançado um acordo encerrando o processo e atingindo a pacificação do conflito.

Mediação e Conciliação são dois institutos que não se confundem, são atividades semelhantes, porém não iguais, particularmente na cultura brasileira. A Conciliação comumente é realizada por força de lei e compulsoriamente por servidor público que faz uso da autoridade de seu cargo para tentar promover a solução de controvérsias. A Lei 9.958/00 trouxe o Conciliador Privado, escolhido pelos trabalhadores, nas empresas para compor às Comissões de Conciliação Prévia, com os Conciliadores indicados pela Empresa, ou Comissões Intersindicaís de Conciliação, neste caso determinados pelos Sindicatos dos Trabalhadores e Sindicatos Patronais. Diferentemente, então, da Mediação, que as partes se submetem livre e voluntariamente e da mesma forma definem a entidade e o profissional/mediador de sua confiança para auxiliá-las a alcançar a solução para as suas pendências.

4. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático de Processo do Trabalho. 19ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 7 nov. 2008.

AMARAL, Lídia Miranda de Lima. Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTr, 1994.

ARRUTI, Tatiana. Conciliação na execução trabalhista e a situação das parcelas previdenciárias decorrentes do acordo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1223, 6 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9132>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Ministério do Trabalho e do Emprego. Comissão de Conciliação Prévia. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/com_conciliacao/default.asp>. Acesso em: 2 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Comissão de Conciliação Prévia (CCP). Obrigatoriedade de submissão da demanda – art. 625-D da CLT. Pressuposto processual negativo. Imposição legal. Recurso de Revista. Processo n. TST-RR-924/2005-491-01-00. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Brasília, DF, 28 mai. 2008a. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 5 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ausência de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia. Pressuposto Processual e não condição da ação. Finalidade e utilidade do processo. Princípios formadores do Processo do Trabalho. Recurso de Revista. Processo n. TST-RR-528/2003-095-15-00.5. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Brasília, DF, 4 jun. 2008b. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=2300&ano_acesso=4558305/>. Acesso em: 3 mar. 2010.

BUITONI, Ademir. A dogmática jurídica e a indispensável mediação. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1355, 18 mar. 2007. Disponível

em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9619>>. Acesso em: 4 mar. 2010.

CAPEZ, Fernando *et al.* Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. Teoria geral do processo 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 730.

FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa. A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 1990.

FERREIRA NETO, Walfredo Bento. O acesso à justiça e a obrigatoriedade da submissão prévia das demandas individuais trabalhistas à comissão de conciliação. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2335, 22 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13888>>. Acesso em: 5 mar. 2010 .

GRUNWALD, Astried Brettas. A mediação como forma efetiva de pacificação social no Estado Democrático de Direito . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 289, 22 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5117>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

GARCIA, Jesus Ignacio Martinez. La imaginacion jurídica. Madri: Ed. Debate, 1992.

GUATTARI, Felix. As três ecologias. trad. Maria C.F. Bittencourt. Campinas, SP, Papirus, 1990.

HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem. 21ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 29.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr., 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao Direito do Trabalho; 9ª ed. São Paulo: LTr., 2003.

MORGADO, Isabele Jacob. A arbitragem nos conflitos de trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à Educação do Futuro. 2ª ed. São Paulo: Cortes Brasília, DF, UNESCO, 2000.

MOURA, Fernando Galvão; MELO, Nelma de Sousa. Arbitragem no direito do trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2204>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 25ª ed. São Paulo: LTR, 1999.

PISCO, Claudia de Abreu Lima. O acesso à Justiça e a tentativa de conciliação prévia de conflitos trabalhistas. Revista LTr., São Paulo: vol. 72, n. 1. pp. 87-96, jan. 2008.

RAMOS, Augusto Cesar. Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2620>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito; 24ª ed./3ª tir. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHNITMAN, Dora e LITTLEJOHN Stephen. Novos paradigmas em Mediação. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo; 31ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVESTREIN, Gisela Andreia. A flexibilização real: conciliação na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina: ano 8, n. 249, 13 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4919>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de direito do trabalho; 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 2.

WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.

CONCESSÃO DE FLORESTAS PÚBLICAS: ANÁLISE E APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.284 DE 02 DE MARÇO DE 2006



Alessandra Queiroz Pinheiro

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia-UNIR; Pós-graduanda em Direito do Consumidor pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Foi assessora de Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Porto Velho/RO; atualmente Oficial de Gabinete do Des. Raduan Miguel Filho.

Sumário

Introdução. 2. Espaço especialmente protegido. 3. Gestão florestal. 4. Concessão de florestas. 5. Floresta Nacional do Jamari. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a tomada de consciência da crise do meio ambiente tem mobilizado atenção crescente da comunidade científica e da opinião pública em todo o mundo (SACHS, 2007). Esta preocupação resulta em inúmeros debates que, por sua vez, dão origem ao surgimento de novos campos de pesquisa influenciando o ordenamento jurídico, o desenvolvimento econômico, a organização das sociedades e as gestões governamentais.

Por meio ambiente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso Mello entende como sendo um “típico direito de terceira

geração¹ que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano”. Essa circunstância justifica a especial obrigação que incube aos estados e à própria coletividade de defender e de preservar o meio ambiente em benefício das presentes e futuras gerações (MACHADO, 2008, p.125).

Pela Constituição Federal, a defesa do meio ambiente é obrigatória e a sua finalidade não se limita à garantia do bem-estar social, mas também às finalidades econômicas, tendo em vista que é da transformação dos seus recursos naturais que o ser humano faz surgir as relações de consumo e, conseqüentemente, a movimentação da economia (ANTUNES, 2006).

ANTUNES (2006), quando trata do meio ambiente, afirma ser este uma designação que compreende o ser humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação econômica dos bens naturais que, por submetidas à influência humana, se constituem em recursos ambientais.

Neste contexto, a inserção dos recursos ambientais na ordem econômica nacional (quicá na mundial) tem como fim o desenvolvimento econômico. Este, por sua vez, deve ser conduzido em concomitância ao desenvolvimento ambiental sustentado, bem como ao bem estar social, devendo ser o bem ambiental considerado bem de uso comum do povo, e classificado como direito difuso², não havendo, por isso, a possibilidade da sua fruição em caráter individual, sendo o direito de toda a coletividade a sadia qualidade do ambiente, bem como a sua dominialidade.

1 Os direitos de terceira geração são diferenciados, principalmente pela visualização que os operadores do direito tecem a seu respeito, considerando-os como aqueles denominados *direitos solidários*. Estes direitos aparecem no ordenamento jurídico como direitos “coletivos” ou “difusos” (ALMEIDA, 2008).

2 O meio ambiente encontra-se alocado dentre os interesses ou direitos difusos, pois ultrapassa o plano dos interesses individuais das pessoas per si (transindividual) ou grupo, caracterizando-se por sua indivisibilidade, isto é, seu objeto diz respeito a todos os membros da sociedade, ao mesmo tempo em que não é destinado a alguém exclusivamente (natureza indivisível) e possuindo titulares indeterminados, cuja relação entre estes tem origem em uma situação de fato (BARROSO, 2003). Ainda, pela Ministra Eliana Calmon, “fala-se de interesses envolvendo grande número de pessoas, muitas das quais sem possibilidade de identificação. São os chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput*, afirma que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Quanto à abordagem Constitucional do art. 225, Antônio Herman Benjamin (2007) esmiúça da seguinte forma:

Todos têm direito ao meio ambiente: o sentido dado a palavra “todos” significa que qualquer pessoa, residente ou não no país, tem direito aos benefícios de um ambiente em equilíbrio;

Meio ambiente ecologicamente equilibrado: o equilíbrio ecológico que se busca é a segurança de que a natureza siga seu próprio curso, sua própria dinâmica, que permite a sua recomposição e manutenção natural.

Sadia qualidade de vida: finaliza a preservação e o pleno funcionamento de condições que asseguram a vida, como o acesso à água potável, ao ar livre de poluição, ao clima ameno, entre outros.

Impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo: essa obrigação trata dos deveres *erga omnes*³, em que são co-obrigados, indistintamente, o Poder Público, os indivíduos e a coletividade, à preservação e restauração das condições indispensáveis à existência, sobrevivência e desenvolvimento dos seres vivos.

E por fim, sobre as “*presentes e futuras gerações*”, afirma que a expressão se refere aos titulares do direito, considerando não apenas os indivíduos vivos – presentes gerações, mas também aqueles que estão por existir – futuras gerações.

Por estar o meio ambiente diretamente associado à economia, a Constituição Federal, no Capítulo da Ordem Econômica, insere os recursos naturais aos fatores de desenvolvimento nacional. Por esta

3 Contra todos.

previsão, o crescimento ou o desenvolvimento econômico⁴ deve coincidir com um objetivo social maior, qual seja, a proteção do meio ambiente dos excessos (qualitativos e quantitativos) da produção econômica que afetam a sustentabilidade dos recursos naturais (MILARÉ, 2007).

Para isso, a utilização dos bens ambientais deve ser condicionada ao regime jurídico/econômico do uso comum em proveito da orientação constitucional (FIORILLO, 2006c), não podendo, de forma alguma, gerar problemas que afetem a qualidade ambiental, nem que impeçam o pleno atendimento de sua finalidade social. O que se busca é o crescimento econômico e o desenvolvimento social, sendo que, paralelamente, seja garantida a defesa e a proteção do meio ambiente.

Conduzindo essa afirmativa, o princípio jurídico ambiental do Desenvolvimento Sustentável prevê que essa modalidade de desenvolvimento pretende satisfazer as necessidades do presente sem comprometer os recursos equivalentes que no futuro farão uso outras gerações (SILVESTRE, 2006). Tal princípio implica num ideal harmônico entre a economia e a ecologia, no qual devem ser ajustados em correlação de valores, na tentativa de conciliar os limitados recursos naturais ao ilimitado crescimento econômico (DERANI, 2007).

Quanto à responsabilidade, prevê o art. 225 da CF, compete ao estado, em decorrência da incumbência que lhe foi imposta pelo §1º, gerir as florestas obedecendo aos comandos constitucionais, sempre no sentido de utilizar os bens ambientais de acordo com a orientação indicada pela Carta Maior (FIORILLO, 2006).

Apesar de ser o ordenamento brasileiro de normas ambientais um dos mais completos do planeta, a peculiaridade da grande extensão territorial, bem como a ausência do ente estatal nas regiões periféricas desse país, dificulta a aplicação fática das normas ambientais vigentes. Principalmente na Região Amazônica, onde não são raras as notícias que relatam atividades degradadoras dos direitos do homem e do meio ambiente.

4 O art. 170 da CF/88 estabelece entre os seus princípios a proteção ao meio ambiente, condicionando a atividade econômica a sua proteção.

Com a pretensão de contrariar essa regra, o Poder Público, no exercício da tutela ambiental, vem depreendendo ações de cunho complexo e científico. Trata-se de processo de Administração do Meio Ambiente, ou, como é comumente conhecido, de Gestão Ambiental⁵.

Arelado as atividades de gestão, como ferramenta de desenvolvimento das atividades, tem-se como método, o planejamento ambiental. Este, por sua vez, indica os caminhos e os meios para a correta administração do meio ambiente (MILARÉ, 2007).

Não obstante, em 2006 entrou em vigor a Lei n. 11.284, da Gestão de Florestas Públicas, a qual regulamenta de forma diferenciada, o sistema de gestão sustentável de florestas. Essa Lei introduziu mudanças expressivas na gestão do patrimônio ambiental, chegando a ser vista como a nova política voltada para o meio ambiente, trazendo novas expectativas não só para a exploração sustentável, mas também para parcerias entre os entes públicos e privados na área ambiental (MARQUES & MARQUES, 2006).

A referida Lei veio regulamentar a situação em que o meio ambiente e o desenvolvimento econômico passaram a fazer parte de um interesse comum, pressupondo a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental (DERANI, 2007), efetivando a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável.

Como principais fundamentos a Lei 11.284/06 traz a exploração sustentável de florestas, em especial aquelas localizadas na Região Amazônica, por populações locais ou por empresas particulares (através de concessão); a regulamentação do acesso às florestas públicas combatendo a ocupação ilegal, a depreciação, a destruição e a prática de atos ilícitos como a grilagem, a violência no campo, o trabalho escravo, a evasão de impostos, a extração ilegal de madeira e a lavagem de dinheiro (AZEVEDO & TOCANTINS, 2007).

5 Gestão ambiental no sentido de aspecto executivo propriamente dito, da implementação de medidas concretas em casos particulares, valendo-se dos meios e métodos propiciados pelo planejamento (seja no setor público, seja na iniciativa privada) (MILARÉ, 2007).

É importante salientar que a Lei tem agregado aos seus objetivos os valores sociais, como a garantia do bem-estar e o fortalecimento cultural de cada região, de forma a envolver diretamente as comunidades locais nas atividades de gestão.

Este estudo desenvolve-se sobre as estruturas do princípio jurídico ambiental do desenvolvimento sustentável, conduzindo-se pela indissociabilidade entre o desenvolvimento da economia e a proteção do meio ambiente. Para o efetivo alcance dos objetivos dessa monografia, a abordagem se iniciará pela explanação do tema das áreas especialmente protegidas (Áreas de Proteção Especial e Unidades de Conservação). Em seguida, passa para a análise da Lei n. 11.284/06, demonstrando a sua aplicação e peculiaridades. E, por fim, trata da primeira aplicação efetiva da Lei, trazendo como exemplo o caso da concessão em atividade há mais de 20 (vinte) anos no Estado do Acre.

2. ESPAÇO ESPECIALMENTE PROTEGIDO

A Constituição Federal de 1988, no art. 225, traz sob a sua tutela jurídica a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, tendo como objeto imediato a saúde, o bem estar e a segurança da população, o que se vê sintetizado na expressão “*qualidade de vida*” (SILVA, José. 2004).

O artigo supracitado traz o conceito de conservação ecológica, que compreende a preservação, manutenção, utilização sustentável, restauração e melhoria do ambiente natural.

Define-se como conservação ecológica:

... a gestão da utilização da biosfera pelo ser humano, de tal sorte que produza o maior benefício sustentado para as gerações atuais, mas que mantenha a sua potencialidade para satisfazer as necessidade e aspirações das gerações futuras (BENATTI, 2001).

Uma das formas legais que possui o Poder Público para proteger e preservar a natureza é a criação de espaços ambientalmente

protegidos, definindo os seus limites e lhes assegurando especial proteção (MONICO NETO, 2005a).

Espaços ambientais, em sentido amplo, são porções do território estabelecidos com a finalidade de proteção e preservação, total ou parcial, do meio ambiente (SILVA, Fernando. 2004), englobando, por exemplo, as Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Legais⁶.

Em sentido estrito, apenas se enquadram como áreas protegidas as Unidades de Conservação típicas, expressamente previstas na Lei n. 9.985/00⁷, e as unidades de conservação atípicas, que se amoldam ao enunciado do art. 2º, I⁸, da mesma Lei.

A Constituição Federal, em seu art. 225, §1º, III, estabelece que compete ao Poder Público o dever de:

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

Dessa maneira, a obrigação de fazer se concretiza mediante obediência a leis ou decretos, conforme o caso. Ou seja, atribuiu-se à Administração o dever de demarcar áreas a serem especialmente protegidas, porém não se admitiu que essa mesma Administração pudesse promover alterações ou supressões destas áreas sem o consentimento do Congresso Nacional (ANTUNES, 2006).

Ainda no art. 225, mas no §4º, além da proteção genérica, a Constituição enumera regiões a serem especialmente protegidas:

6 Discriminadas pelo Código Florestal, Lei n. 4.771/65.

7 Lei n. 9.985/00 Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

8 Art. 2º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - Unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. (...)

§4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

A presença desses elementos tem por finalidade o estabelecimento de critérios capazes de assegurar a sustentabilidade dos mencionados biomas sem, no entanto, vedar as atividades econômicas, sociais e recreativas praticadas nessas regiões, compatibilizando o crescimento econômico com o respeito às formas de vida, a sustentabilidade dos recursos naturais renováveis e não renováveis, os direitos humanos fundamentais e, conseqüentemente, com a melhoria da qualidade de vida desta e das futuras gerações (ANTUNES, 2006).

2.1 As diferentes áreas protegidas

Áreas protegidas são aquelas que, por apresentarem características especiais, devem permanecer preservadas (TEIXEIRA, 2004). Estas podem ser públicas ou privadas, além de dotadas de atributos ambientais que requeiram a sujeição, pela lei, de um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e a sua sustentabilidade, tendo em vista a preservação e proteção do processo evolutivo das espécies e dos recursos naturais (BENATTI, 2001).

São, portanto, espaços que por algum motivo necessitam de especial proteção jurídica, sejam pelas características ambientais que apresentam, pela sua localização ou pelo papel ecológico que desempenham perante ao meio ambiente.

Por áreas especialmente protegidas temos como principais as *áreas de preservação permanente*, as *reservas legais* e as *unidades de conservação*. Cada uma dessas com previsão legal específica, que descrevem o espaço territorial que ocupam, o grau de preservação, e a que atividades se submetem.

Os principais diplomas que tratam da matéria são: o Código Florestal Brasileiro (Lei n. 4.771/65), o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei n. 9.985/98) e, para fins de estudo dessa monografia, a Lei de Gestão de Florestas (Lei n. 11.284/2006).

2.2 Área de Preservação Permanente (APP)

De acordo com o disposto no art. 1º, §2º, II, do Código Florestal (Lei n. 4.771/1965), entende-se por Área de Preservação Permanente “aquela área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.⁹

Observa-se que a localização e a função ecológica das áreas de florestas de que trata o art. 1º, §2º, II, são as justificativas para a sua preservação.

Essas áreas são inseridas funcionalmente, ou seja, na ação recíproca entre a cobertura vegetal e sua preservação, e a manutenção das características ecológicas do domínio em que ela ocorre (MILARÉ, 2007). Constituem-se, basicamente, nas vegetações situadas às margens dos rios (mata ciliar), ao redor de lagoas e nascentes, florestas de encostas e montanhas e outras.

As APPs incidem sobre o domínio público ou privado, podendo ser encontradas em áreas públicas, inclusive já protegidas (unidades de conservação, por exemplo), como também em áreas particulares, propriedades privadas de uso regular (MONICO NETO, 2005a).

Conclui-se que o papel dessas áreas de preservação é o de abrigar a biodiversidade e promover a propagação da vida, assegurando a qualidade do solo, dos cursos das águas, das paisagens do ecossistema, além do bem-estar e segurança das populações que convivem no seu entorno.

⁹ Código Florestal, art. 1º, §2º, com redação determinada pela Medida Provisória 2.166/67, de 28 de junho de 2001.

2.3 Reserva Legal (RL)

A Reserva Legal foi definida pelo art. 1º, §2º, III do Código Florestal, com redação determinada pela Medida Provisória (MP 2.166/2001), como:

... a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

ANTUNES (2006) ensina que “a reserva legal é uma obrigação que recai diretamente sobre o proprietário do imóvel, independentemente de sua pessoa e da forma pela qual tenha adquirido a propriedade. Dessa forma ela está umbilicalmente ligada à própria coisa, permanecendo aderida ao bem”¹⁰. Portanto, sobre a Reserva Legal recai a obrigação *propter rem*¹¹, incidente sobre o bem imóvel e que obriga o titular do direito real, seja ele quem for, em virtude tão somente de sua condição de proprietário ou possuidor.

De natureza jurídica de limitação administrativa em favor do bem comum, Monico (2005) menciona que a Reserva Legal é condição de reconhecimento da propriedade privada, devendo ela ser averbada no registro do imóvel.

Sobre a incidência da Reserva Legal, a porcentagem de área a ser delimitada em cada imóvel é definida em lei, e varia de acordo com as peculiaridades das condições ecológicas de cada região do país (ANTUNES, 2006).

O art. 16 do Código Florestal em seu *caput* e incisos, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.166/2001, diz o seguinte:

Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime

10 ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 533.

11 Própria da coisa.

de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País. (grifo).

Por fim, sobre o tema Reserva Legal, cabe salientar a possibilidade (excepcional) de compensação de áreas. Trata-se de medida de viabilização ecológica e legal, e ocorre quando, para minimizar ou remover um dano ambiental, outra área é destinada a proteção especial em nome daquela, desde que sejam preenchidos os requisitos previstos em lei.¹²

2.4 Unidades de Conservação (UC)

A Lei n. 9.985, de 18 de julho 2000, conhecida como Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), regulamenta o art. 225, §1º, I, II, III e VII, da Constituição Federal, estabelecendo o conceito legal e disciplinando as Unidades de Conservação como sendo:

... espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob

¹² Disposições do art. 44 do Código Florestal de 1965.

regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

Cada Unidade de Conservação tem finalidade própria, de proteger e preservar as espécies vegetais ou animais, ou mesmo por qualquer outro motivo previsto em lei, possuindo regras próprias de uso, manejo e definição legal para a sua criação (BENATTI, 2001).

O SNUC divide as Unidades de Conservação em dois grandes grupos, as Unidades de Proteção Integral e as Unidades de Uso Sustentável, cada uma delas com características específicas, podendo variar desde a intocabilidade até o uso mais intenso, sendo possível a exploração dos recursos naturais em escala empresarial, como ocorre, por exemplo, na concessão da exploração de florestas públicas por particulares.¹³

As Unidades de Conservação de Proteção Integral objetivam a preservação da natureza, sendo admitido somente o uso indireto¹⁴ de seus recursos naturais (FERREIRA, 2007). Procura-se evitar ao máximo a interferência humana nessa categoria.

Segundo o art. 8º do SNUC, são Unidade de Conservação de Proteção Integral:

- **Estação Ecológica:** prevista no art. 9º do SNUC, as estações ecológicas são áreas representativas do ecossistema brasileiro, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas de ecologia, a proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista (ANTUNES, 2006).

- **Reserva Biológica ou “REBIO”:** está prevista no art.10 do SNUC, tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais.

¹³ A concessão de florestas públicas por empresas particulares será analisada em capítulo próprio nessa monografia.

¹⁴ Uso indireto como sendo aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais, com exceção dos casos previstos em lei.

- **Parque Nacional ou “PARNA”:** está regulamentado pelo art. 11 do SNUC é de finalidade múltipla, pois servem tanto para o estudo como para o lazer. É também a área protegida mais popular, pois é aberta à visitação pública mediante normas previamente estabelecidas. Esta é, em tese, a unidade de conservação de proteção integral de regime mais amplo e liberal.

- **Monumento Natural:** segundo o art. 12 do SNUC, o monumento natural tem como objetivo básico preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica. Pode ser constituído em áreas particulares, desde que haja compatibilidade com a atividade exercida da propriedade e os objetivos da unidade. Em não havendo, dar-se-á prioridade aos objetivos ecológicos, promovendo a desapropriação do particular.

- **Refúgio da Vida Silvestre:** prevista no art. 13 do SNUC, essa modalidade de unidade constitui uma novidade introduzida pela lei. Tem como objetivo proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória.

Já as Unidades de Conservação de Uso Sustentável, por sua vez, finalizam compatibilizar a conservação da natureza com o uso racional e sustentável de parte dos recursos naturais que abriga. Ou seja, visam conciliar a exploração e a garantia da perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável (TEIXEIRA, 2004).

Nesta, o objetivo da criação das unidades não é apenas a conservação da biodiversidade, mas também a conservação da sociodiversidade, dentro de um contexto que privilegia a interação do homem com a natureza, e as interfaces entre diversidade biológica e cultural. (SANTILLI, 2005) O que se pretende não é a mera criação de mosaicos intocáveis, mas sim a participação efetiva na gestão das unidades por populações tradicionais¹⁵, envolvendo o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural, objetivando o desenvolvimento sustentável.

15 Lei 11.284/2006, art. 3º, X: comunidades locais: populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica;

O art. 14 do SNUC lista o grupo das Unidades de Conservação de Uso Sustentável:

- **Áreas de Proteção Ambiental ou “APA”:** conforme disposição do art. 15 do SNUC, é uma área em geral extensa, com certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos e/ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas. Tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

Apesar de abstrato o *caput* do art. 15, o fato é que a APA tem por finalidade a garantia da qualidade de vida – humana, por suposto; isto implica que ela deve, necessariamente, ser uma área ocupada por seres humanos (ANTUNES, 2006).

- **Áreas de Relevante Interesse Ecológico:** prevista no art. 16 do SNUC, essas são áreas que possuem características extraordinárias ou que abrigam exemplares raros da biota regional, exigindo cuidados especiais de proteção por parte do Poder Público

- **Floresta Nacional ou “FLONA”:** de grande relevância para esse estudo, a FLONA tem seu conceito no art. 17 do SNUC. Trata-se de área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas. Essa modalidade será melhor explorada no próximo tópico.

- **Reserva Extrativista ou “RESEX”:** sua característica especial é que esta unidade é produto direto das lutas dos seringueiros da Amazônia pela preservação do seu modo de vida e pela defesa do meio ambiente. O símbolo mais marcante dessa luta foi, sem dúvida, o seringueiro Chico Mendes. A previsão legal está contida no art. 18 do SNUC.

- **Reserva de Fauna:** conceitua-se como sendo a área natural com populações de espécies animais nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos.

- **Reserva de Desenvolvimento Sustentável:** este tipo de reserva tem como fim preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais pelas populações tradicionais (MILARÉ, 2007). Ou seja, tem como objetivo valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo ambiental desenvolvidas pelas pessoas que lá vivem.

- **Reserva Particular do Patrimônio Natural ou RPPN:** essa modalidade, em particular, trata de unidade de conservação de domínio privado. Sua vinculação se dá por termo de compromisso assinado perante órgão ambiental, que verificará a existência do interesse público, que se comprovada deverá ser averbado na inscrição do Registro Público de Imóveis. O art. 21 do SNUC a conceitua como sendo área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica. O uso sustentável, com exploração dos recursos e serviços, somente são permitidos para fins de pesquisa científica e de visitação pública com objetivo turístico, recreativos e educacionais.

Duas considerações feitas por MILARÉ (2007) sobre as Unidades de Conservação são pertinentes ao elenco dos objetivos que as cercam: uma, sobre o seu rico conteúdo ecológico, que ultrapassa a visão de proteção da biodiversidade inerentes a uma área, para ressaltar igualmente em primeiro plano, elementos da hidrosfera (a parte líquida da superfície – mares, rios, lagos, etc.) e da litosfera (a parte sólida da Terra – ilhas e fundos oceânicos); e outra, dando enfoque ao desenvolvimento sustentável, de caráter socioeconômico, que vislumbra a possibilidade de conjugar os interesses das populações locais com a integridade do patrimônio ambiental natural.

Porém, na realidade prática das Unidades de Conservação, há imensa dificuldade para assegurar a sua efetividade e existência. A escassez de recursos econômicos destinados a sua manutenção, fazem ser rotineiras as denúncias de degradação, invasão e extração de recursos dessas áreas (IRIGARAY, 2004).

Contudo, verifica-se que é preocupação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação a proteção do meio ambiente e a

subsistência das comunidades tradicionais. Por isso, o referido diploma busca disseminar a educação ambiental com a finalidade de garantir não somente o equilíbrio ecológico, mas também o equilíbrio social.

2.5 Florestas Nacionais: conceito e natureza jurídica

A Floresta Nacional foi pela primeira vez conceituada no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, b, da Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), modificada pelo Decreto n. 1.298/94, como sendo as áreas de domínio público, providas de cobertura vegetal nativa ou plantada, voltadas às gerações de produtos e subprodutos florestais.

ANTUNES (2006) destaca que esta foi a primeira modalidade de Unidade de Conservação a tratar da permanência de populações que anteriormente habitassem a área. O fato de estarem voltados à “produção” ensejou o cultivo da floresta sob a ótica do fomento florestal.

No entanto, o art. 5º do Código Florestal foi revogado pelo art. 17 do SNUC. Que conforme transcrito no tópico anterior, trás a previsão da possibilidade de permanência de comunidades locais que ali habitavam quando da criação da unidade, desde que em conformidade com o disposto em regulamento e no plano de Manejo.

Com a publicação da Lei n. 11.284/06, a Lei de Gestão de Florestas Públicas, a floresta passou a ser definida no art. 3º, inciso I, da seguinte forma:

Florestas, naturais ou plantadas, localizadas nos diversos biomas brasileiros, em bens sob o domínio da União, dos estados, dos municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta.

FIORILLO (2006c) argumenta que Florestas são caracterizadas juridicamente como recurso ambiental (art. 2º, IV do SNUC) e definida no plano constitucional como bem ambiental – art. 225 da CF/88.

Desse modo, como bens ambientais que são, destinam-se a viabilizar os recursos na condição de produtos¹⁶ e serviços¹⁷, exatamente no sentido de compatibilizar o uso racional e sustentável dos bens ambientais, observando-se, necessariamente, o estabelecido nos arts. 1º¹⁸ e 3º¹⁹ da CF/88, e as especificações que vinculam as comunidades locais.

3. GESTÃO FLORESTAL

Pelos interesses que envolvem os bens ambientais e o desenvolvimento econômico, a Lei n. 11.284/06 vem para regulamentar as novas expectativas que envolvem a utilização desses recursos.

A Lei de Gestão de Florestas tem como objetivo principal combater a grilagem²⁰ de terras e o desmatamento ilegal, principalmente na Amazônia, bem como desenvolver a economia da região de maneira menos predatória possível, por meio da concessão de áreas destinadas a exploração dos recursos provenientes da natureza de forma sustentável, planejada, com prévia autorização do Poder Público e contínua fiscalização, finalizando a coexistência entre a economia e meio ambiente. A Lei estabelece ainda a criação do Serviço Florestal

16 Lei 11.284/2006, art. 3º, III: produtos florestais: produtos madeireiros e não madeireiros gerados pelo manejo florestal sustentável;

17 Lei 11.284/2006, art. 3º, IV - serviços florestais: turismo e outras ações ou benefícios decorrentes do manejo e conservação da floresta, não caracterizados como produtos florestais;

18 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

19 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

20 A Grilagem é o processo de apropriação de terras públicas de forma ilegal por meio da falsificação de documentos ou da corrupção. No passado, os grileiros colocavam escrituras falsas em caixas com grilos, que as deixavam amareladas e roídas para forjar a aparência de antiguidade e, conseqüentemente, de originalidade do documento, daí a origem do nome. (CALETANO & VERÍSSIMO, 2007)

Brasileiro (SFB), do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF), do Cadastro Nacional de Florestas Públicas, entre outros (SILVA, 2006c).

Como se verá adiante, três são as formas de gestão trazidas pela Lei de Gestão, sendo todas elas norteadas pelos princípios elencados no art. 2º da Lei, quais sejam: (i) a proteção dos ecossistemas; (ii) o uso eficiente das florestas cumprindo com as metas de desenvolvimento sustentável preestabelecidas; (iii) o acesso das comunidades locais às florestas públicas; (iv) a valorização das atividades locais, bem como a agregação de valor aos produtos e serviços da floresta; (v) a publicidade dos atos referentes à gestão de florestas públicas; (vi) à promoção e difusão da pesquisa florestal; (vii) o fomento ao conhecimento e a promoção da conscientização da população sobre a importância da conservação e recuperação e do manejo sustentável dos recursos florestais, e (viii) a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos a longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação de florestas (MAFRA FILHO, 2006).

Dentre o rol de conceitos trazidos pelo art. 3º, destacam-se o de *florestas públicas*, já demonstrado no capítulo anterior; e o de *concessões de florestas*, definido com a seguinte redação:

Delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

A Lei de Gestão Ambiental inseriu no ordenamento jurídico essa peculiar disciplina, produzindo sensíveis alterações na legislação que se relaciona com a matéria ambiental, criando todo um sistema de gestão sustentável de florestas, principalmente no que diz respeito à gestão do patrimônio público natural para a produção sustentável.

3.1 Das formas de gestão

A Lei n. 11.284/06 cita no seu art. 4º e incisos, três formas de exploração sustentável de florestas.

O inciso I trata da *criação e gestão direta de unidades de conservação* pelo poder público, nos termos do art. 17 do SNUC.

Essa forma de gestão é feita diretamente pelo Poder Público por meio de convênios, termos de parcerias ou por instrumentos similares firmados com terceiros, desde que observados os procedimentos licitatórios. No caso de contratos e instrumentos similares, a duração fica limitada a 120 (cento e vinte) meses, e as licitações podem ter como quesito para contratação o melhor preço combinado com a melhor técnica (MILARÉ, 2007).

O inciso II prevê a *destinação de áreas florestais para o uso comunitário de populações locais extrativistas*, nos termos do art. 6º da Lei de Gestão de Florestas.

Aduz o art. 6º que, antes do processo de concessão, aquelas áreas florestais públicas que forem ocupadas ou utilizadas por comunidades locais devem ser identificadas para que sejam destinadas, por órgãos competentes, à criação de reservas extrativistas ou de reservas de desenvolvimento sustentável (art. 18 da Lei n. 9.985/00)²¹; ou para que sejam distribuídas pela reforma agrária, fazendo a entrega de títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos; ou ainda, para que sua destinação se dê por outra forma prevista em lei.

O objetivo dessa disposição é proteger os meios de vida e cultura dessas comunidades – oferecendo-lhes a possibilidade de desenvolvimento econômico, sempre de forma sustentável – bem como preservar o meio ambiente e evitar o seu esgotamento.

21 SNUC: art. 18: A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade (...).

Pelo caráter social, essa modalidade de gestão deve ser feita de maneira não onerosa ao beneficiário. Tendo como critério para a fixação da destinação de uma floresta pública para uma comunidade local, o de considerar o uso sustentável dos recursos florestais, bem como o beneficiamento dos produtos extraídos, os quais devem constituir a principal fonte de sustentabilidade e renda dos beneficiários (MILARÉ, 2007).

No caso de Florestas Nacionais (Unidades de Conservação) ocupadas por populações locais serão formalizados termos de uso, com indicação do respectivo prazo de vigência, a extração de produtos de uso tradicional e de subsistência, e ainda a imputação da responsabilidade pelo manejo das espécies utilizadas e por eventuais prejuízos ao meio ambiente.²²

E a terceira e última forma a que se refere à Lei é a *concessão de florestas de domínio Público a exploração pelo ente Privado*. Por esta é possível a atribuição do direito de explorar produtos e serviços florestais, por delegação onerosa e precedida de contrato e licitação, a um particular, atribuindo a ele a obrigação do cumprimento das exigências do edital de licitação, bem como a responsabilidade pelos atos praticados durante a ocupação da área, mas sem que haja a transferência do domínio da área concedida.

As duas primeiras modalidades do art. 4º têm limites estabelecidos pela Lei n. 9.985/00 – SNUC, já a terceira consiste na disciplina mais extensa da própria Lei de Gestão de Florestas, na qual essa discussão se concentra.

3.2 Da competência dos estados emunícípios

A Lei n. 11.284/06 deflagrou um importante processo de desconcentração de responsabilidades para que a gestão florestal possa ser feita de forma compartilhada entre União, estados, município e

22 Conforme art. 18, parágrafo único, do Decreto 6.063/2007 – “Parágrafo único. São requisitos para a formalização do termo de uso: I - identificação dos usuários; II - estudo técnico que caracterize os usuários como comunidades locais, nos termos do inciso X do art. 3º da Lei no 11.284, de 2006; e III - previsão do uso dos produtos florestais dele constantes e da permanência dos comunitários em zonas de amortecimento, se for o caso, no plano de manejo da unidade de conservação”.

Distrito Federal (DF). Estimulou alguns estados a iniciar um processo de preparação para a gestão de suas florestas públicas à semelhança do que tem ocorrido na esfera Federal (MMA, 2006). No entanto, para viabilizar esse processo, os estados deverão buscar a estruturação institucional apropriada para isso.

Além do previsto pela Lei de Gestão, os estados, juntamente com a União, os Municípios e o DF são detentores de competência material comum descrita no art. 23, e de competência legislativa concorrente descrita no art. 24, ambos da Constituição (MACHADO, 2005).

A letra do §2º, do art. 24, nos fala que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência *suplementar* dos estados”. Suplemento é aquilo que serve para complementar, suprir, o que falta (FERREIRA, Aurélio. s/d).

A Lei n. 11.284/06 tem caráter de norma geral, o que permite a descentralização das atribuições dos órgãos Federais, permitindo aos estados, municípios e o DF o exercício da competência suplementar, sem, no entanto, contrariar os ditames gerais.

Deste modo, os órgãos ambientais estaduais e municipais também poderão autorizar e fiscalizar a exploração florestal em áreas sob sua jurisdição. Há que se observar que, havendo órgãos ambientais municipais, a sua esfera de atuação recairá somente sobre florestas públicas e Unidades de Conservação municipais, ou na hipótese de serem firmados convênios com outros órgãos ambientais (GODOY, 2006).

A competência suplementar não exime as esferas federativas do dever de cuidado com o meio ambiente. Nesse sentido, MONICO (2005), explica que “os princípios da participação da sustentabilidade, estabelecidos no art. 225 da CF, e a obrigação de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações é da coletividade e do poder público em geral”, ou seja, a atividade suplementar dos entes da federação não pressupõe a concorrência de competências, mas sim a atividade conjunta em prol do bem maior, o meio ambiente.

Portanto, com o intuito de participar da gestão de florestas e de atender as diversas modalidades, os estados, municípios e o DF deverão promover as adaptações necessárias à lei ordinária, podendo elaborar normas complementadoras, sempre observando a sua esfera de competência em relação às florestas públicas, bem como os preceitos constitucionais.²³

4. CONCESSÃO DE FLORESTAS

Por concessão, DI PIETRO (2006) aduz que se trata de contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou obra pública, ou lhe concede o uso de bem público, para que explore por sua conta e risco, e por prazo determinado, nas condições regulamentares e contratuais.

Em relação ao uso dos recursos ambientais, a Constituição Federal, em seu art. 225, §4º, condicionou a utilização de determinadas áreas florestais como a Floresta Amazônica e a Mata Atlântica, à previsão anterior de Lei especial, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

É neste sentido que a concessão de florestas públicas, terceira modalidade da Lei de Gestão, se apresenta, regulamentando a utilização dos recursos florestais, não só das regiões especificadas no §4º, mas de todas as áreas públicas definidas como florestas.

Essa modalidade de concessão tem como objetivo compatibilizar a preservação do meio ambiente com o uso sustentável da floresta, estabelecendo condições de modo que permitam a redução do desmatamento ilegal, visando minimizar a grilagem de terras públicas, a extração ilegal de madeira e a evasão de divisas (MILARÉ, 2007). Este é, sem nenhuma dúvida, o instituto mais inovador da Lei.

23 CF/88: art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (...).

4.1 O papel das instituições e a organização funcional

A Lei n. 11.284/06 distribuiu da seguinte forma as responsabilidades e competências para a gestão e fiscalização das florestas: ao Poder Concedente, aos Órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA²⁴, ao Órgão Consultivo e ao Órgão Gestor.

Por *Poder Concedente*, tem-se em âmbito federal o Ministério do Meio Ambiente. A este cabe, de forma geral, a formulação de estratégias, políticas, planos e programas para a gestão das florestas.²⁵

São *Órgãos do SISNAMA* no plano federal, o Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio (quando tratar de Unidades de Conservação); no plano estadual, a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental – SEDAM; e, no municipal, a Secretaria do Meio Ambiente – SEMA. Cabe a estes órgãos a responsabilidade do controle e fiscalização ambiental das atividades florestais em suas jurisdições.

Como *Órgão Consultivo* foi instituído, no âmbito federal, a Comissão de Gestão de Florestas Públicas. Esta deverá assessorar, avaliar e propor diretrizes para a gestão de áreas florestais, bem como se manifestar quanto aos resultados do Plano Anual de Outorga Florestal – PAOF. Compõe o Órgão Consultivo representantes do Poder Público, da iniciativa privada, das confederações dos trabalhadores, da comunidade científica, dos movimentos sociais e das organizações não-governamentais – ONGs, conforme determinação do Decreto n. 5.795 de 05 de junho de 2006.

Por fim, por *Órgão Gestor*, foi instituído no âmbito federal, o Serviço Florestal Brasileiro – SFB. A este cabe a elaboração de propostas para o Plano Anual de Outorga Florestal, solicitar licenças prévias, elaborar estudos ambientais, acompanhar o procedimento

24 SISNAMA: Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, foi instituído pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto 99.274, de 06 de junho de 1990, sendo constituído pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. Fonte: <http://www.mma.gov.br/port/conama/estr1>. cfm.

25 Conforme as delimitações do art. 49 da Lei n. 11.284/06.

licitatório até a elaboração dos contratos, fixar e fiscalizar os preços florestais (e o seu respectivo pagamento), dentre outras atribuições previstas no art. 53 da Lei 11.284/2006 e no Decreto 6.063/2007. Este órgão deverá ainda manter a guarda das florestas públicas quando houver a extinção do contrato de concessão durante o período de pousio entre uma concessão e outra (MILARÉ, 2007).

4.1.1 Serviço Florestal Brasileiro – SFB

A Lei institui como órgão gestor/gerenciador federal o Serviço Florestal Brasileiro (SFB). Este é órgão autônomo da administração indireta, inserido na estrutura do Ministério do Meio Ambiente. Tem como objetivo fomentar o desenvolvimento florestal sustentável no Brasil e gerir o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal, que será utilizado para propiciar o avanço tecnológico das atividades florestais sustentáveis, bem como o monitoramento das florestas públicas.

A este órgão são incumbidas as competências descritas no art. 55 da Lei, quais sejam: (i) ser o órgão gestor do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal; (ii) apoiar a criação e gestão de programas e treinamento, capacitação, pesquisa e assistência técnica para a implementação de atividades florestais, incluindo o manejo florestal, processamento de produtos florestais e exploração de serviços florestais; (iii) estimular e fomentar a prática de atividades florestais sustentáveis madeireiras, não madeireiras e de serviços; (iv) promover estudos de mercado para produtos e serviços gerados pela floresta; (v) propor planos de produção florestal sustentável de forma compatível com as demandas da sociedade; (vi) criar e manter o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente; (vii) gerenciar o Cadastro Nacional de Florestas Públicas; e (viii) apoiar e atuar em parceria com seus congêneres estaduais e municipais (HUMMEL, 2006).

4.1.2 Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal – FNDF

Em menção aos recursos financeiros provenientes dos preços florestais das concessões, estes serão destinados aos estados, aos municípios e ao denominado Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal, exatamente no sentido de propiciar resultados econômicos em face do uso da floresta ambiental como um bem (FIORILLO, 2006c).

O fundo financiador é de natureza contábil e tem a finalidade de promover a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico em manejo florestal, além da proteção do meio ambiente e conservação dos recursos naturais (AZEVEDO & TOCANTINS, 2006).

No caso de exploração de áreas da União, o fundo será depositado e movimentado exclusivamente por intermédio dos mecanismos da Conta Única do Tesouro Nacional. Dos recursos, até 30% serão destinados a cobrir o custo do sistema de concessão, incluindo uma parcela ao Serviço Florestal Brasileiro (ou ao órgão gestor do estado, DF ou município) e ao IBAMA para empreender ações de fiscalização; e, no mínimo 70%, devem ser divididos entre o estado e o município onde se localiza a floresta pública e o FNDF, na proporção de 30%, 30 e 40%, respectivamente. No caso das Florestas Nacionais, por se tratar de unidade de conservação, a distribuição dos recursos dá-se na proporção de 40% ao ICMBio, como gestor da Unidade de Conservação, e os 60% restantes divididos equitativamente entre estado, município, DF e FNDF – 20% cada (AZEVEDO & TOCANTINS, 2006).

É importante mencionar que nos arts. 36 a 40 da Lei n. 11.284/2006 devem ser interpretados em harmonia com os objetivos fundamentais perseguidos pela Carta Magna (art. 3º), particularmente em face da necessidade de garantir o desenvolvimento nacional com o uso racional e equilibrado das florestas em proveito das futuras gerações, bem como da urgência de se utilizar em instrumentos jurídicos/econômicos em proveito da redução das desigualdades sociais e regionais existentes no Brasil (FIORILLO, 2006c).

4.1.3 Plano Anual de Outorga Florestal – PAOF

O Plano Anual de Outorga Florestal (PAOF) é proposto pelo órgão gestor e definido pelo Poder concedente. Trata-se de documento estabelecido anualmente que identifica as florestas públicas passíveis de concessão, bem como descreve e identifica a demanda e a oferta dos produtos florestais na região de sua abrangência, a compatibilidade com políticas setoriais existentes, a descrição da infraestrutura e logística disponíveis na área de abrangência do plano, e a indicação da adoção de mecanismos que garantam o acesso democrático às

concessões florestais, por pequenos, médios e grandes concessionários (HUMMEL, 2006).

Este documento serve também como instrumento de planejamento da produção florestal pelo Serviço Florestal, de modo a considerar a disponibilidade, a necessidade, bem como o limite em porcentagem da exploração máxima possível dentro de cada área destinada à concessão para atender às demandas da sociedade sem colocar em risco a sustentabilidade das florestas (MMA, 2006).

Todavia, o processo de seleção de florestas públicas aptas à concessão é regido por critérios definidos na Lei n. 11.284/06, e regulamentado pelo Decreto n. 6.063/07.²⁶

4.2 Do objeto

De acordo com a Lei, a concessão de florestas tem como objeto a “exploração de produtos e serviços florestais, especificados no contrato, em unidade de manejo de floresta pública, com perímetro georreferenciado, registrada no respectivo cadastro de florestas públicas²⁷ e incluindo no lote de concessão florestal”.²⁸

É importante frisar-se que a modalidade concessão de florestas não implica na transferência de qualquer direito de domínio ou posse sobre as áreas, mas apenas autorizam o manejo para exploração de produtos (madeireiros e não madeireiros) e de serviços florestais. Outra vedação expressa na Lei é quanto à impossibilidade do acesso aos recursos genéticos, a exploração dos recursos minerais, a outorga de água, e a exploração dos recursos pesqueiros ou da fauna silvestre.

A atividade de pesquisa e a visitação pública de áreas concedidas não são vedadas pela lei. No entanto, essa possibilidade deverá ser regulamentada previamente no contrato firmado entre o Poder Público e o Particular.

²⁶ Dados disponíveis em www.mma.gov.br.

²⁷ Cadastro de Florestas Públicas: cadastro a ser realizado pelo Serviço Florestal Brasileiro, por meio do qual será obtida a identificação dos diversos estratos e características florestais, de modo a permitir que a gestão de florestas públicas leve em consideração a particularidade de cada região sob uma ótica ambiental e socioeconômica.

²⁸ Lei n. 11.284/06, art. 14.

Por fim, quanto à possibilidade da venda de créditos de carbono²⁹, a Lei 11.284/06 prevê que, no caso de reflorestamento de áreas degradadas ou convertidas para o uso alternativo do solo, o direito de comercializar esses créditos poderá ser incluído no objeto da concessão, também nos termos do prévio regulamento (MILARÉ, 2007).

4.3 Da finalidade

Fernando Borges da Silva (2006) afirma que a finalidade levantada pela Lei de Gestão de Florestas Públicas é a de tornar compatível a preservação do meio ambiente com a exploração sustentável dos recursos da floresta, além de estabelecer condições que permitiriam reduzir o desmatamento ilegal, principalmente na Região Amazônica, minimizando a grilagem de terras públicas e a extração ilegal de madeira. Godoy (2006) complementa, como finalidade da lei, a possibilidade do aumento da renda e a melhoria da qualidade de vida das populações locais.

Desse modo, se os resultados a que se propõe a Lei forem positivos, será possível a exploração de áreas de floresta que foram predestinadas a esse fim, com a garantia de haver o desenvolvimento econômico regional, sem que para isso ocorra o esgotamento dos recursos naturais, conciliando a sustentabilidade ecológica e a viabilidade financeira das florestas públicas.

Há ainda que se verificar que, uma vez concedida determinada área pública ao ente privado para que exerça a sua atividade, o tratamento que passará a ser dispensado para essa determinada área pública será aquele com *status* privado. Ou seja, os cuidados mantidos pelo Concessionário para com a área concedida serão os mesmos que ele teria se aquela área lhe fosse particular. O interesse econômico do concessionário acaba por fazer com que este zele pelos bens contidos no espaço concedido, evitando, por iniciativa privada, a ação de invasores de terras e madeireiros ilegais, resultando isso na redução dos custos governamentais de administração, monitoramento e fiscalização dessas áreas, mas não eximindo o ente Público dessa obrigação.

29 Venda de créditos de carbono: a comercialização dos créditos de carbono foram introduzidas em nosso ordenamento após a elaboração do Protocolo Internacional de Quioto, do qual o Brasil é signatário.

4.4 Do licenciamento ambiental

O Licenciamento Ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente permite a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e/ou atividades utilizadoras de recursos ambientais, que possam ser consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental (FIORILLO, 2006a).

Este instrumento, previsto na Política Nacional do Meio Ambiente, é de caráter preventivo de tutela do meio ambiente, e objetiva evitar que um projeto, justificável sob o prisma econômico, ou em relação aos interesses imediatos dos seus proponentes, se revele, posteriormente, trágico para o meio ambiente (FERREIRA, 2007).

FIORILLO (2006d) classifica o licenciamento como sendo um encadeamento de atos administrativos *sui generis*³⁰, o qual deverá ser precedido por um Estudo de Impacto Ambiental (EIA³¹ ou EPIA³²).

O EIA compreende no levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalho de campo, análise de laboratório e a própria redação do relatório (MACHADO, 2008).

O Estudo deverá ser realizado por profissionais legalmente habilitados e observar algumas diretrizes gerais, tais como: (i) contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com as hipóteses de não execução; (ii) identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais que poderão ser gerados durante a fase de implantação e operação da atividade; (iii) definir a área de influência do projeto considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica a qual se localiza; (iv) considerar os planos e programas governamentais em implantação na área de influência e a sua compatibilidade com o projeto a ser desenvolvido³³. Além dessas orientações gerais, poderá o órgão federal/estadual/municipal ambiental fixar diretrizes adicionais

30 *Sui generis* significa literalmente “de seu próprio gênero”, ou seja, “único em seu gênero”.

31 Estudo de Impacto Ambiental, termo utilizado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2006a).

32 Estudo Prévio de Impacto ambiental, termo utilizado por Paulo Affonso Leme Machado (2008).

33 Previsões contidas no Decreto n. 99.274/90, arts. 17 e seguintes.

consideradas necessárias em razão das peculiaridades do projeto e das características ambientais da área destinada a sua execução.

Quanto à aplicação do EIA, FIORILLO (2006d) afirma que o estudo de uma atividade potencialmente causadora de dano, isoladamente, não é suficientemente objetivo para a concessão ou não da licença. O Doutrinador segue dizendo que o EIA é um estudo amplo, e que por isso precisa de ampla interpretação, quanto a sua conveniência e inconveniência, a admissibilidade de mitigação dos impactos ambientais negativos e também quanto às medidas compensatórias.³⁴

Com isso, acompanhando o raciocínio de FIORILLO (2006d), e com base no dispositivo do art. 170, V e art. 225 da CF/88, verifica-se que, se concretizada a existência do desenvolvimento sustentável, permitindo o equilíbrio entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, será possível a concessão da licença ambiental, ainda que seja desfavorável o estudo prévio de impacto ambiental, sempre seguindo os critérios de conveniência e oportunidade.

No que consiste o licenciamento ambiental, três são as etapas em que se divide: (i) *licença prévia*, outorgada em fase preliminar do planejamento da atividade ou empreendimento, aprovando a sua localização e concepção; (ii) *licença de instalação*, autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados; e (iii) *licença de operação*, que autoriza a operação da atividade ou do empreendimento³⁵.

Na Lei de Gestão Ambiental a Seção V discorre sobre o licenciamento ambiental e destaca que o uso sustentável de uma unidade de manejo³⁶ deverá ser submetido, previamente, a um processo de licenciamento, em que a licença prévia deverá ser requerida pelo Órgão Gestor mediante a apresentação do Relatório Ambiental Preliminar

34 Os empreendimentos de relevante impacto ambiental estão sujeitos ao sistema de compensação da Resolução 002/96 do CONAMA.

35 Resolução n. 001/86 do CONAMA.

36 Unidade de manejo é o perímetro definido a partir de critérios técnicos, socioculturais, econômicos e ambientais, localizados em florestas públicas, objeto de um Plano de Manejo Florestal Sustentável, podendo conter áreas degradadas para fins de recuperação por meio de plantio. Neste sentido o art. 3º, VIII, da Lei 11.284/06.

(RAP)³⁷, que esteja em consonância com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente³⁸ e com a Resolução n. 001/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

Por se tratar de processo de licenciamento específico, para o efetivo exercício da atividade de manejo por concessão florestal, a Lei n. 11284/06 não prevê a necessidade da licença de instalação para a exploração de recursos naturais, de forma que são imprescindíveis somente a licença prévia e a licença de operação.

A Lei de Gestão Ambiental também traz a previsão de que, se houver mais de uma unidade de manejo integrante do mesmo lote de concessão, o Órgão Licenciador poderá aceitar um único Relatório Ambiental Preliminar e um único Estudo de Impacto Ambiental que abrajam as diferentes unidades em questão, observando se situam em ecossistema semelhantes e no mesmo estado.

Nos casos de concessão de Unidades de Conservação inscritas no PAOF, havendo Plano de Manejo aprovado da área, a licença prévia a ser requerida, autorizará de plano o início do processo de licitação, sem prejuízo da elaboração de um estudo específico para as atividades que possam causar a degradação ambiental (MILARÉ, 2007). Por já haver o levantamento da área pelo plano de manejo, reconhecendo as potencialidades da região, não há necessidade de outro diagnóstico prévio, podendo o EIA e o RAP se limitarem às atividades degradadoras a serem exercidas após a concessão.

E nos casos de UCs que ainda não possuem o Plano de Manejo, uma vez autorizada a licença prévia pelo Órgão Licenciador, autorizado fica o início da elaboração do Plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS. E somente com a conclusão deste é que será possível o início do processo licitatório.

Por último, é importante mencionar que os gastos despendidos pelo Poder Público com a elaboração do RAP e do EIA serão integralmente ressarcidos pelo Concessionário ganhador da licitação, na forma do art. 24 da Lei n. 11.284/06.

37 O RAP é elemento que instrui o licenciamento ambiental dos lotes de unidades de manejo, conforme art. 15 e 16 do Decreto 6.063/2007.

38 Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981.

4.5 Da licitação

Para MELLO (2005), licitação é:

Um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.³⁹

A Lei de Gestão de Florestas, nas Seções VI, VII e VII, dispõe sobre os procedimentos licitatórios para a concessão do direito de exploração de produtos florestais.

O processo licitatório, em obediência ao art. 175, *caput*, da Constituição Federal, segue as diretrizes e exigências da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, acrescentando-se os procedimentos próprios da Lei de Gestão.

A Lei de Gestão estabelece, como critérios para a habilitação e para a participação do processo licitatório, a comprovação da ausência de débitos inscritos na dívida ativa, relativos à infração ambiental nos órgãos competentes integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, e de decisões condenatórias, com trânsito em julgado, em ações penais relativas a crimes contra o meio ambiente ou a ordem tributária ou a crime previdenciário.⁴⁰

Estabelece ainda que somente as empresas ou outras pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país serão habilitadas à licitação.

Apesar de a lei trazer esses critérios de segurança, Fernando Borges da Silva (2006), em artigo publicado no portal eletrônico Jus Navegandi⁴¹, desconfia da eficácia da medida e afirma que:

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 2005, p. 483.

40 De acordo com o art. 19 da Lei 11.284/06.

41 Em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8013](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8013). Acesso no dia 19 de maio de 2008.

... a previsão não afasta o risco de exploração indevida pelo capital estrangeiro, inclusive do patrimônio genético e dos recursos hídricos das unidades de manejo florestal concedidas, pela conhecida deficiência na fiscalização em atividades similares.

A modalidade de licitação a ser executada é, obrigatoriamente, a concorrência (art. 22, §1º da Lei 8.666/93). Por esta, garantir-se-ão a ampla publicidade e a possibilidade de participação de qualquer interessado.

A elaboração do edital de licitação competirá ao Ministério do Meio Ambiente. Esse instrumento deverá conter além das normas básicas da Lei de Licitações: (i) a descrição dos produtos e dos serviços a serem explorados, bem como as suas características; (ii) a delimitação exata da unidade de manejo; (iii) os resultados do inventário amostral⁴²; (iv) os prazos para a concessão e as condições de prorrogação; (v) a descrição da infraestrutura disponível na região de interesse; (vi) as condições para visitação e reconhecimento da área; (vii) as condições em que se encontram os produtos e os serviços florestais; (viii) o estabelecimento de prazos para a apresentação de propostas, para o julgamento do processo de licitação e da assinatura do contrato; (ix) o período para o fornecimento de dados, estudos e projetos sobre a região a ser licitada, necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; (x) os critérios para o oferecimento dos documentos para a aferição da capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal; (xi) as fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamentos das propostas; (xii) o preço mínimo e os critérios de reajuste e revisão; (xiii) a descrição de garantias e seguros; (xiv) as condições da empresa ou pessoa jurídica a ser concessionária; e (xv) as minutas a serem previstas nos contratos, bem como as suas condições de extinção.

42 Inventário amostral: é um levantamento realizado antes da exploração em uma pequena fração (em menos de 1%) da área a ser manejada. O objetivo é avaliar de forma rápida o potencial madeireiro, bem como as características da topografia e hidrografia da propriedade. As informações obtidas são usadas, por exemplo, para estimar o volume de madeira existente na área (em geral, expresso por hectare) e projetar a rede de estradas na propriedade. Informação em <http://www.manejoflorestal.org/guia.cfm?cap=1>.

Após a elaboração do edital, este deverá ser previamente submetido a audiência pública, a qual será dirigida pelo SFB, com antecedência mínima de 15 dias da sua publicação, contando com ampla divulgação e publicidade, tal como prevê o art. 30 do Decreto n. 6.063/07. Ainda em momento anterior à publicação do edital, o SFB deverá elaborar justificativa técnica da conveniência da concessão florestal, caracterizando o seu objetivo.

O edital deverá ser publicado com antecedência mínima de 45 dias da abertura do processo de julgamento das propostas, e o seu teor deverá ser amplamente divulgado em obediência ao princípio da publicidade, visando suscitar a concorrência e garantir a igualdade entre participantes (SANT'ANNA, 2008).

Na escolha da melhor proposta, deverá ser analisada, além do preço, o critério técnico, composto por uma combinação de quatro “sub-critérios” estabelecidos no art. 26, regulamentado pelo Decreto n. 6.063/07, quais sejam: o maior preço ofertado como pagamento pela outorga da concessão florestal, e a melhor técnica, que englobará os critérios de menor impacto ambiental, maiores benefícios sociais diretos, maior eficiência e maior agregação de valor ao produto ou serviço florestal na região da concessão (MILARÉ, 2007).

Por fim, escolhido o vencedor, este assinará contrato com a Administração Pública e ficará submetido às condições de que nenhuma empresa possuirá mais de duas concessões, por lote de concessão⁴³, e a de respeitar o limite de exploração especificado no Plano Anual de Outorga Florestal para a área concedida.

4.6 Do contrato de concessão

O contrato administrativo, segundo MELLO (2005), é um tipo de avença tratada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

43 Lote de concessão: conjunto de unidades a serem licitadas.

DI PIETRO (2006) assinala como sendo as características principais dos contratos administrativos: (i) a presença da administração em posição de supremacia sobre o particular; (ii) a finalidade pública; (iii) a devida obediência à forma prescrita em lei (Lei 8.666/93); (iv) o procedimento legal próprio para cada contrato; (v) a natureza jurídica de contrato de adesão; (vi) que é *intuitu personae*; (vii) a presença de cláusulas exorbitantes (ou essenciais); e (viii) a possibilidade de mutabilidade unilateral do contrato.

O contrato de concessão, de forma geral, possui três modalidades: a concessão de serviço público, a concessão de obra pública e a concessão de uso de bem público (DI PIETRO, 2006).

O contrato objeto deste estudo (concessão de florestas) prevê o uso de bem público, motivo pelo qual não se pode considerar hipótese diversa daquela que obriga o contrato de concessão em comento ter suas regras fundadas na Lei n. 8.666/93, dos Contratos Administrativos, tendo em vista tratar-se de acerto pelo qual o ente público, União, estados, municípios e o Distrito Federal transferem a gestão de suas florestas públicas para mãos privadas (WITCZAK, 2007).

A finalidade desse contrato é a de outorgar ao particular o direito de utilizar um bem estatal de acordo com sua destinação específica, e como é característico do processo de concessão, o maior interesse em questão é o do concessionário. Neste sentido, Hely Lopes destaca que o contrato de concessão se trata, na verdade, de “contrato de atribuição, pois visa mais ao interesse do concessionário que o da coletividade, mas, como todo contrato administrativo, não pode contrapor-se às exigências do serviço público, o que permite à Administração alterá-lo unilateralmente, e mesmo rescindi-lo, e isto o distingue visceralmente das locações civis ou comerciais” (MEIRELLES, 2003b, p. 243).

No contrato de que trata a Lei n. 11.284/06, além das regras previstas na Lei de Licitação e Contratos, outros detalhes também deverão ser observados. Por exemplo, para cada unidade de manejo deverá ser elaborado um contrato específico para cada ganhador. Uma vez assinado, o licitante obriga-se ao teor previsto no regulamento,

devido responder pelos prejuízos que causar, sem a admissão da exclusão da responsabilidade ou atenuação em virtude da eventual atividade fiscalizatória deficitária pelo órgão competente (ABREU, 2008).

4.6.1 Da responsabilidade

A respeito da responsabilidade civil, em sede de transgressão ambiental, afirma VENOSA (2007) que é a objetiva, sob a modalidade do risco integral. Isso significa dizer que quem danificar o meio ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Não se pergunta a razão da degradação para a imputação do dever de indenizar e/ou reparar, também não interessa que tipo de obra ou atividade tenha sido exercida, pois na modalidade de responsabilidade do risco integral basta que a atividade apresente risco potencial.

No Direito Ambiental, essa regra se fundamenta pelo Princípio do Poluidor-Pagador e é aplicada ainda que a causa do dano provenha de caso fortuito ou de força maior. Nesta, a responsabilidade será lastreada tão somente pelo fato da existência da atividade da qual adveio o prejuízo, ficando a noção de ato ilícito em segundo plano (DERANI, 1998b).

O princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilidade⁴⁴ tem caráter multifuncional, com influência nas esferas civil, administrativa e criminal. Na esfera civil, com previsão no art. 4º, VII da Lei 6.938/81,⁴⁵ tem por fim a “imposição ao usuário, a contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos” e “a imposição ao poluidor e ao predador” da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados (MACHADO. 2008. p. 63).

Segundo DERANI (2008), o objetivo da aplicação do princípio, implicando em tamanha responsabilidade, é o de dispô-lo de normas definidoras do que pode e do que não se pode fazer, bem como reger regras flexíveis tratando de compensações, dispondo inclusive sobre taxas a serem pagas para a utilização de determinado recurso natural.

44 Denominação utilizada por Cristiane Derani, 2007.

45 Lei n. 6.938/81, art. 4º, VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Esclarecendo essa última parte do objetivo traçado por Cristiane Derani, Paulo Affonso Leme Machado (2008) afirma que o objetivo da aplicação do princípio do poluidor-pagador é fazer com que os custos da utilização do bem ambiental não sejam suportados pelos Poderes Públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador ou poluidor.

O Direito Ambiental, com base neste princípio, engloba duas funções da responsabilidade civil objetiva: a função preventiva, procurando, por meios eficazes, evitar o dano. E a função reparadora, tentando reconstituir e/ou indenizar os prejuízos ocorridos (MACHADO. 2008). DERANI (2008) desfecha o raciocínio afirmando que o pagamento efetuado pelo poluidor (prevenção ou sanção) não lhe confere nenhum direito de poluir.

Ainda, a Lei n. 11.284/06, para o exercício da atividade concedida, prevê a possibilidade de contratação de terceiros para que exerçam atividades inerentes ou subsidiárias⁴⁶ ao plano de manejo e dos serviços concedidos. A este tipo de contratação prevista nos parágrafos §1º, §2º e §3º do art. 27⁴⁷, não se estabelece vínculo entre o terceiro e o Poder Concedente, sendo os atos praticados pelo terceiro de total responsabilidade do concessionário.

4.6.2 Das cláusulas essenciais

Por sua natureza administrativa, nos arts. 30 e 31 da Lei, estão previstas as cláusulas essenciais do contrato e as obrigações do concessionário.

São elas: (i) a descrição do objeto; (ii) o prazo da concessão; (iii) o prazo máximo para se iniciar a execução do plano de manejo;

⁴⁶ Essas atividades estão previstas no art. 44 do Decreto n. 6.063/07.

⁴⁷ Art. 27. (...)

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere o **caput** deste artigo, o concessionário poderá contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes ou subsidiárias ao manejo florestal sustentável dos produtos e à exploração dos serviços florestais concedidos.

§ 2º As contratações inclusive de mão-de-obra feitas pelo concessionário serão regidas pelo direito privado, não se estabelecendo nenhuma relação jurídica entre os terceiros contratados pelo concessionário e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares relacionadas a essas atividades. (...)

(iv) o modo, a forma, as condições e os prazos da realização das auditorias florestais; (v) o modo, a forma e as condições de exploração de serviços e prática do manejo florestal; (vi) os critérios, os indicadores, as fórmulas e os parâmetros definidores da qualidade do meio ambiente; (vii) os critérios máximos e mínimos de aproveitamento dos recursos florestais; (viii) as ações de melhoria e recuperação ambiental na área da concessão e seu entorno; (ix) as ações voltadas ao benefício da comunidade local; (x) os preços, critérios e procedimentos para reajuste e revisão; (xi) os direitos e obrigações do poder concedente e concessionário; (xii) as garantias oferecidas pelo concessionário; (xiii) as formas de monitoramento e avaliação das instalações, equipamentos, métodos e práticas de execução do manejo florestal sustentável e exploração de serviços; (xiv) as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o concessionário e sua forma de aplicação; (xv) os casos de extinção do contrato de concessão; (xvi) quanto aos bens reversíveis; (xvii) as condições para revisão e prorrogação do contrato; (xviii) a obrigatoriedade, a forma e a periodicidade das prestações de contas; (xix) os critérios de bonificação para o concessionário que atingir melhores índices de desempenho socioambiental; (xx) o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais.

E são obrigações dos concessionários: (i) elaborar e executar o plano de manejo florestal sustentável, conforme previsto; (ii) evitar ações ou omissões passíveis de gerar danos ao ecossistema ou a qualquer de seus elementos; (iii) informar imediatamente a autoridade competente no caso de ações ou omissões próprias ou de terceiros ou fatos que acarretem danos ao ecossistema, a qualquer de seus elementos ou às comunidades locais; (iv) recuperar as áreas degradadas, independentemente de culpa ou dolo, sem prejuízo das responsabilidades contratuais, administrativas, civis ou penais; (v) cumprir e fazer cumprir as normas de manejo florestal, as regras de exploração de serviços e as cláusulas contratuais da concessão; (vi) garantir a execução do ciclo contínuo, iniciada dentro do prazo máximo fixado no edital; (vii) buscar o uso múltiplo da floresta, nos limites contratualmente definidos e observadas as restrições aplicáveis às áreas de preservação permanente e as demais exigências da legislação

ambiental; (viii) realizar as benfeitorias necessárias na unidade de manejo; (ix) executar as atividades necessárias à manutenção da unidade de manejo e da infraestrutura; (x) comercializar o produto florestal auferido do manejo; (xi) executar medidas de prevenção e controle de incêndios; (xii) monitorar a execução do plano de manejo; (xiii) zelar pela integridade dos bens e benfeitorias vinculados à unidade de manejo concedida; (xiv) manter atualizado o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; (xv) elaborar e disponibilizar o relatório anual sobre a gestão dos recursos florestais; (xvi) permitir amplo e irrestrito acesso à fiscalização e à auditoria; (xvii) realizar os investimentos ambientais e sociais definidos no contrato de concessão.

4.6.3 Dos prazos contratuais

Os prazos contratuais também integram o rol das cláusulas essenciais. O art. 35 dispõe que os prazos contratuais de *exploração de produtos* serão definidos de acordo com o ciclo de colheita ou de exploração, sendo no mínimo, um ciclo e, no máximo, 40 (quarenta) anos. Já nos contratos de *exploração de serviços* florestais, será de no mínimo 5 (cinco) anos e, no máximo, 20 (vinte) anos.

4.6.4 Das áreas especialmente protegidas pela Lei de Gestão

Sobre a influência da Lei, as áreas de preservação especiais tais como as áreas de preservação permanente e de reserva legal, Fernando Borges da Silva (2006), chama a atenção para a possível problemática a ser apresentada no caso concreto de exploração de florestas públicas.

Conforme o mencionado, uma das obrigações dos concessionários é a elaboração do plano de manejo sustentável. O Jurista acredita que, pela liberdade conferida ao particular para a elaboração do instrumento, este poderia exceder aos limites discricionários e, por conveniência, ampliar a sua área de exploração sob áreas que deveriam ser especialmente protegidas. Cita ainda o caso das APPs Amazônicas, afirmando que a Lei de Gestão Florestal se destina principalmente a essas grandes áreas e que, por estas comporem uma das maiores bacias hidrográficas do planeta, com

vários riachos e nascentes, conseqüentemente, teriam imensas áreas de preservação permanente, que poderão sofrer diretamente a influência dos exploradores de má-fé.

Também faz alusão ao disposto no Código Florestal que trata da reserva legal e dos critérios do plano de manejo florestal sustentável – §2º do art. 16⁴⁸. Para Fernando Borges da Silva (2006), há consonância entre o plano de manejo descrito no Código Florestal e aquele previsto na Lei n. 11.284/06, de modo que, seria possível a exploração das reservas legais no interior das propriedades privadas, de forma análoga às disposições da Lei de Gestão Florestal.

O temor do Jurista se funda na necessidade da preservação e manutenção do meio ambiente. Porém, perde a sua razão de ser quando passamos à análise da natureza jurídica e da finalidade de cada instituto.

Neste sentido MACHADO (2008), com sobriedade, afirma que são as características de cada unidade que farão surgir o regime de proteção para esses espaços territoriais, ficando proibida qualquer utilização que comprometa a integridade das referidas características ou atributos.

Em termos conceituais, FERREIRA (2007) lembra que flora e floresta não são sinônimos. Que floresta é na verdade um tipo de flora. E esta, por sua vez, compõe todas as formas de vegetação úteis às terras que revestem.

Conforme o mencionado no Capítulo 1, a Reserva Legal tem natureza jurídica de limitação administrativa, e sua existência se finaliza na conservação e reabilitação dos processos ecológicos da fauna e da flora. Já as florestas possuem natureza jurídica de recursos ambientais e são destinadas à viabilização destes na forma de produtos e serviços, finalizando a utilização sustentável do bem ambiental.

48 Art. 16 (...); §2º - A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas.

Pelo exposto, com esta breve análise das características dos institutos, é possível concluir que a atividade a ser exercida em uma não é compatível à atividade a ser exercida na outra. E que, mesmo se o Código Florestal dispusesse sobre a possibilidade de exploração sustentável das reservas legais nos moldes do plano de manejo sustentável de florestas, ainda assim esta não poderia se assemelhar àquela descrita na concessão florestal pública, pois não atingiriam a sua finalidade, comprometendo a existência da propriedade privada onde se situam.

4.6.5 Da titularidade da terra

Antes da criação da Lei n. 11.284/06, para aprovar o plano de manejo era necessária a titulação da terra. A exploração era de difícil viabilização, em face à grande indefinição da questão fundiária do Brasil (AZEVEDO, 2006).

A Lei de Gestão de Florestas Públicas supriu essa lacuna. Por esta se permite que a atividade florestal sustentável seja empreendida mediante o instrumento da concessão de áreas de floresta, sem que seja necessária qualquer forma de titulação daquela área, que por sinal é de domínio público.

A norma é enfática quando, no §1º, I, do art. 16, dispõe que:

§1º É vedada a outorga de qualquer dos seguintes direitos no âmbito da concessão florestal: I - titularidade imobiliária ou a preferência na sua aquisição.

Sendo assim, na concessão de florestas, não só não há transferência de domínio de área pública, como também é vedada a outorga de qualquer direito de titularidade imobiliária ao concessionário.

4.6.6 Do preço florestal

Sobre o regime econômico e financeiro dos preços florestais, estes serão estabelecidos no contrato de concessão e compreenderão: (i) o pagamento de preço calculado sobre os custos para a realização da licitação; e (ii) o pagamento de preço não inferior ao mínimo definido no edital de licitação, calculado em função da quantidade de

produto ou serviço auferido ou do faturamento bruto ou líquido do concessionário.⁴⁹

A Lei também traz critérios para a definição do preço mínimo a ser fixado no edital. Esse valor deverá considerar, dentre outros parâmetros, o estímulo à competição e à concorrência, além da cobertura dos custos, o estímulo ao uso múltiplo da floresta, as referências internacionais entre outras. O que se pretende com a definição do preço florestal é o equilíbrio financeiro do contrato, de modo a adequar os custos do empreendimento, os ganhos do concessionário e a responsabilidade do concessionário em realizar outros itens previstos no edital (SILVA, 2006c).

Todavia, é importante deixar claro que o preço será definido no edital de licitação e poderá ser parcelado em até um ano, com base em critérios técnicos, levando em consideração as peculiaridades locais, devendo-se levar em conta o conhecimento do preço mínimo também a geração de benefícios para a sociedade.

4.7 Fiscalização e auditoria

A Lei 11.284/06 distribuiu a competência para a gestão e fiscalização das florestas ao Poder Concedente, aos Órgãos do SISNAMA, ao Órgão Consultivo e ao Órgão Gestor.

Por Poder concedente tem-se o Ministério do Meio Ambiente; por Órgãos do SISNAMA o IBAMA e o ICMBio (no âmbito Federal), a SEDAM (no estadual), e a SEMA (no municipal). Estes têm a responsabilidade do controle e fiscalização ambiental das atividades florestais em suas jurisdições; por Órgão Consultivo (no âmbito Federal) a Comissão de Gestão de Florestas Públicas; e por Órgão Gestor o Serviço Florestal Brasileiro.

Enquanto ao IBAMA (ou o ICMBio se em unidades de conservação), incumbe a fiscalização ambiental da implementação do plano de manejo florestal sustentado, ao SFB caberá a fiscalização específica dos contratos de concessão florestal. Contudo, tanto o SFB como o IBAMA terão autonomia para aplicar penalidades aos

49 Art. 36, I e II, da Lei n. 11.284/06.

concessionários⁵⁰, devendo se distinguir, quando for possível, a infração ambiental⁵¹ e a infração contratual. Há ainda que salientar a importância da efetiva fiscalização, e de que essa seja exercida com pleno vigor, pois somente assim será possível se evitar distorções contratuais dos Concessionários de má-fé (MACHADO, 2008).

Além da fiscalização realizada pelo órgão gestor e pelos órgãos do SISNAMA, as concessões florestais também serão fiscalizadas por meio de auditorias ambientais.

De acordo com MACHADO (2008), a auditoria ambiental é o procedimento de exame e avaliação periódica ou ocasional do comportamento de uma empresa em relação ao meio ambiente.

Segundo a Lei n. 11.284/06, entre um período e outro de três anos, uma auditoria deverá ser realizada na área concedida, com a finalidade de observar se os métodos de controle estão sendo eficazes.

Estas auditorias deverão ser elaboradas por entidades que sejam independentes do Poder concedente e do Poder concessionário. Além de serem previamente reconhecidas no ato administrativo do Órgão Gestor.⁵²

Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.284/06, as auditorias florestais deverão apresentar suas conclusões em um dos seguintes termos: (i) constatação de regular cumprimento do contrato de concessão, validada pelo órgão gestor; (ii) constatação de deficiências sanáveis, que condiciona a manutenção contratual ao saneamento dos vícios e irregularidades verificados, no prazo máximo de 6 (seis) meses; e (iii) constatação de descumprimento, que, uma vez validada, implica a aplicação de sanções segundo a sua gravidade, incluindo a rescisão contratual (MILARÉ, 2007).

Vale ressaltar que todos os gastos depreendidos com a auditoria serão ônus do concessionário.

Há, por fim, a possibilidade de qualquer pessoa física ou jurídica fazer visitas de campo de comprovação às operações florestais,

50 Art. 53, XII, da Lei n. 11.284/06.

51 Art. 50, III, da Lei n. 11.284/06.

52 Conforme art. 42, §3º da Lei n. 11.284/06.

bastando justificar a sua pretensão e cumprir os outros itens previstos no art.43 da Lei⁵³.

4.8 Da extinção

A concessão da exploração florestal se extingue pelo esgotamento do prazo contratual, pela rescisão, pela anulação, pela falência ou falecimento do Concessionário ou, no caso de empresa individual, pela incapacidade do titular. É admitida ainda, por opção do Concessionário, a desistência e a devolução do objeto da concessão (DIAS, 2006).

Conforme o art. 44 da Lei, uma vez extinta a concessão, todos os bens, direitos e privilégios retornam ao Poder Público, conforme previsto no edital e no contrato de concessão.

A extinção também autoriza, independente de notificação prévia, a ocupação das instalações e utilização, pelo titular da floresta pública, de todos os bens reversíveis sem que haja qualquer ônus ao poder concedente.

A inexecução total ou parcial do contrato acarreta não só a rescisão da concessão, mas também a critério do Poder Concedente a aplicação das sanções contratuais e a execução das garantias, sem prejuízo da responsabilidade civil e das sanções penais e administrativas cabíveis. No entanto, tais medidas devem ser precedidas do devido processo administrativo, sob pena de se macularem de arbitrariedade os ditames da lei (MILARÉ, 2007).

A revogação da desistência é possível através da manifestação do concessionário pela continuidade da concessão. No entanto, essa possibilidade é condicionada a autorização expressa do Poder concedente que, por sua vez, dependerá de prévia avaliação do Órgão Gestor quanto à execução do plano de manejo sustentável. Vale lembrar que os custos da avaliação bem como as obrigações emergentes

53 Art. 43. Qualquer pessoa física ou jurídica, de forma justificada e devidamente assistida por profissionais habilitados, poderá fazer visitas de comprovação às operações florestais de campo, sem obstar o regular desenvolvimento das atividades, observados os seguintes requisitos: I - prévia obtenção de licença de visita no órgão gestor; II - programação prévia com o concessionário.

serão ônus do desistente, ainda que a desistência tenha como efeito a irrevogabilidade e a irretratabilidade.

4.9 Modificações na Lei de Crimes Ambientais

A nova Lei de Gestão motivou alguns ajustes e alterações no ordenamento jurídico ambiental brasileiro. Acrescentou na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Dos Crimes Ambientais, dois artigos, quais sejam o art. 50-A e o art. 69-A.

Dispõe o art. 50-A:

Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família.

§ 2º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare.

Em breve análise do artigo, verifica-se que este está inserido na seção dos crimes contra a flora, tipificando a conduta de quem “desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta”, impondo a pena de reclusão de dois a quatro anos.

Essa previsão vem no sentido de se preencher uma lacuna normativa, visto que até então a referida conduta, que de fato merece uma resposta penal mais severa por atingir terras públicas (bens públicos – ou devolutas – mais sujeitas à ataques), seria tipificada pela norma do art. 50⁵⁴ da Lei n. 9.605/98, que prevê a pena de somente três meses a um ano de detenção (GONÇALVES, 2006).

54 Lei 9.605/98. Art. 50. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

O §1º traz a excludente de ilicitude, no entanto, somente é possível a aplicação na hipótese de “explorar economicamente”, pois não é possível se imaginar que o desmatamento ou a degradação sejam a imediata solução para a subsistência familiar.

Já o §2º traz inovadora regra de apenação. No entanto, sua aplicação em face da realidade dos desmatamentos amazônicos, facilmente superaria limite previsto pelo Código Penal em seu art. 75⁵⁵. Neste contexto, faz todo sentido a afirmação de GONÇALVES (2006) de que melhor seria ter-se limitado em 30 (trinta) anos o máximo da pena para a conduta, evitando os discursos desnecessários que são travados atualmente sobre a questão.

Outro artigo incluído pela Lei de Gestão é art. 69-A, dispõe o seguinte:

Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

O referido dispositivo foi incluído na seção que cuida dos crimes contra a administração ambiental. Se comparado ao Código Penal, verifica-se tratar de falsidade documental. Contudo, o legislador inovou acrescentar ao item o documento “enganoso”. Este termo aparece no ordenamento jurídico pela primeira vez e difere daquele tratado no Código Penal como documentos falsificados, material ou ideologicamente.

55 Código Penal, art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

No documento “enganoso” inserem-se informações que não são verdadeiras, ou se omitem informações de suma importância. Até este ponto em nada difere da falsidade ideológica, ou mesmo da material. Todavia, o documento enganoso, distingue-se do falso na situação em que o documento é apto a enganar o leitor, assemelhando-se à armadilha do crime de estelionato, sendo o engano praticado por meio de insídia, traição, com a intenção de se obter ilicitamente ganho econômico com a situação falsa relatada (GONÇALVES, 2006).

4.10 Disposições finais

A Lei prevê que, no final do quinto ano da implantação do primeiro Plano Anual de Outorga Florestal, serão feitas avaliações sobre os aspectos técnicos, econômicos, sociais e ambientais das atividades exercidas em decorrência da concessão. E que, no final do décimo ano, o total de áreas concedidas não poderá ultrapassar a 20% (vinte por cento) do total de florestas públicas disponíveis para a concessão no país, excetuando desse total as Florestas Nacionais, Unidades de Conservação criadas nos termos do SNUC.

Também no final do décimo ano, existe a previsão de que cada concessionário, individual ou em consórcio, não poderá ostentar mais do que 10% (dez por cento) das áreas disponíveis para concessão em cada esfera do governo.

Por fim, as associações civis ou organizações não governamentais que venham a participar de qualquer forma das concessões ou gestões de florestas deverão, necessariamente, serem constituídas sob as leis brasileiras, bem como terem a sua sede administrativa nesse país.

5. FLORESTA NACIONAL DO JAMARI

As Florestas Nacionais são unidades de conservação de uso sustentável, geridas pelo Instituto Chico Mendes – ICMBio, que tem suas atividades reguladas por plano de manejo florestal e por meio de gestão direta ou por concessão florestal.

Esse modelo de unidade é uma das mais condizentes para a implementação das concessões florestais, pois possuem os mínimos

requisitos necessários para o início do processo licitatório e para a implementação da atividade exploratória, tais como o plano de manejo da unidade de conservação⁵⁶ devidamente aprovado, e um Conselho Consultivo, formado por representantes locais e de instituições que participam diretamente das atividades da unidade (ROS-TONEN, 2007).

No Estado de Rondônia existem atualmente três florestas nacionais em seu território: a Floresta Nacional do Jamari, a Floresta Nacional do Bom Futuro e a Floresta Nacional Jacundá (criadas em 1984, 1988 e 2004 respectivamente), e juntas ocupam uma área total de 695.445 hectares, equivalente a 2,9% do estado⁵⁷. No entanto, das três Flonas existentes no estado, somente a Flona do Jamari possui plano de manejo aprovado, já havendo nesta unidade a concessão para a exploração de cassiterita⁵⁸ (MMA, 2006b).

5.1 Aspectos gerais da primeira concessão

Criada pelo Decreto n. 90.224, de 25 de setembro de 1984, a Flona Jamari está situada na Região Norte do Estado de Rondônia, abrangendo os Municípios de Candeias do Jamari, Itapuã D' oeste e Cujubim, ocupando o espaço territorial de cerca de 223.179 hectares (PLANAFLORO, 2002).

Esta Flona teve seu plano de manejo aprovado pelo Conselho Consultivo (na época o IBAMA) em setembro de 2005. Pela conclusão dos estudos do plano de manejo, concluiu-se que cerca de 105 (cento e cinco) mil hectares da unidade possui potencial para a exploração sustentável de recursos naturais (MMA, 2008). Nesse perímetro, o principal atrativo é a vasta área de árvores de madeira nobre situada

56 Decreto n. 4.340/2002, art.12. O Plano de Manejo da unidade de conservação, elaborado pelo órgão gestor ou pelo proprietário quando for o caso, será aprovado para. I. em portaria do órgão executor, nos casos de Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Refúgio da Vida Silvestre, Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva de Fauna e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

57 Grupo de Trabalho Amazônico – GTA – Regional Rondônia. A Devastação das Unidades de Conservação e Terras Indígenas no Estado de Rondônia. Junho de 2008.

58 Informações publicadas no Relatório anual de 2006 - Gestão de Florestas Públicas – Serviço Florestal Brasileiro.

entre o Vale do Jamari e a parte central do estado (PEREIRA, 2008). Essa mesma região, até pouco tempo, foi palco de intensa cobiça (entenda-se conflitos) entre empresas madeireiras locais, empresas estrangeiras, além de outros saqueadores de madeira.

Portanto, sendo a floresta nacional uma unidade de conservação destinada ao uso sustentável, que possibilita a exploração de seus recursos naturais de acordo com o plano de manejo, a Flona Jamari demonstrou-se como área prioritária para a concessão florestal nos termos da Lei n. 11.284/06.

Assim, o primeiro processo de Concessão Florestal teve início em 2007 e trouxe como objeto da primeira licitação o lote de 96.361 (noventa e seis mil e trezentos e sessenta e um) hectares, composto por três unidades de manejo florestal, localizadas dentro da Flona Jamari, em Rondônia (PEREIRA, 2008).

Desse processo, participaram da primeira disputa o total de quatorze empresas, sendo que dessas, oito eram organizadas em consórcios⁵⁹. Por fim, saíram vitoriosas as empresas Alex Madeiras Ltda., vencedora da Unidade de Manejo Florestal I (UMF I), com 17 mil hectares, ofertando o valor de R\$ 759.761,00 anuais pela exploração sustentável na área. Para a UMF II, com 33 mil hectares, venceu a empresa Sakura Indústria e Comércio de Madeira Ltda., com a oferta de R\$ 1.683.879,00. E para a UMF III, com 46 mil hectares, a maior unidade de manejo concedida, a empresa Amata S/A ofereceu o valor de R\$ 1.361.255,47. Ficando da seguinte forma a distribuição territorial das áreas concedidas na Floresta Nacional do Jamari/RO:

59 Informações do site do Serviço Florestal Brasileiro – Ministério do Meio Ambiente.

(*Attalea maripa*); Murumuru (*Astrocaryum murumuru*); Babaçu (*Attalea speciosa*); e Copaíba (*Copaifera spp*) (MMA, 2007).

Além disso, também deverá ser garantido pelo concessionário o acesso à Flona pelas comunidades locais para a coleta dos produtos não madeireiros das espécies acima citadas, que são essenciais para a sua subsistência, bem como a coleta de sementes para produção de artesanato e biojóias.

Nos termos do §1º, do art. 16, da Lei n. 11.284/06 foram expressamente proibidos aos Concessionários da Flona Jamari, a titularidade imobiliária da área ou preferência em sua aquisição; o acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa e desenvolvimento, bioprospecção ou constituição de coleções; o uso dos recursos hídricos; a exploração dos recursos minerais; a exploração de recursos pesqueiros ou da fauna silvestre; e a comercialização de créditos de carbono. Porém, havendo prévia autorização específica dos órgãos competentes, os quatro últimos itens poderão ser liberados para o acesso e exploração.

5.2 As ações do Poder Judiciário e o Processo de Licitação n. 01/2007

O Serviço Florestal Brasileiro no dia 14 de novembro de 2007 lançou o primeiro edital de licitação para concessão florestal para manejo sustentável do Brasil (licitação n. 01/2007). A área escolhida foi a Floresta Nacional do Jamari, que possui área total de 222 mil hectares, sendo objeto da primeira licitação, somente 96 mil hectares.

A Flona Jamari, por de se tratar de uma UC de uso sustentável (ter a sua criação fundamentada na exploração dos recursos naturais), já possuir plano de manejo constituído e aprovado e por estar localizada em uma das áreas para a maior pressão antrópica do Estado de Rondônia⁶⁰, foi tida como área prioritária para a concessão.

E por ser a Flona Jamari objeto do primeiro processo licitatório nos moldes da Lei n. 11.284/06, está que ainda não alcançou

60 Ação Civil Pública n. 2004.41.00.001887-3

o pacífico entendimento quanto aos interesses que a envolve, bem como quanto às controvérsias que a cerca, o procedimento por vezes foi interrompido por decisões judiciais.

O edital de licitação publicado em novembro de 2007 ficou por 45 (quarenta e cinco) dias apto ao recebimento de propostas. Após serem recebidas, foram divulgadas em sessão pública com a presença dos interessados e da comunidade em geral no dia 9 de janeiro de 2008.

O resultado das empresas habilitadas foi publicado no Diário Oficial da União em fevereiro de 2008. Das quatorze empresas inicialmente inscritas, somente seis restaram habilitadas a continuar no processo de licitação.

Em março de 2008, a Juíza Federal Selene Maria de Almeida, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em decisão liminar do Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.004474-1, determinou a suspensão do processo de licitação da concessão florestal da Flona Jamari, até que o Congresso Nacional emitisse uma autorização prévia para a concessão florestal daquela área. A juíza baseou sua decisão na interpretação de que a concessão florestal se equipararia a concessão de terras públicas, que, por sua vez, segundo o art. 49, inc. XVII, da Constituição Federal, deveria contar com aprovação prévia do Congresso Nacional quando envolver áreas superiores a 2,500 (dois mil e quinhentos) hectares.

O Agravo decorreu da Ação Civil Pública (ACP) n. 2008.41.00.000012-5 interposta pelo Ministério Público Federal (MPF), em 08 de janeiro de 2008, que requeria a sustação do processo de licitação n. 01/2007, entre outros pedidos, com fundamento na necessidade de aprovação prévia e formal do Congresso Nacional, tudo conforme o determinado no art. 49, inc. XVII, da Constituição Federal, questionando a constitucionalidade da Lei n. 11.284/06.

A decisão de primeiro grau afastou as alegações da ACP, bem como indeferiu o pedido de liminar do MPF, e teve como fundamento o fato de não ser a ACP instrumento cabível para a arguição de inconstitucionalidade. Pois, se assim fosse, estaria usurpando

competência constitucional pertencente ao Supremo Tribunal Federal – STF. E também fundamentou o Juízo com base na presunção de constitucionalidade da lei, que não vislumbrava “a necessidade de prévia manifestação do Congresso Nacional. Primeiro porque o texto original da Lei n. 11.284/06 (art. 10, §4º), que previa a prévia aprovação do Poder Legislativo para a concessão de floresta com área superior a 2.500 hectares, foi objeto de veto. Segundo porque, conforme já foi frisado o próprio texto constitucional (art. 225, §4º), estabelece apenas a necessidade de lei para a utilização dos recursos naturais das florestas da Região Amazônica, não se tratando de concessão de terras públicas, na exata acepção do art. 49, XVII, da CF/88, mas a concessão de floresta pública”.

O MPF, insatisfeito com a decisão de primeiro grau, interpôs Agravo de Instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal, do qual obteve êxito pela decisão em Juízo de 2º grau, pela suspensão do procedimento licitatório.

A decisão do segundo grau partiu do pressuposto de que não haveria diferença entre a concessão de terras e concessão de florestas. Justificou a relatora que, seja qual for a modalidade de concessão, esta será sempre condicionada à aprovação prévia prevista no art. 49, XVII da CF.

A Advocacia Geral da União (AGU), não concordando com a decisão do segundo grau, interpôs recurso sob o fundamento de que a decisão retromencionada havia violado dispositivos Constitucionais (art. 49, XVII e art. 225) e as próprias diretrizes da Lei n. 11.284/06.

A AGU sustentou que o veto, pelo Presidente da República, do §4º do art. 10, se fundamenta pelo fato de ter o parágrafo contrariado o princípio previsto no art. 2º, VI⁶¹, da Lei de Gestão. Desse modo, quando a concorrência objetivar a concessão de florestas públicas, não é necessária a submissão prévia ao Congresso Nacional (art. 49, XVII, CF). Essa aprovação somente é necessária nas hipóteses que são taxativamente previstas no dispositivo constitucional, quais sejam, a de alienação ou concessão de *terras públicas* com área superior a dois

61 Lei 11.284/06, art. 2º, VII: A garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas.

mil e quinhentos hectares. Não se aplicando, portanto, às concessões florestais previstas na Lei n. 11.284/06, que estaria em perfeito acordo com os preceitos constitucionais.

Na decisão do recurso, em maio de 2008, o Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu pela suspensão da execução da tutela antecipada concedida em Juízo de 2º grau pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Fundamentou o Ministro que a concessão florestal tem o seu procedimento próprio previsto na Lei n. 11.284/06 e que este não exige a submissão prévia do Plano Anual de Outorga Florestal à aprovação do Congresso Nacional. Também confirma a tese de que a concessão florestal se diferencia da concessão de terras. E, por fim, quanto à questão constitucional, afirma que este é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 3.989/DF, sendo relator o Ministro Eros Grau, a ser apreciada em momento oportuno.

Em face da decisão do STF, foi retomado o procedimento licitatório e, em junho/2008, deu-se a abertura dos envelopes das propostas. No mês seguinte, em julho/2008, processou-se a avaliação e classificação das propostas, e finalmente em agosto/2008⁶² foram homologados e adjudicados os resultados da licitação para a primeira concessão para a exploração de florestas públicas no Brasil, sendo vencedoras a empresa Alex Madeiras Ltda. (UMF-I), a empresa Sakura Indústria Comércio de Madeira Ltda. (UMF-II) e a empresa Amata S/A (UMF-III).

Segundo o edital, para a escolha dos vencedores foram observados os critérios de melhor preço e critérios socioambientais, sendo os últimos de maior peso em relação aos primeiros.

Os critérios ambientais foram divididos em quatro temas: maior benefício social, menor impacto ambiental, maior eficiência e maior agregação de valor local, servindo para eliminar, classificar ou bonificar as propostas.

Finalizada a fase licitatória e assinados os contratos, os recursos arrecadados no exercício da atividade de concessão deverão

62 Portal de notícias Rondôniaagora.com – jornalismo em tempo real – Floresta Nacional do Jamari já tem novos proprietários para exploração. Visita em 20/08/2008.

ser empregados na fiscalização, monitoramento e controle das áreas licitadas. Uma parcela de até 30% do montante, conforme o previsto na lei, será destinada ao Serviço Florestal, outra de 70%, será destinado ao Instituto Chico Mendes (Gestor da UC), ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal, ao Estado de Rondônia e aos municípios que tiverem seus limites dentro da Flona Jamari. Estes recursos deverão ser, obrigatoriamente, aplicados em ações de conservação e fomento para o uso sustentável das florestas.

Por fim, os contratos para a primeira concessão de manejo sustentável da Floresta Nacional do Jamari foram assinados em 30 de setembro de 2008, oportunidade em que o Ministro do Meio Ambiente Carlos Minc manifestou que “todas as medidas estão ligadas à sustentabilidade e são importantes para gestão florestal, pois promovem o uso sustentável e conservação das florestas”, em notícia pública no portal eletrônico do Serviço Florestal Brasileiro⁶³.

5.3 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n. 3.989/DF

Em novembro de 2007, o Partido Popular Socialista (PPS) entrou com Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar cautelar, objetivando que seja declarado parcialmente inconstitucional o art. 10 da Lei 11.284/06, sob a alegação de estar este em desconformidade com o art. 49, XVII da Constituição Federal.

O PPS fundamenta o seu pedido no sentido de que cabe ao Congresso Nacional aprovar previamente a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a 2.500 hectares, conforme:

Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XVII – aprovar, previamente a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

63 Portal de notícias do Ministério do Meio Ambiental disponível em <http://www.mma.gov.br/>. Visita em 25/08/2008.

Adequando a sua fundamentação, o PPS equipara a concessão de florestas com a concessão de terras e afirma que as florestas constituem acessório do bem principal terra, de forma que na prática o imóvel ficaria afetado pela atividade do manejo florestal. Concluindo, o PPS traz as mesmas fundamentações do MPF e da Juíza Federal, a de que a concessão florestal e a concessão de terras seriam sinônimas, e a de que qualquer atividade que se relacione com a floresta também comprometeria o solo, justificando assim a previa aprovação.

Toda essa divergência, tanto a que motivou a Ação Civil Pública, como a que motivou a ADIN, teve seu início quando ainda tramitava o projeto originário da Lei n. 11.284/06. Por todas as suas fases e atos o projeto gerou discordância entre os Legisladores, mas foi na fase de promulgação que o momento de maior abalo, pois, por meio da Mensagem n. 124, de 2 de março de 2006, o Presidente da República manifestou os seus vetos, excluindo do diploma o §4º do art. 10, entre outros.

O §4º previa o seguinte:

Art. 10. (...)

§4º - o PAOF deverá ser submetido à prévia aprovação pelo Congresso Nacional quando incluir a concessão de florestas públicas com área superior a 2.500 hectare (ha.) (dois mil e quinhentos hectares), nos termos do inciso XVII do art. 49 da Constituição Federal.

Este veto teria ocorrido em razão do texto aprovado pelo Congresso Nacional ter se contraposto ao princípio apontado no inciso VIII do art. 2º do mesmo Projeto de Lei que dizia: *“a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas”* (BARBOSA, 2008).

Somente após a publicação e regulamentação da Lei n. 11.284/06 (ausente o §4º do art. 10), e dado início ao processo licitatório para a primeira concessão, foi que se passou a analisar, por instrumentos jurídicos, se regra prevista no inc. XVII do art. 49 da CF, deveria incidir também nas concessões de florestas públicas.

Até este momento, ambos os processos judiciais (ADIN e ACP) encontram-se pendente de julgamento definitivo. Enquanto isso, a aplicação da Lei ainda não alcançou uma interpretação comum entre os integrantes da comunidade jurídica e ambientalista, evidenciando-se a existência de duas correntes: a primeira, dos defensores da implementação do sistema de concessões florestais sem que haja o controle do Legislativo, por ser esta atividade de exploração de produtos serviços florestais, prevista em lei própria, e que veda a transferência de domínio; e a segunda, daqueles que concordam que seria inviável a separação entre solo e cobertura florestal, pois o imóvel ficaria afetado a uma determinada atividade (BARBOSA, 2008).

5.4 Concessão Dominial X Concessão Florestal

Percebe-se que o debate referente à aplicação do art. 49, XVII da Constituição, para as concessões florestais, reside na discussão de ser essa modalidade de concessão comparável à modalidade de concessão de terras públicas.

Hely Lopes Meirelles (2006b), quando trata da concessão de terras, ou de domínio como prefere designar, diz que esta modalidade trata na verdade de forma de alienação, doação, dação ou permuta de terras públicas, ou de terras devolutas da União/Estados/Municípios. Nesta há a transferência do domínio das terras públicas a um particular, passando este a ser o proprietário do imóvel que deixará de apresentar características públicas.

Nesta modalidade de concessão, conforme é regulamentado pelo §1º do art. 188, e pelo inciso XVII do art. 49, ambos da Constituição Federal, se a sua incidência se der sob área superior a 2.500 hectares, deverá, necessariamente, passar pela prévia aprovação do Congresso Nacional.

É o dispositivo do art. 188:

Art.188. (...)

§1º. A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por

interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

Ainda sobre essa discussão, surge a argumentação de serem os bens naturais considerados como acessórios à terra (imóvel) onde se localizam. Sobre essa perspectiva, observa-se que o bem ambiental considerado como principal ou acessório em nada modifica a natureza jurídica da concessão florestal. Qualquer que seja a classificação dos bens florestais, a Lei não cogita a transferência de domínio. O imóvel não passa a ser propriedade do Concessionário da floresta pública, pelo contrário, é garantido o domínio público da propriedade, porquanto perdure o contrato de exploração, não sendo o concessionário beneficiário de nenhuma vantagem para a aquisição ou doação desse imóvel.

Para o melhor esclarecimento da modalidade de concessão de florestas, pode se completar o raciocínio com uma breve comparação com a modalidade de concessão para a exploração econômica de recursos minerais.

A Constituição Federal, em seu art. 176, traz o seguinte sobre essa concessão:

Art. 176 - As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

(...)

Em análise do *caput*, tem-se claro que, no aproveitamento econômico dos recursos minerais, a semelhança do previsto na Lei de Gestão, o domínio sob o bem imóvel, onde acontece a exploração, é de exclusividade da União, e somente no que concerne ao produto da lavra, é que se fala em propriedade do concessionário.

Verifica-se que a Constituição Federal, quando tratou da pesquisa e da lavra de minérios, teve o cuidado de deixar claro que o produto mineral, apesar de extraído diretamente do subsolo, constitui propriedade distinta do solo (imóvel), ou seja, difere desta tanto quanto a sua natureza jurídica, como quanto a sua dominialidade. Por essa distinção, o §1º prevê a possibilidade da pesquisa e/ou da lavra dos recursos minerais serem realizadas por particulares mediante concessão ou autorização (AYALA, 2007).

Diante disso, é possível se concluir, mesmo contrariando o posicionamento de alguns doutrinadores⁶⁴, que a exploração econômica de recursos florestais é análoga à exploração econômica dos recursos minerais. O direito que o concessionário tem garantido é somente aquele sob os bens florestais preestabelecidos no contrato de concessão, sendo vedada a transmissão ou qualquer outro benefício relacionado ao domínio.

Portanto, muitas são as diferenças entre a modalidade de concessão florestal e a modalidade de concessão de terras. Esta trata, na verdade, da venda ou da doação de terras, de forma que existe a real transferência do domínio de área que antes pertencia à Pessoa Pública para a Pessoa Privada. Já concessão florestal, aquela específica da Lei n. 11.284/06, conforme o explanado no Capítulo 3 – Da Concessão de Florestas – é modalidade de uso do bem público. Por esta é permitida, tão somente, a utilização do bem concedido sem que haja a transferência de sua propriedade (MEIRELLES, 2006b).

Na concessão de bens florestais, o Poder Concedente delega de forma onerosa o direito de praticar o manejo florestal sustentável para a exploração de produtos e serviços de uma unidade de manejo. Essa atividade será previamente submetida à licitação, ou seja, somente aquele que atender a todas as prerrogativas impostas pelo

64 Sílvia Venosa e Paulo Afonso Leme Machado.

Poder Público poderá assumir a responsabilidade do desempenho das atividades e dos riscos que dela provém.

Pela análise do que foi exposto, conclui-se que a concessão de florestas não é o mesmo que concessão de terras, e que as duas modalidades não podem ser comparadas sem que os resultados gerem mais divergências do que semelhanças, sendo o procedimento das concessões de florestas aquele próprio descrito na Lei n. 11.284/06, que veda expressamente a transferência do domínio da terra pública e que, por consequência, abstém a atividade da prévia autorização do Congresso Nacional.

5.5 O exemplo da floresta estadual do Antimary – ACRE

O Estado do Acre tem se destacado pelo fortalecimento de sua política florestal, por criar instituições e programas para promover o uso sustentável dos recursos florestais por meio de gestão com participação do Estado.

O Acre foi pioneiro em promover o manejo florestal em Florestas Estaduais. No final da década de 80, o Governo do Acre e a *International Tropical Timber Organization* (ITTO), uma organização intergovernamental⁶⁵ criada pela ONU (Organização das Nações Unidas), assinaram um convênio para promover o manejo sustentável dos recursos da Floresta Amazônica. Este deu origem ao Programa de Desenvolvimento Florestal Sustentável na Amazônia Brasileira e, para a sua implementação, foi criada, em 1988, a Floresta Estadual do Antimary, no município de Bujari, próximo a Rio Branco, com cerca de 77 (setenta e sete) mil hectares (PROGRAMA DE MANEJO SUSTENTÁVEL NA AMAZÔNIA, 2007).

A partir de 1997, a unidade foi categorizada como unidade de conservação de uso sustentável, em que é permitido o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para a exploração sustentável de florestas nativas. Esta foi a primeira floresta estadual a permitir a exploração de iniciativa

65 A organização intergovernamental é uma instituição de características permanentes, constituídas e fundadas pelos Estados com o objetivo de encorajar a cooperação internacional entre áreas diversas.

privada através do regime de concessão pública florestal, representando importante passo para a utilização dos recursos florestais, sob o regime de rendimento sustentado e integrado, havendo a inclusão das populações tradicionais no processo (PEREIRA e RÊGO, 2004).

A atividade realizada prioriza a agregação de valor aos produtos florestais e o uso sustentável desses recursos, se organizando em torno do manejo sustentável de produtos madeireiros e não-madeireiros.

Quanto à exploração de produtos madeireiros, principal atividade exercida, a Secretaria Estadual de Florestas do Acre estima que são geradas riquezas anuais da ordem de US\$ 1 bilhão de dólares ao Estado do Acre (PEREIRA e RÊGO, 2004).

A extração da madeira é feita por um consórcio de empresas, que participaram de uma licitação do governo estadual. Nesta licitação, inclui-se uma série de exigências para garantir que a atividade seja sustentável, a fim de causar o menor dano possível à floresta⁶⁶.

Para a gestão dessa modalidade de concessão, o Governo Acreano criou no final da década de 90 uma secretaria para a elaboração de políticas e fomento às atividades florestais (Secretaria Estadual de Florestas), um Fundo Estadual de Florestas e uma secretaria para prover assistência técnica e extensão florestal (Secretaria Estadual de Assistência Técnica e Extensão Rural). Criou também uma agência de negócios (Agência de Negócios do Acre), destinada a apoiar a produção e a comercialização de produtos florestais, servindo como ponte entre o produtor, por meio de cooperativas ou empresas, e o mercado nacional.

Como resultado de quase vinte anos de investimento na atividade de manejo sustentável, constatou-se que a produtividade das áreas manejadas é superior à da exploração madeireira convencional, mesmo se contabilizados os gastos com planejamento. Isso se deve à ampliação do número de espécies exploradas e aos ganhos de escala trazidos pelo planejamento, tanto na utilização dos insumos quanto no investimento em maquinário e pessoal (PEREIRA e RÊGO, 2004).

As vantagens verificadas ao longo dos anos de exploração

66 Informações obtidas no endereço eletrônico do Governo do Estado do Acre. Disponível em: http://www.ac.gov.br/m_amb/antimary.htm. Visita em: 03/11/2008.

do Antimary são as de que, com o manejo sustentável, se amplia indefinidamente o uso das áreas exploradas, seja pela diversificação do mercado de madeira, seja pela renovação constante da cobertura vegetal, que, por conta da técnica utilizada, poderão ser exploradas novamente no prazo de dez a trinta anos. Outro ponto de importância a ser frisado é o de que a exploração privada da Floresta do Antimary proporciona o aumento da renda das comunidades locais, bem como propicia o acesso a serviços e direitos básicos como saúde, moradia e educação. Como resultado, as taxas de analfabetismo foram significativamente reduzidas, assim como a incidência de endemias tropicais (PEREIRA e RÊGO, 2004).

As atividades exercidas na Floresta Estadual do Antimary em muito se assemelham com as previsões da Lei de Gestão de Florestas, de modo que os resultados alcançados pela gestão do Antimary podem ser esperados para as futuras atividades a serem realizadas na Flona Jamari no Estado de Rondônia.

CONCLUSÃO

Ao regulamentar a utilização econômica dos recursos florestais provindos de áreas públicas, a Lei n. 11.284/06 evidencia um grande avanço na legislação ambiental. A legalização da exploração em áreas públicas, além de constituir o meio legalmente correto para a proteção e utilização do meio ambiente, também se mostra como um possível instrumento de combate às atividades degradadoras como, por exemplo, a exploração ilegal de madeira e a ocupação desordenada de terras.

Outro ponto contemporâneo trazido pela Lei é a possibilidade do envolvimento direto das comunidades locais na administração dos recursos ambientais. Trazer para a atividade de gestão o conhecimento tradicional, a cultura e o desenvolvimento econômico-sustentável dessas populações, também são objetivos traçados pela Lei n. 11.284/06 que, se efetivados, resultarão na melhoria da qualidade de vida, bem como no crescimento da economia dos Estados e dos municípios onde ocorrerem a sua aplicação.

O que se espera da Lei é a redução dos índices de desmatamentos, primeiro, pela adaptação dos Órgãos Públicos as novas atribuições e,

segundo, por ser interesse do próprio concessionário a manutenção e renovação dos recursos florestais para o seu próprio proveito. Também se espera atingir a compatibilidade entre a preservação do meio ambiente e a exploração sustentável dos recursos florestais, possibilitando o aumento do desenvolvimento econômico regional, sem que, para isso, haja a necessidade do esgotamento dos recursos naturais, conciliando a sustentabilidade ecológica com a viabilidade financeira das florestas públicas e propiciando o aumento da renda não só dos empresários concessionários, mas também das populações habitantes do entorno das unidades de manejo.

No entanto, não é difícil concluir que a eficácia plena da Lei se relaciona diretamente com a implementação hábil e com a estruturação dos mecanismos de gestão. Ou seja, para a ideal aplicação e o alcance dos objetivos propostos pela Lei, as deficiências que atualmente compõem o Sistema Público em geral deverão ser superadas. Para isso o Instituto Chico Mendes, o IBAMA e o Ministério Público deverão efetivamente exercer as suas atividades de fiscalização e de inibição de agressões ambientais, bem como identificar e punir aqueles que não cumprirem as previsões da lei.

Há ainda que se lembrar da importância da participação cidadã no processo de fiscalização das atividades concedidas. Pois, conforme o previsto no art. 225 da Constituição, a obrigação de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações é de toda a coletividade, e para isso, não há melhor fiscal do que aqueles que residem nos arredores das áreas concedidas, que conhecem e respeitam aquele ambiente.

Por fim, com estudo apresentado, conclui-se que Lei n. 11.284/06 é um plano bem elaborado, cheio de inovações, que precisa do conhecimento e da confiança da sociedade. Esta Lei deve ser recebida com muita expectativa e com a real esperança de se atingir a compatibilidade entre a preservação do meio ambiente e a exploração sustentável dos recursos da floresta, possibilitando o aumento da renda, não só dos concessionários, mas também das populações locais, vindo agregado a esses benefícios o aumento da segurança, melhoria da saúde, educação e entre outros. Portanto, a Lei de Gestão de Florestas Públicas deve ser reconhecida como um potencial instrumento para a preservação da biodiversidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dougllas Krishna de Lima de. A Lei 11.284/06 e os contratos com empresas transnacionais. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_intern_pub_dougllas_k_de_abreu.pdf. Visita no dia 1º/9/2008.

ALMEIDA, Paulo Santos de. Ambiente: direito de terceira geração e sua confirmação jurídica. 2008. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/ambiente.pdf>. Visita em 5/11/2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ARAUJO, José Henrique e OLIVEIRA, Luiz Cláudio de. Manejo florestas sustentado em áreas de reserva legal de pequenas propriedades rurais do PC. Pedro Peixoto – Acre. Rio Branco – AC. EMBRAPA-CPAF-AC. 1996. Disponível em: <http://www.cpa fac.embrapa.br/pdf/pesquisa89.pdf>. Visita em 23/09/2008.

AYALA, Patryck de Araújo. O regime de exploração econômico dos potenciais energéticos de bens ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 298/306.

AZEVEDO, Tasso Rezende de. TOCANTINS, Maria Alice Corrêa. Instrumentos econômicos da nova proposta para a gestão de florestas públicas no Brasil. Megadiversidade (Belo Horizonte), v. 2, p. 7-9, 2006.

BARBOSA, Magno Neves. A competência exclusiva do Congresso Nacional para aprovar a concessão florestal em unidades de manejo de florestas públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares: uma interpretação pertinente. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande. Acesso em: 31/3/2008.

BARROSO, Lucas Abreu. A matéria ambiental na perspectiva da bioética e do biodireito. Disponível em: <http://www.uj.com.br/online/forum/default.asp?action=discussao&codfor=200&coddid=3601>. Visita em 22/10/2008.

BENATTI. José Heder. Presença humana em unidades de conservação: um impasse científico, jurídico ou político? In CAPOBIANCO. João Paulo Ribeiro, VERISSIMO. Adalberto, MOREIRA. Adriana, SAWYER. Donald, DOS SANTOS. Iza, PINTO. Luiz Paulo (org.). Biodiversidade na Amazônia brasileira: avaliação e ações prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefícios. São Paulo. Editora Estação Liberdade. Instituto Socioambiental. 2001, pp. 299/304.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 103/121.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br/legisla.htm.

BRASIL. Decreto n. 90.224, de 25 de Setembro de 1984. Dispõe sobre a criação da Floresta Nacional do Jamari, no Estado de Rondônia. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br>.

BRASIL. Decreto n. 4.340/2002 de 22 de agosto de 2002. Regulamenta artigos da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br/legisla.htm.

BRASIL. Decreto n. 6.063, de 20 de março de 2007. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

BRASIL. Lei n. 4.771/95. Código Florestal Brasileiro. Disponível em www.planalto.gov.br/legisla.htm.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br/legisla.htm.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de Julho de 2000, Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm.

BRASIL. Lei n. 11.284, de 2 de março de 2006. Gestão de Florestas Públicas. Disponível em www.planalto.gov.br/legisla.htm.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para as licitações e contratos da Administração Pública e da outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Resolução n. 001/86 do CONAMA. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/>. Acesso: 7/11/2008.

CALMON, Eliana Alves. Ética ambiental. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/3113>. Visita em: 3/11/2008.

CELENTANO, Danielle, VERISSIMO, Adalberto. O avanço da fronteira na Amazônia: do *boom* ao colapso/. – Belém, PA: Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia, 2007.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: Max Limonad. 1998b.

DIAS, Edna Cardoso. Gestão de florestas públicas. Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da Língua Portuguesa. 1ª ed. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Positivo, s/d.

FERREIRA, Heline Silvini. Política Ambiental Constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Heline Silvini. Competências ambientais na Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. -7ª ed. Ver., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2006a.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. O Bem Ambiental Criado pela Constituição federal de 1988 como Terceiro Gênero de Bem e a Contribuição dada pela Doutrina Italiana em Face da Análise dos Direitos Metaindividuais. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, v. 12, 2008b.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Natureza jurídica das florestas, sua gestão na ordem econômica capitalista e a Lei n. 11.284/2006. Disponível em [HTTP://www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br). Visita em 12/6/2008c.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Direito do empreendedor desenvolver a sua atividade em face de EIA/RIMA favorável no âmbito do Direito Ambiental Brasileiro. Disponível em [HTTP://www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br). Visita em 12/6/2008d.

GODOY, Amália Maria Goldberg. A Gestão Sustentável e a Concessão das Florestas Públicas. *Rev. Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, 10(3): 631-654, set./dez. 2006.

GONÇALVES, Jorge César Silveira Baldassare. Crimes na lei de gestão de florestas públicas (Lei n. 11.284/2006). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 986, 14 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8096>>. Acesso em: 2 set. 2008.

GREENPEACE. A descentralização da gestão florestal na Amazônia brasileira. Dezembro, 2006. Em http://www.greenpeace.org.br/amazonia/pdf/briefing_descentralizacao.pdf. Visita em 12/10/2008.

GRUPO DE TRABALHO AMAZÔNICO – GTA – Regional Rondônia. *A Devastação das Unidades de Conservação e Terras Indígenas no Estado de Rondônia*. Junho de 2008.

HUMMEL, Antonio Carlos. Lei de Gestão de Florestas Públicas: o caso das concessões em florestas nacionais na Amazônia. Disponível em: http://arruda.rits.org.br/oeco/reading/oeco/reading/pdf/cbuc/Antonio_Carlos_Hummel.pdf. 2006. Acesso em: 15/8/2008.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. Aspectos Constitucionais da Proteção de Unidades de Conservação. In FIGUEIREDO, Guilherme P. (org). Direito Ambiental em debate, vol. II. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, pp. 81/91.

LEITE. José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2008.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Notas a respeito da eficácia ou aplicabilidade da norma constitucional. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 29, 31/5/2006 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1128. Acesso em 24/7/2008.

MARQUES, Gabriela A. e MARQUES, Letícia. A Concessão de Florestas Públicas. Publicado no próprio endereço eletrônico em 29 de maio de 2006. Disponível em: <www.felsbergassociadosadj.com.br>. Acesso em 9/4/2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Rev. atualizada até a EC 47, de 5 de julho de 2005. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Serviço Florestal Brasileiro. Plano anual de outorga florestal 2007-2008a. Disponível em: <http://>

www.mma.gov.br/estruturas/sfb/_arquivos/paof_2007_2008_%20v_final.pdf. Visita em: 10/10/2008.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Gestão de florestas públicas. Relatório de 2006b. http://www.mma.gov.br/estruturas/sfb/_arquivos/paof_2007_2008_%20v_final.pdf. Visita em 10/10/2008.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Gestão de florestas públicas. Relatório de 2007c. http://www.mma.gov.br/estruturas/sfb/_arquivos/paof_2007_2008_%20v_final.pdf. Visita em 10/10/2008.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. Ed. 5ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOTTA, Ronaldo Seroa. A experiência com o uso dos instrumentos econômicos na gestão ambiental. Megadiversidade (Belo Horizonte), v. 2, 2006.

MONICO NETO, Miguel. A reserva legal na Amazônia. Revista de Direito Ambiental n.1. Ministério Público do Estado de Rondônia. Porto Velho, 2005a.

MONICO NETO, Miguel. Apostila de Direito Ambiental elaborada pelo Desembargador Miguel Monico Neto para os alunos da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Porto Velho. 2008b.

OLIVEIRA, André Luiz. A reserva florestal legal e os princípios constitucionais da isonomia e razoabilidade. Centro Universitário de Araraquara - Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente. Araraquara, 2007, 234p.

OLIVEIRA, Thyago Monteiro de. Protocolo de Quioto. A legalidade do crédito de carbono no país. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/70383,1#null>. Acesso em: 1º/10/2008.

PEREIRA, Maria Rachel Coelho. Biopirataria e o desafio da gestão de florestas públicas. Publicado em: http://www.amazonia.org.br/opiniaop/artigo_detail.cfm?id=265107>. Acesso em: 4/5/2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007.

PROGRAMA DESENVOLVIMENTO FLORESTAL SUSTENTÁVEL NA AMAZÔNIA BRASILEIRA - FLORESTA ESTADUAL DO ANTIMARY. Lucros da biodiversidade. Programa de manejo sustentável na Amazônia mostra como preservar a floresta e gerar renda para a comunidade local, 2007. Disponível em: http://www.easp.fgvsp.br/subportais/ceapg/Acervo%20Virtual/Cadernos/Hist%C3%B3rias/2004/floresta_sustentavel_antimary.pdf. Visita em: 8/11/2008.

RÊGO, Patrícia de Amorim e PEREIRA, Márcia Regina de Souza. A efetividade do Direito Ambiental Brasileiro: instrumentos legais de proteção do meio ambiente. Unidades de conservação e implementação legal: um estudo de caso – o Estado do Acre. Revista de Direito Ambiental, v. 37. São Paulo-SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Posse e domínio na regularização de unidades de conservação. Análise de um amazônida. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3972>>. Acesso em: 12 out. 2008.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia e biodiversidade. Megadiversidade (Belo Horizonte), v. 2, p. 7-9, 2006.

RONDÔNIA. SEPLAD / PLANAFLORO / PNUD.BRA/00/004. As Unidades de Conservação de Rondônia. 2ª ed. Porto Velho, 2002.

RONDÔNIA GORA.COM – jornalismo em tempo real – floresta nacional do jamari já tem novos proprietários para exploração. Disponível em: <HTTP://www.rondoniagora.com/web/ra/noticias.asp?data=19/8/2008&cod=19929>. Visita em 20/8/2008.

ROS-TONEN, Mirjam. Novas perspectivas para a gestão sustentável da floresta amazônica: explorando novos caminhos. Ver. Ambiente & Sociedade. Campinas. V.X n.1. 2007.

SACHS, Ignacy. Rumo a ecossocionomia: teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo. Cortez, 2007.

SANT'ANNA, Maria Mendonça. Aplicabilidade do princípio da publicidade nas licitações públicas. São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6963. Visita em: 19/11/2008.

SANTILLI, Juliana. Sociambientalismo e novos direitos. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SECRETARIA DE FLORESTA DO ACRE. Resumo Público de Certificação de Floresta Estadual do Antimary, sob gestão da Fundação de Tecnologia do Estado do Acre – FUNTAC e Secretaria de Florestas do Acre – SEF.

SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO – Ministério do Meio Ambiente – MMA – Governo assina primeiros contratos de concessão florestal na Flona de Jamari em 30/09/2008.: Notícias <http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=95&modulo=ultimas&idNoticia=1212#>. Visita em 02/10/2008.

SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO. Edital de licitação para a concessão florestal. Concorrência n. 01/2007. Floresta Nacional do Jamari.

SILVESTRE, Mariel. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável no Direito Ambiental e instrumentos legais de sustentabilidade no que tange a algumas atividades geradoras de energia elétrica. Disponível em 2006.

SILVA, Fernando Borges da. O projeto de gestão de florestas públicas em breves notas e considerações. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 968, 25/02/2006. Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina. Acesso em 19/05/2008.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

SINISGALLI, Paulo Antonio de Almeida. A emergência como indicador de valor para a análise econômica-ecológica. Megadiversidade (Belo Horizonte), v. 2, p. 7-9, 2006.

TAMER, Sergio. Dicas do desmatamento. Rev. Jurídica Consulex, ano XII, n. 267 de 29 de fevereiro de 2008.

TEIXEIRA, Cristina. O desenvolvimento sustentável em unidades de conservação: a “naturalização” do social. Revista Brasileira de

Ciências Sociais. Vol. 20. N. 59. 2004.

THUSWOHL, Maurício. Gestão de florestas. Justiça suspende licitação para exploração de Jamari. Carta Maior em 19/03/2008. Disponível em http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=14876. Acesso em 19/05/2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 7ª Ed. São Paulo. Atlas, 2007.

WITCZAK, Alan Bolzan. Considerações sobre o regime de concessões nas florestas públicas, com base na Lei n. 11.284/06. Revista Jus Vigilantibus. 11 de fevereiro de 2007.

- PÁGINAS ELETRÔNICAS

Ambiente Brasil: www.ambientebrasil.com.br. Acesso em

Agência Nacional de Águas:

<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/index.php.40.html#futurocomum>.

Agência Brasil de Comunicações. <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/09/21/materia.2007-09-21.0214820805/view>. Acesso em 08/06/2008.

Dicionário on-line http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx

Governo do Estado do Acre – Floresta Estadual do Antimary: http://www.ac.gov.br/m_amb/antimary.htm

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.: http://www.ibama.gov.br/novo_ibama/index.php

Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade: <http://www.icmbio.gov.br/>

Ministério do Meio Ambiente: <http://www.mma.gov.br/>

Plano de manejo florestal. Manual para Produção de Madeira na Amazônia: <http://www.manejoflorestal.org/guia.cfm?cap=1>

Sisnama: <http://www.mma.gov.br/port/conama/estr1.cfm>

ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA PRÁTICA MÉDICA



Gilson Ely Chaves de Matos

Advogado; Professor de Direito Processual Civil da AVEC/RO; Membro da Sociedade Brasileira de Bioética. Graduado pela UNIVALE/MG; Pós-graduado em Direito Processual pela ULBRA/RO, Mestrando em Aspectos Bioéticos e Jurídicos da Saúde pela *Univesidad del Museo Social Argentino-UMSA/Buenos Aires*.

Sumário

1. Introdução. 2. Princípios bioéticos. 3. Consentimento informado. 4. Capacidade para consentir. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Declaração dos Direitos do Homem ocorrida em 10 de dezembro de 1948, os Estados modernos e organismos governamentais buscam privilegiar a liberdade, a dignidade e os direitos das pessoas sem qualquer distinção e tal esforço se tornou uma bandeira a ser defendida por toda a humanidade.

A saúde é um bem inalienável, de interesse de todos e dever do Estado, daí que o exercício da medicina bem como das demais atividades que envolvam a saúde física e mental das pessoas têm se desenvolvido mediante o respeito pleno da autonomia e com o fim sempre da beneficência.

Ante este novo paradigma, a construção hipocrática da ciência médica tantas vezes vista exclusivamente num sistema relacional paternalista, passa a partir da concepção dos princípios bioéticos já consagrados – não maleficência, beneficência, autonomia e justiça – a sofrer uma reinterpretação mais humana, afastando o conceito puramente paternalista que foi impingido no início do desenvolvimento da medicina moderna. Não se trata de deturpar as lições deixadas por um importante pensador considerado “o pai da medicina”, mas sim de compreender seu momento histórico e adequar sua essência aos novos conceitos sociopolíticos que mudaram a humanidade ao longo dos séculos, preservando, contudo, o grande conteúdo axiológico que traz a ética, como sua grande contribuição à filosofia.

Nesse diapasão, destaca-se o princípio da autonomia do paciente, como reconhecimento da dignidade da pessoa humana em suas vertentes mais íntimas, inclusive na condução de sua vida a partir de um projeto construído ao longo de sua existência.

Nesse estudo proposto, investigaremos os vários aspectos que envolvem a aplicação prática do respeito à autonomia do paciente, a partir do que a medicina moderna entende como *consentimento informado* e seus desdobramentos.

Buscaremos primordialmente prestigiar a análise dos aspectos jurídicos que envolvem o consentimento mediante a informação pelo médico ao paciente, suas possíveis consequências e as críticas ou elogios a sua observação.

Para tanto, restringiremos nosso campo de pesquisa às doutrinas Argentina, Brasileira, Cubana e Colombiana, enfocando o desenvolvimento latinoamericano acerca do tema.

Não deixaremos, contudo, de prestigiar a análise histórica dos documentos produzidos nas organizações de cunho Mundial, do Continente Europeu e Norte Americano, uma vez que os princípios da bioética surgiram a partir das Declarações dos Direitos Humanos provenientes das revoluções ocorridas em todo o Mundo a partir do movimento filosófico-político que conhecemos como iluminismo.

Por fim, outro importante instrumento de pesquisa será as legislações produzidas no mundo acerca da exigibilidade do consentimento informado, bem como da aplicação de sanções pelos Conselhos de Classe Médica, quando do descumprimento deste princípio-norma.

Ao final, buscamos neste breve estudo, encontrar um caminho seguro para o desenvolvimento médico comprometido no reconhecimento e respeito pleno do homem como indivíduo autônomo e portador de dignidade, ainda que esteja ele acometido das mais perversas doenças, certamente lhe restará um espírito forte!

2. PRINCÍPIOS BIOÉTICOS

A Bioética remonta a fins da década de 60, quando se começou a discutir com veemência as questões morais que implicavam principalmente os experimentos na área médica. A partir de então, foi criado nos Estados Unidos da América a Nacional *Comission for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research*, responsável pela publicação em 1978 do *Belmont Report*, que se trata de um relatório que acabou por influenciar decisivamente toda a ética médica, por ter estabelecido os princípios do *respeito pelas pessoas*, *beneficência* e *justiça* como pilares do atuar médico.

O princípio da *beneficência* traduz-se no atuar médico sempre em busca do fazer o bem ao paciente, sempre avaliando os riscos e sopesando o mal causado em busca de um bem incerto ou menor, daí também a consagração atual do princípio da *não maleficência*, que é o não causar o mal, maximizando os benefícios e minimizando os riscos possíveis.

Daury César Fabríz aduz com propriedade acerca do princípio da *beneficência*, dá-nos o contorno desta norma, *verbis*:

O princípio da *beneficência* demonstra ser, em seus imperativos, de extrema importância na delimitação de padrões de conduta. Fundado nas máximas *no nocere* e *bonum facere*, engloba um outro princípio, o da *não maleficência* (*primum non nocere*), o de não

impingir a alguém nenhum dano. Tal princípio põe em pauta uma série de indicativos que devem ser levados em consideração nas práticas ligadas à biociência. O princípio da *beneficência* sugere, em sentido mais amplo, que seria bom beneficiar as pessoas que têm necessidade; seria bom, por exemplo, que os médicos proporcionassem assistência à saúde de pacientes indigentes. No entanto, essas questões não são de simples aplicação, visto que a medicina, em sentido estrito, constitui-se em uma profissão, e, como tal, devem levar-se em conta as várias implicações que daí advêm.

Por sua vez, o princípio do *respeito às pessoas* traduz-se no conhecido princípio da *autonomia*, onde é reconhecido aos indivíduos a autonomia no conduzir sua vida, sua saúde, reconhecendo ainda que esta autonomia pode estar por vários aspectos diminuída, merecendo portanto proteção especial. Conforme o relatório *Belmont Report*, pessoa autônoma é o indivíduo que é “*capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir conforme as suas próprias decisões*”. É reconhecido que todo indivíduo tem um projeto próprio de vida e busca guiar suas ações para cumprir este projeto preestabelecido; no entanto, sendo a vida um complexo de emoções, convicções, compreensões sobre as coisas, conforme se desenvolve o viver social, este projeto de vida do indivíduo também vai se reconstruindo, sofrendo alterações ou mesmo sendo abandonado para que um novo projeto seja iniciado.

A *autonomia* está, portanto, intrinsecamente ligada à própria dignidade da pessoa humana, como exigência pelo indivíduo do respeito às suas convicções filosóficas, religiosas, morais e sociais, não se justificando a ofensa a este plexo de convicções nem mesmo para um atuar pseudobenéfico, uma vez que não só a saúde física deve ser almejada, mas também e principalmente a psíquica.

Daí que o princípio da *autonomia* importa na medicina a obrigatoriedade do médico em estabelecer uma prévia comunicação com o paciente capaz de informar-lhe adequadamente de todas as implicações necessárias da doença, desde tratamentos possíveis até os riscos inerentes aos procedimentos adotados, para então conseguir do paciente o seu consentimento ao tratamento elegido e concordante

ao seu projeto de vida, preservando suas convicções e a própria dignidade.

Já o princípio da *justiça* exige um atuar governamental em distribuir de forma equânime as conquistas médicas alcançadas no campo das pesquisas e, também, os serviços de saúde. Traduz-se na máxima de tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade. Para José Alfredo de Oliveira Baracho, esse princípio “*é entendido como a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios*” e, ainda, estando “*vinculado ao mesmo os critérios éticos, na consagração e distribuição dos recursos à saúde*”.

A importância da consagração de princípios basilares na bioética em substituição a regras positivadas em ordenamentos jurídicos diversos é de suma importância, uma vez que os princípios têm caráter normativo fundamental e axiomático, enquanto que as regras são por demais restritivas e limitadas para exercer satisfatoriamente seu escopo em um campo tão dinâmico e mutável como a bioética.

Conforme preliciona o professor Daniel Roberto Hertel acerta da diferença entre princípios e regras, ambos são classificados como espécies de normas, mas os princípios têm um conteúdo axiológico mais abrangente e, ainda que em aparente conflito com outro princípio, não perde o seu campo de aplicação. Senão vejamos:

Não se confundem os princípios, as regras e as normas. Na verdade, princípios e regras são espécies de normas. A distinção entre regra e princípios, portanto, é uma distinção entre dois tipos de normas. Os princípios são normas de grau de generalidade alto e as regras são normas de grau relativamente baixo de generalidade. Os princípios estão mais próximos da noção de justiça, enquanto as regras podem ter um conteúdo apenas formal. No conflito entre regras, uma regra exclui a outra. Os princípios, de outro lado, não se excluem. Na verdade, apenas preponderam uns em relação aos outros em determinados casos. As regras ou são válidas ou não; já os princípios, ao contrário, podem ser ponderados.

Desta forma, a importância em reconhecer nos princípios bioéticos um valor humano supremo, é verificada nos mais diversos campos em que ela se faz presente, seja na pesquisa científica ou no atuar médico, não sendo raros os surgimentos de conflitos éticos a serem enfrentados onde, portanto, entram em atuação os princípios informadores da bioética para orientar o melhor caminho a se seguir para aquele caso e naquele momento.

Houvesse ao invés dos princípios basilares informadores regras positivadas em diversos ordenamentos, certamente esses casos não permitiram uma discussão ética e, portanto, não seria assegurada nenhuma garantia de justiça em sua resolução.

Pois bem, a partir da consolidação dos princípios bioéticos, passamos então a focar o atuar médico diferentemente de um paternalismo que impunha uma dependência injustificada do paciente para com o médico. Num enfoque médico do conceito paternalista, temos a seguinte definição, *in verbis*:

Sería bueno dejar claro en este momento para evitar confusiones posteriores, en que consiste la esencia de lo que se llaman relación paternalista. La esencia está en que el médico no le da participación al paciente en la toma de decisiones, la posibilidad de que como consecuencia de esto se le de al paciente poca o ninguna información sobre lo que se está haciendo o se hará en el intento de curarlo, y el por qué se hace cada cosa o brindarle una información parcial donde sólo se habla de los posibles beneficios pero no de los riesgos, no es parte esencial de la relación paternalista; pudieran superarse todos estos defectos en el manejo de la información pero si no se le brinda al paciente la posibilidad de participar en la toma de decisiones sobre lo que se piensa hacer continuaría de hecho siendo paternalista esta relación.

Assim, é imperativo o respeito pleno aos princípios bioéticos consagrados, para verdadeiramente exigir uma atuação médica autorizada e informada, interagindo paciente e médico na

busca de soluções éticas e dignas a cada caso específico, de forma a contemplar a beneficência e a evitar a maleficência, além de assegurar uma distribuição justa dos recursos médicos, pois somente com a informação é o indivíduo capaz de buscar a efetividade do cumprimento dos direitos e garantias que as constituições dos Estados Modernos lhes asseguram.

3. CONSENTIMENTO INFORMADO

Conforme já nos detivemos no título anterior, estabeleceram-se por meio dos estudos bioéticos seus princípios basilares e, dentre eles, a *autonomia* como respeito às pessoas.

Em decorrência desta *autonomia* que é assegurada aos indivíduos, desenvolveu-se a necessidade no atuar médico do dever de informação ao paciente e de seu consentimento para legitimar a intervenção necessária.

A exigência do consentimento informado revelou-se então o respeito à autonomia do paciente, que é amplamente reconhecido nos códigos de ética médica de vários países e, até mesmo, em legislações específicas, mormente quando se identifica a diminuição desta autonomia por motivos etários ou decorrentes do desenvolvimento da própria doença.

O dever de informação significa que o médico necessita estabelecer um relacionamento aberto ao diálogo com seu paciente, informando-o da gravidade da doença, dos exames necessários à compreensão de sua extensão ou grau de avanço, os diversos tratamentos possíveis e o desenvolvimento de cada um (o quanto é invasivo e doloroso cada tratamento), os benefícios possivelmente alcançados e os riscos contidos.

Aliás, o Doutor em Medicina, Pascual Horacio Berstein, dá-nos o contorno dos principais elementos que devem ser informados para a obtenção do consentimento, a saber:

- 1) *Naturaleza de la decisión o del procedimiento;*

- 2) *Alternativas razonables a la intervención propuesta;*
- 3) *Riesgos, beneficios e incertidumbres más importantes relacionados con cada alternativa;*
- 4) *Evaluación de la capacidad de entendimiento del paciente;*
- 5) *Aceptación de la intervención por parte del paciente.*

Por sua vez, a par de todas as informações necessárias, tem o paciente o direito de confrontar os tratamentos oferecidos com seus próprios valores decorrentes do projeto de vida traçado, para então contrabalançar os benefícios e os riscos inerentes a cada um e, então, consentir ou não com o tratamento.

No entanto, o necessário consentimento informado não poderá nunca se resumir em um documento preestabelecido ou elaborado pelo hospital que traga informações gerais e solicitação de autorização de tratamentos. Estes documentos não são aceitos pela doutrina e jurisprudência consagradas como juridicamente válidos para reconhecer o respeito à *autonomia* do paciente. Nesse diapasão, preleciona com muita propriedade o Presidente da Cátedra de Ética Médica e Bioética da Faculdade Victoria de Girón, *in verbis*:

El consentimiento informado no es una acción aislada destinada a lograr que el paciente firme un documento autorizando al equipo de salud a realizar tal o más cual tratamiento o investigación. Es un proceso donde todas las acciones para la salud en cualquiera de los tres niveles de prevención debe ser explicado.

Cada examen complementario o fase del tratamiento, sobre todo los más invasivos y dolorosos, deben ser informados con los beneficios que aportaría y los riesgos que conlleva.

No mesmo sentido é o que nos ensina o Coordenador do Comitê de Ética Hospitalaria do Hospital Universitário San Vicente de Paul Medellín, Dr. José Humberto Duque, *in verbis*:

El consentimiento informado, tal como lo presentamos en este artículo, es más un proceso comunicacional que un acto formal de carácter meramente documental. Es un proceso gradual, no un papel ni un documento. Por esta razón, entendemos que consentimiento informado es más un intento dialogado para superar distancias y lograr aproximaciones empáticas más allá de un formulismo legal, el cual, en ciertas circunstancias y formalidades, puede incluso congelar e inhibir el ambiente de confianza requerido para que la relación médico-paciente sea exitosa. Según sea su forma de redacción y contenido, el documento puede, incluso, colocar al profesional en el ejercicio de una Medicina a la defensiva, la cual es contraria a los intereses del paciente y de la sociedad. Actitud defensiva que puede ser percibida por el paciente como una actuación tendiente a proteger contra la irresponsabilidad al mismo profesional de la salud, lo cual aminora la confianza del paciente y le coloca en expectativa para no dejar perder el menor atisbo de error en la actuación del profesional.

Na verdade não se exige que o consentimento do paciente seja expresse, pode ele consentir de toda e qualquer forma válida e verificável, desde que tenha sido informado eficazmente acerca de todas as implicações médicas.

Outra questão muito importante acerca da validade do consentimento é que tenha sido assegurado ao paciente o exercício pleno de sua liberdade em avaliar os diversos aspectos sem sofrer qualquer tipo de coação.

Essa expressão plena da liberdade livre de qualquer espécie de coação envolve um grande plexo de questões, uma vez que não se pode conceber um indivíduo que hoje não tenha uma plenitude de liberdade que o coloque alheio às coações sociais próprias da construção do modelo familiar e capitalista.

Dizer que a família não influenciará na decisão a ser tomada pelo paciente, que não exercerá certa coação psicológica para

que ele tome uma decisão e consinta num ou outro tratamento, é descaracterizar o indivíduo como ser sociável e inserido em uma sociedade própria. Portanto, esta espécie natural de interferência não deve ser considerada como apta a reduzir-lhe o discernimento e autonomia, ao contrário, compõe ela o próprio projeto de vida do indivíduo, seus valores, concepções e crenças.

Já no que concerne às interferências havidas na capacidade de decidir livre do paciente em razão do sofrimento ou mesmo sequelas do avanço da doença, deverá ser apreciado caso a caso, prestigiando-se sempre ao máximo a autonomia do indivíduo como colorário de sua própria dignidade como pessoa humana.

No entanto, o mesmo já não se poderá dizer da influência ou induzimento a determinadas decisões provocadas pelo médico, este deve abster-se ao máximo em conduzir as decisões do paciente, auxiliando-o somente com todas as informações necessárias. Tal procedimento médico ainda é por demais custoso, ante uma cultura paternalista já há muito instalada no meio médico, o que deve ser superado.

Não se quer com isso rechaçar a importância das decisões médicas advindas do estudo e atuar ético, ao contrário, busca-se uma construção de decisões interativas entre médico e paciente, em respeito mútuo entre profissional e paciente. Muitas vezes a atuação implica em decisões urgentes, não proporcionando consentimento ou mesmo informação em momentos que exigem decisões rápidas, pois o não atuar implicará em consequências graves para a saúde e a vida do paciente. No entanto, passado o momento crítico e restabelecida a autonomia do paciente, deve ele ser informado de tudo e consentir em seu tratamento que se seguirá.

Outra questão de graves implicações é o reconhecimento da diminuição da autonomia por razões etária ou de incapacidade do paciente de compreender plenamente o tratamento e suas implicações.

Nestes casos, as informações deverão ser levadas ao conhecimento do responsável legal pelo paciente, o qual deverá consentir no tratamento, respondendo por toda e qualquer consequência das escolhas que fizer.

A exigência do consentimento informado tem sofrido severas críticas por parte da classe médica, que entende tal dever como uma restrição do atuar do profissional médico que detém certamente o conhecimento técnico e prático necessário em buscar a beneficência em prol do paciente. Contudo, asseveramos mais uma vez que não só de doenças físicas padecem o homem, mas também de doenças que se desenvolvem em decorrência de um mal psíquico. E não reconhecer a *autonomia*, o autogoverno dos indivíduos, é impor-lhes muitas vezes um mal na consciência, em suas convicções, o que implica certamente em *maleficência*.

A partir do reconhecimento do consentimento informado como respeito à *autonomia*, os bioeticistas passaram a desenvolver seu alcance e interpretação, surgindo na doutrina várias vertentes do consentimento.

3.1 Consentimento livre e esclarecido

A partir da consolidação da *autonomia* enquanto um dos princípios reitores da bioética e, do consentimento informado como colorário deste princípio, passou a ser desenvolvidas regras para atender a estas normas-princípio, surgiram, a partir de então, novas vertentes da concepção do consentimento informado enquanto capaz de plenamente atender ao princípio da autonomia.

Dentre estas vertentes surgiu na doutrina o *consentimento livre e esclarecido*, como mais eficaz ao alcance pleno ao respeito da *autonomia* do paciente.

Para aqueles que desenvolvem esta concepção do *consentimento livre e esclarecido*, primeiramente tem-se que o consentir tem que ser qualificado, ou seja, livre de qualquer ingerência externa capaz de viciar a decisão do paciente, o que, a nosso entender, também se faz presente no consentimento informado.

Por sua vez, entende os defensores deste *consentimento* qualificado que para sua validade não basta a presença da liberdade e da informação, exige-se mais, que esta informação seja na verdade um esclarecimento pleno sobre todas as implicações inerentes ao tratamento.

Assim, o pleno respeito à *autonomia* do paciente somente estaria satisfeito se e quando o médico estabelece um canal de comunicação claro e completo com seu paciente, de forma a não somente informar-lhe do mal que lhe aflige, dos exames necessários, dos tratamentos possíveis e consequências advindas de todo o plano de ação médica.

Acreditamos que esta compreensão de ser necessário mais que a informação, ou seja, um esclarecimento, advém de uma interpretação gramatical das regras contidas na Declaração de Helsinque (Associação Médica Mundial), que dispõe:

[...]

22 – Em toda pesquisa em seres humanos, cada indivíduo deve receber informação adequada sobre os objetivos, métodos, fontes de financiamento, possíveis conflitos de interesses, vinculação institucional do investigador, benefícios calculados, riscos previsíveis e danos derivados da pesquisa. A pessoa deve ser informada do direito de participar ou não da pesquisa e de retirar seu consentimento em qualquer momento, sem se expor a represálias. Depois de assegurar-se de que o indivíduo entendeu a informação, o médico deve obter então, preferivelmente por escrito, o **consentimento esclarecido e voluntário do indivíduo**. Se o consentimento não pode ser obtido por escrito, o processo para obtê-lo deve ser documentado formalmente mediante testemunhas.

23 – Ao obter o **consentimento esclarecido** para o projeto de pesquisa, o médico deve ter especial cuidado quando o indivíduo está vinculado com ele por uma relação de dependência ou se consente sob pressão. Neste caso, o **consentimento esclarecido** deve ser obtido por um médico bem informado que não participe da pesquisa e que nada tenha a ver com aquela relação.

[...]

Como se depreende das regras constantes da Declaração de Helsinque, o consentimento aqui é pré-qualificado pelo esclarecimento amplo, em linguagem acessível ao paciente.

Outras normatizações posteriores trouxeram esta pré-qualificação como requisito do consentimento válido, dentre elas temos no Brasil a Resolução n. 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, que assim dispõe:

Capítulo IV – Consentimento Livre e Esclarecido:

O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos indivíduos ou grupos que por si e/ou por seus representantes legais manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.

Ambas as normatizações se referem especificamente à área de pesquisa médica, no entanto, também no tratamento médico existem normatizações que conduzem a uma interpretação gramatical acerca da exigibilidade de um amplo esclarecimento ao paciente, dentre as quais podemos citar a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, que dentre outras regras estabelece que:

Art. 5º. Regra Geral – Uma intervenção no campo da saúde só pode ser realizada depois de a pessoa ter dado seu consentimento livre e informado para tal.

Essa pessoa deve, antecipadamente, receber informações apropriadas acerca do propósito e natureza da intervenção, bem como seus riscos.

[...]

Art. 9º. Os desejos concernentes a intervenções médicas, previamente expressos pelo paciente, quando este não pode expressar sua vontade no momento da intervenção, devem ser levados em conta.

No mesmo sentido de se exigir que o médico informe suficientemente (esclareça) o paciente acerca de todos os aspectos

que envolvam a intervenção médica se fazem presentes nas regras contidas na Declaração Universal Sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos e na Declaração Ibero-Americana sobre Ética e Genética.

Por fim, irradiado por todos estes documentos com alta carga de reconhecimento dos Direitos Humanos, o atual Código de Ética Médica vigente no Brasil, traz um Capítulo exclusivo sobre os Direitos Humanos, onde tem como primeira regra enumerada no referido Capítulo IV a necessidade do consentimento esclarecido. Senão vejamos:

Capítulo IV – Direitos Humanos

É vedado ao médico:

Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.

Ainda, no Capítulo V que trata da relação do médico com pacientes e familiares, é mais uma vez consagrado o princípio da *autonomia* em várias regras que enumeramos a seguir:

Capítulo V – Relação com Pacientes e Familiares

É vedado ao médico:

Art. 56 – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

[...]

Art. 67 – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre o método contraceptivo ou conceptivo, devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método.

Art. 68 – Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento.

O Código de Ética Médica traz uma normatização moderna e em plena contemplação dos princípios da *beneficência*, *não-maleficência*, *autonomia* e *justiça*, demonstrando a preocupação com o respeito aos Direitos Humanos consagrados universalmente.

A propósito, o Conselho Federal de Medicina tem dado plena aplicação às regras contidas em seu Código de Ética, mostrando especial preocupação com a *autonomia* do paciente e a necessidade de consentimento informado. Vejamos algumas de suas decisões disciplinares neste âmbito:

PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINARES ARGUIDAS: NULIDADE DE ACÓRDÃO EM VIRTUDE DE SUPOSTO DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VOTOS. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 56 E 67 DO CEM: DESRESPEITAR O DIREITO DO PACIENTE DE DECIDIR LIVREMENTE SOBRE A EXECUÇÃO DE PRÁTICAS DIAGNÓSTICAS OU TERAPÊUTICAS, SALVO EM CASO DE IMINENTE PERIGO DE VIDA. – DESRESPEITAR O DIREITO DO PACIENTE DE DECIDIR LIVREMENTE SOBRE MÉTODO CONTRACEPTIVO OU CONCEPTIVO, DEVENDO O MÉDICO SEMPRE ESCLARECER SOBRE A INDICAÇÃO, A SEGURANÇA, A REVERSIBILIDADE E O RISCO DE CADA MÉTODO. DESCARACTERIZADA INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 2º, 4º E 29 DO CEM. MANUTENÇÃO DA PENA DE “ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO”. I- Não há cerceamento de defesa do recorrente por suposta ausência de voto divergência pela sua absolvição, tendo em vista que em relação à sua culpabilidade a votação no CRM – GO foi por unanimidade, existindo divergência tão-somente em relação à tipificação e penalidade aplicada. II- O médico deve respeitar a autonomia do paciente, não devendo tomar decisões pelo paciente a não ser em

risco iminente de vida. III- Preliminares rejeitadas. IV- Apelação conhecida e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 1ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento parcial ao recurso interposto pelo apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de “ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO”, prevista na letra “a”, do artigo 22 da Lei 3.268/57, por infração aos artigos 56 e 67 do Código de Ética Médica, descaracterizando infração aos artigos 2º, 4º e 29 do mesmo Código, nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator.

PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 42, 56 E 67 DO CEM: PRATICAR OU INDICAR ATOS MÉDICOS DESNECESSÁRIOS OU PROIBIDOS PELA LEGISLAÇÃO DO PAÍS. – DESRESPEITAR O DIREITO DO PACIENTE DE DECIDIR LIVREMENTE SOBRE A EXECUÇÃO DE PRÁTICAS DIAGNÓSTICAS OU TERAPÊUTICAS, SALVO EM CASO DE IMINENTE PERIGO DE VIDA. – DESRESPEITAR O DIREITO DO PACIENTE DE DECIDIR LIVREMENTE SOBRE MÉTODO CONTRACEPTIVO OU CONCEPTIVO, DEVENDO O MÉDICO SEMPRE ESCLARECER SOBRE A INDICAÇÃO, A SEGURANÇA, A REVERSIBILIDADE E O RISCO DE CADA MÉTODO. REFORMADA A DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO PARA A PENA DE “ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO”. I- Comete falta ética o médico que realiza procedimento não autorizado pelo paciente desobedecendo ao princípio da autonomia, ainda que movido por boas intenções. II- Apelação conhecida e provida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 1ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso interposto pelos apelantes, reformando a decisão do Conselho de origem, que ABSOLVEU os apelados, para aplicar-lhes a pena de “ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO”, prevista na letra “a”, do artigo 22 da Lei 3.268/57, por infração aos artigos 42, 56 e 67 do Código de Ética Médica, nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator.

Como se depreende dos julgados colacionados, está o *princípio da autonomia* devidamente amparado no Código de Ética Médica Brasileiro e o Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina tem primado pela aplicação das regras deontológicas.

Também a doutrina contempla esta vertente do consentimento informado, enfatizando a necessidade de prestigiar sempre e com a maior amplitude possível o princípio da *autonomia*, o que justificaria exigir mais que simples informação do médico, ou seja, exigir esclarecimento.

Nesse sentido, conclui o advogado Hélio Antônio Magno em artigo que aborda os aspectos da *autonomia* do paciente frente ao profissional da medicina, *in verbis*:

1- O paciente tem que ser capaz para dar o seu consentimento, não só sob o ponto de vista do Código Civil, mas que tenha capacidade de pensar e decidir, capacidade de entendimento, de compreensão ampla de seu estado de saúde e do esclarecimento que lhe será proporcionado pelo médico, bem como de poder avaliar as alternativas que lhe serão apresentadas e de decidir sobre elas. Modernamente, a tendência é exigir que o paciente tenha “alta capacidade para decidir”, nos casos de recusa de tratamento ou nos casos que envolvam

grandes riscos para o paciente. Inexistindo capacidade, a família, ou o responsável legal, é quem deve ser informada e esclarecida e decidir pelo paciente.

2 - O paciente deve ser amplamente informado e esclarecido pelo médico sobre seu estado de saúde, as opções de tratamento, os riscos e benefícios, de modo que o mesmo possa decidir conscientemente o que será melhor para ele. Para que isso seja possível, deve ser repassado ao paciente o maior número de informações possíveis, em linguagem acessível ao mesmo e, logo após, indagar se o mesmo compreendeu tudo que lhe foi dito. O processo deve ser repetido quantas vezes for necessário e em casos mais complexos, pode demandar várias entrevistas do médico com o paciente, até que o mesmo tenha compreendido tudo que lhe foi dito.

Justifica o doutrinador suso colacionado, antes de suas conclusões, em seu excelente artigo, que a informação apenas não é suficiente para subsidiar a compreensão dos riscos pelo paciente, sendo, portanto, necessário o esclarecimento.

No entanto, ainda que se busque nesta interpretação gramatical atribuída um novo conceito de exigência ao consentimento, algumas considerações necessitam ser sopesadas.

Primeiro, muito embora o termo “esclarecido” tenha uma abrangência mais ampla do que o “informado”, o uso de uma ou outra nomenclatura nas regras estabelecidas não irá impor uma menor ou maior obrigação ao médico.

Aliás, este é o espírito das normas principiológicas que orientam a bioética, eis aí a grande vantagem em se eleger em princípios ao invés de regras.

Portanto, ainda que contenha a regra que o consentimento precede de informação e não de esclarecimento, uma interpretação teleológica fundada nos princípios bioéticos só nos podem conduzir à conclusão de que sempre deverá o médico estabelecer um diálogo claro

e suficiente a respeitar a *autonomia* do paciente, sob pena de infringir preceitos humanos caros e, portanto, responder à falta ética cometida.

Por outro lado, exigir a informação ou esclarecimento do médico também não é impor o que parte da doutrina tem denominado *ditadura da autonomia e da vontade do paciente*, que não é realmente o que se pretende com a exigência do respeito aos princípios bioéticos consagrados. O profissional da arte médica é sem dúvida quem detém o conhecimento técnico necessário a proporcionar o bem ao paciente, é também quem está capacitado para avaliar sua conduta dentro dos preceitos éticos. O respeito à *autonomia* e a prestação de informações ao paciente, para se conseguir seu consentimento ao tratamento, não retiram do médico seu papel ativo e fundamental no exercício da sua profissão. O que se busca com o consentimento informado ou esclarecido é uma integração médico e paciente na busca de um melhor resultado, conforme preleciona o médico argentino Pascual H. Berstein, concluindo que:

Aceptar la autonomía del paciente (respetar la capacidad de las personas para la toma de decisiones, desacreditando parcialmente el paternalismo médico) logra que el paciente pase de ser receptor del tratamiento, para erigirse em sócio del plan terapéutico.

Ademais, as informações ou esclarecimentos a serem prestados ao paciente deverão passar por um âmbito de discricionariedade do médico, não se exige que o paciente tenha compreensão dos aspectos técnicos, mas sim dos riscos que eles implicam e benefícios buscados com o tratamento, de forma a poder preparar-se e até colaborar para seu êxito.

Nesse diapasão, aduz com muita propriedade o Advogado Harold Aristizábal Marín, em artigo acerca do alcance e extensão do consentimento informado, *in verbis*:

La facultad discrecional que tiene el Profesional de la Salud para graduar el contenido de la información y su forma es uno de los aspectos que presenta mayor sutileza fáctica y jurídica, si decimos que esta obligado a informar absolutamente todo o que directa o indirectamente tenga

que ver con el usuario del servicio, en protección de la autonomía del paciente, ello de por sí constituiría un imposible fáctico y por ende jurídico (a lo imposible nadie está obligado). Y estaríamos cayendo en lo que se ha dado en llamar la DICTADURA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.

Daí que o médico avaliará o resultado prático das informações a serem repassadas ao paciente, buscando sempre respeitar-lhe a autonomia como ser humano portador de dignidade, somente não lhe prestando algumas informações em casos excepcionais que a legislação já prevê, como nos casos de urgência em que não é possível a informação ao paciente ou familiares, o primeiro por estado de inconsciência ou perturbação ante o risco iminente de vida e os demais pela falta de tempo ante a gravidade e urgência no atuar médico.

A propósito, acerca destas situações, o Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina já teve oportunidade para se manifestar, *in verbis*;

RECURSO EM SINDICÂNCIA. RECURSO DE ARQUIVAMENTO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE INFRAÇÃO ÉTICA. MANUTENÇÃO DO ARQUIVAMENTO. I- Não comete infração ética o médico que, em situação de urgência e em condições psicológicas desfavoráveis, deixa excepcionalmente de solicitar o consentimento informado, visando o benefício do paciente, embora os princípios bioéticos estejam cada vez mais restringindo estas exceções. II- Recurso de Apelação conhecido e negado provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da Câmara Especial nº 03 do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que

determinou o ARQUIVAMENTO dos autos, nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator.

Portanto, mantém o médico certa independência discricionária acerca do cumprimento de sua obrigação de informação ao paciente, quando presentes elementos que justifiquem a mitigação do dever de informar, em casos excepcionais.

Assim, numa interpretação teleológica tendo como fundamento o princípio da *autonomia*, exista ou não a regra que imponha a informação ou o esclarecimento para obtenção do consentimento do paciente ao tratamento, o médico deverá sempre pautar sua atividade profissional inspirado nas normas principiológicas que irradiam a bioética para travar com o paciente um relacionamento estreito e de confiança, transmitindo-lhe o máximo de informações claras possíveis sobre o seu quadro de saúde, os exames necessários, suas consequências, tratamentos possíveis e resultados esperados, para que este possa eleger qual conduta está mais condizente com seu projeto de vida.

Ressalte-se, ainda, que a morte é o desencadeamento natural do próprio processo vital, sendo compreendida pelos indivíduos de diferentes formas conforme suas próprias convicções religiosas, filosóficas e sociais. Portanto, não se deve a todo custo combater este processo que tem por fim a morte, pois o seu retardamento muitas vezes implica em efeitos indesejáveis que causam muito mais prejuízos físicos e psicológicos ao indivíduo, suprimindo-lhe ou retirando-lhe a própria dignidade.

3.2 Consentimento educado

Esta outra vertente é defendida no modelo médico comunitário praticado em Cuba, como função do médico em não somente informar e tratar conforme o consentimento do paciente, mas sim informar o paciente tanto quanto o necessário no intuito de educá-lo para que transforme alguns padrões de comportamento e com isso evite complicações ou desdobramentos da doença, deixando assim de ser objeto de tratamento para ser sujeito de tratamento.

Ponderam ainda a imperatividade de ampla informação e esclarecimento ao paciente em respeito cego ao princípio da *autonomia*, pois ainda que tenha o paciente o direito de receber informações sobre seu próprio estado de saúde e todos os aspectos dos tratamentos possíveis, esta obrigatoriedade deve sofrer certa mitigação em casos que enfermidade de larga duração possa desencadear crises psicossomáticas.

Ressalte-se que casos como esses que necessitam certa mitigação do dever de informar são exceções e devem ser plenamente justificáveis, mantendo-se a norma geral de informação que pode trazer grandes benefícios ao tratamento, mormente se o paciente adotar uma postura de educação do seu comportamento orientado pelo médico, evitando assim complicações de várias naturezas durante todo o processo de combate à doença.

O educar que qualifica o consentimento é exatamente a prestação de informação necessária à compreensão do paciente da doença, dos tratamentos e suas várias etapas, adotando o médico uma postura ativa em discutir os comportamentos sociais cotidianos do paciente de forma a esclarecê-lo da necessidade de se abster de certas condutas, como, por exemplo, o consumo de bebidas alcoólicas, o tabagismo, a alimentação não saudável, o exercício físico em demasia ou desorientado, a excessiva vida noturna, dentre outros aspectos comportamentais que influirão no sucesso ou insucesso do tratamento elegido pelo paciente.

Este atuar médico ativo não implica em supressão de informação, nem de interferências indesejáveis na *autonomia* do paciente, ao contrário, privilegia a ampla informação e esclarecimentos como instrumento de educação do comportamento do paciente para obtenção de melhores resultados no tratamento por ele escolhido livremente.

Aliás, com muita propriedade conclui a este respeito o médico cubano Fernando Núñez de Villavicencio Porro, em artigo publicado na Revista Cubana *On-line* de Saúde Pública, *in verbis*:

Se insiste ahora en declarar que el uso adecuado del consentimiento informado es un avance importante en la practica médica, se pudiera mantener ese nombre

despojándolo de la regla que impide al médico realizar su trabajo como educador y guía de la salud, pero como en realidad se preconiza otra forma de actuar preferimos llamarlo consentimiento educado.

É claro que esta atuação ativa do médico frente o paciente no intuito de educar-lhe o comportamento implica que o médico deverá atuar nos valores e motivos do paciente, intervindo assim em aspectos íntimos o que, ao meu ver, não necessariamente importa em qualquer coação capaz de ofender-lhe a autodeterminação de sua vida.

Não cabe, em se tratando de saúde e vida das pessoas, bens inalienáveis, discutir regras absolutas que travam a atuação profissional do médico e até da sociedade enquanto organizada em um Estado que assume responsabilidades em, nome de todos, daí que o princípio da *autonomia* assegura ao indivíduo a participação ativa em tudo que lhe diz respeito inclusive a sua saúde e vida, por outro lado, não impõe um esvaziamento da responsabilidade social de grande importância que contém a atividade médica. Portanto, a exclusão total de participação do médico no processo de escolhas pelo paciente não é desejada e não traz os benefícios que todos esperamos ao elegermos princípios basilares que nos assegurem a liberdade e exercício pleno de direitos.

Dentro do contexto de um consentimento educado nos moldes que a doutrina médica Cubana tem proposto, a relação médico e paciente assumiria contornos deliberativos, assegurando-se a decisão final ao paciente em respeito à sua *autonomia* sem alijar o médico na participação ativa, aliás, mais uma vez nos socorremos do Médico Cubano Fernando Núñez de Villavicencio Porro, *in verbis*:

Este enfoque sobre el uso de la relación deliberativa la acerca mucho a lo que se ha venido planteando, tanto en escritos anteriores como en este, de que el médico además de informar tiene el deber de educar para obtener no sólo un consentimiento informado, sino también un consentimiento educado.

El médico debe ser un abogado de las acciones preventivas, curativas y de rehabilitación de sus pacientes

y un educador que lucha para que en la jerarquía de valores y en la escala de motivos de sus enfermos, estas acciones ocupen un alto lugar jerárquico en el momento de la toma de decisiones por ellos.

En esta relación deliberativa debe lucharse para que sea el paciente el que oferte los sacrificios que está dispuesto a hacer en cuanto a cambios de hábitos y costumbres dañinas para la salud.

En la búsqueda de un estilo de vida más saludable, el médico debe tener paciencia y comprender que ir dejando que el paciente logre un pequeño cambio tras otro puede conducirlo a la meta deseada. Los obstáculos que conducen al paciente a decisiones autonómicas no deseadas pueden ser externos o internos, entre estos últimos, el miedo no controlado y en ocasiones irracional a las acciones médicas es un problema frecuente que exige de la participación del equipo de salud en la ayuda del paciente. No parece ético decirle al paciente: *la decisión es tuya cuando estés listo vuelve a verme*.

Esta é a interatividade médico e paciente desejada, onde haja mútuo respeito, do médico para com a *autonomia* do paciente e do paciente para com o conhecimento e compromisso ético do médico em promover o bem-estar.

Portanto, informar, esclarecer e educar a mim parece condutas concatenadas a assegurar um consentimento realmente válido e que represente o verdadeiro sentido do princípio da *autonomia* responsável.

Não é despidiendo reconhecemos a presença nesta vertente apresentada do consentimento educado, ainda que mitigada, do caráter relacional do modelo hipocrático tão criticado na contemporaneidade em razão de seu papel paternalista, hoje inaceitável frente os princípios bioéticos que informam a medicina.

Contudo, também reconhecemos no pensamento do *jusfilosofo* Romano Francesco D'agostino a coerência que permite ou pelo menos

propõe a convivência pacífica entre o modelo hipocrático e os princípios bioéticos modernos, daí porque nos parece razoável e perfeitamente um atuar ético informar e educar o paciente, para que, com consentindo deste (respeito à *autonomia*), seja preservado o relacionamento médico e paciente interativo e ético (hipocrático) e seja a doença conhecida e combatida conforme a vontade do paciente e dentro de um plano de ação compreendido por este e formulado pelo médico.

Esse é o atuar médico, como bem ressalta o *jusfilosofo* D'agostino, *“ter a consciência de que só pode ser considerado médico aquele que se refere ao paciente como pessoa, na radical universalidade que esse termo veicula”* e, portanto, reconhecendo seus deveres éticos de só atuar na medida necessária a proporcionar o bem-estar do seu paciente, reconhecendo os limites de intervenção somente para educar, sem usurpar a autodeterminação do indivíduo.

4. CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Importante questão jurídica que envolve o exercício da *autonomia* pelo paciente é sua capacidade para consentir, uma vez que o Direito regula várias hipóteses em que a capacidade para determinados atos da vida civil inexistia ou seja reduzida por aspectos etários e psicobiológicos.

A capacidade é requisito essencial da validade do consentimento, sem o qual ele é nulo, não gerando nenhum efeito jurídico e até mesmo ético.

Ante a grande disparidade de conceitos adotados para atribuir ou não a capacidade etária nas várias ordens jurídicas das diversas sociedades organizadas em Estados independentes e supremos dentro da sua extensão territorial, restringimo-nos à análise neste breve estudo do ordenamento jurídico Brasileiro, o qual também utilizaremos como norte para verificarmos a incapacidade para consentir em situações diferentes da etária.

Ainda, abordaremos alguns aspectos que reduzem ou suprimem a capacidade para consentir embora implementada a idade

necessária ao título de maioridade civil, o que implica em importantes aspectos jurídicos para a validade do consentimento.

4.1 A capacidade etária para consentir

Um primeiro aspecto que deve ser considerado, para aferir acerca da validade do consentimento do paciente em submeter-se ou não a tratamentos propostos, com todas as suas implicações e complexidades, é a capacidade jurídica adquirida pelo implemento de uma idade mínima considerada conforme o ordenamento jurídico de cada Estado.

Esta capacidade é presumida, ou seja, é uma ficção jurídica que somente é afastada se demonstrado que a pessoa não a possui em razão de algum mal físico ou psíquico. No Brasil, a maioridade civil estabelecida no Código Civil fixa atualmente a idade de 18 anos.

No entanto, há um período de idade anterior aos 18 anos em que a incapacidade é considerada relativa e, portanto, é reconhecida certa capacidade àqueles que ainda não completaram 18 anos de idade, desde que tenham completado 16 anos, independente do sexo.

A primeira questão que se apresenta em relação à capacidade de consentir é se exige a absoluta capacidade civil ou se a reconhece aos relativamente capazes nos termos da lei civil plenamente ou relativamente.

Em termos legais, não há no Brasil uma normatividade específica acerca do tema, somente podendo ser tal análise legal possível se tomarmos normas que implicitamente nos permitam uma interpretação lógica.

A questão do exercício pleno da autonomia deve ser apreciada numa interpretação harmônica entre o Código Civil que estabelece a regra da presunção da plenitude da capacidade etária e com o Estatuto da Criança e do Adolescente que assegura o respeito à autonomia tanto da criança quanto do adolescente.

Esta autonomia erigida como respeito à dignidade humana pelo Estatuto da Criança e do Adolescente encontra limites na própria

capacidade de discernimento, inteligência e grau de madurez da pessoa, afastando assim uma ficção jurídica.

Em razão desta norma, entendemos plenamente aplicável no Direito Brasileiro a doutrina norte-americana do *menor maduro*, ou seja, sempre que o grau de compreensão da criança e do adolescente permitir que este participe na tomada de decisões, deve ser respeitada sua autonomia e, conforme a gravidade do caso e conflito entre as decisões da criança ou adolescente e seus pais ou responsáveis legais, impõe-se que a questão seja discutida judicialmente, assegurando assim ao máximo a autodeterminação da pessoa humana.

É claro que se o tempo não permitir que se busque no Judiciário a solução, a ética médica impõe aos profissionais envolvidos que prestigiem a decisão que melhor promova a preservação da saúde e da própria vida da criança ou do adolescente.

Não quer a lei e a sociedade que crianças e adolescentes, ainda em processo de formação enquanto pessoas aptas a responder por seus atos ajam de forma a suprimir a opinião ou mesmo governo que seus pais ou representantes legais têm sobre si, o que se busca com isso é permitir que todos os envolvidos possam compreender este complexo processo médico de pesquisa e tratamento dos males físicos e psíquicos.

Assim, embora a participação efetiva da criança ou do adolescente seja imperativa ante o respeito à sua autonomia, devem os pais ou representantes legais deter em regra a última palavra sobre o consentimento, somente sendo este poder mitigado em casos especiais.

Este pensamento que prestigia a capacidade efetiva da criança ou do adolescente em participar na tomada de decisões acerca de sua vida, tem sido difundido nas principais declarações internacionais que têm como objetivo discutir os direitos humanos, dentre estes destaca-se o Convênio de Astúrias de Bioética, ocorrido em Oviedo, em 1997, o qual destacamos:

Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

Conforme se pode verificar da norma suso mencionada, embora o menor não tenha capacidade para consentir, ainda assim deve ser respeitada sua opinião conforme idade e grau de maturidade. Outras declarações de importante destaque no cenário internacional contemplam o respeito à autonomia da criança e do adolescente, a exemplo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela ONU, da Declaração de Mônaco: Bioética e os Direitos da Criança, esta última tratando com especialidade o tema, ao prescrever que:

As medidas tomadas para assegurar a proteção dos direitos das crianças devem ser adequadas a seu grau de autonomia.

A criança deve participar na tomada de decisões relativas tanto a sua saúde quanto a sua educação, de maneira crescente e mais qualificada, à medida que sua autonomia se afirmar. Cabe aos pais aceitar essa necessidade.

Quando houver diferença de interesses, o interesse da criança deve, em princípio, prevalecer sobre o do adulto.

Por tudo que se analisou, podemos concluir que a legislação Brasileira está condizente com os preceitos internacionais, devendo estar atento o médico quando confrontar com situações que lhe imponha o

respeito à autonomia da criança e do adolescente, ainda que a seus pais ou representantes legais caiba derradeiramente consentir validamente.

4.2 Ausência ou redução da capacidade

Embora a pessoa seja civilmente capaz ante o implemento da idade legal exigida, poderá ocorrer que problemas em seu desenvolvimento físico e/ou mental imponha-lhe limitações que reduzam ou lhe retirem a capacidade de autodeterminação, portanto, em razão de uma realidade fática é afastada a presunção jurídica da maioridade civil.

Assim, os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e, ainda, os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, não estão aptos a consentir. Também os que, por alguma razão psíquica ou patológica, tenham o discernimento reduzido dependem do consentimento de seus representantes legais, muito embora lhes deva ser respeitada a autonomia conforme o grau de compreensão que possuam.

Ainda, não são poucas as vezes que o próprio conhecimento da existência da doença e a própria compreensão dos males decorrentes de sua ação no corpo, bem como dos efeitos colaterais de seu tratamento, conduzem algumas pessoas a um estado transitório de submissão, reduzindo mesmo sua capacidade de atuar racionalmente na tomada de decisões necessárias ao seu bem-estar. Estas hipóteses compreendem um estado transitório de redução ou incapacidade para o autogoverno, o que impõem a interferência de uma pessoa responsável e capaz para substituir-lhe no poder de validamente consentir ou não nos tratamentos propostos e todo o mais necessário ao conhecimento da doença.

Sob este aspecto, mais uma vez nos valem as normas estabelecidas pelo Convênio de Astúrias de Bioética, que prescreve:

3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá

efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley.

La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastornos mentales.

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

O respeito à autonomia das pessoas que por alguma razão tenha sua capacidade suprimida ou reduzida deve ser orientada pela máxima da interpretação do princípio da igualdade, qual seja, *tratar os iguais com igualdade e os desiguais na medida da sua desigualdade*. Portanto, a igualdade impõe o respeito à vontade de todos quanto as decisões que importem em sua autonomia, mitigando esta autodeterminação na medida em que aspectos psíquicos e físicos imponham limitações ao seu exercício pleno.

5. CONCLUSÃO

A bioética é um importante conjunto de princípios que orientam uma nova postura médica frente os direitos humanos conquistados a partir das revoluções ocorridas em todo o mundo.

Dentre estes princípios, destaca-se o da *autonomia* como respeito à própria dignidade da pessoa que tem o direito de autodeterminação conforme um projeto de vida construído e que se renova a cada momento conforme as decisões que têm que ser tomadas frente a realidade da vida.

Desta forma, exige-se do médico uma postura positiva em relação ao paciente, informando-lhe, esclarecendo e até mesmo educando seu comportamento para que compreenda todos os aspectos necessários não só à detecção das doenças através de complexos exames, como também dos possíveis tratamentos oferecidos ante os modernos recursos disponíveis.

Por sua vez, ao paciente é assegurada a autonomia para consentir ou não no atuar médico sobre seu corpo e mente, a partir da compreensão livre e racional de todos os aspectos inerentes em submeter-se ou não ao tratamento, sendo certo que o fim dos princípios bioéticos é a integração médico e paciente em prol de melhores resultados e qualidade de vida, não implicando, portanto, na desconsideração da responsabilidade pela vida que envolve o atuar médico.

Finalmente, exige-se não somente a informação, o esclarecimento livre de qualquer coação ou ingerência indesejáveis para que possa o paciente consentir validamente, mas também deve ele reunir certos atributos psíquicos, físicos e legais para fazê-lo e, quando não o possa validamente expressar por ausência ou redução de qualquer destes requisitos. Ainda assim, é importante respeitar ao máximo sua autonomia na medida de sua capacidade de compreender as informações e esclarecimentos transmitidos e os reflexos em sua vida das decisões a serem tomadas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioética e Direitos Humanos: Direitos Constitucionais Gerais e Específicos. Teoria Geral da Família. Direito Constitucional da Família. Jurisprudência Constitucional. Processualidade Constitucional. *Apud* Bioética e Biodireito: uma introdução crítica. Organizador Arthur Magno e Silva Guerra. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, pp. 27 a 129.

BERSTEIN, Pascual Horacio. El Error Médico: aspectos médicos, médico legales, jurídicos. Buenos Aires: Ediciones D&D S.R.L., 2005.

Conselho Federal de Medicina. Site: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 27/4/2007.

D'AGOSTINO, Francesco. Bioética: Segundo o enfoque da filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DUQUE Z, José Humberto. El consentimiento informado ¿*Cuestión de formalismo legal o cuestión de humanidad?* Revista Colombiana de Responsabilidad Médico Legal. Vol. V, n. 3, Setem, Médico Legal on-line. Disponible em: <http://www.medicolegal.com.co>. Acesso em: 8/5/2007.

FABRIZ, Daury César. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. Humanismo constitucional no Brasil: Os Reflexos da Bioética no Contexto Constitucional Brasileiro, Fundando no Paradigma da Dignidade Humana, em Questões de Manipulação Genética. *Apud* Bioética e Biodireito: uma introdução crítica. Organizador Arthur Magno e Silva Guerra. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, pp. 1 a 25.

HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7112>. Acesso em: 7/5/2007.

JUNGES, José Roque. Bioética: hermenêutica e casuística. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

MAGNO, Hélio Antônio. A Responsabilidade Civil do Médico Diante da Autonomia do Paciente. *Apud* Bioética e Biodireito: uma introdução crítica. Organizador Arthur Magno e Silva Guerra. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, pp. 315 a 345.

MARÍN, Harold Aristizábal. *Alcance y extension del consentimiento informado en la práctica odontológica*. Revista Médico Legal online. Disponible em: <http://www.medicolegal.com.co>. Acesso em: 8/5/2007.

PORRO, Fernando Núñez de Villavicencio. Consentimiento educado vs. Consentimiento informado. Revista Cubana de Salud Pública, v. 32, n. 4, Habana: 2006, disponível no site: <http://scielo.sld.cu>. Consulta em: 2/5/2007.

A DOAÇÃO VOLUNTÁRIA DE SANGUE COMO PENA RESTRITIVA DE DIREITOS



Jayme Walmer de Freitas

Juiz criminal em Sorocaba/SP. Mestre e Doutorando em Processo Penal pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da

Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG; Coordenador Regional da Escola Paulista da Magistratura. Autor das obras *Prisão Temporária* e *OAB - 2ª fase - área penal*; Coordenador da Coleção *OAB - 2ª fase*; Coautor do livro *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, sob a coordenação de Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva, pela Editora *Quartier Latin*; Coautor do livro *Legislação Criminal Especial*, publicação coordenada por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, pela Editora *Revista dos Tribunais*; Autor de artigos publicados em revistas especializadas e nos diversos sites jurídicos nacionais. Foi coordenador pedagógico do curso *Triumphus* por 14 anos.

Sumário

1. As penas restritivas de direito. 2. A prestação de serviços à comunidade. 3. A doação de cestas básicas. 4. A doação de cestas básicas e as transações. 5. O surgimento da ideia da doação de sangue. 6. A doação voluntária de sangue como modalidade de pena restritiva. 7. Questionário suficiente sobre a doação de sangue. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

No Brasil, as penas restritivas de direitos foram disciplinadas pela primeira vez, na reforma de 1984, limitando-se a infrações cuja pena não alcançasse o patamar de um ano, e às culposas. As penas restritivas previstas naquele momento histórico eram de prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas; proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública; proibição de exercício de

profissão, atividade ou ofício; suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; limitação de fim de semana; e multa.

O perfil de admissão de penas não privativas de liberdade foi acentuado logo após, com a Constituição Federal, em 1988. Em seu art. 5º, XLVI, a Carta Magna garantiu fundamentalmente que a individualização da pena seria disciplinada por lei ordinária e estabeleceu como penas, entre outras, a privação ou restrição da liberdade; a perda de bens; a multa; a prestação social alternativa; e a suspensão ou interdição de direitos.

As penas restritivas de direitos, uma vez admitidas pela Lei Maior, receberam, dez anos mais tarde, relativa inovação através da Lei 9714/98, que alterou o Código Penal. O art. 43 do Código Penal trata das penas restritivas de direitos e foi reescrito, passando a prever, além daquelas mencionadas acima, as penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e a prestação alternativa inominada.

Ampliou o âmbito de incidência das penas restritivas. Essas são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade de crime cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos e desde que não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, ou se for culposo. São **autônomas** porque não são acessórias, independem da imposição de sanção detentiva (reclusão, detenção ou prisão simples), como leciona Damásio de Jesus (Código Penal Anotado, p. 178); e **substitutivas**, porque individualizada a pena privativa de liberdade, o magistrado poderá substituí-la pela restritiva. Pode-se dizer que o legislador, sabiamente, optou pelo não encarceramento do criminoso que pratica infrações de leve e médio potencial ofensivo, consciente da falência do sistema penitenciário.

No consistente artigo “Em busca da Legalidade das Alternativas Penais”, apresentado no I Congresso Brasileiro de Execução de Penas e Medidas Alternativas, realizado em Curitiba no ano de 2005, a Promotora de Justiça paranaense - Mônica Louise de Azevedo, citando Claus Roxin e diversos outros penalistas de renome, aponta caminhos para a superação da pena corporal fora da clausura do

sistema penitenciário, com ênfase às medidas alternativas em infrações leves e de médio potencial ofensivo. Ponderou, aliás, que o festejado penalista alemão “observando os avanços e retrocessos dos últimos séculos da história das ideias penais, arrisca um prognóstico para o direito penal do século XXI, que acredita continuará existindo como fator de controle social secularizado: a gradativa substituição da pena privativa de liberdade por outras penas ou consequências jurídicas ao ilícito; a supressão definitiva das penas corporais, por se constituírem em atentados contra a dignidade humana; o retrocesso da utilização da pena de prisão e o surgimento de novas formas de controle eletrônico e de medidas terapêuticas sociais, além da maior utilização do trabalho comunitário e da reparação civil do dano. Justifica esta previsão pela inexistência de vagas e recursos financeiros para executar a pena de prisão de forma humanitária e pela impossibilidade de punir a maioria dos delitos com ela”.

A falência do sistema prisional e a adoção de medidas inovadoras que atinjam o mesmo fim proposto pela pena, sem encarceramento, fizeram surgir três anos antes da modificação da codificação penal, a Lei 9099/95 que abarca infrações de menor potencial ofensivo – as contravenções penais e, atualmente, os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a 2 (dois) anos –, e detém como objetivos maiores a reparação do dano à vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62, *in fine*). Inspirada na mitigação do princípio da legalidade e no consensualismo, o diploma permite a barganha entre o acusador e o autor do fato e seu advogado. O art. 76 preceitua que o órgão ministerial, ao oferecer sua proposta de acordo, poderá oferecer transação penal consistente na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Há mais. No art. 89, ao oferecer a denúncia – nos crimes em que a pena máxima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano –, o órgão ministerial, nos crimes previstos em qualquer lei, poderá propor a suspensão condicional do processo, mediante condições determinadas.

Tanto na transação penal como no *sursis* processual, é praxe dos integrantes do Ministério Público, e até dos querelantes – nas ações penais de natureza privada – ofertarem propostas que contenham

penas não catalogadas, como, por exemplo, a doação de cestas básicas, que se tornou “coqueluche” em nossa nação, por seu caráter altruísta, pedagógico e socializante. Registre-se que, não obstante o teor das propostas, o agente do delito e seu advogado podem repeli-las ou questioná-las visando ao seu abrandamento. É a busca do consenso.

No mesmo diapasão, insere-se o foco principal deste trabalho: a doação de sangue. E esta, diferentemente de qualquer outra pena restritiva de direitos, pressupõe contato pessoal entre o magistrado ou conciliador com o agente para explanação das nuances específicas desse ato de benevolência. Em outros termos, como se exporá, no curso deste trabalho, a pena consistente na doação de sangue somente pode derivar de transação penal e de suspensão condicional de processo, não de condenação, por sentença. É pressuposto inarredável o contato humano entre juiz, Ministério Público, agente e seu patrono. Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira, “O processo de aplicação da pena deve ser dialógico” (Prestação de Serviços à Comunidade, p. 90).

Explica-se: somente após o autor da infração e seu advogado optarem, dentre as propostas ministeriais, por aquela concernente à doação de sangue é que lhe será apresentado um questionário inicial com as exigências mínimas para o ato. Ultrapassada esta etapa, será lavrado o acordo a ser homologado judicialmente. Isto porque nem todos estão aptos a doar sangue, fator que, por si só, inviabiliza um decisório com semelhante determinação.

2. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Dentre as penas restritivas, estou convencido de que a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a que mais aproxima o autor do fato, nas infrações de menor potencial ofensivo, ou o réu, nas de médio potencial, de seu semelhante e o torna um cidadão útil a si – melhoria na autoestima –, à família – da qual não fica segregado – e à sociedade – por receber algo concreto em seu prol e aprova a não segregação do semelhante. Essas penas têm a natureza de respeitar o homem em seu bem maior – a dignidade –, porquanto de sua aptidão e habilidade pessoal é que será determinado, o que realizará em favor da

comunidade. O autor da infração cumprirá a pena, trabalhando para a sociedade. Objetivamente, favorece a comunidade em que vive.

Observa-se em Guilherme de Souza Nucci, pensamento similar. Dispõe o doutrinador que:

Trata-se, em nosso entender, da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através de seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre pena (Código Penal Comentado, p. 235).

E por seu caráter de cidadania e inserção ou reinserção social, pode ser considerada a mais adequada, para a maioria dos casos.

SHECAIRA já dizia, no início da década de 90, que:

No direito europeu e norte-americano – e nas legislações mais recentes e modernas – é a prestação de serviços à comunidade a principal alternativa penal à provação de liberdade de curta duração (...). Em um país que apresenta um quadro com grande número de pessoas que cometem pequenos delitos (especialmente crimes contra o patrimônio) e, de outro lado, que tem uma situação crônica de presídios superlotados, a prestação de serviços à comunidade é medida eficaz a ser incentivada como alternativa à pena prisional de curta duração (ob. cit., pp. 90-91).

E quais são os momentos processuais rotineiros para sua imposição? São três: a) transação penal em crimes de ação pública ou privada; b) suspensão condicional do processo, no procedimento sumaríssimo da Lei 9099/95; e, c) suspensão condicional do processo, no rito ordinário do Código de Processo Penal ou especial de Lei Extravagante. Qualifiquei como rotineiros, uma vez que há situações excepcionais, como na *emendatio libelli* e na *mutatio libelli* em que no curso do processo, com a instrução praticamente finalizada, descobre-se o cabimento dos institutos despenalizadores.

A prestação de serviços à comunidade, em grande parte do Estado de São Paulo, é desenvolvida por órgão afeto à Secretaria

de Administração Penitenciária denominado de Central de Penas e Medidas Alternativas, e que o torna um braço forte e importante para as Varas de Execuções Penais.

Em sua estratégia de ação, a Central de Penas realiza convênios com diversas entidades públicas e privadas, de modo a propiciar um leque de alternativas para o agente. Após entrevista prévia, o atendente, ciente do perfil do entrevistado, indica a instituição mais apropriada para o trabalho e, estando o agente concorde, será encaminhado para cumprir sua pena. De forma efetiva e palpável, o condenado retribui para a coletividade o mal que praticou.

Alberto Silva Franco esclarece que:

É ele obrigado a prestar pessoalmente, durante certo número de horas semanais que se prolongam por tempo predeterminado, tarefas gratuitas junto a determinadas entidades, públicas ou particulares. Ao fazê-lo, é evidente que não dispõe mais do tempo livre correspondente a essas horas semanais já que, sob acompanhamento, vê-se na contingência, nesse espaço temporal, de realizar, sem remuneração, algum tipo de trabalho. (Código Penal e sua interpretação, p. 285).

E o art. 149, §1º, da Lei de Execuções Penais, prescreve que:

O trabalho terá a duração de oito horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz.

Emana claro do esposado que é da essência da prestação de serviços a realização de um trabalho personalíssimo exercido pelo agente em dia e horário que não afetem o seu labor diário. Daí poder ser realizado em finais de semanas e feriados ou em horário compatível com aquele.

Por esta razão que, quando da primeira ideia de implantação da doação de sangue no Brasil, foi coibida pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, interpretava-se como modalidade de prestação de serviços à comunidade, o que, por interpretação ampliativa, não deixaria de ser. No

entanto, em voto da lavra do erudito ministro Celso de Mello, a interpretação foi restritiva e o sonho foi afastado até o início deste século. Naquela oportunidade, o STF foi instado a se manifestar acerca de sentença em que magistrado fluminense substituiu a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos consistente em doação de sangue. Pelo voto, a mesma foi cassada e determinada que outra fosse prolatada (HC 68.309/DF).

No voto, o Ministro Celso de Mello destacou que:

A exigência judicial de doação de sangue não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, pertinentes à própria inteligência da expressão legal ‘prestação de serviços à comunidade’, cujo sentido, claro e inequívoco, veicula a ideia de realização, pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral. Tratando-se de exigência conflitante com o modelo jurídico-legal peculiar ao sistema de penas alternativas ou substitutivas, não há como prestigiá-la e nem mantê-la.

Como ciência que é o Direito evolui e, com o passar dos anos, surgia a doação de cestas básicas como a salvação dos mais humildes. E os integrantes do tripé jurídico encararam a novidade e, foi encontrada no próprio ordenamento jurídico – o Código Penal –, a qualificação técnico-jurídica para enquadramento do instituto. E, por idênticos fundamentos, a doação de sangue deve receber o mesmo enquadramento e se tornar uma realidade paulista e nacional igualmente simpática aos olhos da sociedade.

3. A DOAÇÃO DE CESTAS BÁSICAS. NATUREZA JURÍDICA: PRESTAÇÃO ALTERNATIVA INOMINADA (CP, ART. 45, §2º)

A mesma afinidade que nutria pela pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, passou a me seduzir a pena alternativa inominada, por permitir a doação de cestas básicas para entidades que a reverterem em

prol de pessoas carentes. E idêntica simpatia me veio porque, agora – nunca é tarde para a consecução de objetivos sociais relevantes –, vislumbrei que a doação de sangue é tecnicamente idêntica.

Existe um adensamento doutrinário no sentido de que a doação de cestas básicas é uma prestação inominada. Não obstante, essa mesma doutrina pondera que a pena em questão – prestação alternativa inominada –, tal qual posta no diploma penal, ofende princípios basilares de Direito Penal e seria inconstitucional.

No escólio de Renato Marcão, respaldado por Cezar Roberto Bitencourt e Damásio de Jesus:

A pena de prestação de outra natureza ou inominada padece de flagrante inconstitucionalidade, já que equivale a uma pena indeterminada, contrariando o princípio da reserva legal albergado no art. 1º do Código Penal, de prestígio constitucional, conforme decorre do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (Curso de Execução Penal, p. 267).

É que o § 2º, do art. 45 do diploma penal dispõe que: “No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.”

Acrescenta Renato Marcão que:

conforme asseverou Cezar Roberto Bitencourt, ‘em termos de sanções criminais são inadmissíveis, pelo princípio da legalidade, expressões vagas, equívocas ou ambíguas. E a nova redação desse dispositivo, segundo Damásio de Jesus, comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto’ (ob. cit., p. 267).

Cezar Roberto Bitencourt, mesmo após criticar a pena inominada por ser indeterminada e, por conseguinte, violadora do princípio da reserva legal, arremata afirmando que essa pena seria, na realidade, “uma espécie substituta da substituta da pena de prisão!”. E, como a substituição da prestação pecuniária se dá por uma prestação de **outra natureza** e dependente da **aceitação do**

beneficiário, certamente é dotada de caráter consensual (grifei). E quem seria o beneficiário da pena convertida? Defende, com razão, que é “o beneficiário do resultado da aplicação dessa pena pecuniária, que, como afirmamos, tem caráter indenizatório (Tratado de Direito Penal, vol. I, pp. 518-519).

No mesmo sentido, a lição de René Ariel Dotti (Penas Restritivas de Direitos - críticas e comentários às penas alternativas. Lei 9.714, p. 100): “O Juiz não pode aplicar pena que não esteja expressamente prevista na lei. Trata-se de reafirmar o princípio da anterioridade da lei quanto à definição do crime e o estabelecimento da sanção”.

Perfilha a mesma linha de entendimento, Luiz Flávio Gomes (Penas e Medidas Alternativas à Prisão, p. 64). Luiz Flávio lembra que Beccaria há mais de duzentos anos já postulava não só a existência de lei para a criação de delitos e penas, senão também a vinculação do juiz ao texto legal e, sobretudo, a legitimidade exclusiva do legislador para criar tais leis.

A despeito das respeitáveis críticas doutrinárias, o texto legal propiciou a abertura de um espectro de penas alternativas ao magistrado, com o fito de permitir, sempre, a transação, desde que evite o encarceramento e respeite os lindes constitucionais para tal fim. Caso o autor da infração não esteja em condições de arcar com determinada prestação alternativa nominada, um rol de opções lhe pode ser oferecido para atender à exigência estatal do cumprimento da pena.

Se o intérprete atentar para a redação do § 2º, poderá inferir que, na doação de cestas básicas, o dispositivo é atendido em toda a sua amplitude. Conquanto se critique a redação aberta, sujeita a toda espécie de interpretação subjetiva judicial, a doação se amolda perfeitamente ao disposto.

Vejamos: para distribuir cestas básicas, o magistrado criminal cadastra uma série de instituições em sua Vara, aptas e com estrutura para o recebimento e distribuição das mercadorias aos mais carentes da comunidade. A instituição deve ser reconhecidamente de utilidade pública e prestigiada nos meios sociais pelo seu trabalho em favor dos mais necessitados. Com este pré-requisito fundamental, preenche-se

o tópico do dispositivo atinente a *se houver aceitação do beneficiário*. Como o art. 45 § 1º exige que seja “entidade pública ou privada com destinação social”, o cadastramento é o bastante.

E a proposta ministerial de doação de cestas básicas a uma instituição de caridade aceita pelo agente constitui-se, então, na formalização de uma pena restritiva de direitos inominada. Neste acordo homologado judicialmente, o autor da infração assume a obrigação de entregar, dentro de certo lapso temporal, determinada quantidade de cestas básicas.

A doação de cestas básicas é, portanto, modalidade de prestação alternativa inominada não pecuniária homologada judicialmente.

Damásio, ao discorrer sobre o indigitado polêmico parágrafo e discutir as críticas sobre sua redação, defende que prestação de **qualquer natureza** como está na Lei significa, de fato, **pecuniária ou não** (grifei). E contradiz a maioria da doutrina ao asseverar que o dispositivo se encontra em consonância com as Regras de Tóquio, uma vez que estas recomendam ao juiz a aplicação se necessário e conveniente de qualquer medida que não envolva detenção pessoal.

E acrescenta:

Medida liberal corresponde, entretanto, ao ideal de justiça, pela qual ao juiz, nas infrações de menor gravidade lesiva cometidas por acusados não perigosos, atribuir-se-ia o poder de aplicar qualquer pena, respeitados os princípios de segurança social e da dignidade, desde que adequada ao fato e às condições pessoais do delinquente (Código Penal Anotado, pp. 188-189).

Damásio, em meu sentir, está coberto de razão ao defender que a prestação pode ter natureza **pecuniária ou não**, porquanto a lei ao prever a substituição da prestação pecuniária por **prestação de outra natureza** permitiu aos envolvidos no negócio jurídico a ser travado entre partes e juiz, escolher uma pena que corresponda aos ideais preconizados pela Carta Magna, desde que não privativa da liberdade e ajustada à realidade do agente.

Nessa esteira, Celso Delmanto *et alli* orienta que, excluída a prestação pecuniária, a prestação de outra natureza “poderá consistir, v.g., na doação de cestas básicas ou em serviços de mão-de-obra” (Código Penal Comentado, p. 165).

Sem destoar, Mirabete declina que:

... se houver aceitação do beneficiário, ou seja, do ofendido ou da entidade pública ou privada com destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão, do juiz, em prestação de outra natureza, como o fornecimento de cestas básicas, por exemplo. (Código Penal Interpretado, p. 295).

Também Fernando Capez pugna, ao cuidar da prestação inominada, que:

A prestação pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza, como, por exemplo, entrega de cestas básicas a carentes, em entidades públicas ou privadas. A interpretação, aqui, deve ser a mais ampla possível, sendo, no entanto, imprescindível o consenso do beneficiário quando o crime tiver como vítima pessoa determinada. (Curso de Direito Penal, p. 358).

O Pleno do STF, em voto da lavra do Min. Joaquim Barbosa, nos autos do Inquérito 2.721/DF, em 8/10/2009, deu por correta a decisão judicial que homologou a doação de cestas básicas, como pena alternativa, fundamentando que:

O crime investigado é daqueles que admitem a transação penal e o indiciado cumpre os demais requisitos legais do benefício. Embora haja controvérsia sobre a possibilidade de a prestação pecuniária efetivar-se mediante a oferta de bens, a pena alternativa proposta pelo Ministério Público - doação mensal de cestas básicas e resmas de papel braile a entidade destinada à assistência dos deficientes visuais, pelo período de seis meses - atinge à finalidade da transação penal e confere rápida solução ao litígio, atendendo melhor aos fins do procedimento criminal.

O STJ tem como fora de discussão que a doação de cestas básicas consiste em modalidade distinta da prestação de serviços à comunidade, tanto que a rejeita como substitutiva daquela em sede de execução, caso inviável seu cumprimento por parte do condenado. Se o condenado não puder cumprir a prestação de serviços estipulada, deverá o juiz das execuções impor-lhe outra, adaptada à sua aptidão, sem substituí-la pela doação de cestas.

Veja-se o seguinte aresto:

A competência do Juízo das Execuções Criminais limita-se à alteração da forma de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade aplicada pelo Juízo Criminal processante (CP, art. 59, inc. IV), ajustando-a às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal' (Lei 7.210/84, art. 148), sem, contudo, substituí-la por pena restritiva de direitos diversa STJ (HC 38052/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10/04/2006).

Os tribunais estaduais trilham no mesmo sentido.

Na doutrina, encontramos opiniões divergentes para a natureza jurídica da doação de cestas básicas. A juíza Rosana Navega Chagas, titular de Vara de Juizado Criminal de Nova Iguaçu, no Estado do Rio de Janeiro, em artigo específico no qual defende a doação de sangue, distingue a pena de prestação de serviços à comunidade da prestação social alternativa prevista no texto constitucional aduzindo:

Frise-se que tal modalidade de pena, muito embora assemelhada, não é igual a pena alternativa da prestação de serviços à comunidade, uma vez que a lei tem por um dos seus princípios básicos não conter palavras inúteis. Em síntese, existem razões, de ordem técnica, para a nova denominação, e que consiste, a toda evidência, na criação de uma nova modalidade de pena alternativa a da prisão, quando couber.

Depois de muita reflexão sobre a melhor disciplina da natureza jurídica da doação de cestas básicas, convenci-me, graças à doutrina, que se insere no contexto da prestação inominada escudada no art. 45, §2º, do Código Penal. E, nesse diapasão, firmei o entendimento de que a doação de sangue, igualmente, deve receber idêntico tratamento.

A razão é a mesma esposada, porquanto o magistrado criminal cadastra, previamente, instituições idôneas para o atendimento ao futuro doador, por exemplo, em Sorocaba é a Colsan. Feito o acordo judicial, o autor da infração é orientado a lá comparecer, onde será submetido a exames de praxe para se certificar se pode, efetivamente, doar. Coletado seu sangue, receberá o comprovante respectivo que será apresentado em juízo, para as anotações de praxe quanto ao cumprimento da reprimenda.

Atendidos estes singelos requisitos da prestação inominada e o doador terá por cumprida sua pena, prestando um serviço comunitário de alcance imensurável, beneficiando diretamente a saúde de terceiros.

E se, malgrado o acordo judicial, o autor for impedido de doar sangue, por exemplo, por estar com ou ter tido hepatite ou ser portador de hepatite C? Nessa hipótese, deverá comparecer ao Cartório onde será informado da necessidade de substituição da pena de doação de sangue. Em regra, a substituição será pela doação de cestas básicas, ainda que imposta cumulativamente.

4. A DOAÇÃO DE CESTAS BÁSICAS E AS TRANSAÇÕES. CRÍTICA

Como é conhecido por todos que militam na área criminal, a doação de cestas básicas tornou-se uma das modalidades mais figuradas, dentre as hipóteses de pena alternativa, dada sua capacidade de auxílio direto e efetivo aos mais carentes. Não obstante, salvo raríssimas exceções, como as contravenções penais de pequena expressão, a simples doação de cestas não deve ser a única sanção para o cumprimento da pena prevista no tipo penal incriminador.

Com a devida vênia aos que pensam diversamente, a simples e exclusiva doação de cestas básicas não exerce papel algum na reeducação do agente. Por si só, é desproporcional e desarrazoada. É salutar lembrar que o juiz exerce o papel de educador, em praticamente toda sua vida profissional, e por ser conhecedor do direito – *jura novit curia* –, jamais deve banalizar a pena. É inconcebível o autor de um crime deixar o fórum dando de ombros, zombando de todo o aparato estruturado para recebê-lo e expressando em alto e bom som que dará duas ou três cestas básicas e sua pena estará cumprida.

René Ariel Dotti ensina que:

A pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do agente. Em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar a relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator. (Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, p. 212).

O órgão ministerial, do mesmo modo, deve refletir sobre essa crítica.

Em meu sentir, a doação de cestas básicas deve ser cumulada com outra. O simples comparecimento a uma instituição de caridade e a entrega dos mantimentos não exerce, pedagogicamente, o caráter preventivo especial. Conquanto a sociedade receba algo em favor de uma entidade que cuida de filhos seus, a reeducação inexistiu. Os próprios advogados criminais nos sugerem a cumulação. Alegam que se sentem profissionalmente reconhecidos ao conseguirem uma pena branda para seu cliente, mas se sentem frustrados, quando constatarem que a medida punitiva é demasiada leve.

Assim, a par da doação de cestas básicas, em uma infração leve, nada impede que o órgão ministerial ofereça proposta de maior expressão penal, por exemplo, a prestação efetiva de serviços mais doação de cestas básicas.

Repise-se que casos haverá em que a mera doação atenda ao reclamo da razoabilidade e da proporcionalidade, contudo estas situações são excepcionais para se tê-las como praxis.

5. O SURGIMENTO DA IDEIA DA DOAÇÃO DE SANGUE

No início do ano de 2010, por problema de saúde enfrentado por um sobrinho de um grande amigo, tive contato com as consequências letais que a falta de sangue pode acarretar. Foi um alerta e, logo após, chamou-me a atenção várias notícias de morte ou de perigo de morte, em função da carência sanguínea em hospitais, com ênfase no nordeste, Rio de Janeiro, São Paulo e, em minha cidade, Sorocaba.

Fiz uma breve pesquisa e constatei que, em nosso país, não são raros os episódios de morte por deficiência de sangue para a transfusão salvadora de vidas.

Para que se tenha noção da gravidade do problema: o Brasil precisa de, pelo menos, 5.500 bolsas de sangue por dia, mas não consegue metade, justamente pela falta de doadores.

De acordo com o Ministério da Saúde, no Brasil, apenas 1,9% da população é doadora de sangue. Mesmo estando este porcentual dentro do parâmetro da Organização Mundial de Saúde (OMS) - de 1% a 3% da população -, o Ministério considera que é urgente e possível aumentar o número de brasileiros doadores: se cada pessoa doasse duas vezes ao ano, não faltaria sangue para transfusão no país. No Brasil, onde o volume coletado é equivalente ao número de doadores voluntários (3,5 milhões de bolsas de sangue por ano), essa quantidade disponível nos hemocentros poderia ser duas vezes maior. O ideal seria 5,7 milhões.

Nos finais de ano, o Ministério enfrenta uma preocupação maior, porque o estoque é reduzido em 30%, em função das férias escolares.

Para minimizar a falta de estoque, as campanhas de doação são frequentes em todo o país, como vemos rotineiramente.

Pelo sítio oficial da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, infere-se que a Fundação Pró-Sangue, ligada à Secretaria de Estado da Saúde e à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, coleta em média 12.000 bolsas mensalmente, volume de sangue equivalente a aproximadamente 32% do sangue consumido na Região Metropolitana de São Paulo, 16 % do Estado e 4% do Brasil.

A propósito, o desabafo da Dra. Maria Angélica Soares, coordenadora do Hemocentro do Hospital São Paulo da UNIFESP, em entrevista concedida a Dráuzio Varella:

Ninguém está livre de precisar de uma transfusão de sangue. Ninguém está livre de sofrer um acidente, de passar por uma cirurgia ou por um procedimento médico em que a transfusão seja absolutamente indispensável. Como não existe sangue sintético produzido em laboratórios, quem precisa de transfusão tem de contar com a boa vontade de doadores, uma vez que nada substitui o sangue verdadeiro retirado das veias de outro ser humano. Todos sabem que é importante doar sangue. Mas, quando chega a nossa vez, sempre encontramos uma desculpa – Hoje está frio ou não estou disposto; nesses últimos dias tenho trabalhado muito e ando cansado; será que esse sangue não me vai fazer falta... - e vamos adiando a doação que poderia salvar a vida de uma pessoa. Sempre é bom frisar que o sangue doado não faz a menor falta para o doador. Consequentemente, nada justifica que as pessoas deixem de doá-lo. O processo é simples, rápido e seguro. (www.drauziovarella.com.br).

Com um pouco de noção do que é doar sangue, percebi que o juiz é um ferramental impressionante para cooperar com o quadro atual ao estimular autores de infrações a praticarem uma boa ação. Se juízes e membros do Ministério Público, espalhados pelos mais distantes rincões, unirem seus esforços para inserir a doação de sangue como pena alternativa à prisão, nas hipóteses fincadas na Lei 9099/95 – transação penal e suspensão condicional do processo –, por certo milhares de vidas seriam poupadas.

Em outros termos, sob a ótica do sistema acusatório, o juiz, representando o Poder Judiciário, o Ministério Público ou o querelante oferecendo sua proposta, representando o Poder punitivo estatal, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, e, ao lado do autor do fato, estaria formado o tripé de solidariedade em prol de pessoas que necessitam de sangue para sobreviver.

Uma vez que o ideal de todos esteja focado na probabilidade efetiva de se salvar vidas, basta agir.

Interessante notar que o problema é mundial e não somente brasileiro.

Para se aquilatar o que existe pelo mundo, a Cruz Vermelha Americana apresenta em seu sítio oficial, fatos e estatísticas de cuja abordagem extraio e destaco dois que são compatíveis com este trabalho:

a) Da necessidade: a cada dois segundos, alguém nos EUA necessita de sangue; mais de 38.000 doadores de sangue são necessários a cada dia; mais de um milhão de novas pessoas são diagnosticadas com câncer cada ano, muitas delas necessitam de sangue, às vezes diariamente, durante o tratamento de quimioterapia; a vítima de um simples acidente de carro pode exigir até cem litros de sangue.

b) Dos doadores: a razão principal porque os doadores dizem doar sangue é que eles “querem ajudar o próximo”; dois motivos comuns citados pelas pessoas que não doam sangue são: “nunca pensei sobre isso” e “eu não gosto de agulhas”; uma doação pode ajudar a salvar as vidas de até três pessoas; se você começar a doar sangue aos 17 anos e doar a cada 56 dias até alcançar 76, você terá doado quantidade provável para salvar mais de 1000 vidas; a Cruz Vermelha Americana aceita doação de sangue somente de doadores voluntários.

Dado que a necessidade de sangue é universal, nos próximos itens retratarei como se iniciou este processo na Vara da qual sou titular e como está se desenvolvendo. Esta exposição visa auxiliar ou servir de subsídio para que qualquer colega faça o mesmo. Cada um dos protagonistas que forma o tripé da justiça brasileira deve colaborar para que a doação de sangue seja, a exemplo da doação de cestas básicas, um novo paradigma, uma pena alternativa inominada a ser igualmente adotada, com o diferencial natural de auxiliar na cura de doenças e salvar a vida do semelhante.

Se em Nova Iguaçu (RJ) e em Curitiba (PR), bem como em inúmeras outras cidades que nessas se inspiraram, a doação voluntária de sangue – como pena alternativa inominada – é uma realidade, o Estado de São Paulo e os demais estados da nação precisam a ela se irmanar. O Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil devem unir-se nessa cruzada para contribuir, de forma efetiva e intransigente, com a melhora da saúde em nosso país.

6. A DOAÇÃO VOLUNTÁRIA DE SANGUE COMO MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA. IMPLANTAÇÃO

Diante desse quadro de perene imprescindibilidade da matéria-prima que somente nós, humanos, temos e podemos materializar, senti-me impelido a desenvolver algo palpável, ainda que embrionário, na 1ª Vara Criminal de Sorocaba.

Conversei com o médico responsável pela Colsan – Associação Beneficente de Coleta de Sangue –, na cidade de Sorocaba, Dr. Frederico Brandão. A Colsan é uma entidade civil paulista, sem fins lucrativos, que atua na área de hemoterapia, promovendo a captação de doadores, coleta, análise e processamento do sangue e, posteriormente a distribuição dos hemocomponentes, bem como os procedimentos pré-transfusionais, ligada à Unifesp.

Houve imediata interação e aceitação do propósito lançado.

De nosso diálogo, ciente de como o futuro doador deve ser preparado para seu importante ato voluntário, mentalmente registrei os procedimentos a serem adotados na audiência preliminar ou na de suspensão.

Para que o autor do fato/réu não se sinta coagido a fazer o que não quer ou lhe é proposto, obrigatoriamente duas ou mais propostas hão de ser fornecidas pelo órgão ministerial ou querelante. Assim, na entrevista entre conciliador ou juiz com o autor da infração, ser-lhe-á dada ciência das propostas ministeriais. Aceita a proposta com doação voluntária de sangue, além das demais condições, estaria fechado o ciclo e alcançado o objetivo maior.

Convenci-me da viabilidade jurídica da nova modalidade de pena restritiva de direitos. Em seguida, conversei com os juízes criminais da Comarca sobre os meus propósitos e ponderei que se fazia imperativa a informação e a parceria com os demais protagonistas do cenário jurídico. Reuni-me com as Promotoras de Justiça atuantes na Primeira Vara Criminal, as quais concordaram de imediato. Por fim, o Defensor Público, concordou e se irmanou à proposta.

Atendem que a Defensoria Pública e o órgão que dá orientação jurídica para os hipossuficientes na seara penal. Segundo o Defensor Público atuante na 1ª Vara Criminal, Dr. Octavio Bueno, a grande maioria dos entrevistados opta pela doação de sangue, pois não despende valor algum e, ao mesmo tempo, fará um grande bem para seu semelhante, inclusive salvando vidas.

Tive certa preocupação com a reação dos advogados, mas relatarei um episódio, aliás, dois, que ocorreram na semana do feriado de 15 de novembro de 2010, para que se possa avaliar o alcance do que representa a doação de sangue na opinião dos operadores do direito, os quais falam por si. Um advogado de fora da terra e desconhecedor da novidade orientou seu patrocinado a aceitar, dentre as propostas apresentadas, aquela que continha a doação de sangue e, ao final da tarde, procurou-me. Estava feliz com o acordo homologado, pois se tratava de um caso difícil, no qual seu cliente fora preso por violência doméstica e as condições da suspensão condicional do processo não só atendiam ao interesse de ambos, como retornava um benefício concreto para a comunidade sorocabana. Naquela mesma data, um réu indagado novamente, durante a audiência de instrução processual de um crime de furto tentado, pois recusara a suspensão condicional do processo anteriormente, ao tomar ciência da possibilidade de doação de sangue e orientado por seu patrono, indagou-me: “Sr. Juiz, eu posso salvar uma vida, não?”.

Em suma, tenho claro que a maioria dos atores principais do cenário jurídico concorda com a novidade e a ela se integrará.

Em uma conversa com o Dr. Frederico, das últimas dez pessoas que foram doar sangue, somente uma foi impedida. É um percentual excelente: 90% tinham plena capacidade para doar!

7. QUESTIONÁRIO SUFICIENTE SOBRE A DOAÇÃO DE SANGUE

O Ministério da Saúde orienta para a doação voluntária com as seguintes proposições:

a) Para doar. Ao comparecer para efetuar a doação, o doador deverá trazer documento oficial de identidade com foto (identidade, carteira de trabalho, certificado de reservista, carteira do conselho profissional ou carteira nacional de habilitação); estar bem de saúde; ter entre 18 e 65 anos; pesar mais de 50 kg; não estar em jejum; e, evitar apenas alimentos gordurosos nas 4 horas que antecedem a doação.

b) Impedimentos temporários. Não poderá estar com febre, gripe ou resfriado, em estado de gravidez ou puerpério (parto normal, 90 dias; cesariana, 180 dias), fazendo uso de alguns medicamentos e não se tratar de pessoas que adotaram comportamento de risco para doenças sexualmente transmissíveis.

c) Cirurgias e prazos de impedimentos. As mais comuns e que devem ser observadas são: extração dentária: 72 horas; apendicite, hérnia, amigdalectomia, varizes: 3 meses; ingestão de bebida alcoólica no dia da doação; transfusão de sangue: 1 ano; tatuagem: 1 ano.

d) Impedimentos definitivos. Não poderá doar sangue a pessoa que contraiu hepatite após os 10 anos de idade; com evidência clínica ou laboratorial das seguintes doenças transmissíveis pelo sangue: hepatites B e C, AIDS (vírus HIV), doenças associadas aos vírus HTLV I e II e Doença de Chagas; que faz uso de drogas ilícitas injetáveis e tenha contraído malária.

Juntamente com o Dr. Frederico, fizemos um quadro mais singelo de ser apreendido e preenchido pelo futuro doador. É o seguinte:

Questionário para seleção de doadores de sangue	SIM	NÃO
Você ingere bebida alcoólica todos os dias?		
Você já teve doença que se transmite por sexo (doença venérea)?		
Você tem doença de Chagas?		
Você tem/teve malária ou sífilis?		
Você tem AIDS ou hepatite?		
Você já usou drogas ilícitas (de fumar, cheirar ou injetar)?		
Você já esteve preso?		
Você tem ou teve convulsão (epilepsia)?		
Fez tatuagem nos últimos 12 meses?		

Este questionário atende aos requisitos mínimos, e qualquer resposta positiva impõe que ele seja instado a optar por outra proposta. Sem olvidar que, ao comparecer para a doação, outras perguntas receberá, quando os profissionais da saúde poderão inferir, com maior acuidade, seu quadro clínico.

Orienta a Fundação Pró-Sangue do Hemocentro de São Paulo que:

... apenas pessoas saudáveis e que não sejam de risco para adquirir doenças infecciosas transmissíveis pelo sangue, como Hepatites B e C, HIV, Sífilis e Chagas, podem doar sangue. Antes de toda doação, o candidato é submetido a um teste de anemia, à aferição de seus batimentos cardíacos, pressão arterial e temperatura e respondem a um questionário onde é lhe perguntado detalhadamente questões sobre a sua saúde e sobre seu comportamento. Somente após essas etapas é que o candidato estará aprovado para a doação de sangue. Todo o sangue doado será rigorosamente testado para as doenças passíveis de serem transmitidas pelo sangue.

7.1. Outras importantes indagações

a) Qual o intervalo para a doação? Homens: 60 dias (até 4 doações por ano); mulheres: 90 dias (até 3 doações por ano), segundo Normas Técnicas em Hemoterapia de Proteção ao Doador, contidas contidas na Resolução RDC 153 de 2004.

b) Quais os cuidados a serem tomados após a doação de sangue? Evitar esforços físicos exagerados por pelo menos 12 horas; aumentar a ingestão de líquidos; não fumar por cerca de 2 horas; evitar bebidas alcóolicas por 12 horas; manter o curativo no local da punção por pelo menos de 4 horas; e não dirigir veículos de grande porte, trabalhar em andaimes, praticar paraquedismo ou mergulho.

c) E o trabalhador sofrerá algum prejuízo? No Brasil, trabalhador sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) poderá deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, por um dia, em cada doze meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada (art. 473 da CLT). Os funcionários públicos civis federais, sem qualquer prejuízo, podem se ausentar do serviço por um dia para doação de sangue, sem limite anual de doações (art. 97 da Lei n. 8.112/1990).

8. CONCLUSÃO

A Lei 10.205, de 21 de março de 2001, regulamentou o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. E, em seu capítulo II – Dos Princípios e Diretrizes –, no art. 14, elege como fundamento da estratégia governamental, dentre outros, a universalização do atendimento à população; a utilização exclusiva da doação voluntária, não remunerada, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social; e, a proibição de remuneração ao doador pela doação de sangue.

Diante da certeza de que a atuação do Poder Judiciário em prol dos que necessitam de sangue para se curar e/ou para viver está em harmonia com as políticas públicas correlatas ao espírito de desprendimento individual e de solidariedade humana, finalizo este trabalho apresentando os tópicos formadores desse convencimento.

Duas vertentes preponderantes guiaram-me na realização desse trabalho: a viabilidade jurídica e o cunho humanitário.

8.1 Aspecto Jurídico

A doação de sangue como pena restritiva de direitos deve atender a três requisitos: tipicidade, voluntariedade e consensualidade.

a) Tipicidade. A doação de sangue é uma pena alternativa inominada, a exemplo da doação de cestas básicas, e encontra seu fundamento jurídico no art. 45, § 2º, do Código Penal. E como pena restritiva de direitos deverá atender aos seguintes postulados constitucionais: ter natureza social alternativa (art. 5º, XLVI, *d*), não ser proibida (art. 5º, XLVII), assegurar respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e preservar a dignidade da pessoa humana. É prestação alternativa inominada oriunda de proposta da acusação em audiências de tentativa de conciliação emanadas da Lei n. 9.099/95, *i.e.*, em transações penais e em audiências de suspensão condicional do processo. Não pode ser decretada em sede de sentença condenatória, por traduzir imposição e não consensualidade.

b) Voluntariedade/Consensualidade. Oferecidas duas ou mais propostas, estas serão apresentadas ao autor da infração que, *sponte sua*, escolherá aquela que lhe aprouver. Caso opte pela que contenha a doação de sangue, o juiz/conciliador expor-lhe-á o questionário prévio e inicial para que analise e responda se pode doar sangue, tornando indiscutível o caráter voluntário e não impositivo da aceitação. Ultrapassadas essas etapas, a lavratura do acordo poderá ser finalizada com a homologação judicial.

Note-se que se mostra essencial para a completude da exteriorização do ato de vontade, que a doação de sangue seja **voluntária**, sem representar imposição/ordem.

8.2. O veio humanitário

Desnecessário estender-me sobre o alcance da pena em tela, uma vez que os quadros, estatísticas e as opiniões das autoridades médicas envolvidas falam por si. Para o juiz ingressar nessa cruzada do bem e da vida, basta articular-se e, em sua cidade, procurar o centro médico adequado para recepcionar os autores de infrações e expor o ideal de implantação da doação de sangue como pena alternativa. A partir daí fomentar o interesse dos demais integrantes do tripé judiciário e o auxílio para a comunidade estará materializado.

Tenho esperança que estas linhas sirvam de inspiração para que os colegas juízes, bem como os demais integrantes da justiça, adotem esta sugestão.

Evoco atitudes que nos chegam tímidas, uma vez que somente os Estados do Rio de Janeiro e Paraná divulgaram a adoção da doação de sangue como pena alternativa. Se cada um pensar bem, pressentirá que, logo, todo o país, via Poder Judiciário, poderá ser um agente de transformação do bem para evitar mortes e a eternização de algumas doenças. Daremos início a uma empreitada visando amenizar a dor de tantas famílias que veem os seus falecer pela falta de sangue.

Repiso que cada juiz criminal detém, sob sua presidência, todo o campo de labor pertinente e indispensável à execução dessa tarefa nobilíssima, bastando que lidere a introdução da novidade em sua seara contatando os operadores do direito e com eles discutindo a implantação da medida.

Quicá o Poder Judiciário brasileiro deixe de ser criticado por “n” fatores e passe a receber elogios por se tornar um vetor natural de mutação positiva da saúde brasileira.

9. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Mônica Louise. Em busca da Legalidade das Alternativas Penais. In I Congresso Brasileiro de Execução de Penas e Medidas Alternativas. Curitiba, trabalho inscrito em 8/3/2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral, vol. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral: vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHAGAS, Rosana Navega. Doações Voluntárias de Sangue: uma alternativa para a pena e para a vida. TJRJ. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de julho de 2008.

DELMANTO, Celso *et alli*. Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. Penas Restritivas de Direitos - críticas e comentários às penas alternativas. *Lei 9.714, de 25/11/1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prestação de Serviços à Comunidade. São Paulo: Saraiva, 1993.

