

# ESTUDANTES

# CADERNO ACADÊMICO

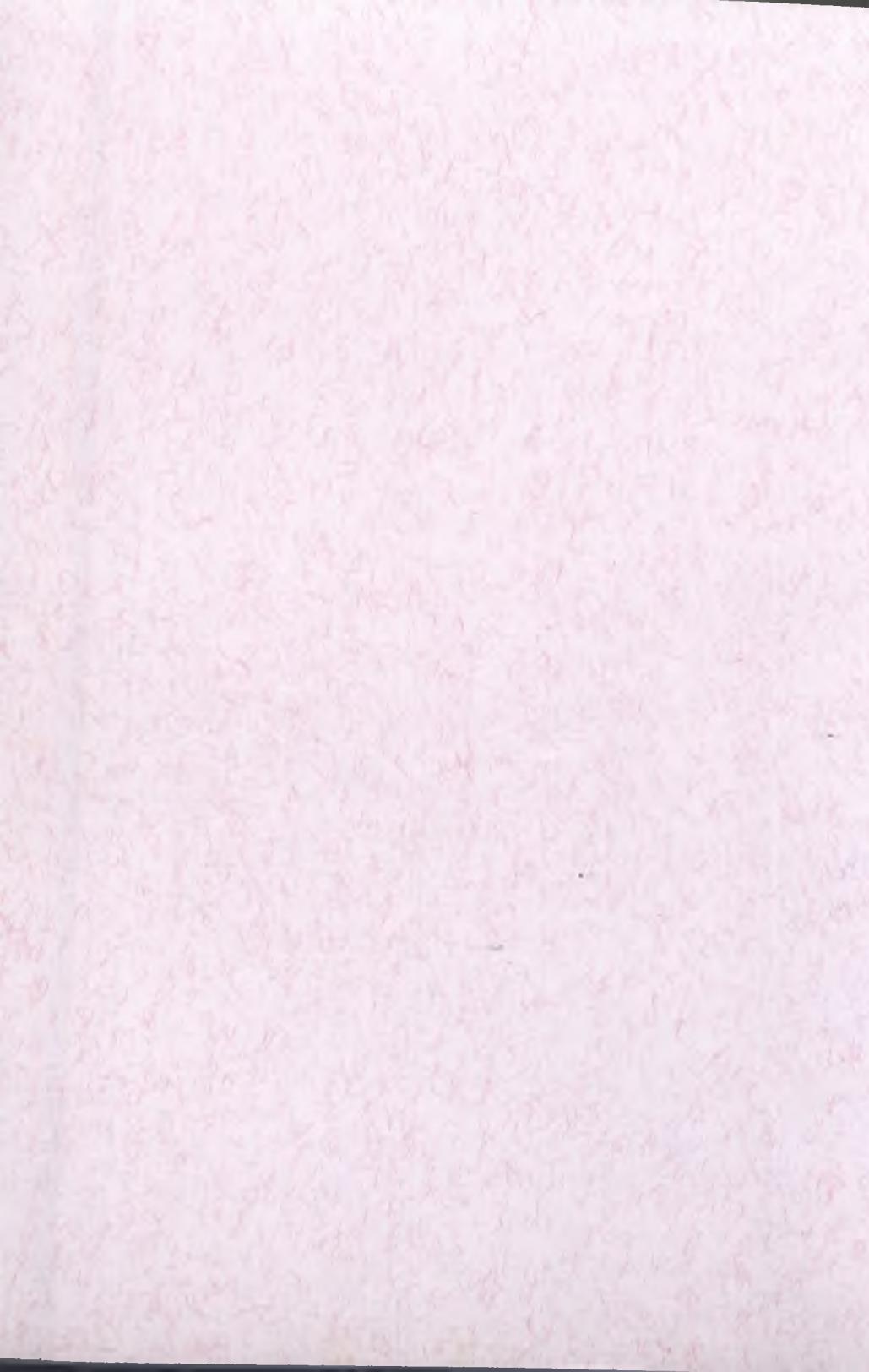
ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE



005  
2

1997

70 ANOS DA CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL



DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO  
NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

# ESTUDANTES CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO - LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Ano 1 - Número 1  
Janeiro / Junho de 1997

NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA

1997  
170 anos da criação dos cursos jurídicos no Brasil

ESTUDANTES  
CAMPUS ACADEMICO

[Illegible stamp]

**Estudantes - Caderno Acadêmico V. 1 -  
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e  
Núcleo de Estudos Acadêmicos, 1997.  
1. Direito - Periódicos  
340.05**

Ac-208766  
3x1  
8926092

Livraria

*Americana*

**“A sua melhor e mais inteligente opção”**

**“06 anos crescendo e torcendo  
junto com os futuros grandes juristas”**

**IVAN**

**Um amigo atendendo suas solicitações.**

*Fazer Direito não é  
estudar Direito!*

*Mas ser Direito é ter  
um grande futuro.*

*(g. g. m. g)*

**Sala do DA - FDR**

ENTIDADES MANTENEDORAS

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

Diretoria

Evandro Carvalho - Presidente  
Manoel França - 1º Vice Presidente  
Luciana Félix - 2º Vice Presidente  
Raul Cunha - Secretário Geral  
Hugo Sarubbi - 1º Secretário  
Márcio Stefanni - 2º Secretário  
Fabiana Belli - Secretária Administrativa  
André Meira - Secretário Acadêmico  
Gilson Cunha - Secretário de Pesq. e Extensão  
Kilma Cavalcanti - Tesoureira  
Guilherme de Mendonça - Vice Tesoureiro

Representação Estudantil

Ricardo Souto - Conselho Departamental  
Liliane Asfora - I Departamento  
Gustavo Cunha - II Departamento  
Gabriela de Moura - III Departamento

Escritório Modelo

Nelson J. Matos - Conselho de Administração  
Érika Pires Ramos - Comissão Executiva  
Sílvia Ferraz - Comissão Executiva  
Andrea Gorenstein - Comissão Executiva  
André Mello - Comissão Executiva  
Aristóteles Câmara - Comissão Executiva  
Departamento de Pesquisas Históricas

André Mello

David Dantas

Leônio José da Silva

Luís Fernando de Oliveira

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Diretoria

Mauro Leonardo Cunha - Presidente  
George Rodrigo Galindo - Secretário  
Fernando José Carneiro - Tesoureiro

**CONSELHO DIRETOR**

Acad. Nelson Juliano Cardoso Matos  
Acad. Gilson Sales de Albuquerque Cunha  
Acad. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto  
Acad. Francisco Eustácio Vieira Filho

**Comissão Pró-Revista:**

*Nelson Juliano Cardoso Matos*  
*Gilson Sales de Albuquerque Cunha*  
*Francisco Antônio de Barros e Silva Neto*  
*Francisco Eustácio Vieira Filho*  
*Mauro Leonardo Cunha*  
*Luciana de Medeiros Fernandes*  
*Daniela Duarte de Souza*  
*Fernando José Cavalcanti Carneiro*  
*Alex Demóstenes de Lima*  
*Isadora Coelho de Amorim Oliveira*  
*Patrícia Soledade de Queiroz*  
*Hugo Vinicius Jimenez*  
*Brivaldo Júnior*

**INFORMAÇÕES, CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ENVIO DE TRABALHOS:**

*ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO*  
*Praça Dr. Adolpho Cirne, S/N - Faculdade de Direito do*  
*Recife - Sala do DADSF*  
*Recife - Pernambuco*

CONSELHO EDITORIAL

**Gentil de Carvalho Mendonça Filho**

Professor de Direito do Trabalho da FDR / UFPE

**João Maurício Leitão Adeodato**

Professor de Introdução ao Estudo do Direito da FDR / UFPE

Professor de Filosofia do Direito da Pós-graduação da FDR / UFPE

**José de Moura Rocha**

Professor de Teoria Geral do Processo da Pós-graduação da FDR / UFPE

**José Gláucio Veiga**

Professor de Direito Econômico da Pós-graduação da FDR / UFPE

**Margarida de Oliveira Cantarelli**

Professora de Direito Internacional Público da FDR / UFPE

**Nelson Nogueira Saldanha**

Professor de Teoria Geral do Direito da Pós-graduação da FDR / UFPE

**Nilzardo Carneiro Leão**

Professor de Direito Processual Penal da Pós-graduação da FDR / UFPE

**Raimundo Juliano Rêgo**

Professor de Teoria Geral do Estado da FDR / UFPE

Professor da Pós-graduação em Ciências Políticas da UFPE

As opiniões expressas nos trabalhos publicados  
responsabilizam apenas seus autores e não representam,  
necessariamente, a opinião dos editores e  
coordenadores deste periódico

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO (10)

SAUDAÇÕES (12)

TRABALHOS CIENTÍFICOS

Novos Desenvolvimentos no Tema das Relações entre Direito Interno e Direito Internacional. (16)

George Rodrigo Bandeira Galindo

Discussão sobre a Natureza do Crime de Terrorismo. (26)

Érika Pires Ramos

Federalismo, Descentralização e Reforma do Estado. (38)

Marcos André Couto Santos

Expedição de Medidas Provisórias - Limites Constitucionais. (56)

Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues

Estabilidade dos Servidores Públicos. (66)

Carla Portela

Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória: Institutos Diversos? (73)

Christianine Chaves Santos

A Responsabilidade Médico-hospitalar. (80)

Fabiana Santos Dantas e Simone Fernandes de Luna

Notas Introdutórias ao Estudo do Direito Romano. (93)

André Emmanuel B. Barreto Campelo

Algumas Considerações Acerca da Responsabilidade Civil da Administração Pública no Setor Hospitalar e Afins. (101)

Leônio José Alves da Silva

A Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos pelo Ministério Público do Trabalho: Ação Civil Pública Trabalhista. (117)

Isabele Marques Saib

Participação dos Trabalhadores nos Lucros e Resultados das Empresas. (125)

Leonardo Coêlho

Medidas Provisórias (135)

Nadja Aparecida Silva de Araújo

TRABALHO LITERÁRIO

Formação da Cultura Brasileira - Notas à Casa Grande e Senzala. (145)

Ricardo Nogueira Souto

COLABORAÇÃO

Dependência e Integração Econômica: A Teoria da Dependência Trinta Anos Depois. (149)

Prof. Sady d'Assumpção Torres Filho

(Professor de Direito Comercial da FDR/UFPE)

## Edital n. 02/97

O Conselho Diretor da Estudantes - Caderno Acadêmico faz saber que encontra-se aberto o prazo para recebimento de Trabalhos para publicação neste periódico.

Os Trabalhos para publicação no 2º número deverão ser entregues até 27 de junho de 1997 na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife ou remetidos através dos Correios (com Aviso de Recebimento - AR) para o endereço "Praça Dr. Adolpho Cirne, s/n - Faculdade de Direito do Recife - Sala do DADSF - Recife - PE".

A ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) e artístico-literários (poesia, conto e crônica) de autoria de alunos da graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre duas e quinze laudas de cinquenta linhas de sessenta e cinco toques (fonte Century Gothic - tamanho 09).
2. Notas, referências e bibliografia devem vir ao final do trabalho, e não ao pé da página. Notas e referências, sendo o caso, devem vir devidamente numeradas.
3. Os Trabalhos artístico-literários devem conter entre uma e dez laudas (seguindo o mesmo padrão do item 2.)
4. Os originais devem ser encaminhados ao Conselho Diretor digitados em duas vias (acompanhado do respectivo disquete).
5. Na primeira página deve constar informação sucinta sobre formação e vinculação institucional do autor.

*Gilson de Albuquerque Cunha*  
Editor Júnior

## APRESENTAÇÃO

A *ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO* é resultado da iniciativa de um grupo de estudantes da graduação em Direito da UFPE. O ressurgimento de uma publicação desta natureza é expressão da efervescência cultural no meio estudantil da Faculdade - que podemos conferir nos concursos de monitoria, nas pesquisas de iniciação científica e no desempenho dos alunos da Casa em Congressos Científicos.

A denominação do periódico é fruto da junção de duas históricas publicações estudantis da Faculdade de Direito do Recife: a *Caderno Acadêmico* (publicada entre 1941 e 1945) e a *Estudantes* (publicada entre 1946 e 1960 - de acordo com o último registro disponível). Destes periódicos participaram, quando ainda estudantes, juristas e literatos hoje consagrados.

A *ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO* é, não só um espaço para divulgação de trabalhos dos alunos da graduação da Faculdade, mas, sobretudo, um fórum de debate científico e literário aberto à participação de alunos de outros cursos e de outras instituições de ensino superior.

Esta publicação só foi possível com a colaboração de diversas pessoas. Cabe, pois, registrar os agradecimentos:

Aos professores membros do Conselho Editorial, eméritos mestres da Faculdade, que selecionaram os trabalhos para esta publicação, sempre incentivando, ensinando e orientando no que fosse necessário.

À Eliane Ribas, Sinésia, Eva e todos os servidores da Biblioteca da Faculdade, atenciosos e prestativos, que vêm colaborando para o lançamento da Revista desde o início do projeto.

Às Diretorias do DADSF e do NEA - entidades mantenedoras.

Aos acadêmicos André Melo, George Galindo e Mauro Leonardo Cunha - lutadores - pelo estímulo e úteis conselhos.

Ao prof. Alexandre da Maia, que auxiliou na revisão dos textos.

Especial agradecimento à Clodagh Goggin, incentivadora e colaboradora para o engrandecimento desta Casa, cuja gentileza e inestimável dedicação revelaram-se decisivas para viabilização deste empreendimento.

E, finalmente, a todos os que contribuíram, de qualquer forma, para esta Revista.

*Nelson Juliano Cardoso Matos*  
Presidente do Conselho Diretor



## SAUDAÇÕES

DADSF:

“Eu vi o mundo... ele começava no Recife”. É com esta frase do cosmopolitamente provinciano pintor pernambucano Cícero Dias que saúdo a Revista Estudantes / Caderno Acadêmico que deseja, antes de tudo, ser a compreensão jurídica dos fatos à luz da nossa realidade de vida e a sua relação com o sentimento de justiça.

É preciso que produzamos mais, é preciso que saibamos sorver as nossas características singulares e criativas e estabelecer novos paradigmas para a ciência do direito.

A Revista Estudantes / Caderno Acadêmico é, portanto, a concretização de um compromisso de todos nós, alunos desta Casa, não só com a história que acompanha esta faculdade, mas, principalmente, um compromisso com o futuro do ensino jurídico no país.

É isso. Somos da Faculdade de Direito do Recife... Nossas experiências são nossos valores. E o mundo é o horizonte!

Parabéns a todos aqueles que trabalham pela realização desta obra.

*Evandro Menezes de Carvalho*  
Presidente do Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho



NEA:

O Núcleo de Estudos Acadêmicos (NEA) é uma associação de alunos da graduação em direito da UFPE especialmente interessados na atividade científica, com fim de promovê-la entre o corpo discente da FDR. Alunos bastante envolvidos em pesquisa científica, mas que não tinham na estrutura da FDR meio eficiente de compartilhar com a comunidade acadêmica da FDR o resultado de seu trabalho.

A criação, em parceria com o Diretório Acadêmico, de um periódico científico foi um primeiro passo no sentido de tornar realidade os anseios dos sócios do NEA, que quero crer, refletem os anseios da comunidade acadêmica da FDR.

Compete agora aos acadêmicos fazerem deste periódico algo mais que papel, estudando e discutindo os artigos de seus colegas. Lembro-lhes de que a todo momento pode surgir mesmo um novo Tobias. Façamos que quando isso ocorra o nosso novo talento não tenha tantas histórias do preconceito sofrido enquanto aluno da FDR.

É essencial mudar a atitude do alunado em relação à ciência do direito. Sejam mais que meros aprendizes de operadores do direito. Senhores somos acadêmicos. Tanto quanto foi Castro Alves, ou Pinto Ferreira. Não nos esqueçamos disto, nem deixemos que os tempos nos reduzam a partes de uma engrenagem, sobretudo nós que deveríamos trabalhar para tornar a sociedade mais humana.

A ciência deve ser sempre compreendida como uma das mais nobres atividades do espírito humano. Portanto os estudantes que fazem parte do Núcleo de Estudos Acadêmicos (NEA) sentem-se honrados em participar do ressurgimento de um periódico feito apenas por alunos da graduação o que demonstra que o interesse pela pesquisa e pela produção científica volta a começar desde cedo nesta Faculdade, como nunca deveria ter deixado de ser.

*Mauro Leonardo Cunha*  
Presidente do NEA



DPH:

Discordamos do lente da FDR Clóvis Beviláqua, ao afirmar que História é a reconstrução do passado. A História é o futuro, o pretérito e, principalmente, o presente que construímos. No passado, a nossa Faculdade possuiu várias revistas que exprimiam as idéias dos estudantes. No presente, retomamos este trabalho com a única revista de graduandos da UFPE.

Revista Jurídica (1902), Agitação (década de 1930), Estudantes (principalmente da década de 1950) são História. Na Estudantes - Caderno Acadêmico, fazemos História.

*André Melo*

Departamento de Pesquisas Históricas



É com muita satisfação que vemos a Faculdade de Direito do Recife mostrar na prática os motivos que criaram toda a sua tradição de formação da elite acadêmica no Brasil. A revista ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO é uma prova viva de que, mesmo com as adversidades dos que não acreditam na produção científica, a velha Casa de Tobias produz trabalhos de qualidade acentuada, com um apuro na edição e redação dos textos.

Congratulações, pois, ao DADSF - Gestão Interagir e a todos os que lutam muito para que possamos honrar a nossa história de produção intelectual.

*Alexandre da Maia*

Prof. Substituto da UFPE e mestrando em Direito.

Representante discente dos cursos de pós-graduação em Direito na UFPE.

A Revista Estudantes - Caderno Acadêmico foi criada com o intuito de fomentar o intercâmbio e o confronto de idéias e de divulgar a produção acadêmica dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife.

Desponta, justamente, no momento em que essa grandiosa Casa do Direito completa gloriosos 170 anos de existência.

Originar-se em berço tão excelso e solene é, por si só, indicativo do êxito e da glória desse Periódico, por tanto tempo, ansiosamente, aguardado, não só pelos corpos docente e discente, como também pela sociedade beneficiada com esse novo veículo de cultura e de comunicação.

Exultante, a Revista traz, em seu bojo, um conteúdo de qualidade irrefragável, o produto do conhecimento adquirido na vetusta Faculdade de Direito, esculpido, com desvelo, por mentes e espíritos que buscam contribuir para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da Ciência do Direito, a qual abraçaram como verdadeira motivação de vida.

Dizia, Clóvis Beviláqua, insigne professor: "E na expressão Faculdade de Direito do Recife compreendo, também, os moços, floração magnífica da vida e da inteligência em cuja alma transbordante de patriotismo, a refletir as mais luminosas idealidades da civilização, vejo o penhor de um Brasil moralmente maior, e a gestação de uma ciência mais ampla e mais profunda."

Eis o alicerce da nossa Revista, representado pelo incentivo à produção científica e à difusão das idéias. Eis o nosso voto de participação num mundo que urge por iniciativas lúcidas e construtivas.

Assim, utilizando-nos das palavras do grande mestre Nilo Pereira, transcritas de sua obra imortal "Pernambucanidade", saudamos a Revista Estudantes - Caderno Acadêmico, louvamos "os mestres e os estudantes que continuam a sua oração neste templo do saber e do humanismo, voltado para o futuro, para o progresso do País, que não pode ser alcançado sem a visão universal dos juristas".

*Luciana de Medeiros Fernandes*  
Aluna da Graduação de Direito da UFPE.



# NOVOS DESENVOLVIMENTOS NO TEMA DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

por

George Rodrigo Bandeira Galindo

(Aluno da graduação em Direito da UFPE, bolsista de iniciação científica do PIBIC, ex-monitor de Direito Romano)

## sumário

1. *Introdução*; 2. *Colocação do Problema*; 3. *A Teoria Dualista*; 4. *A Teoria Monista*; 4.1. *Monismo com prevalência do Direito Interno*; 4.2. *Monismo com prevalência do Direito Internacional*; 5. *A Questão sob um novo prisma*; 5.1. *A Questão sob o prisma do Direito Europeu*; 5.2. *A Questão sob o prisma da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*; 6. *Conclusões*

### 1. Introdução

O tema do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional preocupou muito a doutrina - quase que exclusivamente a internacional, vendo-se poucos constitucionalistas se atermem profundamente ao assunto - entre, aproximadamente, o final do século XIX e a metade do século XX (ao menos a doutrina de certa originalidade). Vale dizer que o Direito Internacional adquiriu uma maior expansão quando os órgãos internos estatais passaram a decidir com mais frequência questões de direito internacional.<sup>2</sup>

A questão se punha no âmbito de se saber se existiam dois ordenamentos jurídicos - um nacional e outro internacional - ou apenas um, uno. Travava-se, então, o duelo entre monistas e dualistas, além de outro, travado internamente entre os integrantes do primeiro grupo. Foi principalmente na década de setenta que o interesse pelo assunto foi renovado e tratado de uma forma mais pragmática. Desta forma a luta entre

---

<sup>1</sup> Trabalho baseado na pesquisa intitulada inconstitucionalidade dos tratados, dentro do programa institucional de bolsas de iniciação científica (PIBIC) da Universidade Federal de Pernambuco, com bolsa concedida pela mesma instituição.

<sup>2</sup> Cf. G. Scelle *apud* Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Considerações acerca das relações entre o Direito Internacional e a Prática Diplomática. Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, No. 153, 1980, p. 204.

dualistas e monistas diminuiu de importância<sup>1</sup> para dar lugar a temas como a prevalência das normas de direito comunitário ante o direito interno, o lugar dos tratados e do costume no ordenamento interno e - com menos vigor - a inconstitucionalidade dos tratados.<sup>2</sup>

## 2. Colocação do Problema

A tomada de posição, quer em favor do dualismo, quer em favor do monismo levará, também, a uma tomada de posição sobre o fundamento do Direito Internacional. Daí o cuidado que se deve ter ao tratar de tais teorias.<sup>3</sup> Desta forma, os voluntaristas - que fundamentam o Direito Internacional no consentimento - tendem naturalmente a defender o dualismo. Já os objetivistas - que acreditam estar o fundamento do Direito Internacional fora da vontade humana - voltam-se para o monismo. Todavia, os monistas com prevalência do Direito Interno são, quase sempre, voluntaristas, vez que concebem o Direito Internacional como uma projeção dos vários Direitos Internos.<sup>4</sup>

## 3. A Teoria Dualista

Também chamada de pluralista (por haver mais de uma ordem interna em contraposição a apenas uma internacional), é anterior à monista. Surgiu sistematicamente em 1899, na obra de Triepel denominada *Volkerrecht und Landesrecht* e, posteriormente, desenvolvida por Anzilotti. Contou com eminentes adeptos, tais como Roberto Ago e Ballardore Pallieri. Possuiu enorme repercussão na Itália, sendo possível ainda observar alguns de seus

<sup>1</sup> Note-se que, além do mencionado fator do pragmatismo, isto se deveu ao esvaziamento da doutrina dualista, devido ao crescente grau de internacionalização da vida dos Estados e mesmo de sua incapacidade em contestar os argumentos monistas.

<sup>2</sup> Segundo o eminente Jorge Miranda, há precisamente três grupos de questões acerca do relacionamento entre direito interno e internacional. O primeiro seria atinente às teses sobre as relações entre o Direito Internacional Público e a sua conjugação com os Direitos Internos; o segundo se relacionaria aos mecanismos que possibilitam a aplicação das normas e regras do Direito Internacional Público no campo do Direito Interno; o terceiro tem a ver com o posicionamento hierárquico das normas de Direito Internacional Público no ordenamento jurídico interno. Cf. *Apud* Cavalcanti, Francisco Queiroz Bezerra. Os Tratados frente ao Direito Nacional - Considerações. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Editora Universitária, ano LXXVI, 1993/1994/1995, p. 301-303. De acordo com tal classificação, os três temas acima se referem a terceiro grupo, enquanto que a discussão monismo x dualismo se refere ao primeiro.

<sup>3</sup> Cf. Accioly, H e Nascimento e Silva, G.E. do. Manual de Direito Internacional Público. 12ª ed.. Saraiva: São Paulo, 1996. Michel Virally chega mesmo a afirmar que o embate dualismo x monismo tem mais a ver com a questão do fundamento do Direito Internacional que com o próprio relacionamento entre Direito Interno e Direito Internacional. Para isto, cf. Sorensen, Max (ed.). Manual de Derecho Internacional Publico. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 192.

<sup>4</sup> Cf. Dupuy, René-Jean. O Direito Internacional. Coimbra: Almedina, 1993, p.25.

reflexos naquele estado até hoje. A teoria dualista defende que existem dois ordenamentos jurídicos, separados, distintos e sem nenhuma interpenetração. Estes possuem fundamentos de validade e destinatários distintos. Enquanto o Direito Internacional obriga apenas as comunidades soberanas, somente a constituição de cada Estado pode originar direitos e deveres aos indivíduos. Seus argumentos práticos são os seguintes: as duas ordens possuem estruturas diferentes, já que as instituições destinadas à realização coercitiva do direito só existem em caráter permanente na ordem interna; as normas internas são válidas no Estado, mesmo se contradizem o Direito Internacional.<sup>1</sup> Vale também ressaltar que a doutrina dualista afirma que os Estados são vinculados pelo Direito Internacional, e devem moldar seu Direito Interno ao Direito Internacional. Se isto não acontece, o Estado, apenas internacionalmente, é responsabilizado.<sup>2</sup>

Desta forma, seria impossível, em princípio, a existência de conflito entre o Direito interno e o Direito internacional.<sup>3</sup> As normas internacionais necessitam de medidas de transformação para serem aplicadas na ordem interna.<sup>4</sup> Um importante dado é que tal teoria surgiu em um período onde os sujeitos de Direito Internacional eram apenas os Estados.<sup>5</sup>

Várias críticas são feitas ao dualismo. Descreveremos algumas delas, segundo a melhor doutrina: I) Os Estados não são os únicos destinatários do Direito Internacional. O crescente recrudescimento da proteção dos Direitos Humanos prova isto, onde se é dado, inclusive, capacidade processual aos indivíduos. II) O voluntarismo é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do direito consuetudinário internacional.<sup>6</sup> III) O Direito Internacional Geral é geralmente aplicado diretamente pelos tribunais. Várias constituições européias consagram este princípio, como a alemã. Já na Itália a jurisprudência apoia-se no art. 10º. para aplicar diretamente o Direito Internacional Geral.<sup>7</sup> IV) Tal teoria não demonstra com é possível se pedir reparação pela violação no âmbito do Direito Internacional, pois isto restituiria

<sup>1</sup> Cf. Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3ª. ed.. Barcelona: Ariel, 1966, p.10.

<sup>2</sup> Cf. Cunha, J. da Silva. *Direito Internacional Público - Introdução e Fontes*. 5ª. ed.. Coimbra: Almedina, 1991, p.76.

<sup>3</sup> R. Bobriev, I. Lukashuk e G. Tunkin acreditam ser esta teoria a mais de acordo com a realidade (em comparação à monista), não obstante, acreditam que, ao centrar a atenção na colisão entre as normas de direito interno e internacional, a teoria perde de vista os nexos existentes entre tais ordenamentos. Para este posicionamento, Cf. Tunkin, G.(org.). *Curso de Derecho Internacional*, Vol. 1. Moscú: Progreso, 1979, p.84.

<sup>4</sup> Anzilotti, diferentemente de Triepel, afirmava que o Direito Internacional poderia ser aplicado pelo Direito Interno sem a transformação em determinados casos. Poder-se-ia chamá-lo de um dualismo moderado. *Apud* Mello, Celso Duviver de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.98.

<sup>5</sup> Cf. Pires, Maria José Morais. *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno em Direito Comparado. Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, Nos. 53/54, 1993, p. 140.

<sup>6</sup> Mello, *op.cit.*, p.98.

<sup>7</sup> Cf. Pires, *op.cit.*, p.147.

o caráter supremo deste Direito.<sup>1</sup> V) Quanto à diferença de estrutura, esta corresponde apenas à uma diferença de grau - não de natureza -, explicável pela integração desigual do meio social.<sup>2</sup> VI) O dualismo desconhece o princípio da identidade, ao admitir a validade de duas normas antagônicas, no caso de conflito.<sup>3</sup>

Como já antes dito, ainda se pode levantar mais uma crítica em relação ao dualismo. Ele contradiz a prática de muitos países em relação aos instrumentos internacionais convencionais de Direitos Humanos, onde a auto-aplicabilidade é perfeitamente admitida. O nosso atual texto constitucional, por exemplo, consagra isto no art. 5º., parágrafo 2º.<sup>4</sup>

#### 4. A Teoria Monista

Primeiramente como reação ao dualismo, o monismo adquiriu inúmeros adeptos e, conseqüentemente, subdivisões. Parte ele do pressuposto de que apenas existe um ordenamento jurídico. Já é bastante conhecido o pensamento de Kelsen de que, chegado o momento do monismo, a questão agora se reduzia apenas a saber se prevaleceria o Direito Interno ou o Internacional. Kelsen preferiu o último, não por ser incontestável, mas porque ele se adequava mais à realidade que a prevalência de vários ordenamentos jurídicos internos. Desta forma, são hoje conhecidos dois tipos de monismo: o monismo com prevalência do Direito Interno e o monismo com prevalência do Direito Internacional.

##### 4.1. Monismo com prevalência do Direito Interno

Seus defensores principais foram Wenzel, Decenièrre-Ferandièrre, Jellinek e, inicialmente, Verdross. Baseavam-se, principalmente nos ensinamentos de Hegel e Spinoza. Para Spinoza, o Estado, investido de parte do poder divino, estava acima dos tratados, podendo deles se retirar quando lhe aprouvesse; já para Hegel, a vontade do estado era absoluta, e sua autoridade sobrepunha-se a dos tratados. Para tal teoria, a soberania estatal seria absoluta. Segundo Jellinek, o fundamento do Direito Internacional seria a auto-limitação do Estado. O Direito Internacional, desta maneira, se

<sup>1</sup> Cf. Franceschini, José Inácio G., Conflito entre os tratados internacionais e as normas de Direito Interno que lhes forem posteriores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, No. 556, 1982, p.29.

<sup>2</sup> Cf. Rousseau, op.cit., pgs. 11-12.

<sup>3</sup> Cf. *Ibid*, p.12

<sup>4</sup> Para dois estudos interessantes sobre o tema da auto-aplicabilidade deste tipo de tratado no Brasil, cf. Gomes, Luiz Flávio, A Questão da obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, No. 710, 1994 e o brilhante Cançado Trindade, Antônio Augusto, A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1992, pgs. 573-638.

transformaria em um Direito Estatal Externo<sup>1</sup>, o que levaria, obviamente a sua própria negação e desaparecimento. Seus argumentos baseiam-se na inexistência de autoridade internacional superior aos Estados, o que quer dizer que o ordenamento jurídico internacional não existe porque não é dotado de coercitividade; além de afirmar que toda obrigação internacional apenas pode decorrer do Direito Constitucional Interno.

Esta doutrina não consegue se sustentar pelo simples fato de que a vida dos Estados já se internacionalizou de uma forma irreversível. O princípio do Domínio reservado dos Estados foi reduzido em sua aplicabilidade a poucos casos<sup>2</sup>, e o simples relacionamento estatal já indica uma perda de soberania. Além disto, o advento de um novo ordenamento jurídico supranacional, encarnado pela União Européia. Não se põe mais em dúvida, nos dias de hoje, a existência do Direito Internacional, como fazia o monismo com primado do Direito Interno. Pode ser ele um Direito jovem ou mesmo em fase de desenvolvimento, mas nunca inexistente. Além disto, há dois argumentos acerca das questões postas por esta teoria; I) mesmo quando há uma ruptura constitucional, os tratados continuam a vigorar, o que prova que as Constituições dos Estados não fundamentam o Direito Internacional; II) não consegue esta teoria dar uma explicação convincente a respeito do fundamento do costume.<sup>3</sup>

Foi defendida por autores soviéticos<sup>4</sup>, pelos juristas da Alemanha Imperialista.<sup>5</sup> O que demonstra que serve como pretexto para governos muito repressores ou totalitários. Atualmente é adotada por Georges Bourdeau.<sup>6</sup>

#### 4.2. Monismo com prevalência do Direito Internacional

É, sem dúvidas, a teoria que possui mais seguidores. Afirma que o Direito Internacional está acima dos ordenamentos internos, havendo, realmente, apenas uma ordem jurídica. Possui duas vertentes principais, quais sejam: O monismo logicista ou radical e o monismo moderado.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Cf. Mello, op.cit., p.99.

<sup>2</sup> Cf. para um estudo detalhado e com farta jurisprudência sobre o domínio reservado dos Estados, cf. Cançado Trindade, Antônio Augusto. Direito das Organizações Internacionais. Brasília: Escopo, 1990, pgs. 105-158.

<sup>3</sup> Rousseau, op.cit., p.14.

<sup>4</sup> Saliente-se que a obra soviética que utilizamos, e que é escrita coletivamente por R. Bobriov, I. Lukashuk e G. Tunkin rechaça a teoria do monismo com prevalência do Direito Interno. Para isto, cf., Tunkin, op.cit., p.84.

<sup>5</sup> Cf. *ibid.*, p.84 e Mello, op.cit., p.99.

<sup>6</sup> Cf. *ibid.*, p.99.

<sup>7</sup> Engenhosa é a classificação de Adherbal Meira Mattos em: monismo jusnaturalista, monismo logicista e monismo histórico-empírico. O primeiro fixa a unidade do Direito ora na noção de Deus; ora na noção da unidade da razão humana no tempo e no espaço; ora na consciência da massa dos indivíduos; ora no valor da justiça, que é imutável; ora na sociedade como fenômeno natural. O terceiro, baseado em Mirkiné Guéztévitch, mostra que o Direito seria uno, sendo produto do mesmo ambiente histórico. Cf. Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

O Monismo radical foi, inicialmente, proposto por Kelsen. Para ele o ordenamento jurídico possui uma forma *piramidal*, constituindo-se uma hierarquia de normas. No topo da pirâmide encontra-se a *grundnorm* que, no começo de sua teoria constituía-se como uma hipótese onde qualquer jurista poderia decidir. Por influência de Verdross, passou então, Kelsen, a considerá-la como a norma costumeira *pacta sunt servanda*. Não admitia que pudessem haver conflitos entre a ordem interna e a ordem internacional. Se isto ocorresse, as normas de Direito Interno seriam, então, consideradas nulas. Em última análise, a *grundnorm* se constitui uma ficção jurídica.<sup>1</sup>

Tal teoria sofreu algumas críticas. A mais contundente foi, sem dúvida, a de considerá-la *anti-histórica*, visto que Kelsen dava a entender que para fundamentar sua teoria, o Direito Internacional teria surgido antes do Direito Interno, quando, na verdade, o inverso ocorreu.

Uma outra crítica foi a que deu origem ao chamado monismo moderado, proposto por Verdross. Na verdade nem todos os conflitos entre direito interno e internacional resultam na nulidade de uma norma interna. O conflito entre Direito Interno e Internacional não quebra a unidade do sistema, por isso, são permissíveis os conflitos entre estes dois. O importante é que prevaleça o Direito Internacional.<sup>2</sup>

## 5. A Questão sob um Novo Prisma

A doutrina internacional - principalmente a anglo-saxônica - sempre considerou o embate entre dualismo e monismo uma questão puramente acadêmica, desnecessária, irreal, baseada em premissas falsas, não enxergando a questão a nível de um confronto entre a ordem internacional e a ordem interna.<sup>3</sup> Não é à toa que as grandes obras sobre o assunto encontrem-se em francês, italiano ou alemão - cuja formação do direito é tipicamente romanista. Isto talvez se deva ao pragmatismo exacerbado anglo-saxão - pelo menos no referente ao Direito. Na verdade, o embate dualismo x monismo, até a metade deste século, foi tratado como uma questão puramente técnica, sem se ater com cuidado aos seus aspectos práticos. Foi, no entanto, na retomado do seu estudo com mais vigor, já na década de setenta, que se começou a estudar o tema das relações sob o prisma do método comparado no Direito Internacional.<sup>4</sup> O antigo formalismo,

<sup>1</sup> Cf. Cançado Trindade, Antônio Augusto. Apontamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, No. 67, 1980, p.63.

<sup>2</sup> Cf., Mello, op.cit., p.100.

<sup>3</sup> Interessante é que esta tendência se mostra não apenas nos anglo-saxões propriamente ditos, mas os que possuem formações daquele tipo de tradição jurídica. Cançado Trindade encarna bem isto, ao afirmar, em várias passagens de sua obra, ser a disputa inútil. Para isto cf., v.g., Reflexões sobre o Método Comparado no Direito Internacional. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, No. 151, 1979, pgs.82, 84.

<sup>4</sup> Para uma breve, mas profunda exposição sobre tal método, cf. *ibid.*, pgs. 81-92.

baseado apenas nos arquétipos teóricos<sup>1</sup>, sem a preocupação *devida com o fato social*, cujas críticas feitas por Morgenthau e outros, abalaram o Direito Internacional<sup>2</sup>, finalmente, se não cessou, diminuiu substancialmente.

Parte da doutrina afirma que as teorias dualista e monista conduzem a resultados semelhantes.<sup>3</sup> Tais autores, com certeza, concebem a questão tendo em vista o método comparado ou mesmo analítico do Direito Internacional. Seu estudo, no entanto, ainda é relevante, vez que as doutrinas irão influenciar tanto a jurisprudência dos Estados, como suas Constituições.<sup>4</sup>

### 5.1. A Questão sob o prisma do Direito Europeu

Fruto de décadas de desenvolvimento, a hoje União Européia representa algo de completamente novo no Direito. Longe de definirmos algo, partiremos apenas de uma premissa: o Direito Comunitário não se confunde com Direito Internacional. Embora possa ser bastante semelhante e mesmo possuir instrumentos e princípios comuns àquele, já se constitui um ramo autônomo em relação ao Direito Internacional.

Quase todos Estados consagram - se não expressamente em suas constituições mais através de jurisprudência - o princípio da auto-aplicabilidade do Direito Internacional Geral, através do dispositivo que afirma que o Direito Internacional Geral faz parte do Direito Nacional<sup>5</sup>. Os tribunais aplicam-no diretamente, sem que seja necessário um mecanismo de transformação em Direito Interno, como propõe o dualismo. Já em relação ao Direito Internacional Convencional, é possível encontrar uma grande disparidade na prática das nações. Os Estados europeus da hoje União Européia consagram todos a supra-legalidade<sup>6</sup> dos tratados frente seu

<sup>1</sup> Contra nosso posicionamento, cf. Mello, *op.cit.*, p. 97.

<sup>2</sup> A este respeito, cf. Rangel, Vicente Marotta. *O Direito na Formação do Diplomata*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, No. 72, 1981, pgs. 355-359. O próprio livro de Charles de Visscher demonstra um pouco isto, ao permeá-lo com inúmeras passagens que demonstram bem a interdependência do Direito Internacional em relação a outras ciências como, v.g., a política. Cf. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1961.

<sup>3</sup> Neste sentido, v.g., Pires, *op.cit.*, p.142 e Cavalcanti, *op.cit.*, p.302 (tal autor considera os resultados semelhantes apenas quando se dá o confronto das teorias moderadas, quer elas sejam monistas ou dualistas).

<sup>4</sup> Pires, *op.cit.*, p.143.

<sup>5</sup> Verdross, muito inteligentemente, afirma ser este dispositivo uma prova da supremacia do Direito Internacional, ao invés da idéia de que a partir deste consentimento do Estado é que surgiria a validade do Direito Internacional. Seria, assim, uma comprovação de que o Estado se submete ao Direito Internacional Geral. Cf. *Derecho Internacional Público*. 5ª. ed. Madrid: Aguilar, 1974, pgs.67-68.

<sup>6</sup> Além do nosso tempo está a Constituição Holandesa que concede caráter supra-constitucional aos tratados, o que significa que, em alguns casos, quando estes colidem com a Constituição, deve-se modificar esta e não aquele. É pouco provável que nos próximos vinte anos venha outra Constituição se expressar do mesmo modo, visto que isto

ordenamento jurídico. Constituições como a da França e da Alemanha bem demonstram isto. O que faz preocupar é Estados que, ao não consagrarem a superioridade hierárquica expressamente, deixam tal papel para a jurisdição. Um perfeito caso disto é o ordenamento jurídico britânico.<sup>1</sup>

É famosa a afirmação de Blackstone de que "International Law is part of the Law of the Land"<sup>2</sup>, o que quer dizer que o Direito Internacional Geral não precisa ser transformado para que seja aplicado no ordenamento interno. De tradição dualista, como o Direito Internacional Geral é parte do próprio Direito Britânico, está sujeito ele ao princípio "iex posterior derogat priori." Já o Direito Internacional Convencional necessita da dita transformação. O problema que se coloca no ordenamento jurídico britânico é que a pragmática jurisprudência tem dado prevalência ao Direito Convencional no Direito Comunitário, mantendo-se inabalável seu posicionamento quanto ao Direito Internacional. Isto é algo preocupante, pois não se pode permitir que as normas de Direito Comunitário prevaleçam sobre as de Direito Internacional Público convencional, visto que isto seria um retrocesso.<sup>3</sup>

## 5.2. A questão sob o prisma da Proteção Internacional dos Direitos Humanos

Se falarmos em duas disciplinas do Direito Internacional Público que provocaram uma verdadeira revolução no modo de pensá-lo e de praticá-lo foram, sem dúvidas, o Direito das Organizações Internacionais e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos. A primeira, nós tratamos de uma certa forma, visto ser a União Européia o desenvolvimento de uma Organização Internacional de Integração. A segunda toca e muito a questão do relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

O primeiro dado a ser considerado é o seguinte: o dualismo deve ser completamente rejeitado quando se fala em Proteção Internacional dos Direitos Humanos<sup>4</sup>. Desenvolvido nos ideais da liberdade e na luta contra o

---

significa uma perda substancial da soberania, coisa que poucos Estados se aventuram a fazer, devido ao elevado custo político deste ato.

<sup>1</sup> Nota-se a discrepância britânica talvez pela peculiaridade de seu Direito em relação aos outros da União Européia.

<sup>2</sup> Como afirma Oppenheim, é importante não confundir a questão da supremacia do Direito Internacional com a auto-aplicabilidade. Cf. *International Law: a treatise*. 7ª. ed. Vol. 1. Edinburgh: Longmans, 1948.

<sup>3</sup> C.f. Cavalcanli, *op.cit.*, p.354-355

<sup>4</sup> Cançado Trindade cita o chamado caso chileno para rejeitar tal teoria. Tal Estado assinou O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, em 1971, ratificou-o e este começou a vigorar internacionalmente, faltando apenas a Publicação no Diário Oficial para que entrasse em vigor internamente. Mas isto não aconteceu. Desta forma, "... viu-se o governo chileno na situação esdrúxula de reconhecer apenas a 'vigência internacional' do Pacto para o Chile ... ao mesmo tempo em que negava a sua vigência interna". Em outra passagem, afirma: "Vê-se a que extremos levou a aceitação pelos tribunais chilenos da tese dualista (em decorrência da qual a pessoa humana não pode ser beneficiária direta das normas internacionais, porquanto requer-se a interveniência dos órgãos do Estado). Para isto cf. A Proteção..., *op.cit.*, pgs.626-628.

nazismo<sup>1</sup>, não poderiam os indivíduos depender da vontade caprichosa dos Estados para verem seus direitos essenciais assegurados e nunca mais violados. Assim, a auto-aplicabilidade dos tratados de Direitos Humanos e de Direito Humanitário é um princípio que está tão ligado ao Direito Internacional que hoje, sem ele, provavelmente, toda a proteção dos Direitos Humanos - pelo menos onde ela é ou tenta ser eficaz, como na Europa - ruiria.

O próprio Cançado Trindade, em recente conferência, afirmou ser a Proteção Internacional e Interna dos Direitos Humanos a mesma coisa. O que importa é ser a proteção efetiva, não a supremacia de qualquer ordem jurídica sobre outra. Mas isto não é o que se vê em alguns doutrinadores que levam tal discussão para o âmbito dos Direitos Humanos com o intuito apenas de desenvolver suas capacidades de argumentação e bases teóricas.

É por tudo isto que se está surgindo um novo monismo - se colocarmos a situação nestes termos. Um monismo onde a prevalência se dá em relação a norma que mais beneficia o indivíduo, quer ela seja internacional ou interna. Os tribunais devem aplicar a melhor norma. Um monismo com prevalência da pessoa humana. É disto que necessita nossa disciplina, tanto tempo serva das classes e Estados dominantes. Deve-se, então elevar o Paradigma dos Direitos Humanos<sup>2</sup> a pilar básico não só do Direito Internacional e do Direito em geral, mas de todas as Ciências Sociais e Humanas.

## 6. Conclusões

As conclusões que podemos chegar, no estudo das relações entre Direito Interno e Direito Internacional são as seguintes:

- A **questão**, em si **mesma**, do monismo e do dualismo é eminentemente teórica. Possui ela, entretanto, interesse quando se analisa sua influência nas Constituições dos estados, na Jurisprudência interna e internacional;<sup>3</sup>
- O estudo das relações entre Direito Interno e Internacional deve ser feito **segundo o método** comparado do Direito Internacional, para se atingir fins mais abrangentes;
- Monismo e Dualismo são teorias que se interpenetram, visto que um estado, normalmente, em relação ao Direito Internacional Geral aplica o **primeiro**, e em relação ao Direito Internacional Convencional aplica o **segundo**;

<sup>1</sup> Para um estudo mais filosófico, mas não menos belo e de um vigor fantástico, cf. Lafer, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

<sup>2</sup> Este termo é usado na inspiradíssima e principalmente humana tese aprovada para professor titular, depois convertida em livro de Artur José Almeida Diniz. Para isto, cf. *Novos Paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

<sup>3</sup> Um fato interessante sobre isto é a famosa frase de que o Direito Interno é apenas um fato para o Direito Internacional. Muitos autores monistas afirmam isto sem saber que tal frase foi proferida no Caso Lotus e, como afirma Michel Villey, sob a influência da hipótese dualista. A este respeito, cf. Sorensen (org.), op.cit., p. 195.

- Na aplicação dos tratados pelos tribunais internos, deve-se ter muito cuidado para que o Direito Comunitário não se sobreponha ao Direito Internacional, **sob pena** de estagnação ou mesmo retrocesso deste ramo do Direito;
- O tempo mostrará como flexibilizar as teorias. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos já abriu um importante precedente neste sentido;
- Os tribunais internos devem possuir mais acuidade ao pronunciar acórdãos **revogando tratados** internacionais. E isto vale especialmente para o Brasil. Mesmo se consideramos a existência de um dualismo, seria ilógico um ordenamento ter benefício em relação a outro. Isto apenas geraria **Insegurança**. Enquanto o Direito cumpriu em um ordenamento (no caso, o interno), um papel estabilizador; em outro ordenamento (no caso, o internacional) só gerou caos. Será que é possível a um Estado, através do Direito, exercer papéis tão dialéticos?
- Nunca devemos esquecer que "o homem é sempre a melhor medida. **Mais, que a medida do homem não é a morte, mas a vida**". (João Cabral de Mello Neto).

# DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DO CRIME DE TERRORISMO

por

Érika Pires Ramos

(Aluna da graduação em Direito da UFPE, ex-monitora de Teoria Geral do Estado)

## sumário

Introdução. Considerações preliminares sobre o tema. Conceito e elementos. A Mentalidade Terrorista. Sobre a natureza do delito. O Terrorismo encarado pela Sociedade Internacional e pelo Estado Brasileiro. A Sociedade Internacional contra o delito. A Posição Brasileira. Conclusão. Bibliografia.

*"Nada neste mundo tem valor se se compra com o preço de vidas humanas."  
(Jean Jacques Rousseau)*

### Introdução

A humanidade está horrorizada pela ameaça e a execução fria dos nefastos crimes de terrorismo, que chegam a utilizar seres absolutamente inocentes, num regresso ao barbarismo, ao uso e fuzilamento de reféns, condenado no próprio direito internacional de guerra.

Este triste retrocesso histórico - repudiado por todos os países, salvo pelos autores dos mesmos crimes de terrorismo, e respectivos co-autores, cúmplices e instigadores intelectuais - está a pedir medidas jurídico-penais de âmbito internacional.

Explorar os temores do povo é um método utilizado desde o começo da história pela religião, pelos governos, pela delinquência, em tempos de paz ou de guerra, em épocas de prosperidade ou decadência.

A palavra "terrorismo" começou a ser utilizada na época da Revolução Francesa no final do séc. XVIII e muito tempo depois se referiu principalmente a um método de governar. A história está repleta de exemplos de regimes terroristas. Pouco a pouco, esta palavra chegou a ser aplicada às ações de anarquistas ou outros rebeldes que tratavam de mudar os sistemas de governo.

A repetição de atentados terroristas em todos os continentes com a finalidade de alcançar determinado objetivo político está a exigir um reestudo do problema. O fenômeno é mundial e diariamente a imprensa noticia atentados terroristas na América Latina, Europa Ocidental, Mundo

Árabe, África, Extremo Oriente, mostrando que a busca de soluções violentas não é exclusiva de um continente ou regime político.

A periculosidade dos seus autores, demonstrada pelos meios bárbaros empregados, é gravíssima e, algumas vezes, diferente dos criminosos políticos - de nobres ideais, de divergência de opiniões - os terroristas estão prontos a repetir nos países de refúgio, que os acolhem humanitariamente, os mesmos atos contra a humanidade.

O instrumento jurídico apropriado e tradicional - para a defesa em especial dos direitos humanos, para o cumprimento do dever fundamental de cada Estado da Comunidade Internacional de ampla solidariedade contra o crime, auxiliando-se na respectiva prevenção e repressão, e não permitindo que o território estatal sirva de base para o respectivo estímulo, preparo e refúgio - é a Convenção Internacional.

O presente trabalho monográfico pretende questionar a controvertida natureza do crime de terrorismo que tem suscitado tantos debates no meio científico em geral, inclusive no meio jurídico. Com base na legislação nacional e estrangeira procura-se demonstrar a discordância da posição dominante a respeito do tema que procurou simplificar o problema qualificando o terrorismo como crime comum para facilitar a sua punição.

Parte Primeira: Considerações preliminares sobre o tema

Capítulo I - Terrorismo: Conceito e Elementos

1.1 - Terrorismo e Terrorismo Internacional

Há autores que distinguem estas duas "figuras", mas *a priori*, trataremos indistintamente como "terrorismo" o praticado no âmbito do Estado e fora do mesmo, repercutindo sobre a Comunidade de Estados, a Sociedade Internacional.

Numa conceituação inicial, diremos que o terrorismo é um crime de intimidação, criando um perigo comum indiscriminado através de meios desleais, odiosos e vandálicos, como a ameaça de assassinatos ou assassinatos, mediante premeditação, traição e surpresa, de indivíduos absolutamente inocentes ou não, muitas vezes tomados como reféns.

A definição do crime de terrorismo, como toda definição não é só perigosa, mas difícil, dada a extrema multiplicidade de suas formas, pelo uso das principais figuras criminais comuns ao homicídio, ao incêndio, ao envenenamento, à contaminação de fontes, à extorsão, etc.

1.2 - Terror, Terrorismo e Guerrilha

Não devem ser confundidos, apesar da linha divisória entre estas três figuras ser bastante tênue. Como *terror* entende-se, de fato, um regime particular, ou melhor, o instrumento de emergência a que um Governo recorre para manter-se no poder (1). O recurso ao Terror por parte de quem já detém o poder dentro do Estado não pode ser arrolado entre as formas de *Terrorismo*

*Político*, porque este se qualifica como o instrumento ao qual recorrem determinados grupos para derrubar um Governo acusado de manter-se por meio do terror. Por último, a *Guerrilha* que na concepção de Lenin: "consiste em ações de tipo militar, que se caracterizam, em primeiro lugar, pelo fato de serem realizadas por proletários e, em segundo lugar, pela capacidade de formarem os quadros e prepararem os dirigentes da autêntica insurreição."

## Capítulo 2 - A Mentalidade Terrorista

### 2.1 - Possíveis justificativas para o delito

Ao contrário do que se imagina, a prática do Terrorismo não se restringe a sua modalidade clássica que é o Terrorismo Político.

Várias correntes tentam explicar a multiplicidade de motivos que podem ser utilizados como "pretextos" para a identificação do delito. Um extremista do século passado, *Karl Heinzen*, proclamava que "o assassinio é o principal agente do processo histórico" e que "a trajetória do Humanismo terá de atravessar o zênite do Barbarismo". Isto significa dizer que há quem pense no Terrorismo como algo natural, inevitável. O fundador do movimento anarquista, *Mikhail Bakunin*, descreve o verdadeiro revolucionário como um indivíduo despido de todo e qualquer sentimentalismo ou entusiasmo que não corresponda à causa revolucionária. *Nechaev*, discípulo de Bakunin, em seu "Catecismo dos Revolucionários" traz à reflexão a possibilidade da existência do Terrorismo como uma enfermidade que acomete os psicopatas, habituados que estão a esconder seus impulsos assassinos daqueles com os quais mantêm relações.

Além destes, outros motivos de ordem religiosa (fanatismo) e cultural servem como "fundamento" às atividades terroristas.

#### 2.1.1 - Tentativa de classificação das espécies de Terrorismo

Através das diferentes motivações, podemos agrupar as espécies de Terrorismo em quatro classes:

- *Terrorismo de minorias nacionais, raciais ou religiosas*: tem tido grande aceitação dentre os movimentos de Libertação Nacional em que determinadas minorias buscam reconquistar terras que no passado pertenceram aos seus antecedentes e se encontram usurpadas. (2)
- *Terrorismo político-ideológico*: geralmente é de cunho nacionalista, fazendo questão de salientar que não há vinculação com **nenhum** movimento no exterior. Pode ser de "direita" ou de "esquerda". (3)
- *Terrorismo mercenário*: pode ou não invocar uma ideologia. Em caso afirmativo, estará caracterizado o terrorismo político - quando a ação criminosa busca impor uma determinada doutrina política ou determinada forma de organização de Estado. Quando o delinqüente visa apenas à própria vantagem, de natureza material, temos um criminoso de direito comum. Esta é a forma comum do Terrorismo mercenário. Uma outra modalidade é a utilização do terrorismo como emprego - desempenhando as

funções de orientador ou "capanga" - buscando uma compensação pecuniária, em forma de *resgate*, por exemplo.

- *Terrorismo psicótico*: esta categoria foi extraída de um estudo sobre seqüestros de aeronaves, mostrando que muitos dos responsáveis por estes crimes eram psicopatas - exibicionistas desejosos de demonstrar uma masculinidade que, na verdade, não possuíam, sendo em muitos casos impotentes ou invertidos sexuais. (4)

A tentativa de estabelecer uma classificação específica num rol exemplificativo apresenta, na prática, a enorme dificuldade de separar os motivos que levaram à prática deste **ou daquele** ato terrorista. Em geral, o terrorista não é movido apenas por uma causa; várias delas se interpenetram. Daí a importância de um estudo aprofundado das motivações buscando não só o combate ao terrorismo, mas também a sua prevenção e eventual recuperação de jovens levados pela imaturidade a enxergar no terrorismo uma solução para os males sociais.

### 2.1.2 - Características do Terrorismo "Clássico"

O Terrorismo Político apresenta algumas características fundamentais:

- *a organização*: o terrorismo não pode consistir em um ou mais atos isolados, é a estratégia escolhida por um grupo ideologicamente homogêneo;
- *ações demonstrativas* que têm, em primeiro lugar, o papel de "vingar" as vítimas do terror exercido pela autoridade e, em segundo lugar, de "aterrorizar" esta última, mostrando como a capacidade de atingir o poder é o resultado de uma organização sólida;
- *ampla possibilidade de ação*: através de um número cada vez maior de atentados (5) que simbolizam o crescimento qualitativo e também quantitativo do movimento revolucionário.

### 2.1.3 - O "bom" Terrorismo existe ?

O questionamento surge a partir de análises históricas que revelam determinados momentos nos quais é tolerado o terrorismo por se tratar de uma alternativa a regimes absolutistas e tirânicos. Por esta razão diz-se um crime "privilegiado". O terrorista é visto com simpatia, chegando a ser considerado verdadeiro herói na luta pelos direitos dos indivíduos e contra um regime injusto. Existiria, então, um "terrorismo justificável" ?

Na Monarquia Francesa, em 1848, houve certa tolerância em matéria de crime político. Existia um "régime de faveur" para os criminosos políticos; a pena de morte em matéria política foi abolida, sendo substituída pela deportação.

Cabe, portanto, à história onde se encontram as experiências mais variadas, estabelecer critérios se realmente for possível conceber a existência de um terrorismo benéfico (para quem ?), para separá-lo do mau terrorismo.

Acredito, hoje, que a história só tem provado o contrário - o quanto o terrorismo é inútil, ineficaz e que os resultados, muitas vezes, têm sido contrários às intenções dos seus autores.

## 2.2 - A Indústria "Terrorista"

Por que já se pode falar no desenvolvimento de uma indústria do Terrorismo ? Não se trata apenas de bombas, assassinatos e seqüestros que chegaram a ser lugar comum a tal extremo (graças à televisão e aos modernos meios de comunicação (6)) que nenhuma geração anterior poderia imaginar. A nossa incapacidade de tratar este problema proporcionou ao terrorismo a possibilidade de ter a sua própria bibliografia e o seu boletim científico. Não nos resta mais além de pensar nos resultados do aperfeiçoamento dos métodos terroristas: à medida em que estimularam, ampliaram e desenvolveram os serviços de segurança - públicos e privados - e a aplicação de leis e medidas anti-terroristas. O fato de adaptarmos a esta situação excepcional e da mesma condicionar a vida dos cidadãos de um Estado traduz o quão é preocupante esta realidade. Talvez, se conhecêssemos de perto a verdadeira amplitude do terrorismo ou da ameaça com terrorismo nas esferas política, econômica e social em todo o mundo, nossa preocupação fosse maior.

## Capítulo 3 - Sobre a natureza do delito

### 3.1 - Por que não Crime Político ?

Sustentando esta tese, faz-se por bem reproduzir o ensinamento do grande jurista brasileiro Clóvis Bevilacqua: " Os crimes políticos são, pela quase unanimidade dos internacionalistas, afastados da extradição, porque as paixões partidárias, muitas vezes, obscurecem a apreciação, dando como crime odiosos fatos de somenos importância, e, outras tantas, impele à prática de atos reprováveis pessoas não propensas ao crime, mas grandemente sugestionáveis. No primeiro caso, o suposto delinqüente é, antes uma vítima do ódio partidário; no segundo, será um criminoso de responsabilidade atenuada. Além disso, *o crime político é de caráter restrito*, refere-se à ofensa aos sentimentos de piedade e justiça da humanidade culta, em determinada época; *ferindo a ordem jurídica de um Estado*, pelo sentimento de solidariedade e pela similitude social determinada pelos elementos gerais da civilização, que são comuns a grande número de nações, repercutem na consciência comum dos indivíduos honestos, de qualquer desses países, e, aí provocam movimentos de repulsão." (7)

### 3.2 - Por que Crime Comum ?

O Terrorismo, segundo uma nota elaborada pelo Governo da República Argentina e apresentada à Organização dos Estados Americanos,

constitui "genuino delito comum de índole grave, caracterizado por uma flagrante violação de los más elementales principios de seguridad individual y de conjunto". (8)

De forma semelhante ao Terrorismo são incluídos como delitos comuns: os atentados anarquistas e os atos que, praticados embora com intuítos políticos, não o foram no momento da luta armada em que se empenharam os partidos, constituindo, por isso, infrações comuns da lei penal.

Os crimes comuns, por consistirem em tipos mais amplos, lesando bens jurídicos do cidadão, da família ou da sociedade exigem um esforço maior na identificação e na punição dos mesmos, universalmente reconhecido e aceito.

Não comungo desta opinião entendendo que esta qualificação obedece a critérios exclusivamente práticos, em relação aos institutos do Asilo e da Extradicação.

### 3.3 - Uma Complexidade pouco aparente

Uma qualificação "simplista" do terrorismo como crime de natureza comum pode impedir uma análise mais aprofundada e precisa do tema. É inegável que o terrorismo pode assumir variadas "roupagens" (v. classificação (9)), logo não poderemos uniformizar crimes com motivações diversas. É fundamental a adoção de critérios com que se poderá julgar quando estaremos frente a um delito comum ou quando enfrentaremos com um tipicamente político. Modernamente, adota-se o critério misto (objetivo-subjetivo) levando em consideração a natureza do interesse jurídico lesado ou ameaçado e a intenção do sujeito.

Quando a prática do terrorismo tem cunho político não há que negar o seu alcance, a extensão do mesmo dentro e fora do Estado onde é praticado. É exatamente o aspecto indiscriminado dos atos terroristas, atingindo tanto o inimigo como o aliado, nacionais ou estrangeiros que representa "a ameaça ou o ataque à *segurança interna ou externa do Estado*, ou a sua própria personalidade". Está demonstrado que não se pode considerar o terrorismo político um crime "restrito" como quis Clóvis Bevilacqua.

No meu entendimento, o Terrorismo causado na maioria das vezes por motivos políticos tem este caráter, não obstante lhe dêem a aparência objetiva de delito comum que possa ter em virtude dos meios de execução utilizados, considerados *de per se* crimes comuns. Existe, nestas hipóteses, a conexão teleológica de crimes em que um é praticado para assegurar a execução de outro. A correta qualificação doutrinária seria: crimes comuns conexos a crimes políticos.

A necessidade da paz e segurança internacionais e a cooperação entre os Estados contra a criminalidade internacional deixou na superficialidade o trato desta matéria, simplificando-a para evitar a impunidade - possibilitando a extradicação e dificultando o asilo (10) - com o

entendimento de que o crime de terrorismo, seja qual for a sua causa, é qualificado como crime comum.

Parte Segunda: O Terrorismo encarado pela Sociedade Internacional e pelo Estado Brasileiro.

Capítulo 1 - A Sociedade Internacional contra o delito

1.1 - O Papel da Comunidade internacional na prevenção e repressão do Terrorismo

No combate ao terrorismo, uma eficiente e leal cooperação entre os Estados é um fator determinante. A ação dos Estados no combate ao terrorismo se manifesta em dois campos principais: o da cooperação propriamente dita e a adoção de medidas tendentes a dissuadir determinados Estados a prestar auxílio ou "santuário" a terroristas, isto é, estimular a prática de tais atos.

Um aspecto é muito delicado: *em tese*, todos os Estados são anti-terroristas. No entanto, alguns Estados assumem uma atitude passiva ou de verdadeira complacência diante de algumas formas (11) quando a vítima era outro Estado ou quando o regime vigente neste era contrário ou antagônico ao seu. Muitas vezes, em virtude das oscilações no relacionamento particular entre Estados, fracassam as tentativas de combate ao terrorismo intentadas pelas organizações internacionais.

Quanto à cooperação propriamente dita, podemos salientar dois aspectos: a adoção de tratados de combate ao terrorismo e também a troca de informações de todos os tipos visando traçar o comportamento -padrão, com dados sobre idade, parentesco, sexo, traços característicos, educação, hábitos, antecedentes, pontos freqüentados, fornecedores de armas e de documentos fraudulentos.

Embora exista uma concordância *em tese* na repulsa ao terrorismo, na necessidade de sua erradicação, verifica-se ao serem elaborados os tratados internacionais, destinados a por termo aos mesmos, o surgimento de restrições.

Assim, na prática, sob a influência de pressões políticas e econômicas, estas convenções acabam contendo válvulas de escape, que permitem ao Estado extraditante interpretá-la de maneira a não concordar com a extradição ou por qualificar o crime como de natureza política ou então considerar a sua concessão uma violação do direito de asilo. (12)

1.2 - Principais instrumentos jurídicos internacionais sobre a matéria

O terrorismo, pelo uso de meios bárbaros, odiosos, condenados pela moral e pelo direito comum, revela uma criminalidade universal, ameaçadora não só para a comunidade política ou social de um país determinado, como para a humanidade em geral.

Na luta anti-terrorista, os membros da comunidade internacional já firmaram uma série de tratados de cunho mundial e regional. Nestes tratados

cria-se um dever para as partes de adotar medidas no combate ao terrorismo, dentre as quais a mais importante é criar a obrigação de extraditar os terroristas ou então, no caso de não ser possível, de processá-los no Estado onde se encontrem.

Os principais tratados internacionais sobre o terrorismo são os seguintes:

- Convenção para a Prevenção e a Punição do Terrorismo, Liga das Nações, Genebra, 16 de novembro de 1937;
- Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, Haia, 16 de dezembro de 1970;
- Convenção para prevenir e punir os atos de terrorismo configurados em Delitos contra as pessoas e a Extorsão, conexa, quando tiverem eles transcendência internacional, Washington (OEA), 02 de fevereiro de 1971;
- Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, Montreal, 23 de setembro de 1971;
- Convenção para a Prevenção e a Punição de Crimes contra Pessoas Protegidas Internacionalmente, inclusive Agentes Diplomáticos, Assembléia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1973;
- Resolução (743) sobre Terrorismo Internacional, Conselho da Europa, de 24 de janeiro de 1974;
- Convenção Européia para a Supressão do Terrorismo, Conselho da Europa, em 27 de janeiro de 1977;
- Recomendação 817 (1977) sobre determinados aspectos do direito de asilo, Conselho da Europa, em 07 de outubro de 1977;
- Convenção Internacional contra seqüestro e a tomada de Reféns, Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1979.

## Capítulo 2 - A Posição Brasileira

### 2.1 - Estado e Sociedade - responsáveis pelo sucesso do combate ao Terrorismo

O combate ao terrorismo deve ser realizado, portanto, no campo interno e externo. No âmbito interno através da prevenção e da repressão; no campo externo através da cooperação internacional. As medidas se completam, pois sem a cooperação internacional, o terrorista sempre poderá buscar um "santuário" invocando o direito de asilo.

As medidas repressivas internas implicam na adoção de leis penais especiais e na criação de unidades especializadas de combate (14).

A punição de terroristas está condicionada à existência de tais providências. Na prática, diante da recrudescência da violência, os Estados tendem a ditar penas mais severas para os seus autores.

Todavia, nenhuma destas medidas serão efetivadas sem o respaldo do povo, imprescindível num regime democrático cujo efeito preventivo é muito mais forte que o repressivo. Se esta cooperação inexistente, as medidas

tomadas pelo poder público não surtirão os efeitos desejados ou até mesmo podem ser contraproducentes.

A responsabilidade é dúplíce: se a comunidade quer desarraigat o terrorismo e está disposta a colaborar estreitamente com as autoridades para preveni-lo, não lhe restará muitas possibilidades de florescer.

## 2.2 - O Terrorismo Internacional e o Direito Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou, a nível constitucional, o repúdio ao terrorismo como um dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 7o., VIII, CF/88).

A legislação infra-constitucional também prevê o crime de terrorismo equiparando-o a crime hediondo (art. 2o., *caput*, da Lei 8.072/90) - pelo caráter repugnante e sórdido que possui na forma de execução e na gravidade objetiva dos resultados que provocam um sentimento de intensa repulsa.

Não serão concedidos aos agentes alguns "benefícios" como: anistia (15), graça e indulto (institutos que extinguem a punibilidade); fiança e liberdade provisória; a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado. As penalidades são mais severas para os seus autores.

A adoção de legislação apropriada destinada a permitir a extradição de terroristas é indispensável. A existência em tratados e nas constituições, como a brasileira (art. LII, CF/88) , de dispositivo proibindo a extradição por crime político é outro fator importante. O Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) adotou uma posição mais flexível, harmoniosa com a constituição ao conferir ao STF poderes deixar de qualificar como crimes políticos os atos considerados terroristas (16).

## Conclusão

O Terrorismo não se reveste apenas de motivações de ordem política. A ampla circulação dos meios informativos e a rapidez dos meios de comunicação entre os países servem também à necessidade dos transformados mentais de satisfazerem suas "psicoses".

A onipresença cada vez maior de ataques terroristas, de raptos e seqüestros, a luta de guerrilha, as atividades de grupos políticos dissidentes em várias lugares do mundo confirma a tese da inexistência de uma "imunidade" ao fenômeno do terrorismo. O terrorismo é uma técnica de muita experiência, cujos conhecimentos e práticas estão espalhados pelo mundo, antecipando-se ao sistema penal de cada Estado.

Nesta breve exposição sobre o problema do terrorismo tentamos por em relevo a necessidade de seu estudo no âmbito interno e internacional, com vistas à adoção de medidas preventivas e repressivas. A repressão pura e simples não basta. No caso de determinadas minorias nacionais, raciais ou religiosas é necessário compreender o empenho dos terroristas em chamar a atenção mundial para as injustiças que julgam sofrer, bem como para o

impulso incontido de dar vazão a ódios acumulados durante várias gerações. A falta de oportunidades, a miséria, também devem ser levadas em conta.

Mas seja qual for o motivo, nenhum se justifica: o terrorismo sempre será um ato covarde e repugnante, no qual indivíduos fortemente armados se escudam em vítimas inocentes e desarmadas, muitas vezes velhos ou crianças. Não obstante o empenho de uns poucos, a experiência nos mostra que a opinião pública tende a repudiar tais atos.

E, finalmente, não podemos esquecer que aqueles que buscam justificar o terrorismo com inaceitáveis argumentos baseados nos ideais democráticos, são precisamente os que buscam um regime que é a sua negação.

A punição internacional do terrorismo é uma forma de cooperação a que nenhum Estado se deve recusar, sob pena de faltar a um dever elementar de solidariedade para o bem da humanidade.

## notas

1. um exemplo bastante conhecido deste uso do terror é o período da ditadura do Comitê da Saúde Pública, liderado por Robespierre e Saint Just durante a Revolução Francesa (1793-1794).
2. Um exemplo de terrorismo racial pode ser encontrado nos E.U.A. onde os negros norte-americanos visam chamar a atenção do mundo sobre as desigualdades raciais.
3. Exemplos graves de terrorismo ideológico são os de Baader Meinhof (na Alemanha) e o das Brigadas Vermelhas na Itália.
4. Os Panteras-negras dos E.U.A., seqüestradores de aviões que eram desviados para a Argélia, em sua maioria foram qualificados como criminosos corrompidos, doentes mentais e inadaptados socialmente, desejosos de mudar de país ou movidos por motivos estritamente pessoais, que não poderiam ser considerados como de natureza revolucionária. Esta informação foi obtida numa reunião da OACI em Roma em 1970.
5. O atentado político é apenas uma das formas de aplicação do terrorismo.
6. Vale ressaltar a influência da INTERNET na disseminação da teoria e da prática terrorista. Já foi constatado, embora seja difícil a identificação dos autores, a existência - em rede - de "cursos" de terrorismo. Estes já começaram a produzir seus efeitos atrozés aqui no Brasil;
7. Clóvis Bevilacqua, Direito Público Internacional, 2a. edição, 1934, p. 123.
8. A nota refere-se ao seqüestro de membros do pessoal diplomático acreditado ante um país, efetuados como meio para obter deste país a liberdade de determinadas pessoas, consideradas presos políticos ou tome alguma medida que satisfaça os seqüestradores.
9. Uma moderna corrente no Direito Penal classifica o terrorismo como um delito "social" - dirigido à perturbação ou destruição do atual regime social e econômico. Numa definição mais clara o Terrorismo significaria a criação, mediante a execução repetida de delitos, de um estado de alarma ou terror

na coletividade ou em certos grupos sociais, para impor ou favorecer a difusão de determinadas doutrinas sociais ou políticas.

10. O instituto do asilo tem uma função precisa de tutela a perseguidos políticos. Se o terrorismo fosse considerado crime político os terroristas teriam direito a esta proteção. Dificultar-se-ia a prevenção e a repressão do delito. A extradição é possível em se tratando de crime comum.

11. No terrorismo ideológico e mesmo no nacionalista verifica-se que o auxílio externo é freqüente, dado aberta ou clandestinamente. Nas Guerras Revolucionárias verifica-se, usualmente, o auxílio do exterior sob diversas formas - dinheiro, armamentos, envio de técnicos em guerrilha. Diversos países têm sido acusados de abrir suas fronteiras com a finalidade de permitir o adestramento de terroristas.

12. Não concordo com esta última posição, pois enxergo o terrorismo como uma exceção aos princípios norteadores da extradição e do asilo a respeito de crimes políticos. Nesta hipótese, permitir-se-ia a concessão da extradição e, conseqüentemente, denegar-se-ia o asilo.

14. Tais unidades devem estar preparadas para toda espécie de operações, dispondo de armamento sofisticado. Um problema delicado consiste na determinação do momento em que deverão intervir, principalmente em casos de embaixadas estrangeiras. Não se podendo fixar uma medida padrão, cada caso

deverá ser apreciado isoladamente. A negociação assume um papel importante no sucesso da execução das operações. Outras medidas que podem ser adotadas são as seguintes: a introdução de informantes em grupos terroristas, a formação de uma Polícia Secreta, fortalecimento do sistema policial comum e construção de cárceres mais seguros.

15. A anistia extingue o próprio crime, e conseqüentemente, a punibilidade.

16. Art. 77, parágrafo 3o, do Estatuto: "O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social." Concordo com a concessão da extradição de terroristas com base em outra espécie de argumentação demonstrada anteriormente.

## bibliografia

### Livros:

BOBBIO, MATTEUCCI E PASQUINI; Norberto, Nicola e Gianfranco. Dicionário de Política; Editora Universidade de Brasília, 2a. Edição.

DELMANTO, Celso.

Código Penal Comentado; Rio de Janeiro, Editora Renovar, 3a. Edição, 10a. tiragem, 1995.

JESUS, Damásio E. de.

**Direito Penal - Parte Geral**; São Paulo, Editora Saraiva, 19a. Edição, 1995. Vol. 1, LITRENTO, Oliveiros.

**Direito Internacional Público em Textos: Principais Tratados e Convenções**; Rio de Janeiro, Editora Forense, 2a. Edição, 1985.

MELLO, Celso D. de Albuquerque.

**Curso de Direito Internacional Público**; Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 9a. Edição, 1995. Vol. 2.

RESEK, J. F.

**Direito Internacional Público : Curso Elementar**; São Paulo, Editora Saraiva, 5a. Edição, 1995.

Artigos:

CLIFFORD, William.

**Terrorismo**; Revista de Informação Legislativa (abr./jun. 1980), a. 17, n. 66, pp. 267 a 272.

HALPERIN, Ernst.

**A Mentalidade Terrorista**; Revista Diálogo (1974), vol. 12, n. 4, pp. 110, a 112.

ORTIZ, Humberto Garcia.

**Los Delitos de Terrorismo**; Boletín del Instituto de Derecho Comparado da Universidad Central del Ecuador (enero-diciembre de 1971), año II, n. 18, pp. 20 a 27

SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento.

**O Terrorismo na Política Internacional**; Revista Brasileira de Política Internacional (1983), Ano XXVI, 101-104, pp. 7 a 19.

STANCIU, V. V.

**Terrorisme et Crime Politique**; Revue Politique et Parlementaire (Mai, 1972), 74e. année, n. 832, pp. 28 a 37.

VALLADÃO, Haroldo.

**Aspectos jurídico-penais do Terrorismo**; Arquivos do Ministério da Justiça (jun. 1970), vol. 29, n. 114, pp. 42 a 65.

WALD, Arnoldo.

**Responsabilidade do Estado pelos danos causados por atos de terrorismo, no caso de Inércia da Administração**; Revista de Direito Público (abr./jun. 1975), n. 34, pp. 39 a 58.

# FEDERALISMO, DESCENTRALIZAÇÃO E REFORMA DO ESTADO<sup>1</sup>

por

Marcos André Couto Santos.

(Aluno da Graduação em Direito da UFPE, Bolsista de iniciação científica pelo CNPq / PIBIC, Ex - monitor de Direito Romano. Monitor de Direito Constitucional)

## sumário

- I - Introdução. II - O modelo de Estado configurado na Constituição de 1988. III - O momento político brasileiro e internacional atual. IV - O espaço público versus o espaço privado. V - A necessidade de Reformas no Brasil - histórico. VI - Reforma Administrativa. VII - Reforma Tributária. VIII - Reforma Política. IX - Outras modificações necessárias. X - Conclusões. XI - Bibliografia Referencial.

### I - INTRODUÇÃO

No corrente trabalho se apreciarão as Reformas necessárias ao Estado Brasileiro, isto é, veremos quais os principais problemas do Federalismo Brasileiro, apresentando algumas alternativas que estão sendo discutidas pelo Congresso Nacional, Governo e sociedade.

Para atingirmos o objetivo de analisar as Reformas Constitucionais, exporemos o que foi debatido no Curso Verão no Campus de 1997, cujo tema foi: Federalismo, Descentralização e Reforma do Estado, procurando fazer uma síntese das principais idéias enfocadas nos 5 dias de exposições e meditações do referido Curso, do qual participamos na qualidade de expositor/debatedor.

A fim de atingir a compreensão das Reformas que atualmente estão instigando a Imprensa, Parlamentares e Sociedade Civil, não nos apegamos a nenhum texto específico, nem tampouco a uma bibliografia especializada. Apenas, propomo-nos a resumir certos pensamentos e lançar nossas opiniões com base em informações que obtemos através de nossa Pesquisa de Iniciação Científica, palestras e conversas com o nosso orientador Prof. Dr. Raymundo Juliano.

---

<sup>1</sup> Notas ao Curso Verão no Campus de 1997 sob o título: Federalismo, descentralização e Reforma do Estado - o Federalismo Solidário e a formação dos blocos econômicos, bem como ao nosso Projeto de Pesquisa via CNPq de tema: O problema da aplicabilidade das normas jurídicas no sistema federativo brasileiro - a concretização do Direito Constitucional através de uma reformulação do federalismo brasileiro

Esperamos discutir as Reformas Constitucionais como pano de fundo de um tema mais amplo, qual seja: a própria Reforma do Estado. Esta reforma busca reestruturar e dar um novo enfoque a toda organização político-jurídica do país, definindo novos objetivos para o Poder Público e estabelecendo no Brasil uma nova relação entre as Esferas Públicas e Privadas dentro do contexto da famigerada globalização; em outras palavras, o que pretendemos discutir pontualmente é como deve se organizar o Estado Brasileiro politicamente (Federalismo Político), como deve ser o financiamento do nosso Estado (Federalismo Fiscal), quais as tarefas que o Estado deve realizar (Tipo de Estado) e qual o seu papel dentro da sociedade (Estrutura de Governo e da Administração Pública).

Não se pretende, aqui, esgotar tema tão amplo e atual, apenas levantaremos alguns problemas, críticas e opiniões que devem ser postas em discussão por toda a comunidade acadêmico-científica e pela população em geral, a fim de que possamos construir um Estado que realize efetivamente os anseios de um povo tão carente e sofrido como é o brasileiro.

## II - O MODELO DE ESTADO CONFIGURADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Forma de Estado escolhida pelo Constituinte Brasileiro de 1988 foi a Forma Federal de Estado. (Art. 1º da Constituição Federal de 1988)

O Estado Federal aparece na história do Brasil já na nossa primeira Constituição da República e é um modelo de Estado que muito se adapta às dimensões geográficas e sócio-econômicas do nosso país. O Brasil desde os imemoriais tempos das capitânicas já mostrava a "nossa vocação para o federalismo, nutrida pela extensão territorial, onde as próprias tribos indígenas se hostilizavam, como nações distintas, ou mesmo se uniam para em confederações rudimentares para combaterem inimigos comuns."<sup>1</sup>

Além de tudo, o Federalismo quando divide o poder territorialmente, distribuindo competências entre Estados-membros, Municípios, União e Distrito Federal, através da Constituição, está descentralizando o Estado Brasileiro e aproximando mais o cidadão dos seus governantes.

O Sistema Federalista, pelos motivos acima elencados, é deveras adequado a estrutura do Estado Brasileiro, sendo considerado por muitos doutrinadores como a melhor forma de estado para se implantar um Governo Democrático e eficiente, havendo uma estreiteza conceitual entre o Federalismo e a Descentralização, sempre objetivando dar soluções locais e debatidas pela população àqueles problemas setoriais de cada comunidade.

Bem assevera Célio Borja tais idéias ao ensinar que "o federalismo tem fundas raízes no Estado Liberal, como Tavares Bastos deixou indelevelmente registrado na literatura política brasileira. O seu escopo não é, apenas, adequar o Estado Moderno aos padrões de eficiência abstrata que a

<sup>1</sup> Fernando Whitaker da Cunha. Federação: Soberania e Autonomia. in Revista de Direito Público, nº 73, pp 147.

centralização, em alguns momentos, também alcança. É, mais que tudo, instaurar a ordem a partir da liberdade, valorizar o indivíduo como fundamento e destinatário da vida e da atividade social, incentivá-lo a empreender e torná-lo responsável pelo seu próprio destino e o de sua Nação."<sup>1</sup>

Desta assertiva, percebe-se que o Federalismo não é uma modelo de Estado estanque e divorciado dos problemas da população. Serve como um meio de descentralizar o poder político, levando-o até a comunidade, a fim de que esta possa decidir da melhor forma possível o seu futuro. O Federalismo, como se percebe, não é construído com base em retórica ou modelos abstratos, deve ser construído com a prática política e na busca do melhor relacionamento entre as Ordens Jurídicas Paciais (Estados-Membros/Municípios) e a Ordem Jurídica Geral (União), sendo uma forma de estado que constantemente se modifica sempre tencionando a atender e a achar o meio mais adequado para servir à população.

Lembramos, neste ponto, as idéias de Vergottini que afirma " ser o federalismo essencialmente um modelo de descentralização estatal, construído a partir da teoria bem como pelo resultado empírico de observações sobre experiências reais."

O Estado Brasileiro mesmo se afirmando como um Modelo Federal desde 1891, nunca conseguiu realmente distribuir de forma racional e equilibrada poderes entre os diversos entes federativos. Houve sempre na História Brasileira uma centralização de competências e tarefas bastante acentuada nas mãos do Governo Federal (União), principalmente nas ditaduras de Vargas e Militar (1964). O nosso Federalismo assim ainda é insipiente e em construção, tendo-se dado um passo importante rumo a descentralização e a democracia no Brasil a partir da Constituição Cidadã de 1988, entretanto graves ainda são os problemas do Federalismo Brasileiro, sendo longo o caminho e os melhoramentos a se realizar.

Acreditamos ser necessário para implementação de um FEDERALISMO REAL E EFETIVO no Estado Brasileiro que se estabeleçam no nosso Governo práticas federalistas e um Sistema Federal de cooperação e harmonia entre Estados-Membros, Municípios, Distrito-Federal e União, aproximando e aprofundando a descentralização político-social-administrativa-tributária. Deve-se, também, disseminar práticas DEMOCRÁTICAS de exercício do poder, como Orçamento Participativo, Conselhos Municipais, encontros com as comunidades, e sobretudo implementar modificações que dotem os entes federativos de capacidade financeira para realizar seus planos políticos.

Como se vê, a conexão DESCENTRALIZAÇÃO, DEMOCRACIA e ESTRUTURA FEDERAL DE ESTADO é bastante forte e positiva para o desenvolvimento e reformulação de todo o Estado Brasileiro, sendo urgente uma discussão mais elaborada sobre esta FORMA DE ESTADO que escolhemos histórica e juridicamente para constituir a estrutura organizativa deste nosso grande país.

<sup>1</sup> Célio Borja. Federalismo Brasileiro. in Revista de Direito Público, nº 73, pp. 144.

### III - O MOMENTO POLÍTICO BRASILEIRO E INTERNACIONAL ATUAL

O atual momento político brasileiro é ótimo. O histórico processo inflacionário foi contido, estando a economia estabilizada através da implementação do conhecido PLANO REAL. As classes menos privilegiadas tiveram um aumento, pelo menos aparente, de sua capacidade de consumo, tendo adquirido nos últimos dois anos muitos produtos eletro-eletrônicos, bem como se alimentado melhor.

Há, também, independentemente de um análise político-ideológica mais apurada, uma convergência de pensamentos e forças em torno do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, isto permite uma base política sólida para uma rápida aprovação e implementação de políticas públicas bem definidas.

Além desta ótima conjuntura interna, externamente o Estado Brasileiro ganhou respeitabilidade e começa a atrair investidores que buscam segurança e local propício para aplicarem seus capitais. O Brasil, como grande mercado consumidor estável, passa a atrair grandes fábricas e a se incluir dentro do processo da " globalização ", associando-se para tanto com Uruguai, Argentina e Paraguai no já chamado Mercosul, um mercado que reuni e visa a formar um espaço comercial no cone sul da América.

A universalização dos mercados com a queda das fronteiras comerciais forçam o Governo a se adaptar aos novos padrões da Modernidade, sendo necessário a desoneração das exportações para tornar mais competitivos os nossos produtos no exterior, bem como reestruturação e redefinição da Administração Pública e do papel do Estado para enfrentar esta nova etapa da História da Humanidade. Para realizar estas mudanças e dotar o Estado de Instrumental jurídico-político mais avançado e adequado para os dias atuais, o governo conta, como já foi afirmado, com o apoio de boa parte dos Congressistas.

Este, então, é o momento ideal e oportuno para uma discussão dos novos rumos do Estado Brasileiro, e implementação das mudanças que tanto precisamos para não perdermos " o bonde da história." Necessário que haja, pois, o comprometimento dos nossos governantes, abrindo a discussão em âmbito nacional para que se possa debater a melhor estrutura e papel do Estado Brasileiro neste processo de grandes mutações que se vive.

### IV - O ESPAÇO PÚBLICO VERSUS O ESPAÇO PRIVADO

Uma das grandes questões que se coloca ao longo da História da Humanidade é a relação que se deve estabelecer entre o espaço público e o espaço privado, isto é, até que ponto pode o Estado regulamentar a vida de seus nacionais ?? Qual o espaço de liberdade que deve possuir o cidadão ??? O Estado deve ser mais intervencionista na economia ou deixar prevalecer o *lassier faire lassier passer* ??? Devemos criar um modelo de

estado liberal (ou como querem alguns neoliberal) ou um modelo de estado social-democrata (Estado de bem-estar - *Welfare State*) ??? Estas perguntas dizem respeito diretamente à relação conflituosa que se estabelece entre a LIBERDADE do homem e o CONTROLE/REGULAMENTAÇÃO do Estado.

Fazendo uma breve retrospectiva histórica, vemos que na Grécia, a vida pública do cidadão era sinônimo de status social, isto é, aquele que participava das discussões na ágora (praça pública) e dirigia os negócios públicos era elitizado, o trabalho particular era desonroso e somente se destinava aos escravos. Prevalencia o Espaço Público sobre o Privado, tanto na Grécia como em Roma.

Já na época da Idade Média, cada senhor feudal trabalha e tinha suas terras, criando suas próprias regras, devendo apenas obediência a Igreja. Aqui prevalecia o espaço privado sobre o público, os senhores feudais eram praticamente absolutos em seus domínios, inexistindo a figura de reis ou monarcas poderosos.

Com o advento da Idade Moderna e o surgimento das Monarquias Nacionais com o apoio da burguesia, os reis ditam as regras e interferem muito no plano econômico, regulando por demais a vida de seus súditos. É o retorno e a clara prevalência do espaço público sobre o privado.

Posteriormente, surgem as idéias de Adam Smith e da *mão invisível*, determinando que o Estado não deveria intervir na economia, atendo-se apenas às suas funções mínimas, pois o mercado se regularia sozinho. É o momento do chamado LIBERALISMO ECONÔMICO, no qual o que prevalece são as regras do mercado sem qualquer regulamentação estatal. Neste momento, o espaço privado e os interesses dos grandes industriais/burgueses se sobrepõe ao interesse coletivo/público.

Como sabemos, seguem-se os colonialismo, neocolonialismos, a crise de 1929, as duas grandes guerras. Percebe-se a fragilidade do Liberalismo e o avanço das idéias socialistas, principalmente com apoio nos pensamentos de Marx e Trotsky, novamente começa o espaço público a prevalecer sobre o interesse privado. Surge a URSS, e as conhecidas social-democracias cujo modelo maior é a Alemanha.

O Estado intervém, neste momento, no espaço privado para fomentar a economia destruída por duas grandes guerras mundiais, tomando várias medidas, quai sejam: começa a oferecer saúde, educação, habitação à população; cria os direitos trabalhistas, a previdência social; e transforma-se no grande promotor e maior investidor de 1930 a 1960.<sup>1</sup>

Começa a guerra fria (EUA x URSS) e as crises do petróleo, o Estado continua preponderante no cenário internacional, dando segurança aos seus nacionais e procurando promover o chamado Estado de bem-estar (*Welfare States*). Muitos regulam as economias, tributam bastante o mercado e protegem o comércio nacional. É efetivamente o ápice da intervenção do Estado na economia.

---

<sup>1</sup> O próprio ordenamento jurídico começa a se publicar e as relações de consumo adquirem feições mais enérgicas através de Códigos de Defesa do Consumidor.

Só para se quantificar a presença do Estado na sociedade e economia, a carga tributária que os Estados possuem na relação entre o arrecadado com tributos e o PIB nacional representa cerca de 30% de toda a economia. A presença do Estado era e ainda hoje é muito marcante na cenário internacional.

Entretanto, as condições foram mudando e o Estado passou a perder espaço para as grandes empresas e investidores " globalizados" no cenário internacional.

Estes empresários, que fizeram fortunas nas últimas décadas e as empresas que se espalharam pelo mundo inteiro (multinacionais), não possuem pátria, isto é, vão para os lugares do planeta no qual possam obter mais lucros. O Estado começa a perder reserva de capital, pois gasta muito com sua Previdência Social e também tem múltiplos problemas a resolver com uma população sofrendo por falta de empregos e de qualidade de vida.

O capital muda então de dono, e é flutuante, bem como extremamente selvagem. Não tem pátria, e quer ver prevalecer as suas regras sobre as LEIS do Estado em que está inserido. É o retorno da prevalência do espaço privado sobre o público, é uma nova fase da história que exige modificações do Estado de bem-estar aí posto.

O Estado no plano mundial e no Brasil passa, assim, a sofrer mudanças para se adaptar às novas exigências de um "MERCADO GLOBALIZADO" e de um "CAPITAL FLUTUANTE".

Neste sucinto "vão" histórico, percebe-se a dialética ESPAÇO PÚBLICO X ESPAÇO PRIVADO, como algo bastante antigo na história do homem que procura achar o ponto ótimo de relacionamento entre estas duas esferas em cada momento de sua evolução. Cabe na atualidade ao Estado se modernizar e adaptar-se às regras do Mercado, combatendo a ineficiência dos seus serviços oferecidos e escolhendo prioridades, visando sempre a atender melhor a população e conviver neste mundo cada vez mais encurtado nas suas fronteiras.

Assim, o Estado-Nação e o Estado de bem-estar estão condenados a desaparecer, devendo os Governos estabelecerem novos princípios para que possam conviver do modo menos traumático possível com a nova realidade internacional e privada que ora prevalece.

#### V - A NECESSIDADE DE REFORMAS NO BRASIL - HISTÓRICO

Desde a década de 50, grande é a presença do Estado Brasileiro dentro do cenário econômico nacional. O Estado era identificado como o maior investidor e parceiro nas grandes obras e na construção de empresas públicas.

Ao longo de toda a histórica brasileira, a União deteve grandes receitas advinda de um multiplicidade de impostos diferentes. Esta grande base tributária lhe permitia efetuar os grandes investimentos que o Estado e os

empresários necessitavam, ditando para tanto as regras do mercado nacional.

Quando chega a década de 80, começa a haver pressões muito grandes dos Estados-Membros que barganham junto ao Congresso Nacional para auferir maiores receitas a fim de enfrentar a grave crise econômica da chamada década perdida. Começa, neste momento, o enfraquecimento financeiro da União com as críticas dos Estados-Membros e dos chamados Municipalistas.

Vem a Constituição de 1988, descentraliza o Estado Brasileiro tanto política como fiscalmente, transferindo receitas da União para Estados e Municípios. A União, então, vê bastante diminuída suas receitas livres, começando a perder um pouco daquela presença tão vital que possuía na economia brasileira.

A crise econômica que se arrasta com a elevação dos juros internacionais a patamares estratosféricos; estrangulamento na nossa balança comercial; e um desempenho fraco do PIB com um alto do processo inflacionário. Tudo isto faz diminuir as receitas do Estado Brasileiro que se vê em processo de constante crise.

Aparece então nesta evolução histórica o PLANO REAL, estabilizando a economia e vencendo o latente processo inflacionário. Os governos Estaduais e Municipais que não se organizam financeiramente começam a quebrar, acostumados com os grandes ganhos advindos do processo inflacionário, muitos governos locais não conseguem atualmente se adaptar às regras do jogo e se vêem atolados em dívidas como é o caso do Estado de Pernambuco e a maioria dos Estados Brasileiros.

Juntamente com esta crise fiscal vivenciada por todos os níveis de governo, surge na esfera pública uma palavra de ordem MORALIDADE e EFICIÊNCIA. O serviço público é posto em cheque e a Administração Estatal é reavaliada, tencionando definir quais os objetivos e metas do Estado Brasileiro para o final deste milênio. A população encontra-se inconformada com o Governo e passa a exigir soluções efetivas para problemas graves como REFORMA AGRÁRIA, melhoria dos SISTEMAS DE SAÚDE E EDUCAÇÃO para população.

É neste processo de redefinição dos papéis do Estado Brasileiro e de adaptação às novas regras do mercado internacional globalizado que se insere o momento de mudanças e transformações de que necessita o Brasil.

## VI - REFORMA ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>

A Administração Pública, em sentido amplo, corresponde a todos os órgãos, funcionários que permitem a atuação do Poder Público para realizar as funções básicas do Estado e implementar os planos de governo. A Administração é a parte dinâmica do Estado, tornando possível o

<sup>1</sup> Esta análise se baseia no Plano de Reforma do Estado do Governo Federal.

funcionamento da máquina estatal, visando à realização das suas finalidades e objetivos.

Em uma visão mais estrita, a Administração Pública é o modo pelo qual o Poder Executivo executa as leis e outras resoluções políticas que toma.<sup>1</sup>

A Administração Pública pode ser dividida em direta e indireta. A Administração Direta é responsável pelo exercício das funções básicas do Estado: função legislativa, executiva e judiciária, sendo regida pelo Direito Público e suas normas, por enquanto, que a Administração Indireta é responsável pelas tarefas sociais e de incremento econômico promovido pelo Estado através das Fundações, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.<sup>2</sup>

Entende-se que o Estado Moderno passou por três fases no que tange a Administração Pública, quais sejam: Administração Pública Patrimonialista; Administração Pública Burocrática e a Administração Pública Gerencial.

A Administração Patrimonialista fazia com que o Estado funcionasse como apenas um extensão do Poder Soberano dos Reis, os cargos públicos eram vendidos, e reinava o nepotismo, corrupção e gastos exorbitantes do dinheiro dos contribuintes.

Com a ascensão da burguesia, surge a Administração burocrática, havendo um grande controle *a priori* da máquina estatal. Para tanto, surgem os processos licitatórios, os concursos para admissão de novos funcionários e vários outros mecanismos jurídicos para evitar os abusos de poder. Os maiores objetivos da Administração são evitar as corrupções e efetivar o controle pleno da máquina burocrática, não importando os resultados das políticas públicas aplicadas.

Atualmente, a Administração Pública toma um novo direcionamento, é a chamada Administração Gerencial. Esta administração está mais preocupada com os resultados, efetuando assim um controle dos objetivos atingidos pela Administração Pública, isto é, há um controle preponderantemente *a posteriori*. Não interessa apenas que o funcionário estatal vá para o seu emprego público todos os dias e cumpra com suas obrigações. É necessário, sim, resultados e objetivos cumpridos visando acima de tudo a satisfação da população e dos contribuintes que pagam seus tributos.

A Administração Pública, então, tende a se modernizar, acabando com a estabilidade dos servidores, sendo estes incentivados a dar o melhor de si com o desenvolvimento de um PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS que premie os mais esforçados e preparados. As palavras que passam a reger a Administração Pública neste final de século são as mesmas das empresas privadas: EFICIÊNCIA, QUALIDADE E SATISFAÇÃO DA POPULAÇÃO.

<sup>1</sup> Manuel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional. pp. 202.

<sup>2</sup> Para efeito deste nosso trabalho, consideraremos como integrante da Reforma Administrativa apenas a Administração Indireta e os problemas do Poder Executivo em relação ao seu funcionalismo, sendo as questões sobre os Poderes Legislativo e Judiciário discutidas mais na seara da Reforma Política do Estado.

Objetiva-se que o Estado promova e mantenha os chamados serviços essenciais sob o seu controle, por exemplo, forças armadas, representação diplomática, moedas, havendo uma maior cooperação da sociedade civil para consecução e desenvolvimento das chamadas políticas sociais como educação, saúde, habitação.

A Administração Indireta deverá ser cada vez mais autônoma, planejando os seus objetivos a cada início de período financeiro. Assim, as fundações públicas, autarquias e empresas públicas deverão dispor de recursos de forma mais ampla (autonomia de gestão), mas terão de cumprir um cronograma de investimentos e resultados a serem avaliados periodicamente, sendo apenas os recursos enviados a partir dos RESULTADOS e da EFICIÊNCIA DOS ADMINISTRADORES destas instituições. Estes administradores serão selecionados entre funcionários ou pessoas da sociedade civil, podendo ser mesmo afastados dos cargos caso os planos e resultados não sejam positivos.

A sociedade civil assim colaborará e o governo descentralizará as atividades, procurar-se-á apoiar com recursos financeiros e materiais (prédios e funcionários) as atividades das chamadas Organizações Não-Governamentais, já que estas são bem mais eficientes e produtivas do que a Administração Pública em muitas tarefas. Exemplos destas iniciativas são os Conselhos Municipais e as chamadas Organizações Sociais.

Como se percebe, a Administração Pública obedecerá além dos princípios definidos na Constituição Federal de 1988: moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade, também ao PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA e ao PRINCÍPIO DOS RESULTADOS. Tais modificações tornaram mais ágil o Poder Público que conseguirá realizar de muito mais eficaz as suas tarefas, servindo melhor à população. Como todas as mudanças, estas também são traumáticas, pois não significa apenas a modificação de uma norma, mas de um cultura parasitária e destrutura como é a Administração Pública. Ressaltamos, entretanto, que os desafios estão aí para serem enfrentados.

## VII - REFORMA TRIBUTÁRIA<sup>1</sup>

Ao se discutir a Reforma Tributária com as diversas modificações no sistema de financiamento do Estado, várias são as questões que nos vem a mente, quais sejam:

1-) Como dotar a União Federal de maior poder de controle sobre a estrutura macroeconômica do Estado Brasileiro ??

2-) Quais as alternativas para tornar os produtos brasileiros mais competitivos no exterior ??

---

<sup>1</sup> Os aspectos levantados neste trabalho sobre a Reforma Tributária baseiam-se principalmente na Proposta do Governo Federal de modificações no Sistema Financeiro e Tributário, sendo as críticas advindas da oposição e demais membros do Poder Legislativo Federal.

3-) Em que aspectos, podem-se deter as conhecidas "Guerras Fiscais" entre os Estados Brasileiros ??

4-) As dificuldades financeiras dos Estados-Membros e Municípios derivam da ineficiência administrativa ou da falta de receitas ??

Neste tópico do presente trabalho, propomos antes a reflexão sobre as questões acima elencadas, situando-as num contexto interno e internacional da Reforma do Estado Brasileiro. Responderemos topicamente a cada questão, buscando incitar os leitores a estudos e análises mais pormenorizadas.

Como já ressaltado, a Constituição de 1988 além de gerar uma grande descentralização política no Brasil, também efetuou uma transferência real de renda do Governo Federal para os Estados e Municípios. Isto significa que a União perdeu uma grande parcela do seu poder de investimento e do seu orçamento fiscal, mas manteve as mesmas atribuições constitucionais.

A União perdeu com a Constituição de 88 vários impostos importantes, dentre eles: os impostos sobre minerais (Art. 21, inciso IX da C.F./69); serviços de transportes e comunicações (Art. 21, inciso VII da C.F./69); produção, consumo, distribuição de óleo lubrificante e energia elétrica (Art. 21, inciso VIII da C.F./69). Além de ter de dividir com os Estados-Membros e Municípios através dos FUNDOS DE PARTICIPAÇÃO ou das TRANSFERÊNCIAS DIRETAS não apenas 20% do IPI e do IR (Art. 25 da C.F./69), mas sim 47% de toda a arrecadação destes dois impostos (Art. 159, inciso I, da C.F./88); devendo, também, transferir através mais 10% da arrecadação do IPI aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, proporcionalmente às exportações de produtos industrializados realizados por estes entes federativos (Art. 159, inciso II, da C.F./88). Tendo, ainda, a União de repassar o valor de 20% de qualquer imposto novo que institua mediante lei complementar para os Estados-Membros (Art. 157, inciso II, da C.F./88).

Como se observa, reduzidas ficaram as receitas da União Federal com as modificações advindas com a Constituição de 1988, se compararmos com o Sistema Tributário da Constituição de 1967/69. Perdeu a União boa parte de sua arrecadação, principalmente, no seu principal imposto, o incidente sobre a renda e proventos de quaisquer natureza (IR).

Foram bastante ampliadas as chamadas transferências constitucionais que se darão por regulamentação de LEI COMPLEMENTAR seguindo estrita observância ao disposto na Carta Magna (Art. 61, inciso II, da C.F./88).

Em termos numéricos de cada 100 reais arrecadados pela União, depois de efetivados os repasses/transferências constitucionais a Estados e Municípios, paga a conta da Previdência Social, sobram apenas 2 reais para a realização de investimentos como receitas livres. Tal fato, mostra que a União no sistema atual não consegue estabelecer uma política nacional de combate ao déficit público, à dívida interna, e não é capaz de exercer seu papel constitucional de mediadora e ponto de equilíbrio do Estado Federal Brasileiro.

Com essa grande perda no orçamento fiscal, a União passa a lançar mão das chamadas contribuições sociais - um meio de arrecadar recursos

que tem a vantagem de não implicar repasses aos governos estaduais e municipais, como ocorre com os demais tributos da União. Além de tudo, as contribuições sociais entram em vigor em apenas três meses após a sua criação, exemplo destas contribuições parafiscais são o COFINS, PIS, PASEP, contribuições sobre a folha de pagamento, entre outras. Atualmente o número de contribuições sociais está em torno de 25, tentando dotar a União Federal de mais recursos.

Acreditamos que se deve discutir e atribuir a União um maior poder tributário para que possa efetuar uma política fiscal de âmbito nacional que combata o déficit público e a dívida interna de modo mais enérgico, permitindo a implementação de necessárias políticas públicas de âmbito nacional. Não estamos defendendo a centralização do poder, apenas a dação da coordenação da Federação a União.

Inseridos no contexto da Globalização, sem tecer comentários neste trabalho a respeito da essência deste fenômeno econômico-internacional, o Brasil precisa tornar os seus produtos mais competitivos no cenário internacional. Tal fato é planejado com a desoneração das exportações, a fim de torná-las mais competitivas, não só em relação aos produtos industrializados ou semi-elaborados, mas também visando a desonerar os investimentos de capital.

Nestas integrações comerciais no plano regional e mundial, deve-se também reduzir impostos que oneram a agricultura, principalmente aqueles que formam a chamada cesta básica, sendo tal questão tributária de reflexos eminentemente sociais.

É de se ressaltar que a desoneração dos produtos a serem exportados cria um problema grave para os Estados-Membros exportadores que vão ter suas receitas diminuídas, devendo-se na nossa opinião criar um tipo de Fundo de Compensação para estes Estados. Acreditamos, todavia, que os investimentos que serão realizados com a implementação de novas indústrias nacionais e estrangeiras compensaram a médio e longo prazo as desonerações das exportações brasileiras.

Planeja-se, ainda, dentro da Reforma Tributária criar um novo tributo que substitua o ICMS estadual e o IPI federal, surgindo assim o novo ICMS. Este imposto teria como base de cálculo a mesma do atual ICMS e do IPI, acrescido da incidência sobre serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal.

Este imposto seria cobrado no local de fabricação dos produtos e teria uma alíquota federal e estadual, isto é, se a alíquota do imposto fosse de 17%, cerca de 12% seriam dos Estados-Membros Produtores e Consumidores e 5% da União. A arrecadação, por fim, caberia a União que depois repassaria o percentual devido aos Estados.

Este novo imposto evitaria as Guerras Fiscais, já que se os Estados-Membros resolvessem reduzir a sua alíquota, a União teria a sua participação automaticamente aumentada, reestabelecendo a alíquota total. Também, cada serviço ou produto teria sobre ele incidindo uma alíquota determinada e uniforme a nível nacional. Assim, se o Estado-Membro reduzisse de 12% para

7% sua alíquota no novo ICMS, a alíquota da União subiria de 5% para 10% automaticamente, reestabelecendo-se a alíquota total de 17%. Não haveria mais meios de se implementar as Guerras Fiscais entre os Estados-Membros que tantos malefícios trazem para a nação.

O novo tributo seria dividido entre a União, o Estado-membro produtor e o Estado-membro consumidor, visando a diminuir as desigualdades regionais. O tributo seria devido na origem e diminuiria, com a uniformidade das alíquotas, as fraudes nas operações de comércio interestaduais. Assim, pagar-se-ia o imposto na fábrica de automóveis em São Paulo de um veículo lá produzido e vendido para a Paraíba, este imposto seria arrecadado pela União e rateado entre São Paulo, a própria União e a Paraíba, cada qual tendo um percentual estipulado.

As críticas sobre esta proposta do novo ICMS são de várias ordens, dentre elas: Primeiro, a União não tem fiscais suficientes para efetuar a arrecadação e fiscalização de um imposto de base tributária tão larga.

Segundo, a União estaria perdendo o IPI, mas estaria agora arrecadando o novo ICMS que possuiria uma base bem mais ampla, o que poderia resultar numa maior centralização político-tributária do Estado Brasileiro.

Terceiro, os Estados meramente exportadores como o Amazonas perderiam muito, pois boa parte dos recursos do novo ICMS são divididos com os Estados consumidores, devendo haver assim uma compensação para estes Estados.

Quarto, enquanto a União usa apenas uma mera lei ordinária para fixar ou operar as suas alíquotas, as alíquotas do ICMS do Estado exigiriam soluções do Senado Federal.

Outra questão que se coloca é o problema do financiamento dos Municípios.

Com a Constituição de 1988, praticamente não houve aumento dos impostos privativos dos municípios, estes tiveram apenas o acréscimo do IVVC e do ITBI *inter vivos*, continuando com o IPTU e o ISS.

Estes impostos exclusivos criados na Constituição de 1988 tem pouca representatividade nas receitas globais dos municípios brasileiros. Primeiro porque o IVVC foi extinto por emenda constitucional, e segundo porque já cabia ao Município no regime constitucional anterior a participação em 50% da arrecadação do ITBI *inter vivos e mortis causa* efetuado pelos Estados-membros, o que equivale ao montante auferido atualmente no nosso sistema constitucional.

Os recursos municipais servem para efetuar várias tarefas dentre as quais citamos três básicas: 1-) o dever de organizar e prestar serviços diretamente à população local; 2-) atuar nas áreas de competência comum do artigo 23 da Constituição Federal, principalmente nos setores sociais (habitação, saúde, educação); 3-) organizar e prestar serviços locais sob o regime de concessão ou permissão. O que mostra serem múltiplas as competências constitucionais dos Municípios advindos da descentralização do Estado Brasileiro.

A maior parte dos recursos dos Municípios Brasileiros advém das TRANSFERÊNCIAS FEDERAIS E ESTADUAIS. Cerca de 22,5% do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados são transferidos para os Municípios, contra o montante de apenas 10% destes dois impostos que lhes eram conferidos no regime constitucional anterior. Os municípios participam também de cerca de 25% do produto de arrecadação do ICMS estadual contra uma participação de apenas 20% da arrecadação deste imposto quando da Constituição de 1969.<sup>1</sup>

Indubitavelmente, razoáveis foram os aumentos de receitas dadas aos Municípios através da Constituição Federal, principalmente no referente à participação nas Transferências de Tributos, atestando a vontade do constituinte em descentralizar o Estado Brasileiro e dotar os municípios de uma efetiva autonomia financeira.

Infelizmente, entretanto, a base tributária exclusiva dos municípios é de pequena amplitude e quase nada representa dentro de suas receitas totais, havendo a dependência muito grande das transferências federais e da participação no produto arrecadatário do ICMS. Urge-se, assim, repensar o modelo de financiamento dos Municípios, visando a dotá-los de maior equilíbrio financeiro para fazer face às enormes atribuições constitucionais que lhes foram deferidas.

Além dessas mudanças, devem-se criar também certos impostos como os que incidem sobre grandes fortunas através de lei complementar (Art. 153, inciso VII), e diminuir, ao nosso ver, os chamados impostos indiretos, buscando valorizar os impostos sobre a renda e imóveis que atingem as mais altas camadas sociais.

Tais medidas visam a respeitar de modo mais efetivo os PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA informadores do Direito Tributário, pois quem deve pagar mais tributos proporcionalmente devem ser os possuidores de riquezas materiais e não as classes médias e os pobres esfomeados deste país.

### VIII - REFORMA POLÍTICA

A Reforma Política envolve três temas básicos: o sistema eleitoral/representativo; as relações intergovernamentais no Brasil e o problema sobre o papel do Senado dentro do Pacto Federativo Brasileiro.

---

<sup>1</sup> Dados estatísticos asseveram que os Municípios mais ricos do Brasil tem uma alta dependência do repasse do ICMS, devido a grande circulação de mercadorias e serviços nestes grandes centros. Já os Pequenos e Médios Municípios dependem muito dos Fundos de Participação dos Municípios (FPM). A dependência das transferências é gritante e atesta a fragilidade financeira dos Municípios. Assim, a queda de arrecadação do ICMS no Município de São Paulo poderia trazer consequências desastrosas para o Poder Público da região, e o não envio das verbas federais por meio das transferências afeta muito as contas públicas da maioria dos médios e pequenos municípios brasileiros.

Acredita-se, inicialmente, que o melhor sistema representativo para o Brasil seria o derivado do VOTO DISTRITAL.

O voto distrital é um instrumento de descentralização política, constituindo-se na única garantia da autenticidade da representação política, já que permite a escolha consciente e a fiscalização dos eleitos. Os parlamentares seriam eleitos por uma determinada comunidade (distrito) e nas Assembléias Legislativas/Câmara dos Deputados defenderiam com mais eficiência os interesses dos seus eleitores, que cobrariam mais do político que elegeram.

Assim, o voto não ficaria pulverizado, e os eleitores do Distrito saberiam quem é realmente o seu representante, cobrando mais providências para seus problemas básicos. Além disto, a eleição por voto distrital acabaria com a subrepresentação de Estados ou Municípios populosos no Poder Legislativo, passando o voto a possuir igual "valor", isto é, atualmente um deputado do Amapá representa cerca de 32.000 eleitores, enquanto um de São Paulo representa 470.000, em outros termos o voto do eleitor do Amapá vale 14 vezes mais do que o de São Paulo, uma excrecência que o VOTO DISTRITAL tende a acabar.

Por todos os motivos aduzidos, o voto distrital parece ser um instrumento de incremento da Democracia Brasileira e também um meio da população controlar mais seus governantes.

Acreditamos ser necessário, também, que se exija através de uma Reforma Constitucional a FIDELIDADE PARTIDÁRIA, já que quando elegemos o político, estamos apoiando a sua legenda/partido. A fidelidade significa que um político eleito por um certo partido deve seguir as orientações e planos políticos deste partido, sob pena de ser expulso e perder o mandato eletivo.

Esta Fidelidade irá fortalecer muito os partidos políticos que seriam forçados a traçar um plano político para o Estado Brasileiro bem definida e seria cobrada pela população para efetivar isto. Realmente, tal fato seria um enorme ganho em termos de governabilidade, legitimidade e democracia para o povo brasileiro.

Quanto a questão das relações intergovernamentais no Estado Brasileiro, isto é, as relações estabelecidas pela União, Estados-Membros e Municípios e seus papéis dentro da Federação Brasileira, necessário se faz estabelecer regras jurídicas que tornem efetivas as cooperações e profícuos os relacionamentos entre os diferentes patamares de governo (FEDERALISMO COOPERATIVO).

Espera-se que em breve seja promulgada a LEI COMPLEMENTAR estabelecida no Art. 23, § único da Constituição Federal, visando principalmente a delimitar as competências de cada ente federativo frente aos diversos problemas sociais que tanto afligem o povo brasileiro.

A definição e clarificação das funções, papéis e competências em matéria social é muito importante para vincular os governantes às suas obrigações em relação à sociedade e ao progresso do Estado Brasileiro.

Ao nosso ver, o relacionamento entre as diversas esferas de governo no Estado Brasileiro poderia ser estabelecido conforme ensinamento de Celso

Ribeiro Bastos: " A regra de ouro poderia ser a seguinte: nada será exercido por poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isso significa dizer que só serão atribuídas ao Governo Federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser cumpridas senão a partir de um Governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o Município prefere o Estado à União. O estado, por sua vez, prefere a União."

Realmente, com base nas idéias da DESCENTRALIZAÇÃO e COOPERATIVISMO que informam o Estado Federal Brasileiro, tudo deveria ser realizado dentro da esfera municipal, que teria para fazer face a estas exigências maiores receitas tributárias. Somente caberiam aos Estados-membros as questões de interesse regional que não pudessem ser resolvidas pelos Municípios e a União restariam as tarefas de coordenação e apoio às iniciativas locais/regionais, bem como a implementação de POLÍTICAS PÚBLICAS DE ÂMBITO NACIONAL, somente quando fosse o caso de promover de modo mais intenso certos setores sociais ou econômicos do Estado Brasileiro. Enfim, a União de regra apenas apoiaria as iniciativas dos governos municipais e estaduais que teriam recursos próprios para realizar as suas competências/tarefas constitucionais.

Bem lembra o Prof. Célio Borja a importância deste Novo Pacto Federativo ao afirmar que: " O processo de descentralização não estará completo, nem trará benefícios significativos para a cidadania, se o poder político e os serviços públicos não se implantarem a partir do nível municipal."<sup>1</sup>

Em termos da Reforma Política, finalizamos com discussão sobre o problema da indefinição do papel do Senado Federal na estrutura política do Brasil.

O Senado Brasileiro deveria possuir o papel de representante dos interesses dos Governos Estaduais junto a União Federal, isto é, o órgão senatorial seria composto dos interesses diretos dos governos estaduais que colaborariam com a Câmara dos Deputados para a FORMAÇÃO DA VONTADE NACIONAL.

No Brasil, entretanto, o Senado é constituído com o voto da população, não tendo o dever constitucional de defender e colaborar com os Governos Estaduais. Assim, o Senado Brasileiro não é representativo dos Governos dos Estados-Membros, mas sim da população destes Estados, o que se constituiu numa deturpação do papel do Senado dentro do Modelo Federal Brasileiro.

Entendemos que é necessária a reformulação do papel do Senado, a fim de que este possa se aproximar do *Bundesrat* alemão. O Senado deve funcionar como um órgão que represente efetivamente os governos estaduais frente ao governo central, a fim de formar a vontade nacional de modo mais coerente e participativa de todas as esferas governamentais que formam o Pacto Federativo Brasileiro.

---

<sup>1</sup> Célio Borja. Federalismo Brasileiro. in Revista de Direito Público, nº 73

X - OUTRAS MODIFICAÇÕES NECESSÁRIAS

Várias são as outras modificações de que necessita o Estado Brasileiro, aqui apenas citaremos topicamente duas delas, quais sejam: Reforma do Poder Judiciário e a Reforma Previdenciária.

Em termos de receitas estatais totais em 1990, a União Fiscal tinha cerca de 33 % do total; a União Seguridade-Social 29%; os Estados-Membros 27%; e os Municípios 11%. Já em 1995, a União Fiscal ficou com 18%; a União Seguridade-Social 39%; os Estados-Membros 27% e os Municípios 11%.

A simples análise literal dos números já demonstra uma necessidade clara de reformar o Sistema Previdenciário no Brasil. Como se percebe, a participação da Seguridade Social nos gastos públicos cresceu de forma assustadora em 5 anos, pulando de 29% para 39%, diminuindo a capacidade de investimento do Estado Brasileiro em seus diversos níveis de poder.

A situação da Seguridade é realmente catastrófica, atualmente existem cerca de 2,2 pessoas trabalhando para 1 pessoa aposentada, enquanto que o ideal deveria ser 3 pessoas trabalhando para 1 aposentada. Existem mesmo setores da Administração Pública em que o quadro de aposentados é três vezes maior do que os que estão na ativa.

Além de tudo, a população brasileira está envelhecendo bastante rápido devido ao aumento da expectativa de vida, havendo muitos trabalhadores informais e rurais que podem se aposentar com 70 anos sem nunca ter contribuído para Previdência Social, bem como a extensão em 1989 do Regime Estatutário a todos os servidores celetistas, onerando bastante os cofres públicos. Estes fatos alarmam ainda mais os especialistas e tornam negro o futuro da Sistema de Previdenciário Nacional, que necessita urgentemente de uma profunda Reforma.

Quanto a Reforma do Poder Judiciário, não cabe num trabalho tão sucinto discutir de forma detalhada as problemáticas do Poder Judiciário no Brasil, todavia vamos apenas levantar uma única questão: Porque não dar também soluções jurídicas locais aos problemas simples da vida do cidadão ??? Evitar-se-ia o excesso de recursos e diminuiria em muito a morosidade do Poder Judiciário.

O problema situa-se na própria Constituição de 1988. Esta constitucionalizou praticamente todos os ramos do Direito, desde o Direito de Família até o cuidado com a alimentação, assim quaisquer problemas judiciais tem um cerne na questão federalista, devido a enorme dimensão de normas programáticas e a abrangência de certas matérias existentes na nossa Carta Magna.

Deveríamos para desafogar o nosso Judiciário evitar além da inflação de normas jurídicas, também a constitucionalização de matérias das mais diferentes searas jurídicas, tomando como exemplo o EUA em que " quase todas as relações jurídicas individuais são regidas pelo direito local. Por esse motivo, os processos são resolvidos com celeridade e os recursos são escassos."

Lembremos que um Poder Judiciário mais célere e atuante evita a impunidade e os desmandos dos governantes dentro de um Estado Democrático, além de ser fator importante para implementação de valores sociais para uma coletividade.

## XI - CONCLUSÕES

As Reformas Constitucionais não pode passar a margem da discussão de como financiar de modo mais racional o Estado Brasileiro, nem tampouco de determinar explicitamente o tipo de interrelacionamento que deve ser estabelecido entre os entes federativos: União, Estados-Membros, Distrito-Federal e Municípios.

A discussão do Federalismo vem, neste sentido, ajudar a fundamentar bases teóricas que buscam determinar os rumos mais corretos para atingir-se a tão sonha DEMOCRACIA REAL e a JUSTIÇA SOCIAL.

Reconhecemos que é deveras complexo coordenar todos os desejos de um sociedade tão multifacetada e cheia de contrastes como a brasileira, mas o empenho de todos e a discussão mais ampla de que tipo de Estado almejamos, será algo extremamente salutar para o desenvolvimento da nossa ainda imatura democracia.

Demitir e aterrorizar funcionários com a fim da estabilidade; realizar cortes profundos nas políticas públicas que apoiam o social, efetuando a ampliação das desigualdades regionais e locais; concentrar poderes nas mãos da União, sob pretexto de melhorar a governabilidade; ampliar mandados políticos sem prévia consulta popular por plebiscito; deixar indefinida uma política cambial para o país; não atrair investidores para a economia nacional através de uma política externa mais elaborada; incentivar e premiar funcionários suspeitos dentro de órgãos estatais; enfim tudo isto é algo incoerente e inconseqüente que não trará nenhum benefício para o Estado e população brasileira.

As mudanças devem ser radicais e profundas, todavia só devem ser elaboradas e postas em prática com o apoio e colaboração de toda a comunidade, não podendo ser, como tantas já realizadas no Brasil, *de cima para baixo*.

Esperamos ter ao menos colaborado e posto em pauta assuntos tão importantes que afetam a vida de todos os brasileiros, na tentativa de criar um Estado que cumpra ao menos o preceituado no Art. 3 da Constituição Federal Brasileira. Pedimos desculpas pelos erros por ventura existentes nestas sucintas notas que vos apresento.

## bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. Por uma Nova Federação  
BRASIL, Constituição. Constituição da República Federativa do. Brasil de 17 de outubro de 1969. Editora: Atlas; 10ª edição; 1978
- FEITOSA, Raymundo Juliano. Caderno Verão no Campus. Federalismo, Descentralização e Reforma do Estado. Ministério da Administração e Federal e da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado. 21/09/95
- PIMENTEL, Mirna Hélia. Mestrado em Ciência Política. Federalismo e Reforma do Estado. set/1996
- BREMAEKER, François E. J. de. Descentralização e apoio institucional aos Municípios Brasileiros. 1995.

# EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS LIMITES CONSTITUCIONAIS <sup>1</sup>

por

Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues  
(Aluna da Graduação em Direito da UFPE)

## sumário

1. INTRODUÇÃO; 2. MEDIDAS PROVISÓRIAS NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL; 3. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988; 3.1 O ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUAS IMPLICAÇÕES; 3.2 MAIS RESTRIÇÕES À EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS; 4. DA REEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS; 4.1 MEDIDAS PROVISÓRIAS REJEITADAS; 4.2 MEDIDAS PROVISÓRIAS NÃO APRECIADAS NO PRAZO; 4.3 PERDA DA EFICÁCIA DESDE A EDIÇÃO; 5. O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 223/90; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, dentro do Título "Dos Princípios Fundamentais", prescreve em seu art. 2º: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.* Trata-se do princípio da Separação dos Poderes, definido e divulgado por Montesquieu, na sua visão tripartida dos Poderes.

Abraçado por várias Constituições, esse princípio já não é mais visto de forma absoluta, intangível. Hodiernamente, são admitidas interpenetrações entre os Poderes, a fim de que, num sistema de freios e contrapesos, coíbam-se os abusos, atingindo-se, assim, um equilíbrio entre eles.

O instituto da medida provisória é uma dessas interferências admitida por várias legislações. Na lição de Biscaretti di Ruffia (1973, p. 479-481), consiste numa função legislativa do Poder Executivo. Busca-se um meio mais hábil, rápido e eficaz de, em conjunturas extremas, afastar-se a aplicação do processo legislativo comum.

Sendo assim, o Presidente da República em situações relevantes e urgentes pode editar medidas provisórias, com força de lei, que deverão ser apreciadas no prazo de trinta dias pelo Congresso Nacional, sob pena de perderem eficácia desde a sua edição.

---

<sup>1</sup> Trabalho aprovado no Congresso Internacional de Direito Constitucional, Administrativo e Tributário, realizado na cidade do Recife - PE, em agosto de 1996.

Criada pela Constituição de 1988, em substituição ao mal visto decreto-lei, até 1º de agosto deste ano, já haviam sido editadas 1.484 medidas provisórias, resultando em uma medida provisória a cada 2 dias. Instituída para ser utilizada em caráter excepcional, visto que em sua própria denominação se vislumbra o seu caráter provisório, efêmero, a medida provisória passou a ser o instrumento disciplinador das relações jurídicas no Brasil. São editadas e reeditadas mais medidas provisórias do que leis, e entre elas, há grandes diferenças, como se verá.

Sob o argumento de uma má redação do art. 62 e seu parágrafo único da Constituição Brasileira, o Chefe do Poder Executivo vem interpretando esse dispositivo da maneira que lhe convém, enquanto o Congresso Nacional assiste a tudo inerte.

Será que não existem limitações a esse poder de legislar do Presidente da República?

O objetivo deste trabalho é justamente demonstrar que, numa interpretação lógico-sistemática da Constituição de 1988, são encontrados vários limites à edição de medidas provisórias, quanto à sua matéria, à sua reedição, dentre outros aspectos; limites estes que não podem ser ignorados, sob o risco de se ir contra o Estado Democrático de Direito, contra a nossa Carta Fundamental.

## 2. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

Em todo o mundo, diversos ordenamentos jurídicos regulam mecanismos semelhantes à medida provisória.

Na Itália, o Governo pode editar, sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e urgência, as chamadas *ordinanzi di necessitá* com força de lei, que perderão sua eficácia desde a sua edição, se não forem convertidas em lei pelas Câmaras no prazo de sessenta dias. As *ordinanzi* estão sujeitas tanto ao controle do legislativo que as converterá em lei ou não, quanto ao controle judiciário da Corte Constitucional (art. 134, I da Constituição Italiana).

Na Espanha, as *disposiciones legislativas provisionales*, editadas pelo governo em casos de extraordinária e urgente necessidade, devem ser apreciadas pelo Parlamento em trinta dias, vedando a Constituição Espanhola expressamente as matérias que não podem ser objeto destas *disposiciones*: o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, o regime das Comunidades Autônomas e o Direito Eleitoral Geral.

A Constituição Portuguesa prevê a edição de decretos-leis, que devem ser submetidos à aprovação do Conselho de Ministros, estabelecendo, assim, uma responsabilidade política entre este e o Primeiro Ministro. Determina a inadmissibilidade de reapresentação de decreto-lei na mesma sessão legislativa.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, em seu art. 55, prescrevia:

*Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:*

*I - segurança nacional;*

*II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e*

*III - criação de cargos públicos e vencimentos.*

*§ 1.º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.*

*§ 2.º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.*

Observa-se, pois, que o decreto-lei apresentava as seguintes características: edição em casos de urgência ou de interesse público relevante; não podia implicar aumento de despesa; limitação quanto à matéria (o que infelizmente não foi respeitado); prazo para apreciação de sessenta dias; aprovação por decurso de prazo; proibição de emendas; e validade dos atos praticados durante a sua vigência, mesmo que fosse rejeitado.

Visto como um ato autoritário, unilateral, e utilizado de maneira abusiva, o decreto-lei ficou marcado como uma experiência negativa no sistema jurídico brasileiro, que o constituinte de 1987/88 tratou de substituir pela medida provisória.

No entanto, *só a fobia pela expressão decreto-lei e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição, justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão de nosso constitucionalismo (Decreto-lei) por esta outra (Medida Provisória), cujos aspectos negativos, em razão dos poderes, aparentemente ilimitados conferidos ao Presidente da República, são, muitas vezes, piores do que aqueles permitidos pelo Decreto-lei.* (Dantas, 1991, p. 57)

### 3. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

#### 3.1 O ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUAS IMPLICAÇÕES

Reza o art. 62 da Carta Fundamental:

*Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.*

*Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*

Nota-se que é requisito essencial à validade da edição de uma medida provisória a concomitância da relevância e da urgência. Relevante é tudo aquilo que é importante, indispensável, necessário. Urgente é o que não se pode adiar ou transferir.

Ora, poder-se-ia imaginar que são dois conceitos bastante genéricos e que ficaria a critério do Presidente da República a sua caracterização. No entanto, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A relevância e a urgência devem ser entendidas dentro do contexto constitucional.

Ensina o Mestre Pinto Ferreira (1992, p. 89): *Só existe realmente urgência, como requer o art. 64, §§ 2º e 4º, quando a medida provisória que se pretende editar seja inferior ao prazo do referido artigo, pois se não ocorrer tal prazo, a norma só pode ser editada sob a forma de lei.*

Cabe, então, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário a apreciação da coexistência desses pressupostos de admissibilidade. A Resolução nº 1 de 1989 do Congresso Nacional, que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias, regula em seu art. 5º a rejeição da medida provisória que não apresentar os requisitos constitucionais. Na mesma hipótese, pode agir o Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade da medida provisória.

As medidas provisórias estão enquadradas no processo legislativo (art. 59, inc. V da CF/88). Contudo, o próprio art. 62 esclarece que medida provisória não é lei, tem apenas força de lei. A medida provisória é efêmera, os seus efeitos são precários, pois está subordinada a uma condição resolutiva, dependendo da sua aprovação pelo Congresso Nacional. Logo, não pode medida provisória disciplinar situações jurídicas de maneira definitiva, irreversível, até porque sua edição não é precedida de um amplo debate no Poder Legislativo e na sociedade, ao revés, é um ato unilateral do Presidente da República que tem eficácia imediata.

Disso decorrem três importantes limitações quanto à edição de medidas provisórias.

Primeiramente, não é concebível o disciplinamento de matéria penal por medida provisória. É princípio constitucional a reserva legal em matéria criminal (art. 5º, XXXIX). Tendo a medida provisória sua plena eficácia subordinada à aprovação do Congresso Nacional, *não se pode admitir que alguém seja incriminado com base num diploma legal cujos efeitos podem vir a ser aniquilados.* (Rothenburg, 1993, p. 318)

Também a Carta Magna proíbe a edição de medidas provisórias para criar ou majorar tributos. De fato, são princípios consagrados constitucionalmente a estrita legalidade (art. 150, I) e a anterioridade em matéria tributária (art. 150, III, b). Ensina o Prof. Paulo de Barros Carvalho (1991,

p. 42): *O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder Legislativo a aprecie, acolhendo-a, expõe os cidadãos comprometendo direitos que lhe são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos pela Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monárquica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo 'tributo' ostenta nos dias atuais.*

Da mesma forma, em virtude desses efeitos precários da medida provisória e de esta ter apenas força de lei, não se podem revogar leis através de medidas provisórias. A edição de uma medida provisória apenas suspende a eficácia dessas leis anteriores, cabendo tão-somente ao Congresso Nacional a sua revogação ou derrogação, quando da apreciação da medida provisória. Não sendo esta convertida em lei, retomam essas leis sua plena eficácia.

### 3.2 MAIS RESTRIÇÕES À EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

O art. 68, § 1º da Carta Magna estabelece vedações às leis delegadas: atos de competência exclusiva do Congresso Nacional; os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; matéria reservada à lei complementar; legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e garantia de seus membros, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Se, mesmo com autorização do Congresso Nacional, o Presidente da República não pode disciplinar essas matérias, com muito menos razão poderá fazê-lo por meio de medida provisória, ato unilateral seu de eficácia imediata. Dessa forma, estendem-se à edição de medidas provisórias as vedações impostas às leis delegadas.

Não pode o Chefe do Executivo, através de medida provisória, emendar a Constituição. Apenas ao Parlamento cabe essa função. A única participação conferida ao Presidente da República é a possibilidade de propor a emenda, não influenciando em mais nenhum ato de reforma constitucional. Ademais, a eficácia imediata da medida provisória é incompatível com o procedimento solene previsto para a alteração da Carta Magna.

Também abrangem as medidas provisórias as vedações do § 4º, do art. 60: as denominadas cláusulas pétreas. São matérias de tal importância que o constituinte não permitiu que se apresentasse sequer proposta de emenda tendente a aboli-las.

## 4. DA REEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Já é rotina, no ordenamento jurídico brasileiro, a reedição de medidas provisórias, apesar de a Constituição não autorizar essa prática. Até o dia 8 de março do ano em curso, foram reeditadas, no atual governo, 565 medidas

provisórias (Entulho, 1996, p. 31), muitas delas mais de uma vez. Só no Diário Oficial da União de 2 de agosto, dezoito medidas provisórias foram reeditadas, dentre as quais, a medida provisória nº 1.481, cuja matéria já está em sua 39ª edição.

Uma vez editada uma medida provisória, deve ser imediatamente submetida à apreciação do Congresso Nacional, que, analisando se estão presentes os pressupostos necessários à sua edição e a maneira como se regulou a matéria, irá aprová-la (podendo inclusive propor emendas) ou rejeitá-la, ou simplesmente não se pronunciará a respeito.

Defendeu Saulo Ramos (1989, p. 725-726), quando na Consultoria da República, que tanto a medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional (desde que subsistam as razões justificadoras de sua edição - relevância e urgência), como a que não foi apreciada no período de trinta dias, podem ser reeditadas pelo Presidente da República.

#### 4.1 MEDIDAS PROVISÓRIAS REJEITADAS

Com relação à medida provisória rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional, entendo ser vedada sua reedição. A medida provisória é instrumento normativo excepcional que, ao ser editada, entra na esfera de apreciação do Parlamento, não podendo mais ser alterada, revogada, substituída, nem reeditada pelo Presidente da República. Sua análise compete unicamente ao Congresso, legítimo representante do povo e incumbido, constitucionalmente, de legislar. É soberana a vontade do Congresso Nacional quando da apreciação da medida provisória. Se se permitisse que o Presidente da República reeditasse medida provisória rejeitada, seriam atingidos vários dispositivos constitucionais: art. 1º, *caput* e seu parágrafo único, art. 2º, art. 44, art. 48, art. 49, inc. XI, art. 85, inc. II.

Sobre essa matéria já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, quando da medida provisória nº 190/90 (Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar nº 293. Rel. Ministro Celso de Mello. Votação unânime. DJ 16.04.93, p. 06429):

*As medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as constituiu. (...)*

*A rejeição parlamentar de medida provisória - ou de seu projeto de conversão -, além de desconstituir-lhe 'ex tunc' a eficácia opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo de natureza cautelar. (...)*

Apesar dessa decisão unânime da Corte Constitucional, nossos Governantes insistem em desrespeitar a Constituição, como na recente

medida provisória nº 1.415 que, em um de seus artigos institui a cobrança de contribuição previdenciária para os inativos, assunto este que, abordado em projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional, no mês de janeiro, foi rejeitado por uma diferença de mais de 180 votos.

#### 4.2 MEDIDAS PROVISÓRIAS NÃO APRECIADAS NO PRAZO

Quanto à reedição de medidas provisórias não apreciadas no prazo constitucional, a polêmica gira em torno da interpretação do parágrafo único do art. 62.

Para alguns doutrinadores, expirado o prazo conferido ao Congresso Nacional para avaliar medida provisória editada, haveria uma ausência de decisão, em nada impedindo que a medida provisória fosse reeditada.

No entanto, a própria Carta Fundamental prevê o silêncio como forma de manifestação de vontade. Prescreve o § 3º, do art. 66 que, decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará em sanção. Da mesma forma, a Emenda Constitucional de 1969, em seu art. 55, como já visto, admitia a aprovação por decurso de prazo do decreto-lei não apreciado pelo Parlamento dentro do prazo fixado.

Ora, parece-me que, quando o constituinte se referiu à perda da eficácia das medidas provisórias não avaliadas pelo Congresso Nacional, na realidade, pretendeu considerá-las rejeitadas. E, mesmo que assim não fosse, a falta de manifestação no prazo de trinta dias demonstra que, para os parlamentares, não está caracterizada a situação de relevância e urgência, indispensável à admissibilidade de uma medida provisória.

Logo, a falta de manifestação expressa do Congresso Nacional sobre uma medida provisória deve implicar a sua rejeição. E, como já foi aludido, medida provisória rejeitada não pode ser reeditada, pois é do Congresso Nacional a última palavra com relação à mesma.

À medida provisória rejeitada, expressamente pelo Congresso Nacional ou por não ter sido apreciada no prazo de trinta dias, aplicar-se-á o disposto no art. 67 da Constituição Federal, não podendo, portanto, ser reapresentada pelo Chefe do Executivo na mesma sessão legislativa. Apenas resta a este propor projeto de lei sobre a matéria, podendo até solicitar urgência na sua apreciação (art. § 1º, art. 64).

#### 4.3 PERDA DA EFICÁCIA DESDE A EDIÇÃO

Uma observação ainda se faz necessária quanto ao parágrafo único do art. 62. Prescreve o mencionado dispositivo: *As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.* [grifo nosso]

Ora, se as medidas provisórias perdem a sua eficácia *ex tunc*, não há como se cogitar da existência de relações jurídicas delas decorrentes para serem disciplinadas, pois são desfeitas todas as suas conseqüências até então

produzidas. Assevera Fran Figueiredo (1991, p. 147): *Dissolvidos os efeitos jurídicos da medida, efeitos adredemente perseguidos numa relação de causalidade, não estaríamos diante senão de uma 'res nullius', de um nada jurídico, não fossem os efeitos materialmente produzidos na vida das pessoas e instituições, durante a provisoriedade de sua existência.*

No entanto, buscou o constituinte com aquele dispositivo impedir que, diante de qualquer abuso cometido pelo Presidente da República, os efeitos materialmente produzidos pelas medidas provisórias pudessem afetar interesses jurídicos, trazendo prejuízos às pessoas, daí a necessidade de serem reguladas, no todo ou em parte, essas relações decorrentes das medidas provisórias rejeitadas. É, inclusive, a fórmula adotada pelo direito italiano, em quem o constituinte brasileiro se baseou.

## 5. O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 223/90

Muitos dos aspectos abordados neste trabalho estão regulados no Projeto de Lei Complementar nº 223/90 de autoria do então Deputado Nelson Jobim. É importante salientar que a própria Constituição Federal no parágrafo único do art. 59 prevê que lei complementar regulará esse instituto.

Os principais aspectos desse Projeto são:

a) exigência de exposição de motivos para se editar uma medida provisória, tanto com relação aos requisitos indispensáveis da relevância e da urgência como à constitucionalidade e juridicidade da medida;

b) determina expressamente quais as matérias que não podem ser reguladas por medida provisória;

c) a inadmissão de uma medida provisória, por falta dos requisitos de urgência e relevância implica a sua conversão em projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, que será apreciado nos termos dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal;

d) possibilidade de apresentação de emendas à medida provisória;

e) medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa, podendo, contudo, ser apresentada na forma de projeto de lei;

f) medida provisória não apreciada pelo Parlamento no prazo constitucional de trinta dias poderá ser reeditada uma só vez;

g) não convertida em lei a medida provisória, o Congresso terá sessenta dias para disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, via decreto legislativo.

Algumas considerações se fazem necessárias. Primeiramente, seria indispensável incluir-se entre as matérias que não podem ser objeto de medida provisória a criação ou majoração de tributos, pelos motivos já expostos anteriormente.

O projeto prevê a possibilidade de uma única reedição de medida provisória não analisada pelo Congresso Nacional no prazo de 30 dias. Deveria ter sido ressaltado que, na reedição de uma medida provisória, há a necessidade de serem obedecidos os mesmos requisitos da edição: devem

coexistir a relevância e a urgência; ademais, a reedição também não deve prescindir de uma exposição de motivos.

No meu entender, seria muito melhor que fosse feita uma reforma constitucional no art. 62 da Carta Magna, ampliando-se o prazo para sessenta dias, que, inclusive, era o prazo para análise do decreto-lei. Representaria tempo mais que suficiente para a apreciação do Poder Legislativo, impedindo-se qualquer reedição. Além do mais, poderia ser estendido para a medida provisória o disposto na parte final do § 2º do art. 64 da Constituição Federal: se até o 59º dia a medida provisória não tivesse sido apreciada, incluir-se-ia esta na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação sobre os demais assuntos, para que se ultimasse a sua votação. Seria uma maneira de se "obrigar" o Congresso Nacional a se manifestar sobre essa medida excepcional, que, desde a sua edição, já interfere de modo imediato nas relações jurídicas.

De qualquer maneira, o projeto é mais do que válido e oportuno. Cabe agora aos nossos parlamentares o bom senso de discutirem e aprovarem esse projeto para que abusos não sejam mais cometidos.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da celeridade do fenômeno econômico e social, da lentidão do processo legislativo ordinário e até da omissão do Congresso Nacional em apreciar determinadas matérias, o instituto da medida provisória é de grande importância, tanto que disposições similares são adotadas em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros. Possibilita que o Presidente da República, em situações relevantes e urgentes, discipline de maneira imediata as relações jurídicas.

Contudo, no Brasil, o uso da medida provisória vem sofrendo fortes distorções, em virtude da falta de delimitação expressa quanto a sua edição na redação do art. 62 da Constituição Federal.

No entanto, a própria Carta Fundamental em seu texto apresenta limitações à edição de medidas provisórias: a urgência deve ser interpretada tendo-se em vista o § 2º do art. 64; medidas provisórias não podem disciplinar matéria penal nem instituir ou majorar tributos, em virtude de princípios consagrados constitucionalmente; medidas provisórias não podem ser reeditadas na mesma sessão legislativa, por lhes ser aplicado o art. 67; dentre outras restrições apontadas no decorrer desse trabalho.

Ademais, não caberia outra interpretação senão a restritiva, em se tratando de medida provisória, pois é princípio aplicado ao direito público: *tudo que não estiver expressamente permitido está proibido*. Se a Constituição não prevê a reedição de medida provisória, está vedada a sua reedição; se a Carta Magna não permite que medida provisória revogue lei anterior, está proibida revogação por seu intermédio, e assim por diante.

Melhor seria se o Projeto de Lei Complementar nº 223/90, que disciplina a edição de medidas provisórias, fosse logo discutido e aprovado, pondo fim a esse verdadeiro "pandemônio jurídico" que se instaurou em nosso

País, na feliz expressão de Manoel Ferreira Filho (1992, p. 104). Talvez falte vontade política para que isso se concretize.

Enquanto isso, se a própria Constituição já fornece essas limitações, cabe ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário (sobretudo ao Supremo Tribunal Federal) e ao Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e do regime democrático, coibirem quaisquer abusos e práticas arbitrárias cometidas pelo Chefe do Executivo, sob o risco de nossa Carta Fundamental resultar em "letra morta".

Se a interpenetração entre os Poderes é algo ineliminável dentro dos sistemas jurídicos contemporâneos, ela não pode ser utilizada para que um Poder se sobreponha em relação aos demais. Já não cabe mais ao "Príncipe", sozinho, decidir os destinos da nação. Desvirtuar esse entendimento implicaria uma rejeição ao Estado Democrático de Direito consagrado em nossa Constituição como um Princípio Fundamental, norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

## bibliografia

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1973.
- CARVALHO, Paulo de Barros. "Medidas provisórias". *Revista de Direito Público*, v. 24, n. 97, p. 37-42, jan./mar. 1991.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Recife: Nossa Livraria; Ciência Jurídica, 1991.
- ENTULHO provisório. *VEJA*, São Paulo, v. 29, n. 19, p. 30-32, mar. 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2
- FIGUEIREDO, Fran. "As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro." *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 110, p. 137-151, abr./jun. 1991.
- PINTO FERREIRA, [Luiz]. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3
- RAMOS, Saulo. "Parecer SR-92, de 21.06.89." *Legislativo Adcoas*, v. 23, n. 20, p. 717-727, jul. 1989.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. "Medidas provisórias e suas necessárias limitações." *Revista dos Tribunais*, v. 82, n. 690, p. 313-319, abr. 1993.

# ESTABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

por

Carla Portela

(Aluna da graduação da UFPE, ex-monitora de Direito Constitucional)

## INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade brasileira está passando por mudanças nos seus valores sociais, éticos, jurídicos, etc. A experiência democrática vem demonstrar que o povo está mais participativo e fiscalizador em relação às atividades de seus governantes. Um exemplo disso é o entendimento de que o serviço público não suporta mais a falta de moralidade e respeito à coisa pública. Os agentes públicos sem interesse no bom andamento da Administração não têm mais espaço para dar continuidade à sua forma de conduzir os interesses sociais.

Neste sentido, busca-se um redimensionamento do Estado, com reformas em vários de seus setores. Entre estas, destacaremos, na presente exposição, a reforma administrativa, mais precisamente a quebra da estabilidade do servidor público.

As mudanças atuais buscam aproximar as funções públicas do setor privado, adaptando o estado para a modernidade, e associando-o a conceitos muitos atuais, a saber: qualidade total, baixa dos custos de serviços e alta capacitação do corpo funcional, alcançando, ao final, um atendimento satisfatório ao cidadão.

São esses questionamentos que terão que ser considerados na abordagem sobre o instituto da estabilidade, desde suas origens históricas até o momento constitucional que está em vigência.

## EXPOSIÇÃO

A Administração Pública compreende pessoas jurídicas, constituídas através de órgãos, aos quais são atribuídas funções, sendo as mesmas realizadas por indivíduos legalmente investidos para exercê-las.

Esses indivíduos são os agentes públicos, os quais dividem-se em agentes políticos e agentes administrativos, sendo esta a última categoria de agentes que vai interessar ao estudo da estabilidade, mais precisamente a figura do servidor público, isto é, o indivíduo investido em cargo público, de provimento efetivo, criado por lei e com atribuições próprias, mediante nomeação, e regido por Estatuto. É o equivalente ao antigo funcionário público.

O Estado liberal veio proporcionar a individualização desses agentes, na medida em que ocorria a separação dos poderes nos regimes constitucionais.

Anteriormente, por exemplo, nas velhas monarquias européias, estando o soberano com a concentração do poder, todos a ele eram subordinados.

Com o surgimento de constituições mais liberais, ao contrário, houve a separação dos órgãos administrativos dos órgãos judiciários. Por seu turno, os órgãos administrativos eram vinculados à política e, conseqüentemente, os seus agentes eram selecionados junto àquele partido do governo, de forma clientelista.

Assim, verificou-se a precariedade da permanência dos funcionários em seus cargos, sempre modificando os seus titulares a cada troca de governo. Essa situação era mais freqüente nos Estados Unidos, no século XIX, onde os vencedores do partido em uma eleição podiam dispor desses lugares, favorecendo os seus amigos. Essa prática chamava-se "spoil system". A função pública, então, era um emprego como outro qualquer, onde não se constituía profissão, nem tão pouco carreira. Posteriormente, por influência democrata, a estabilidade no serviço público veio a surgir nos Estados Unidos.

Em relação à Europa, o tratamento era diverso. Nas monarquias absolutistas, embora prevalecendo a vontade única do rei, representante do poder, havia um respeito maior à função pública e uma situação de estabilidade do servidor público, haja vista que os cargos tinham um caráter de patrimonialidade, ou seja, os cargos eram vendidos ou doados pela Coroa, incorporando-se ao patrimônio do comprador ou do donatário, gerando direitos de sucessão. A nobreza ou as famílias da burguesia eram as que dispunham desse privilégio. Vale salientar que esse sistema europeu influenciou o americano, já que os clientes políticos puderam atingir posições até então ocupadas, apenas, pelos nobres e burgueses, o que vinha a implicar no desejo à estabilidade e, assim, à profissionalização. Se por um lado deveria haver uma atividade administrativa confiada a indivíduos com estreitas ligações com o governo, por outro lado era premente para o serviço público haver regularidade e continuidade na sua prestação. O que era necessário, destarte, era a permanência de funcionários e a sua estabilização, agindo com neutralidade, pois os mesmos não eram para servir a partidos, mais vinham a colaborar com a gerência do Estado. A questão principal era estabelecer quem seria dentre os agentes, atingido por esta estabilidade, a qual seria definida em lei: o Estatuto.

Existem três critérios que foram mais adotados pela doutrina e pelas próprias leis. Podemos citar, dentre eles, o que tem por referência o cargo permanente, aquele criado por lei e por tempo indeterminado e, ainda, tendo dotação própria, exigindo, portanto, estabilidade para quem o ocupasse. Todavia, existem cargos que são criados por tempo indeterminado e com dotação própria, mas, que não conferem necessariamente, estabilidade ao seu ocupante, por serem baseados na confiança, de livre nomeação e exoneração, são os cargos em comissão.

Assim, é interessante observar outro aspecto, o qual se refere, a profissionalidade, isto é, o serviço público recebe plena dedicação de seus agentes, sendo conferida aos mesmos a garantia da estabilidade. Há a

integração do agente ao serviço, a sua incorporação na instituição administrativa. (CAETANO, Marcelo; 1989: 365)

Outro critério se refere ao caráter público da relação de serviço, na medida em que a Administração deve se aproximar, cada vez mais, do setor privado, existindo, para tanto, um só Direito do Trabalho no país, ou seja, os agentes públicos seriam regidos por normas trabalhistas na sua relação com a Administração, exceto para aqueles que exercessem as funções de soberania (considerados legítimos funcionários), sendo contemplados com um Regime Jurídico Único Especial.

Esses critérios servem de base para os mais diversos regimes jurídicos da função pública.

Assim, o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais em seu artigo 2º, considera como servidor "a pessoa legalmente investida em cargo público", dispondo mais adiante em seu artigo 21, quais, dentre os servidores, poderão adquirir a estabilidade, ao prescrever: "o servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço público ao completar dois anos de efetivo exercício.

Vale ressaltar que a estabilidade do servidor público não é um instituto recente no país, vindo a surgir no ano de 1915, pela Lei n.º 2924.

No âmbito constitucional, a estabilidade veio, inicialmente, prevista na Constituição de 1934, repetindo-se nas Constituições posteriores, na de 1946, os dispositivos sobre a estabilidade eram considerados como garantias mínimas do servidor público, sendo freqüentes, durante a sua vigência, leis infraconstitucionais, estabelecendo condições mais favoráveis à obtenção da estabilidade, na de 1967, que taxativamente em seu artigo 99 § 1º, prescrevia: ninguém poderia ser efetivado ou adquirir estabilidade como funcionário se não prestasse concurso público, na Emenda Constitucional n.º 01/1969, que mantinha a estabilidade do servidor, após dois anos de exercício, quando aprovado em concurso público, mas, que permitiu o estabelecimento de outras "condições para aquisição da estabilidade". Contudo, não se estabilizou servidores sob qualquer regime que contassem 5 anos de serviço, como o fez a Constituição de 1967.

A Constituição de 1988, também tendo em vista o interesse público, adotou o instituto da estabilidade, vindo o mesmo previsto em dois momentos: no artigo 41 do próprio texto constitucional, e no artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O primeiro momento estabiliza, após dois anos de efetivo exercício os servidores nomeados em decorrência de aprovação de concurso público.

Já o segundo momento, referente ao artigo 19, do ADCT, estabilizou, excepcionalmente, no serviço público aqueles servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e fundacional que contassem, à época da promulgação da Constituição (05/12/88) cinco anos de exercício continuado na administração, e que não tenham sido admitido por concurso, os chamados "contratados administrativos", no dizer de Ivan Barbosa Rigolin, no seu

trabalho "O Servidor Público na Constituição Federal de 1988". O que, na verdade, não era uma prática nova a nível constitucional, como vimos. Isso vem demonstrar que sempre houve contratações na Administração, onde o interesse público, muitas vezes, é desconsiderado levando à má gestão administrativa e ao déficit orçamentário.

A estabilidade deve ser entendida como sendo "garantia constitucional de permanência no serviço público do servidor civil nomeado em razão de concurso, para titularizar cargo de provimento efetivo", como bem assinala Diógenes Gasparini, no livro de Direito Administrativo página 157. É uma garantia do servidor público civil, e não atributo do cargo, como consideram muitos autores. Ela é um atributo do serviço público. Por seu turno, a efetividade é que é atributo do cargo, distinguindo-se, assim, da estabilidade.

Efetividade vem a ser "uma característica da nomeação, pois que pode haver, no serviço público, nomeação em comissão, em caráter vitalício, ou em caráter efetivo", no destaque de Antônio Tito Costa, no texto "Estabilidade e Efetividade no Serviço Público" (Revista de Direito Público III (9): 174-175, jul/set, 1969). Já em relação à estabilidade, como vem sendo pontuada, é uma garantia de permanência no serviço público, para aquele que conta 2 anos de exercício, após ser nomeado em cargo de provimento efetivo.

Prevista no art. 41, da CF/88, a estabilidade não tem a intenção de proteger o mau servidor público. Muito pelo contrário, estando ele investido em um cargo e com atribuições definidas, deverá respeitá-las, sob pena de se submeter aos regulamentos disciplinares previstos tanto no Regime Jurídico Único, como no Código Penal Brasileiro e na Lei n.º 8429/92. O mau servidor, quando apurada a sua falta grave em um inquérito administrativo ou em sentença judicial transitada em julgado, assegurando-lhe o princípio do contraditório, é demitido, e essa demissão tem a natureza de sanção, pena. Caso o servidor prove não ter cometido a falta grave, será invalidada por sentença judicial a sua demissão, sendo o mesmo reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem se direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade (art. 41 § 2º, CF).

Ressaltemos, ainda, que, mesmo durante o estágio probatório, o servidor público não é exonerado "ad nutum", já que a sua exoneração deverá ser motivada. Durante o estágio probatório serão verificados os requisitos legais exigidos para a obtenção da estabilidade, a saber: idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência, etc. Caso o servidor não venha a apresentar durante o estágio probatório esses requisitos legais será exonerado, dispensado.

A estabilidade implica em cargo efetivo, permanente. É, portanto, direito subjetivo público de permanência no serviço, e não no cargo, pois, se o contrário ocorresse, no caso de extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade, o servidor estável não ficaria em disponibilidade, até o seu aproveitamento em outro cargo (art. 41 § 3º da CF). Além do mais, o servidor estável pode ser removido ou transferido sem qualquer prejuízo à sua

estabilidade e efetividade. Não é como o vitalício que desfruta do princípio da inamovibilidade. O poder público pode transferir, remover e redistribuir o servidor estável quando houver interesse da Administração, como também, a pedido do servidor.

Em relação à estabilidade excepcional, acrescentar-se-ia a observância de certos efeitos que a seguir enumeramos:

0 Houve a estabilização de todos os servidores admitidos na Administração direta, autárquica e fundacional, sem se submeter a concurso público, que contassem, na data da promulgação da Constituição Federal, 5 anos de serviço público.

1 Estabilizaram-se, ainda, aqueles servidores contratados pela CLT, para prestar serviços junto ao Poder Executivo dos três níveis, além de suas autarquias e fundações, caracterizando-se pelo exercício, também no período de 5 anos, de funções de caráter permanente. Acontecendo o mesmo em relação aos servidores do Poder Legislativo. Segundo Ivan Barbosa Rigolin, em obra já citada, no Poder Judiciário, todavia, a situação em que se admite, mediante contrato de trabalho, pessoal para prestar serviço, é considerada inconstitucional (art. 96, I, "b" e "e", II, "b").

2 Outro aspecto importante é o que se refere aos serviços temporários, cuja orientação nos foi fornecida pelo STF, em relação ao art. 177 § 2º, da CF/1967: "a estabilidade prevista no art. 177 § 2º, da Constituição de 1967, não abrange funções temporárias". Serviços temporários implicam em necessidades temporárias de serviço. Assim, o servidor, nessa situação, não pode ser considerado estável.

3 Situação correlata é dos cargos em comissão, ou de confiança, por serem de livre nomeação e exoneração (art. 19 § 2º, ADCT).

4 O tempo de serviço na Administração será contada como título, caso esses servidores se submetam a concursos públicos de provas e títulos.

Posto isto, temos no art. 41 da CF, uma clara alusão à efetivação, que é um processo dinâmico, a fim de que se possa chegar à estabilidade, que, como foi visto, não se confunde com efetividade. Por outro lado, em relação ao art. 19 do ADCT, temos a deferência da estabilidade (não efetivação) a servidores irregularmente admitidos na Administração direta, autárquica e fundacional dos Estados, do Distrito Federal e dos Município, sem a submissão a concurso público.

## CONCLUSÃO

A reforma administrativa do Estado aparece como tema central dos recentes debates políticos, que envolvem os nossos congressistas, tendo como objetivo principal uma melhor prestação de serviço público para toda a sociedade. É o bem comum da sociedade administrada que é necessário ser

destacado, pois essa é a finalidade maior a ser alcançada pela administração.

Se vier ocorrer a quebra da estabilidade, estaremos diante de um retrocesso inaceitável em relação à atual estrutura administrativa do país.

Os dispêndios com o pessoal, certamente, impedem que o Poder Público aplique as suas receitas em educação, saúde, segurança, etc., valores esses básicos para a população. Todavia, há de se levar em consideração o elevado número de contratações irregulares, para o exercício de funções permanentes que, desde muito tempo, é uma prática largamente utilizada na nossa Administração.

Exemplo disso é a própria estabilidade excepcional; cujos precedentes se encontram nas Constituições Federais anteriores (1946 e 1967). É evidente que, dentre esses servidores estabilizados, excepcionalmente, existem aqueles qualificados para as funções que exerce. Mas, infelizmente, o critério de admissão dos mesmos não leva em consideração essa qualificação. Logo, não houve, no art. 19, do ADCT, um reconhecimento geral aos valores e à profissionalidade desses servidores, mas apenas, a existência de contingências políticas que levaram à estabilização. Outra questão lamentável a ser comentada, associada a essa prática de contratação irregular, está na Lei nº 8112/92 em seu art. 243, § 1º, ao transformar empregos em cargos. Ora, entende-se que cargo público, pelo menos "a priori", deve ser provido através de concurso público, e não por mera vontade legal, que não deixa de ir de encontro à Constituição vigente, ou seja, legaliza-se, outra vez, uma exceção. Demonstra-se ainda que a estabilidade decorrente da nomeação para cargo efetivo deve ser fortalecida, pois, do contrário, não precisaríamos mais de concursos públicos para a seleção de pessoal. O critério de permanência no serviço não seria a capacidade, a habilitação para o cargo, mas, a conveniência do governo, acarretando, inclusive, o enfraquecimento da profissionalização do serviço público.

Imprescindível destacarmos, além do mais, os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no art. 37 da Carta Magna, cuja importância, também seria abalada, principalmente no que se refere à moralidade e à impessoalidade.

A moralidade na Administração poderá sofrer certas implicações, com o processo de ruptura da estabilidade do servidor. O servidor estável é o principal fiscalizador e controlador da moralidade pública, pois, estando o mesmo diretamente envolvido com a gestão administrativa, é um agente capaz de denunciar irregularidades praticadas pelo seu superior hierárquico, por exemplo. Sem estabilidade, o servidor estará inibido de denunciar, com receio de ser exonerado, se assim proceder.

Com referência à impessoalidade, está claro que, sem garantir a estabilidade ao servidor, a Administração terá a feição dos governantes de plantão, desaparecendo o caráter de neutralidade e de imparcialidade nas relações públicas.

A não estabilidade, ainda, afetaria a própria continuidade da prestação dos serviços públicos, pois a cada nova eleição, havendo troca de

poder muitos funcionários seriam dispensados e, assim, apresentar-se-ia uma prestação de serviços fragmentada, iniciando-se a sua forma organizacional sempre em intervalos curtos de tempo, afetando a operacionalidade do sistema administrativo.

Ante o exposto, o que ficou mais evidente na nossa exposição é a certeza de que não precisamos de novas e avançadas normas de convivência, não só na Administração Pública, como em qualquer outro setor do Poder Público, mas, o que se faz necessário é o respeito a institutos e normas já existentes, na medida em que os conflitos e dificuldades no caminho do desenvolvimento só existem, unicamente, pela falta de regramento dos que não preservam a realidade jurídica do nosso Estado.

## Bibliografia

### 1. LIVROS

- 1.1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (1996): Curso de Direito Administrativo: São Paulo: Malheiros
- 1.2. CAETANO, Marcelo (1989): Princípios Fundamentais do Direito Administrativo: Rio de Janeiro: Forense
- 1.3. CRETELLA JR., José (1992): Curso de Direito Administrativo: Rio de Janeiro: Forense
- 1.4. DALLARI, Adilson Abreu (1976): Regime Constitucional dos Servidores Públicos: São Paulo: Revista dos Tribunais
- 1.5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (1996): Direito Administrativo: São Paulo: Atlas
- 1.6. GASPARINI, Diógenes (1992): Direito Administrativo: São Paulo: Saraiva
- 1.7. MASAGÃO, Mário (1960): Curso de Direito Administrativo: São Paulo: Max Limonad
- 1.8. MEIRELLES, Hely Lopes (1995): Direito Administrativo Brasileiro: São Paulo: Malheiros
- 1.9. MOREIRA REIS, Antônio Carlos Palhares (1993): Os Servidores, a Constituição e o Regime Jurídico Único: Brasília: Centro Técnico de Administração
- 1.10. RIGOLIN, Ivan Barbosa (1989): Os Servidores Públicos na Constituição Federal de 1988: São Paulo: Saraiva

### 2. ARTIGOS

- 2.1. ALBUQUERQUE, Rogério Bonassis de: "Antijuridicidade da situação do servidor não concursado e não alcançado pela estabilidade do Art. 19 do ADCT". Trabalho apresentado no XVI Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil. a, 2, n. 7. Recife: Revista dos Tribunais
- 2.2. BANDEIRA DE Mello, Oswaldo Aranha: "a Teoria dos Servidores Públicos". Revista de Direito Público
- 2.3. CORAZZA, Eloy: "Funcionário Público - Estabilidade - Tempo de Serviço". Revista de Direito Administrativo. V. 178: Fundação Getúlio Vargas
- 2.4. COSTA, Antônio Tito: "Estabilidade e Efetividade no Serviço Público". III (9). São Paulo: Revista de Direito Público
- 2.5. LIMA, Vergílio Mariano: "Revisão Constitucional e Estabilidade". a, 82. V 695: Revista dos Tribunais

# TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA: INSTITUTOS DIVERSOS?

por

Christianine Chaves Santos

(Aluna da graduação em Direito da UFPE;; Ex-Monitora da Direito Processual Civil; Premiada com o primeiro lugar, na categoria Direito Processual Civil, em defesa oral do presente trabalho junto ao IV Congresso Nacional de Direito Processual Civil, Trabalhista, Penal e Administrativo)

## sumário

- I - Introdução; II - Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória;  
III - Instrumentalidade X Satisfatividade; IV - Conclusões;  
V - Referências Bibliográficas; VI - Bibliografia.

### I - INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é hoje um dos pontos centrais da moderna Processualística.

Há uma tendência da ciência processual contemporânea em pensar um processo que possa realizar os fins a que se destina, surgindo, assim, a tão discutida e atual questão da efetividade processual, cujo conceito é sintetizado por Luiz Guilherme Marinoni na seguinte frase: "a tutela jurisdicional deve ser uma espécie de realização da tutela privada, isto é, da tutela que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição".<sup>1</sup>

Na realidade, o Estado, ao vedar a autotutela, contraiu o dever de oferecer ao jurisdicionado a adequada tutela jurisdicional, ou seja, um provimento que produza os mesmos efeitos que seriam produzidos caso o titular do direito pudesse, ele mesmo, promover a defesa de seus interesses.

Mas, o que ocorre hoje é que o processo de conhecimento de rito ordinário, através do qual sempre foi composta a grande maioria das lides, não mais atende às exigências sociais, correspondendo aos anseios de segurança, mas não aos de celeridade processual, elemento indispensável à efetividade.

De início, tentou-se preencher as lacunas deixadas pelo processo cognitivo por meio da utilização do processo cautelar. Este, porém, nos

<sup>1</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade e Processo de Urgência*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor; 1994, p. 38.

Sobre efetividade ver também José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre o problema da efetividade do processo*, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1984.

moldes em que foi tradicionalmente concebido, também não é mais suficiente para tutelar adequadamente as variadas situações conflituosas emergentes na sociedade moderna.

Assim, buscam-se hoje soluções alternativas de tutela jurisdicional que correspondam às necessidades sociais hodiernas, e, nesta dimensão, a tutela jurisdicional antecipada, já existente no direito brasileiro de forma difusa, mas só tratada expressamente com o advento da Lei nº. 8.952/94, assume papel de extrema importância prática e implicações teóricas.

Se, por um lado, tal medida se constitui em forte instrumento contra a morosidade processual, vista sob outro ângulo, muita polêmica tem causado entre os doutrinadores, sobretudo no que diz respeito à árdua e controvertida tarefa de determinar sua natureza jurídica.<sup>1</sup>

A nosso ver, a nova redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil Pátrio, em verdade, desafia uma reelaboração da teoria do processo cautelar, de forma adequá-lo às novas necessidades jurisdicionais humanas, tema que se tentará desenvolver no decorrer do presente trabalho, que se destina não a tecer críticas ao instituto, mas sim a definir-lhe a essência.

## II - TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

A tutela cautelar é tradicionalmente definida como aquela que se destina a acautelar o direito, sendo-lhe classicamente atribuídas certas características que a diferenciariam da tutela de conhecimento e da executória, dentro da visão tripartida que se tem dos provimentos jurisdicionais, quais sejam, a necessidade de *fumus boni juris* e *periculum in mora* como requisitos de sua concessão, a sumariedade cognitiva, a provisoriedade, a acessoriedade e a instrumentalidade.

A discussão acerca da possível natureza cautelar da tutela antecipatória surgiu justamente quando se começou a perceber a presença, no instituto, de tais aspectos característicos da tutela cautelar.

Passemos, assim, à análise dos referidos elementos, traçando-lhes paralelos com relação à estrutura da tutela jurisdicional contemplada pelo

---

<sup>1</sup> Sobre a questão, já é possível detectar, em sede doutrinária pátria, três facções distintas: aqueles que atribuem à tutela antecipatória natureza de processo de conhecimento, os que a interpretam como processo cautelar e os que lhe conferem o título de tutela diferenciada. No primeiro grupo destacam-se os profs. J. J. Calmon de Passos (Comentários ao Código de Processo Civil, v. X, tomo I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 44-45) e Nelson Neri Júnior (*in* Palestra proferida no Seminário de Alterações do CPC, realizado pela Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco). Já na segunda facção, onde se notam muitas variantes, pode-se citar Galeno Lacerda (Comentários ao Código de Processo Civil, v. VIII, tomo I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p. 9-10), Raul Teixeira (A Antecipação da Tutela e o Processo Trabalhista, *in* ADV/Seleções Jurídicas, Editora Coad, Nov/95, p. 31-33) e Nagib Slaibi Filho (Tutela Antecipada, *in* ADV/Seleções Jurídicas, Editora Coad, Dez/95, p. 26). Luiz Guilherme Marinoni, por seu turno, figura como defensor da natureza diferenciada da tutela jurisdicional antecipada (*op. cit.*, p. 30).

art. 273 do CPC, para, ao fim de tal raciocínio lógico, concluirmos pela existência ou não de natureza cautelar no provimento antecipatório.

Neste sentido, tem-se o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* como pressupostos indispensáveis à concessão da tutela acautelatória. Já com relação à antecipação jurisdicional, o dispositivo supra citado, em seu *caput*, exige a "verossimilhança da alegação", ao passo que o inciso I impõe a existência de "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". Será que haveria relação de sinonímia entre tais requisitos e aqueles condicionantes da tutela cautelar ?

Inobstante a existência de tese em contrário<sup>1</sup>, entendemos que sim.

Na realidade, a aparente contradição existente entre as expressões "prova inequívoca" e "verossimilhança", contidas no *caput* do art. 273 do CPC, uma vez equacionada, conduz ao juízo de probabilidade do direito, o qual nada mais é senão a tão conhecida "aparência do bom direito", requisito da tutela cautelar.

O *periculum in mora*, por seu turno, poderia não suscitar maiores divagações pois que expresso na letra da lei (CPC, art. 273, I).

Analisando-se, porém, de forma mais aprofundada a questão, é possível detectar uma certa peculiaridade no *periculum in mora* da tutela antecipatória. Neste particular, majestoso e absolutamente oportuno o ensinamento do mestre Piero Calamandrei, para quem a tutela cautelar sempre pressupõe a existência de *periculum in mora*, o qual pode se manifestar de duas formas, a saber: o perigo de ineficácia do próprio provimento futuro, por ele denominado "*infruttuosità*" e neutralizável por uma medida meramente conservativa; e o perigo de dano iminente à parte decorrente da demora do provimento, sendo este chamado de "*tardività*" e neutralizável por provimento antecipatório.<sup>2</sup>

Assim, o *periculum in mora*, bem como o *fumus boni juris*, está também presente na tutela antecipatória, como requisito de sua concessão, embora guarde, o primeiro, uma particularidade de manifestação.

Por outro lado, a cognição sumária também é característica comum às espécies de tutela ora estudadas, vez que, tendo por pressuposto a mera aparência do direito, a tutela jurisdicional antecipada, assim como a cautelar tradicional, não requer análise aprofundada da lide, ou seja, não exige cognição exauriente, a qual somente se faz imprescindível nas tutelas que visam à certeza do direito.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Cândido Rangel Dinamarco, in A reforma do Código de Processo Civil, 2ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1995, p. 143-146.

<sup>2</sup> Piero Calamandrei, Introduzione Allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari, in Opere Giuridiche, v. IX, p. 157 e ss., 195-196; Apud in Clayton Maranhão, A Demanda Cautelar e a Regra de Congruência no Processo Civil Italiano, Ensaio apresentado junto ao Instituto de Direito Processual Civil da Universidade de Milão-Itália, no ano acadêmico de 1994/95, p. 5-6.

<sup>3</sup> Sobre tipos de cognição, v. Kazuo Watanabe, Da Cognição no Processo Civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

Quanto à provisoriedade, não há se argüir maiores questionamentos, face à explicitude da norma contida no art. 273, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Trata-se de mais uma característica tradicionalmente atribuída ao processo cautelar presente também na tutela antecipatória.

Já a acessoriedade é elemento estritamente vinculado à questão da cognição. Como bem leciona Luiz Guilherme Marinoni, há verdadeira "impossibilidade de uma ação de cognição sumária autônoma". O ilustre jurista ressalta que "em nome do direto à tutela urgente, não podemos, evidentemente, admitir o sacrifício do direito à adequada cognição da lide, que também integra a cláusula do 'due process of law' ".<sup>1</sup>

Em verdade, tal tipo de cognição, por não permitir instrução e, por conseguinte, contraditório plenos, não legitima provimentos definitivos. E é justamente por essa razão que os provimentos fundados em cognição sumária são sempre acessórios, ou seja, dependem do chamado processo principal, onde, com base em cognição exauriente, vai-se analisar a lide de forma plena e definitiva.

A tutela jurisdicional antecipatória, assim, por se fundar em cognição sumária, como a tutela cautelar clássica, é também acessória, pelo que requer sempre uma nova análise da pretensão meritória ante processo de cognição exauriente.

Neste particular, porém, há um aspecto a se observar. É que a tutela antecipatória, nos moldes em que foi sistematizada pela recente reforma do CPC, é sempre medida incidente ao processo principal, ao passo que a tutela cautelar tradicional é antecedente e incidente, nos termos do que dispõe o art. 796 daquele diploma legal. Tal particularidade, entretanto, por ser meramente procedimental, é questão secundária, que não atinge, em absoluto, a ontologia dos institutos, os quais são essencialmente acessórios.

Assim, nota-se que, no que pertine aos elementos acima analisados, inexistente distinção de natureza entre a tutela cautelar do Livro III do Código de Processo Civil e a tutela antecipatória, cabendo, por fim, analisar o elemento instrumentalidade, cuja importância quanto ao objeto do presente trabalho demanda exame especial, pelo que ser-lhe-á dedicado capítulo próprio.

### III - INSTRUMENTALIDADE x SATISFATIVIDADE

A verdadeira razão de ser da divergência doutrinária acerca da natureza cautelar da tutela antecipatória não reside na não aceitação do instituto, mas sim na discussão em torno da instrumentalidade como elemento essencial àquela espécie de tutela jurisdicional.

A grande maioria dos processualistas, por se apegar aos conceitos clássicos profundamente arraigados na ciência processual, situa a instrumentalidade no patamar de aspecto fundamental à caracterização da tutela cautelar.

<sup>1</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 30.

Neste sentido, entende-se tradicionalmente o processo cautelar como meio de se garantir o "resultado útil" do processo principal. Em outras palavras, a tutela cautelar seria a jurisdição a albergar pretensões meramente processuais, permanecendo alheia a qualquer pretensão de direito material, sendo absoluta minoria os que pensam em contrário.<sup>1</sup>

A instrumentalidade, segundo o entendimento clássico, seria conceito diametralmente oposto à satisfatividade, a qual, tendo por significado a "satisfação" de pretensão substantiva, chega a ser encarada como "requisito negativo da tutela cautelar".<sup>2</sup>

Ocorre que a resistência doutrinária não foi suficiente para vencer a realidade dos fatos. É que a evolução da sociedade fez surgir situações urgentes, de risco iminente de dano, para cuja neutralização mostrou-se ineficaz a tutela cautelar nos moldes em que foi classicamente concebida, só se fazendo possível conceder a tutela jurisdicional adequada através da satisfação de pretensão material. Tais situações de *periculum in mora*, no dia-a-dia dos Tribunais, passaram a ser tuteladas mediante concessão de pretensão substantiva, surgindo, assim, com fulcro no poder cautelar geral, as chamadas "medidas cautelares satisfativas", cuja existência no plano fático muito tem incomodado os processualistas, que se debatem no discurso da instrumentalidade como elemento essencial à tutela cautelar.

A satisfatividade de uma medida cautelar, porém, não lhe retira o caráter instrumental, mas apenas a ele se soma.

Nas tutelas cautelares satisfativas, concede-se uma pretensão de direito substantivo com a finalidade de acautelar o direito da parte. Improcedente, portanto, o argumento de que, em tal tipo de medida, não há "resultado útil" a se visar porque o mesmo seria realizado no momento em que efetivada a tutela que concede antecipadamente a pretensão de mérito.<sup>3</sup> Ora, o resultado útil que se espera de um processo é a solução definitiva da lide, o que, como já demonstrado acima, só se obtém com o processo principal de cognição exauriente. Assim a instrumentalidade permanece presente nas tutelas cautelares satisfativas, vez que estas não realizam o direito de forma ampla, de modo a esvaziar por completo a pretensão, mas tão-somente concedem, provisória e antecipadamente, o direito material pleiteado para evitar dano irreparável ou de difícil reparação à parte em favor da qual milita o *fumus boni juris*, pelo que nota-se que tais medidas nada mais são do que a tutela jurisdicional antecipada prevista no art. 273 do CPC.

<sup>1</sup> Wilson de Souza Campos Batalha, em sua obra *Cautelares e Liminares*, São Paulo, Editora Ltr, 1994, p. 61-64, admite a chamada medida cautelar satisfativa, mas conferindo-lhe definitividade, o que entendemos errôneo face à sumariedade de cognição em que se funda tal provimento.

<sup>2</sup> Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 77-78.

<sup>3</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 54.

Há, portanto, duas espécies de tutela cautelar: tutela cautelar meramente instrumental e tutela cautelar antecipatória, a qual, à instrumentalidade, soma o plus da satisfatividade parcial do mérito principal, e que, embora há muito presente no mundo forense, só com o advento da Lei nº. 8.952/94 recebeu reconhecimento jurídico-positivo.<sup>1</sup>

#### IV - CONCLUSÕES

1. A ineficiência do Procedimento Ordinário, combinada com a exigência de efetividade processual, conduziu a um alargamento do conceito de Processo Cautelar, o qual passou a albergar, além da clássica tutela cautelar, a tutela cautelar antecipatória.

2. Temos, assim, na ciência processual contemporânea, duas espécies de tutela cautelar, uma meramente instrumental, que acautela o direito mediante efetivação de pretensão processual e a tutela cautelar antecipatória, que, ao elemento instrumentalidade e aos demais característicos de toda tutela cautelar, acresce um que lhe é específico, sem que isto, porém, lhe retire a cautelaridade, qual seja, a satisfatividade parcial do mérito, pois que efetiva pretensão material com o fim de acautelar direito da parte.

3. A Lei nº. 8.952, de 13.12.1994, ao dar nova redação ao art. 273, sistematizando a tutela jurisdicional antecipatória, não criou instituto novo no Direito Brasileiro, mas apenas positivou a já existente tutela cautelar satisfativa, utilizando-se de estratégia legislativa eminentemente política, pois que, inserindo a medida no Livro I, que trata do Processo de Conhecimento, inobstante ter cometido grave erro técnico face à natureza cautelar da mesma, furtou-se à tarefa de enfrentar os doutrinadores tradicionais que certamente se insurgiram fortemente contra uma reformulação do Livro III, o qual deveria regular, sob o atual título de "Do Processo Cautelar", os dois tipos de tutela cautelar existentes, a meramente instrumental e a antecipatória.

#### bibliografia

- BATALHA, Wilson de Souza Campos  
Cautelares e Liminares, São Paulo, , Editora Ltr, 1994.
- CAVALCANTI, Francisco  
Inovações no Processo Civil: Estudo das Normas Alteradas pelas Leis n.º 8.898/94, 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94 e 8.953/94, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1995.

---

<sup>1</sup> A intenção de positivar a tutela cautelar satisfativa não é recente no meio legislativo pátrio. Neste sentido, o anteprojeto de modificação do CPC, elaborado por Luis Antônio de Andrade, J. J. Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Sérgio Bermudes, publicado no Diário Oficial da União em 24.12.1985, já previa um Livro III intitulado "Do Processo de Cognição Sumária", onde se regulavam as "Providências Assecuratórias de Direito Material" (art.795-A).

- DINAMARCO, Cândido Rangel  
A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1995.
- LACERDA, Galeno  
Comentários ao Código de Processo Civil, v. VIII, tomo I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.
- MARANHÃO, Clayton  
A Demanda Cautelar e a Regra de Congruência no Processo Civil Italiano, Ensaio apresentado junto ao Instituto de Direito Processual Civil da Universidade de Milão - Itália no ano acadêmico de 1994/95.
- MARINONI, Luiz Guilherme  
Efetividade e Processo de Urgência, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
- Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa  
Notas sobre o problema da efetividade do processo, *in* Temas de Direito Processual, São Paulo, Saraiva, 1984.
- NERI JÚNIOR, Nelson  
Transcrição de Palestra proferida no Seminário de Alterações do CPC, realizado pela Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco.
- PASSOS, Carlos Eduardo da Fonseca  
A Tutela Antecipada na Reforma do Código de Processo Civil, *in* ADV/Seleções Jurídicas, Editora Coad, Abril/95.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de  
Comentários ao Código de Processo Civil, v. X, tomo I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- SLAIBI FILHO, Nagib  
Tutela Antecipada, *in* ADV/Seleções Jurídicas, Editora Coad, Dez/95.
- TEIXEIRA, Raul  
A Antecipação da Tutela e o Processo Trabalhista, *in* ADV/Seleções Jurídicas, Editora Coad, Nov/95.
- WATANABE, Kazuo  
Da Cognição no Processo Civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

# A RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR

por

Fabiana Santos Dantas

(Aluna da graduação em Direito da UFPE, bolsista de iniciação científica pelo CNPq / PIBIC, ex-monitora de Direito Civil)

Simone Fernandes de Luna

(Aluna da graduação em Direito da UFPE)

## 1. A RESPONSABILIDADE MÉDICA: HISTÓRICO, CONCEITO, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Desde a Antiguidade, a profissão do médico é objeto de normas jurídicas e morais devido à grande importância e aos riscos que o exercício da Medicina envolve. No princípio, a responsabilidade penal e a civil estavam confundidas, sendo o seu disciplinamento atual fruto de uma construção jurisprudencial e doutrinária, com especial destaque para os tribunais franceses.

O Código de Hammurabi<sup>1</sup> foi o pioneiro na sistematização desta matéria. Havia, entretanto, a confusão entre a responsabilidade civil e a penal, combinando penas e sanções de natureza civil para a punição dos ilícitos derivados de atos médicos. Assim, além da reparação patrimonial (artigo 219), o médico estava sujeito à aplicação da pena de Talião: se causasse a mutilação de um paciente, a mão "responsável" pelo dano deveria ser amputada, evitando-se que o membro voltasse a delinquir (Código de Hammurabi, artigo 218, linha 80).

O Código de Manu, posterior ao de Hammurabi, já traz uma idéia bastante avançada de responsabilidade médica, nos termos do artigo 695: "todos os médicos e cirurgiões que exercem mal sua arte merecem uma multa, que deve ser do primeiro grau em caso relativo a animais e do segundo, para homens". Percebe-se claramente a intenção de ressarcir as vítimas da prática equivocada do ato médico, pelo pagamento de um "quantum" em dinheiro.<sup>2</sup>

Há autores que localizam a origem da responsabilidade médica no Direito Romano, sendo a irresponsabilidade a regra geral para os médicos até então. Esta situação mudou com a Lex Aquilia, que obrigava os médicos ao pagamento de uma indenização pelos danos causados a escravo e condenava-os à pena máxima pela morte de um homem livre<sup>3</sup>. Entendemos

<sup>1</sup> HAMMURABI, Rei da babilônia. O código de Hammurabi. Vozes, 1980.

<sup>2</sup> SOUZA, Hersilio. O Código de Manu, 1925.

<sup>3</sup> SILVA, Thereza Cristina de Oliveira e. "Responsabilidade Civil dos Médicos". Pág. 185.

que a origem da responsabilidade civil dos médicos está realmente localizada no Código de Hammurabi, embora confundida com a responsabilidade penal, como acontece também na Lex Aquilia.

O desenvolvimento da responsabilidade dos médicos não foi linear, pelo que durante muitos séculos vigorou a regra da irresponsabilidade. Até o século XX, a Academia Francesa de Medicina defendia a não responsabilização dos médicos por erros profissionais, salvo em caso de dolo.

Entretanto, a Jurisprudência consagrou a responsabilidade por erro médico fundada na culpa e consistente no dever de indenizar os danos decorrentes de atos médicos defeituosos.

Ao falar de responsabilidade médica, é necessário fazer algumas considerações sobre o fato jurídico do qual decorre a obrigação de indenizar. Neste caso, o dano que gera a obrigação é um erro médico ou um método arriscado que lesione o interesse do paciente.

Em muitos casos, os avanços técnicos da Medicina têm sido responsáveis pelo aumento dos riscos nos tratamentos<sup>1</sup> e conseqüentemente, pelo aumento do número de erros médicos. A Medicina, por ser uma atividade humana, é falível e o mais simples ato médico envolve riscos.

O Direito reconhece a falibilidade da Medicina e do médico: o contrato médico, afinal, é um contrato de meios. Em virtude deste, o profissional se obriga a utilizar todo cuidado e diligência necessários para realizar o diagnóstico e tratamento do doente, dentro dos padrões éticos e técnicos de sua profissão. Assim, não é qualquer falha ou má prática que origina a obrigação de indenizar. Em geral só erros grosseiros e as faltas graves são indenizáveis.

E não poderia ser de outra maneira pois as condições da cura dependem de elementos alheios à vontade do médico, tais como: as condições pessoais do paciente, os recursos postos a sua disposição e mesmo dos dados da Medicina. Aliás, prometer cura por meio infalível é um ilícito penal, tipificado no artigo 283 do Código Penal, com o "nomen juris" de Charlatanismo: "Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível. Pena: detenção de três meses a um ano, e multa".<sup>2</sup>

A responsabilidade médica é a obrigação de indenizar oriunda de um ato médico danoso, culposo ou doloso. Possui uma dupla finalidade: compensar as vítimas e prevenir a ocorrência de novos erros médicos.

Quanto a sua natureza jurídica, existem basicamente três posicionamentos: natureza extracontratual, contratual e mista. Borda afirma que a natureza é extracontratual porque não há diferença entre os deveres do médico resultantes do contrato e os deveres extracontratuais. Assim, o médico que atende ao doente inconsciente, em regime de urgência, tem os mesmos deveres de cuidado e assistência comumente decorrentes do contrato médico.

<sup>1</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar. Pág. 15.

<sup>2</sup> ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. Responsabilidade Médica. José Konfino, 1971. pág. 171.

Antônio Chaves, em sentido oposto, afirma existir um contrato tácito nos casos em que não é possível obter do paciente a declaração de vontade. Logo, para Chaves, a responsabilidade médica decorre sempre de um contrato, tácito ou expresso.<sup>1</sup>

O contrato médico, cujo inadimplemento dá ensejo à responsabilidade contratual, tem por objeto a prestação de cuidados e atenções ao cliente, visando à preservação e à recuperação de sua saúde. Trata-se, então, de uma obrigação de meios, em que o dever é ofertar ao paciente os cuidados adequados. Cabe ao paciente prejudicado provar que o profissional agiu com culpa, estabelecendo a relação causal física entre o ato médico e o dano provocado.

A obrigação dos médicos é, sem dúvida, de meios visto que os procedimentos médicos são aleatórios, dependendo de fatores externos a sua vontade: é difícil fixar o limite exato entre o certo e o errado pois há sempre riscos no procedimento médico, não obstante o progresso das técnicas de diagnóstico e tratamento. Há casos em que a obrigação dos médicos é de resultados: na cirurgia estética, na inseminação artificial (quando visa a resultados e não ao tratamento), na Engenharia Genética e na responsabilidade por fato de coisa (referente à manutenção dos aparelhos utilizados no ato médico).

O contrato médico já foi considerado uma locação de serviços, entretanto, argumenta-se que a natureza e a nobreza dos serviços prestados pelo médico ( que tem o dever de aconselhar, cuidar e proteger o seu cliente) não podem ser comparados aos de um locador de serviços comum.

Há, ainda, autores que consideram o contrato médico como "sui generis", de conteúdo variável e multiforme, que ora aproxima-se de uma locação de serviços, ora de uma locação de obras. Esta última hipótese refere-se à cirurgia estética, na qual a obrigação do médico é de resultados, já que não existe um doente, mas uma pessoa sã que contrata a realização de determinada obra.

O Direito Brasileiro regula a responsabilidade médica como extracontratual ou aquiliana. Entretanto, para Lopes de Costa e Aguiar Dias isto não implica a impossibilidade de existência de um contrato entre médico e paciente. Logo, o Direito Positivo Brasileiro admite a responsabilidade médica contratual e a extracontratual, não havendo contradição mas complementariedade entre ambas.<sup>2</sup> Existe, sim, uma predominância da responsabilidade contratual porque, na maioria dos casos, há um contrato entre médico e paciente, determinando os direitos e os deveres recíprocos. Entretanto, esta predominância não impossibilita a existência de uma responsabilidade extracontratual, nem determina a aplicação de normas contratuais aos casos em que há responsabilidade extracontratual.

Existem algumas diferenças entre a responsabilidade contratual e a extracontratual: a primeira delas refere-se à gradação da culpa. Na

<sup>1</sup> CHAVES, Antônio. Responsabilidade Civil do ato médico. Forense, 1993, página 17.

<sup>2</sup> DIAS, José de Aguiar. "Responsabilidade dos Médicos". ADV-COAD, 1994. Pág. 7.

responsabilidade contratual a culpa obedece a um certo escalonamento para a determinação da indenização, enquanto que na extracontratual vigora o princípio do *lege Aquilia et levissima culpa venit*, alcançando a culpa ligeiríssima<sup>1</sup>.

A segunda diferença é a possibilidade de invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, na responsabilidade contratual, já que se trata de um contrato sinalagmático. Na responsabilidade aquiliana, por não existir um contrato, não é possível alegar a defesa citada nem a cláusula resolutive tácita.

A terceira diferença refere-se à inversão do ônus da prova: na contratual cabe ao devedor provar que ocorreram os fatos excludentes da responsabilidade (caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima); na aquiliana cabe ao credor demonstrar que o médico agiu com culpa. Entretanto, no caso específico da responsabilidade médica contratual, não há inversão do ônus da prova, cabendo ao paciente a prova da ocorrência do dano, do nexo causal e da culpa do médico.<sup>2</sup>

Os seus elementos constitutivos são: o médico, o ato médico (dano), a culpa e o nexo causal. O médico, sujeito ativo do dano, é o profissional legalmente habilitado para o exercício da Medicina. Pode ser entendido de forma ampla, englobando não só os médicos propriamente ditos, mas também psicólogos, psiquiatras, fisioterapeutas e técnicos auxiliares como enfermeiros e instrumentadores. Neste último caso, há uma responsabilidade indireta, denominada responsabilidade por fato de outrem: o médico é responsável pelos danos resultantes da ação dos seus auxiliares, a título de culpa.

O segundo elemento é o ato médico defeituoso: a ação ou omissão do médico, visando a restaurar ou preservar a saúde do seu cliente.

O erro médico, ou ato médico defeituoso, é o procedimento falho que vem a causar danos ao paciente. Não se confunde o erro com o acidente (evento fortuito) ou com a complicação (aparecimento de nova condição mórbida, referente à mesma doença ou a outras)<sup>3</sup>.

O médico pode cometer duas espécies principais de erros: violações dos deveres de Humanidade e violações das regras técnicas da Medicina.<sup>4</sup> Faltando ao dever de Humanidade, o médico viola normas éticas e jurídicas. Recusar-se, por exemplo, a atender um doente em perigo além de ser uma conduta imoral é também ilícita, tipificada no artigo 135 do Código Penal. São também deveres de Humanidade: o conselho (referente aos riscos do tratamento e prognóstico), visita e atendimento, salvaguarda, sigilo profissional e o dever de obter consentimento do paciente.

O erro de técnica é aquele derivado da ignorância ou do imperfeito conhecimento da realidade das circunstâncias. Em virtude disto,

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. Saraiva, 1988. Páginas 21-25.

<sup>2</sup> DIAS, José de Aguiar. Op. Cit. pág. 7

<sup>3</sup> CHAVES, Antônio. Op. Cit. Pág. 17.

<sup>4</sup> CHAVES, Antônio. In: revista PGE/SP, número 33, 1990. Pág. 100.

podem ocorrer erros de diagnóstico, tratamento e de prognóstico que resultem em sérios danos à saúde do cliente.

O exame do erro de técnica, entretanto, é casuístico pois é necessário levar em consideração as circunstâncias que envolvem o ato médico.

Não se pode exigir, por exemplo, que um médico do interior do Amazonas utilize modernas técnicas de diagnóstico e tratamento quando não há possibilidade de promover sua atualização científica. Além disto, raramente há unanimidade em relação à utilização desta ou daquela técnica.

Devemos ressaltar que só as faltas pesadas, graves e voluntárias são punidas, dada a dificuldade de se estabelecer o limite entre o certo e o errado na Medicina. O erro só fica claro quando é grosseiro, por isto inúmeros erros médicos ficam impunes.

O dano caracteriza-se, então, como o descumprimento dos deveres de Humanidade e como erros de técnica, resultantes de um ato médico culposo ou doloso. Mas o avanço das técnicas médicas, o uso de instrumentos, atuação dos auxiliares e má prática médica podem também gerar a obrigação de indenizar em situações específicas.

A culpa é o elemento subjetivo consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro para fixar os casos de responsabilidade civil. Existe sob três formas distintas: imprudência, negligência e imperícia, sendo o fundamento da responsabilidade médica no Brasil, embora grande parte da Doutrina defenda a utilização do critério objetivo, que se contrapõe à idéia de culpa, para a indenização dos danos médicos.

O Código Civil determina que há responsabilidade sempre que o dano seja causado por um ato culposo. É a consagração da teoria subjetiva, que tem na culpa o elemento caracterizador da responsabilidade, fundada no artigo 159 do Código Civil.

Em razão disto, cabe à vítima a prova da ocorrência da culpa, bem como do nexo causal. Esta é uma prova extremamente difícil de produzir visto que a relação entre médico e paciente é confidencial, dificultando a constatação da violação de deveres como o de informar, por exemplo. Além disto, o aspecto demasiado técnico dos atos médicos dificulta para os juristas a determinação da culpa, em certos casos.

Visando à indenização de danos menos graves, alguns doutrinadores defendem a adoção da teoria objetiva, isto é, independente de culpa, bastando que se prove o nexo causal entre o ato médico e o dano. É o que ocorre nos Estados Unidos onde todo e qualquer dano é indenizável, independentemente de culpa, havendo um seguro médico obrigatório para indenizar as possíveis vítimas, socializando o risco médico. Esta tese é defendida na Doutrina Brasileira especialmente por Hermes Alcântara.

No Brasil, apesar de ser adotada a teoria subjetiva, é possível fazer um seguro, mas o pagamento do prêmio é feito mediante a prova da culpa do médico.

É necessário fazer, ainda, duas observações. O artigo 14 do Código do Consumidor não se refere aos médicos: estes são profissionais liberais, portanto, sua responsabilidade permanece caracterizada pela culpa. Segunda observação: sendo o médico empregado, o Hospital empregador (público ou privado) responde objetivamente pelos danos, cabendo-lhes o direito de regresso em caso de atos culposos. Como já destacamos há casos em que se aplica a responsabilidade objetiva: aos cirurgiões estéticos ( não incluindo as cirurgias reparadoras), à inseminação artificial e na responsabilidade por fato da coisa.

O nexu causal, último elemento da responsabilidade médica, é uma relação física estabelecida entre o ato médico, como causa, e o resultado danoso como consequência. Entretanto, a determinação da causa é especialmente complexa em se tratando de erros médicos: há um conjunto de circunstâncias, que vão desde as condições pessoais do paciente até os recursos materiais disponíveis a serem consideradas para a determinação da causa real do dano.

Além da responsabilidade por fato próprio, pode existir a responsabilidade indireta ou por fato de outrem. Quando há formação de equipes médicas, em geral, o médico-chefe responde pelos seus auxiliares (instrumentadores, enfermeiros) por culpa "in vigilando" ou "in eligendo". Mas pode existir responsabilidade também em relação a outros médicos que integram a equipe, embora o Código de Ética Médica não admita subordinação de um médico a outro, desde que se considere o médico como um preposto do médico-chefe.

A responsabilidade por fato de coisa ocorre quando há o uso imperito, negligente ou imprudente de um instrumento adequado, provocando danos. O médico, ao escolher determinado tipo de intervenção obriga-se a proceder com diligência e cuidado, respondendo pelos atos culposos causadores de danos.

Se o erro médico decorre de um vício ou defeito no mecanismo do aparelho, a responsabilidade do médico é objetiva pois há o dever jurídico de cuidar dos seus instrumentos. Considerar a responsabilidade objetiva do médico por instrumento e técnicas oriundas do progresso da Medicina é uma tendência verificável também nos casos de inseminação artificial e na Engenharia Genética.

## 2. A RESPONSABILIDADE HOSPITALAR

Até então tratamos da responsabilidade médica tomando em consideração o profissional liberal no exercício autônomo da Medicina. É necessário analisar o feixe de relações que se estabelece quando há um contrato envolvendo também a entidade hospitalar, com ou sem médicos empregados, visto haver uma complementariedade da responsabilidade médica e da responsabilidade hospitalar.

No caso de médico-diretor do hospital, este responderá em nome daquela unidade hospitalar por culpa "in eligendo". Se, por sua vez, o

dano foi causado por ato culposo de médico-residente, o médico-chefe da equipe e o hospital responderão por culpa "in vigilando" do seu subordinado. Porém, em sentido oposto, se o dano é causado por médico autônomo, trazido pelo paciente, que apenas se serve das instalações do hospital, a responsabilidade é apenas do profissional, desde que o dano não decorra de falha estrutural.

A atividade hospitalar não é médica, propriamente dita, mas não há dúvidas quanto a sua importância no processo médico. Neste sentido, são precisas as palavras de Ruy Rosado de Aguiar Jr: "o hospital é uma universalidade de fato, formada por um conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico".<sup>1</sup>

## 2.1. NATUREZA JURÍDICA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS MÉDICO/HOSPITAL/PACIENTE.

No desempenho de suas funções, o médico contacta com muitas pessoas e entidades, com as quais mantém as mais variadas relações jurídicas e profissionais. Assim, por exemplo, um médico ginecologista e obstetra, para executar sua especialidade e para atender às necessidades terapêuticas e de pesquisa dos males de sua paciente, manterá relações com a própria, com o laboratório (onde este fará seus exames), com o hospital onde a mesma dará a luz, com o corpo de enfermagem daquele local, com o anestesista que intervirá no procedimento cirúrgico, com a própria seguradora da paciente (ou na ausência com o órgão público da Saúde). Todas são relações são complementares dentro do mesmo fim medicinal.

A despeito da complexidade acima delimitada, é inquestionável a natureza contratual da relação médico/paciente, quer ela seja oriunda de um contrato escrito, quer presumido, frente a uma situação de emergência, ou de atendimento público (relação paracontratual). Entretanto, o compromisso que assume este profissional não é de RESULTADO (cura/restituição da saúde), mas de MEIO, ou seja, o de conduzir-se com toda presteza, diligência, perícia e conhecimentos científicos, para colimar, o mais possível, ao ensejo curativo daquele que padece de certo mal.

Diagnosticado o mal, esforçar-se-á o médico por persuadir o cliente a respeito do tratamento ou da intervenção, das suas alternativas; somente podendo atuar com seu consentimento, salvo nos casos de extrema urgência na intervenção (risco de vida, transfusão de sangue, por exemplo) nos quais se tem admitido a atuação médica sem prévio conhecimento e consentimento do paciente.

<sup>1</sup> Aur. Cit. In : "Responsabilidade Civil do Médico", RT 718, ago/95, p. 41.

2.2. MODALIDADES DE CONTRATOS DENTRO DA RESPONSABILIDADE HOSPITALAR

Entende-se que o hospital firma diversos contratos, dentre os quais: a) um contrato hospitalar com o paciente internado, assumindo a obrigação de meios, consistente em fornecer hospedagem ( alojamento, alimentação); b) o de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem etc); c) se dispuser de um corpo de médicos seus empregados, também poderá assumir a obrigação de prestar serviços médicos propriamente ditos.

Conforme disciplina o art. 1521, III, do Código Civil, o hospital responderá concomitantemente pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de seu pessoal auxiliar, *in verbis*: "são também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele".

O hospital também responde pelo dano produzido pelas coisas ( instrumentos e aparelhos) utilizadas na prestação de seus serviços, assim como terá a culpa presumida por ato faltoso do seu empregado ou preposto ( conforme Súmula 341 do STF). Isso, contudo, não prescinde que se prove a culpa do servidor, na prática do ato danoso, pois o hospital responderá subjetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor.

2.3. RESPONSABILIDADE HOSPITALAR NO ATENDIMENTO PÚBLICO E PRIVADO

Já é lamentável o caos do nosso sistema de saúde pública, o que em contrapartida leva à mercantilização da saúde pelo sistema privado de assistência, o que em verdade descaracteriza o direito assegurado constitucionalmente.

Em relação às entidades privadas observamos um descompasso entre a realidade atual e o regime jurídico vigente. Inicialmente, é preciso firmar que a responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e pronto-socorros está baseada em um tripé: a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa e a responsabilidade ético-profissional. Por responsabilidade civil entenda-se todo o conjunto de normas que visam a efetuar a reparação do dano causado, excluindo-se a responsabilidade criminal.

Em geral as instituições privadas utilizam-se de contratos de adesão para o ingresso de seus associados, contudo, quase sempre, com cláusulas abusivas e restritivas das responsabilidades do órgão prestador.

Ao revés, na esfera do atendimento público, não há que se falar em contratos, mas sim de uma responsabilização objetiva, amparada pela Própria Carta Magna (art. 37, § 6º, CF/88).

Entretanto, a doutrina e Jurisprudência se dividem quanto às diferentes espécies de responsabilidade no atendimento de saúde pública, quais sejam: a) responsabilidade por atos administrativos (falta de material, instalações precárias, etc.); b) responsabilidade pelo procedimento (falha do

corpo médico e de enfermagem) e c) responsabilidade do corpo médico e profissionais afins. Em qualquer dos casos, há que se investigar o nexo causal do dano em relação à conduta omissiva/comissiva, bem como se o atendimento necessário para impedir o referido dano estava dentro do padrão médio de atendimento exigível do ente público.

Neste sentido, ao que pese a triste realidade do nosso sistema de saúde, tanto o público quanto o privado, o Código Civil ainda associa a responsabilidade à idéia de culpa, deixando a cargo da vítima o ônus da prova, de que o profissional ou a unidade hospitalar, agiu com negligência, imperícia ou imprudência. A adoção do critério objetivo para a determinação da responsabilidade hospitalar é, em nossa opinião, a mais adequada frente à atual situação da saúde no Brasil.

Há, porém, através do Projeto nº 634-B, de 1975, de reforma do Código Civil, elaborado por Miguel Reale, uma esperança de que a responsabilidade civil seja tratada de forma objetiva ( art. 929, parágrafo único).

A título de evolução, portanto, o projeto apresenta uma versão mais genérica do disposto atualmente no artigo 1545 do C. C. , estatuinto uma responsabilidade profissional por lesões ou ofensas à saúde ( art. 953), in verbis: "art. 953 - O disposto nos três artigos anteriores aplica-se também no caso de indenização devida por quem, no exercício da atividade profissional, por negligência, imperícia ou imprudência, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho".

Ainda assim, percebe-se que o projeto padece dos mesmos efeitos do Código de 1916: o silêncio a respeito da atividade hospitalar expressa a indefinição que ainda se tem sobre a adoção do critério subjetivo ou do critério objetivo para determinar a responsabilidade. Se adotado o critério da culpa, mais complexos e impunes ficarão os episódios de danos ocorridos por ato faltoso dos hospitais, ou concorrentes entre seus médicos-empregados e a própria universalidade de fato ( hospitais e seus congêneres).

Em contrapartida, a adoção do critério do risco, como fundamento da responsabilização dos hospitais e clínicas facilitaria a aplicação da justiça social e diminuiria a impunidade, já que a responsabilização seria automática, à semelhança do que foi preconizado para a responsabilidade do Estado por atos de seus prepostos.

Para ilustrar, dentre os inúmeros casos relatados, escolhemos os seguintes:

a) QUEDA DE PACIENTE EM LEITO HOSPITALAR. Paciente, portador de estado clínico melindroso, foi internado em casa de saúde, onde veio a sofrer queda do leito em que se achava.

A 5ª Câmara Cível do TJRJ, na AC nº 585.058.365, descartou a hipótese de caso fortuito, alegado pelo estabelecimento-réu porque, em se tratando de doente psiquiátrico e passível de cometer algum desatino contra sua própria vida, nada mais previsível que o dever da equipe de enfermagem, sob prescrição médica, acautelarem-se com as ataduras do mesmo junto ao leito, bem como dispensar-lhe vigilância permanente.

b) DEMORA E INSUFICIÊNCIA DE TRATAMENTO EM HOSPITAL. Sob o título de erro médico em hospital, o Estado do Rio de Janeiro foi acionado por cidadão que se queixava de que, após acidente de circulação provocado por terceiro, procurara os cuidados do Hospital-réu, porém fora atendido tardiamente e adquiriu defeito de insuficiência irrecuperável em membro inferior. No entanto a 6ª Câmara Cível do TJRJ, na AC nº 3.028887, confirmou a decisão de primeira instância por restar não comprovado o nexo causal entre a demora do atendimento e o dano causado, necessário à identificação da responsabilidade objetiva do hospital. O mal que levou o autor ao hospital foi decorrente de atropelamento que lhe provocou fratura subcapital do colo do fêmur direito, com destruição da cabeça desse osso, moderada luxação coxofemural direito e encurtamento do membro inferior direito.

Porém, a perícia concluiu que a necrose asséptica é complicação possível da lesão inicial a que foi acometido o paciente, por desvitalização devida à desnutrição conseqüente à fratura. Isso conduz à conclusão de que não houve influência da ação do hospital ou de seus médicos no resultado danoso, devido unicamente ao infortúnio.

c) ESTUPRO DE PACIENTE POR ENFERMEIRO DO HOSPITAL. O eminente Desembargador Ivânio Caiuby, na AC nº 33.679, perante a 3ª Turma do TJRJ, decidiu pela responsabilidade civil do estabelecimento hospitalar, em caso de estupro de paciente por enfermeiro da casa, embora não afeto à enfermária de mulheres.

No detalhamento do caso *sub judice*, a autora revela que estivera internada no estabelecimento da ré para tratamento de saúde e fora submetida a fortes doses de tranqüilizantes, vindo a ser estuprada no horário noturno do plantão de determinado enfermeiro que, inadequadamente, ficara responsável pela ala feminina, por ocasião da ausência da enfermeira responsável por aquele plantão.

A ré argumentara tratar-se de caso fortuito pois apenas naquele dia procedera à indicação de pessoa do sexo masculino para prestar serviços em ala feminina; além do fato de que a indicação, na verdade, recaíra sob a pessoa de enfermeiro idoso e antigo no hospital, porém este passara mal e pedira ao seu colega, mais jovem e novato no estabelecimento, para substituí-lo. Sem que tal permuta chegasse ao conhecimento da enfermeira-chefe do setor.

Entretanto, nada eximiria a responsabilidade *in vigilando* e *in eligendo* da instituição-ré, pois a falta de enfermeiro é fato comum nos estabelecimentos hospitalares e congêneres que trabalham sob o regime de plantão, de modo que a direção desses serviços já deveria estar preparada para tais episódios, corroborando o dever de incolumidade das casas de saúde e hospitais para com os pacientes.

## 2.4. A TRAGÉDIA DA HEMODIÁLISE - IDR/CARUARU

Passaremos a abordar um caso bastante conhecido no país inteiro (quicá no exterior também), qual seja o da intoxicação hepática e morte de pacientes hemofílicos, submetidos à diálise no Instituto de Doenças Renais de Caruaru. O fato teve início no mês de fevereiro de 1996, com as primeiras mortes ocorridas, no entanto, omitidas pelos dirigentes daquele órgão junto à Secretaria de Saúde de Pernambuco - SES/FUSAM.

Somente em 06.03.96, a SES/FUSAM recebeu carta fax comunicando, muito laconicamente a ocorrência de "sintomas anormais" em alguns pacientes submetidos ao programa de diálise, aludindo à "desconfiança" de que tudo dera-se por carência de cloro na água fornecida pela Compesa àquela instituição.

Não houve qualquer relato de óbitos, inobstante, até aquela data, já terem ocorrido 10 (dez) mortes, conforme constatação feita pela Inspeção Sanitária naquela unidade, juntamente com inúmeras irregularidades quanto às necessárias condições de higiene, atendimento, técnica, revisões periódicas da água etc.

Após a interdição do IDR, desde o dia 10.03.96, e acompanhamento permanente dos técnicos da SES/FUSAM, com monitoramento da água e pesquisas das causas etiológicas das mortes, passou-se a formar o leque de hipóteses acerca do caso. Inicialmente, considerou-se a possibilidade de Leptospirose (por haver resíduo de fezes de ratos nos reservatórios de água. Outra hipótese trabalhada foi a de intoxicação por excesso de cloro (adicionado pela clínica). Em seguida vislumbrou-se ser caso de intoxicação por agrotóxicos. Paralela e menos provavelmente analisou-se a suposição de tratar-se de envenenamento por vírus e bactérias, por existência de achados histopatológicos na culturas de sangue das vítimas.

Entretanto, somente com a análise biológica realizada pela Bióloga da UFRJ, Dra. Sandra Azevedo, detectou-se a existência da Cyanobactéria nos reservatórios de água, que por sua vez liberara uma toxina que correspondia ao quadro clínico das vítimas.

Vale salientar que, inobstante não ter havido as inspeções sanitárias periódicas devidas pela SES/FUSAM, o quadro letal ocorrido assim mesmo ocorreria se tais fiscalizações fossem realizadas, uma vez que nas vistorias e nas revisões quadrimestrais da água utilizada no procedimento de diálise não se teria detectado a existência da referida Cyanobactéria ou da toxina por ela liberada.

Tratara-se, indubitavelmente de um caso de infortúnio, visto não haver a comprovação donexo causal entre o dano ocorrido e a ação/omissão do atendimento médico público.

Adicione-se, ainda, que legislação relativa às inspeções em clínicas de hemodiálise no Brasil é lacunosa, só apresentando um diploma legal - Portaria nº 038/94.

Do ponto de vista da responsabilidade médico-administrativa, urge considerar que no sistema atual, em se tratando de atendimento de saúde pública, há o SUS - Sistema Unificado de Saúde, que consiste na descentralização do atendimento, das responsabilidades, da aplicação de recursos e de fiscalização, o que ocasiona dificuldade na hora de apurar-se responsabilidades ou cobrar-se atendimento digno.

Após a interdição do IDR, procedeu-se à apuração através de sindicância, junto à Secretaria de Saúde, bem como uma investigação procedida pela Assembléia Legislativa do Estado, o que redundara na responsabilização dos diretores de Epidemiologia e Vigilância Sanitária e da Diretora da IV DIRES-Caruaru. Houve também responsabilização criminal das supracitadas médicas, inobstante, não atuarem as mesmas enquanto médicas, mas, tão-somente como gerenciadoras do Sistema Unificado de Saúde.

Em verdade, ousamos afirmar que tentou-se aplacar a fúria da imprensa, apontando-se, apressadamente, culpados e abrindo-se processos cíveis e criminais, sem que se aprofundasse a questão em análise do nexo causal entre o dano causado e o ato/omissão do órgão público.

O que não conduz ao desfecho de não indenização das vítimas do IDR, no entanto, através da responsabilização dos diretores da referida Clínica, por estarem numa relação de consumo com os pacientes, amparados pelo Código do Consumidor. A nível Público, a União já aprovava uma pensão (de um salário mínimo) para cada família das vítimas, na tentativa de amenizar o drama delas, ou, na pior das hipóteses, para abafar o caso, uma vez que no seu orçamento não faria peso tal soma.

### 3. CONCLUSÃO

O tema da responsabilidade médico-hospitalar tem como suporte o tripé: dano, ato ou omissão do agente/obrigação de atuar ou evitar a lesão. Assim, é preciso para identificar-se um caso de responsabilidade médica que o agente tenha agido ou omitido-se com culpa (negligência, imperícia ou imprudência), quando tinha o dever de assim agir. A natureza do vínculo entre o agente e paciente pode ser contratual ou extracontratual.

Na verdade a atividade médica tem evoluído bastante, mas as técnicas têm aumentado em muito o risco de erros, sendo tão especializadas que dificultam a análise, devendo adotar-se certo casuismo nas situações.

No que tange à responsabilidade médica, tem-se que observar a existência de culpa (nos seus três níveis). Já no tocante ao responsabilidade hospitalar, onde o erro deveu-se por carência, deficiência ou inadequação do atendimento, estaremos diante de uma responsabilidade objetiva (sem apuração do elemento culpa). Em sentido oposto, se a falta foi do médico-funcionário do hospital, redundaremos novamente numa análise subjetiva, na verificação do nexo causal. Isto dá-se porque a responsabilidade hospitalar é híbrida (paciente - médico = responsabilidade subjetiva e paciente hospital = responsabilidade objetiva).

Relativamente à responsabilização do atendimento médico público, verifica-se a ocorrência de responsabilidade subjetiva, posto que deve-se perquirir o nível de exigência médio do atendimento, para se cobrar a atuação hospitalar. Assim, se o Estado agiu dentro do padrão de possibilidade e de deveres que lhe são inerentes, e, mesmo assim, o dano ocorreu, não pode ele ser responsabilizado pois não poderia tê-lo evitado, uma vez que cumprira com suas atribuições

## bibliografia

01. ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. Responsabilidade Médica. Rio de Janeiro, José Konfino, 1971.
02. BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar. Coordenador: Carlos a. Bittar . São Paulo, Saraiva, 1991.
03. CHAVES, Antônio. "Responsabilidade Civil do Ato Médico". In: Revista Forense, volume 324. Rio de Janeiro, out/dez, 1993.
04. CHAVES, Antônio. "Responsabilidade das clínicas, hospitais e médicos". In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, número 33. Junho de 1990.
05. DIAS, José de Aguiar. "Responsabilidade dos Médicos". In: Seleções Jurídicas. ADV-COAD, maio 1994.
06. HAMMURABI. O Código de Hammurabi. Tradução: E. Bouzon. Petrópolis, Vozes, 1980.
07. SILVA, Thereza C. de Oliveira . "Responsabilidade Civil dos Médicos". In: Tabulae número 41. UFJF, agosto/1986
08. SOUZA, Hersilio. "O Código de Manu". In: Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, FDR, 1925.

# NOTAS INTRODUTÓRIAS AO ESTUDO DO DIREITO ROMANO

por

André Emmanuel Barreto Campelo  
(Aluno da graduação em Direito da UFPE)

## Introdução

Depara-se o leitor, ao ler o presente artigo, com notas introdutórias ao direito romano, mas qual a necessidade de prolatar avisos previamente a alguém que venha a iniciar um estudo de direito romano? Aparentemente seria mais uma das demais cadeiras oferecidas pela graduação em direito, não oferecendo maiores dificuldades para a sua assimilação?

A resposta para as questões acima levantadas se encontram no próprio corpo da indagação. Ao iniciar a graduação em direito o aluno se propõe como meta a assimilar uma gama de conhecimentos, sistematizados e abordados de modo técnico-científicos, que existem na realidade jurídica nacional. O direito romano ao contrário se apresenta como uma exceção de luxo ao corpo curricular do curso de direito. E neste texto revelaremos aspectos importantes que perfazem a exceção.

Este pequeno texto se propõe a revelar alguns aspectos mínimos, mas cruciais para uma compreensão e perfeita assimilação do direito romano.

## 1. O que é que estamos estudando?

Antes de mais nada é necessário dizer que ao nos depararmos com o nosso objeto devemos ter em mente que estamos lidando com um mundo que já se foi, não deixa de ser, de certo ponto de vista, um estudo antropológico<sup>1</sup> e, como nos fala Sahlins: "...a civilização permite a si mesma o luxo de uma digestão intelectual: os primitivos são amplamente antropologizados. (Assim, a Antropologia, como um amador observou clinicamente, torna-se uma investigação dentro do cadáver de uma sociedade dirigida por membros de outra)."<sup>2</sup>

Então vislumbramos o fato de que trabalhamos sobre um mundo que não mais é, um mundo cujos significados não mais existem, e cujo sentido de ser daquele modo não mais permanece no presente. Vemos então que o nosso objeto de estudo se reveste de uma característica que não possuem as

<sup>1</sup> "Antropologia (...). Ciência natural que estuda a história natural do homem e tem por objeto o estudo da classificação dos caracteres fisiológicos hereditários comuns.", PAPE, São Paulo: DLC, 1979.

<sup>2</sup> Sahlins, Marshall D.: *Sociedades Tribais*, trad. Yvonne Maggie Alves Velho, Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p.9.

demais disciplinas da graduação em direito: a significação do acontecido e do que foi dito há muito não existe de *per se*, fá-se necessário reconstruí-la a fim de que possamos compreender como aquele instrumental jurídico influía e alterava o seu mundo: "...a modificação mediante o discurso realiza-se ao exercer este uma influência sobre a intenção da pessoa que tem o poder de modificar activamente a situação. (...) O discurso pressupõe, portanto, uma divisão do trabalho e com a pressuposta divisão do trabalho uma correspondente distribuição do poder na sociedade humana."<sup>1</sup>, ora estaremos tratando com romanos (e não só com estes), e com toda complexidade de uma sociedade tão diversa da nossa, com relações de produção que para nós seria inimaginável e com uma coletividade cujos valores e modo de tráfego dos significados em nada, ou quase nada se assemelham a nossa. Poderiam nos afirmar que os romanos são o fundamento do nosso mundo, mas Paul Veyne brilhantemente fala deste modo: "...sua civilização seria o fundamento do Ocidente moderno? Não sei. Não se tem certeza de que seja tal fundamento (importam muito mais o cristianismo, a tecnologia e os direitos do homem)...Os romanos são prodigiosamente diferente de nós e, em matéria de exotismo, nada têm a invejar aos ameríndios e aos japoneses...Mas, então por que não [iniciarmos nosso trabalho com] os gregos? Porque os gregos estão em Roma, são o essencial de Roma; o Império Romano é a civilização helenística nas mãos brutais (também aqui, nada de sermões humanistas) de um aparelho de Estado de origem italiana."<sup>2</sup>.

Não é o homem romano (se é que podemos dizer que existiu um protótipo imutável em mil anos de existência de um Estado e sociedade que sofreram crônicas transformações?) um homem moderno que não conhece telefones e TVs, ele é fruto de um contexto: uma sociedade formada de povos de proveniência do Cáucaso<sup>3</sup>, que se estabeleceram num trecho de uma península (cuja visão da unidade geográfica os diversos povos que a habitavam não possuíam), habitada por latinos, oscos, úmbrios, sabinos, gregos (oriundos do excesso populacional da Grécia), etruscos e vários outros

<sup>1</sup> Lausberg, Heinrich: *Linguística Românica*, trad. Marion Ehrhardt e Maria Luísa Schemann, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981, p.19. Sobre o discurso jurídico v. pp. 19ss.

<sup>2</sup> Veyne, Paul: *História da Vida Privada*, v.I, trad. Hildegard Feist, São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p.14.

<sup>3</sup> "De c.4500 a c.2500 a .C., considera-se que os proto-indo-europeus tenham vivido em alguma parte das estepes da Rússia meridional; na segunda metade do terceiro milênio, porém, começaram a surgir vários povos entre seus descendentes - povos com identidades distintas, falando línguas que, embora relacionadas, também eram distintas. E esses povos migravam cada vez mais longe da região original dos indo-europeus. Os proto-indo-iranianos e seus descendentes (os indo-arianos e os iranianos) formavam apenas um ramo de uma árvore grandiosa cujos ramos iriam se estender do vale do Indo até a Escandinávia.", Cohn, Norman: *Cosmos, Caos e o Mundo que Virá*, trad. Cláudio Marcondes, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.145; v. também, com mais detalhes acerca da migração indo-ariana: Breton, Roland J.-L.: *Geografia das Civilizações*, trad. Lólio Lourenço de Oliveira, São Paulo: Ática, 1990, pp. 89-90.

povos, os quais tinham de se defender de ataques de tribos celtas (oriundas do que viria a se chamar Gália Cisalpina) e da política mercantil púnica (e em seguida cartaginesa).

Os romanos, destruidores e legatários (a título singular) da cultura etrusca<sup>1</sup>, adaptaram a cultura grega a um contexto todo seu de vida, assimilando, assim como os etruscos, o alfabeto grego<sup>2</sup> e criando, de certo modo, uma nova natureza para si<sup>3</sup>.

Um povo que também mudou pelo passar do tempo, o romano dos tempos dos mitológicos Rômulo e Remo jamais poderia conversar ou sequer compreender o seu concidadão que vivesse na Hispânia citerior ao tempo de Caracalla<sup>4</sup>..

Chegamos a uma óbvia conclusão, se o próprio espírito do povo romano mudou<sup>5</sup>, se transformou também o direito que vem a indicar sua conduta, então concluímos que o objeto do curso de direito romano não é uno em significação, pois variando o povo num período de 12 séculos, variou também os destinatários de suas normas, aquele agricultor pagão que ao surgimento vivia nas cercanias de um dos montes ao término desse lapso passou a ser, p. ex., um burocrata cristão que trabalhava para o imperador Justiniano.

Em suma, nosso objeto é um fenômeno cultural que foi produzido em um contexto completamente diverso do nosso e que, por este motivo, se apresenta para nós, em conteúdo e continente, de uma forma *a priori* inapreensível da mesma maneira para os seus criadores.

## 2. A epifania do nosso objeto

Lévi-Strauss nos fala "que a explicação científica não consiste, como fomos levados a imaginar, na redução do complexo ao simples. Ao contrário,

<sup>1</sup> V. Bloch, Raymond: Os Etruscos, trad, Maria Helena Pires Noronha e Fernando Noronha, Lisboa: Editorial Verbo, 1966, pp.51-160.

<sup>2</sup> Sobre a origem do alfabeto grego e sua perfeita adequação à fonética das línguas indo-européias v. Haveloc, Eric A.: A Revolução na Escrita na Grécia e suas Conseqüências Culturais, trad. Ordep José Serra, São Paulo: Unesp/Paz e Terra, 1996, pp.63-86.

<sup>3</sup> "É evidente que Roma não teria sido capaz de desempenhar tal papel se seu desenvolvimento não houvesse seguido um caminho próprio. Esse desenvolvimento foi marcado pela tensão entre duas diferentes perspectivas culturais. Por um lado, os romanos tenderam, durante a maior parte de sua história, ao conservadorismo: reverenciavam suas velhas tradições agrícolas, seus deuses domésticos e seus hábitos rudemente belicosos [afinal de contas eram tribos invasoras a uma Itália desagregada]. No entanto, desejavam também ser construtores e não podiam resistir às atrações da cultura e do luxo gregos.", Burns, E. M., Lerner, R. E., Meacham, S.: História da Civilização Ocidental, v.I, trad. Donaldson M. Garschagen, Rio de Janeiro, 1989, p.139.

<sup>4</sup> Em 212 d.C. a "Constitutio Antoniniana, concedeu a cidadania a quase todos os habitantes do Império.", Moreira Alves, J.C.: Direito Romano, v.I, São Paulo: Saraiva, 1996, p.105.

<sup>5</sup> O conceito de povo romano também é complexo, v. Moreira Alves, op.cit., pp. 99-111., já que somente seria romano aquele que estivesse submetido ao *ius ciuilis*.

ela consiste, diz ele, na substituição de uma complexidade menos inteligível por outra mais inteligível.<sup>1</sup>, isto é, os romanos jamais sistematizaram o seu conhecimento jurídico de modo científico por um simples motivo: não conheciam o método científico e nem viam sua produção jurídica nos mesmos termos que o homem contemporâneo.

Por tudo isto não pode um indivíduo que venha a intentar o estudo do direito romano a raciocinar sobre as fontes com o olhar de um técnico<sup>2</sup>, mas com o olhar de quem quer conhecer aquele que lhe fala. As fontes romanas são os discursos mortos de indivíduos que desejavam transformar o seu mundo<sup>3</sup> dotando certas condutas de valores negativos ou positivos, elas são ecos que, pela distância percorrida mudaram de tom e altura. O trabalho do estudioso do direito romano é buscar a voz original. Seu triunfo é ouvi-la.

Mas onde estão estes vagos ecos destes produtores de discursos jurídicos?

Moreira Alves, no seu excelente manual de direito romano nos pode responder<sup>4</sup>. Ele nos fala que, a medida que caminhamos para as origens da *civitas* romana escasseiam cada vez mais as fontes de que dispomos, em virtude de que : 1. Antes das XII Tábuas as normas de condutas (*ius*) eram costumeiras e não possuíam uma distinção perfeita das normas religiosas (*fas*) que foram feitas de cidadãos para cidadãos (e, como tal, deveriam trazê-las na alma, pois eram criações dos seus antepassados) ; 2. Mesmo em se

<sup>1</sup> *Apud* Geertz, Clifford: *A Interpretação das Culturas*, Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p.45.

<sup>2</sup> "Neste aspecto, porém, de certo modo, ela [a teoria do direito] volta a ser mais orientação para a ação e para a decisão do que manifestação de autoridade. A partir daí é que se abre o caminho para uma progressiva tecnicização da teoria jurídica, em termos de um instrumento político.", Feraz Jr., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito, técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 1993, p.63., isto é, deste modo o estudo do direito romano se faria como um estudo para uma melhor aplicação de suas normas ao caso concreto, preenchendo-o deste modo com os significados do aplicador. Vale salientar que foi o que ocorreu com a Alemanha: "el Derecho romano aplicado en Alemania era un Derecho extranjero compilado, de la época de la decadencia de la jurisprudencia romana, por lo que planteaba frecuentemente a los estudiosos arduas cuestiones a causa de la oscuridades y contradicciones que encerraban sus normas.", Aftalión, Enrique R., Olano; Fernando Garcia; Vilanova, José: *Introducción al Derecho*, t.II, Buenos Aires: El Ateneo, 1956, p. 409 (sobre exemplo de ausência de clareza v. *Institutiones Justinianorum*, J, 2,4 ). É de se observar que a obra de Savigny: Sistema... encara o direito romano como um instrumental técnico para solucionar problemas v.sobre usucapão em Savigny, M.F.C.: *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad.Jacinto Mesia e Manuel Polo, t.IV, Madrid: Centro Editorial de Górgona, sem ano.

<sup>3</sup> Lausberg, Heinrich: *op.cit.*, p.20 acerca de discursos consumptível (que se exaurem com a persuasão ou não) e o litúrgico (cuja permanente releitura o vivifica): "Na vida jurídica o debate apresenta uma mistura de discursos de uso único (interrogatório, discursos de defesa, etc.) e discursos de uso repetido (texto de lei, fórmulas fixas para pronunciar a sentença, etc.)."

<sup>4</sup> Moreira Alves: *op.cit.*, pp. 73-74; sobre o Direito Romano pré-Clássico (até aproximadamente 130 a .C.): pp.24-27; sobre o Direito Romano Clássico (de 13 a .C. até 305 d.C.): pp.39-40; e sobre o período pós-Clássico (de 305 D.C. até 565 d.C.):pp.46s.

tratando das XII Tábuas, conhece-se apenas fragmentos ontologicamente assistematizados que contém normas esparsas de natureza privada e pública.

Em relação ao direito Clássico<sup>1</sup> podemos citar as Institutas de Gaio.

Em relação ao direito pós-Clássico o *Corpus Iuris Civilis*, o qual merece algumas palavras (não que as Institutas de Gaio não o mereçam, mas este se apresenta como a fonte máxima de pesquisa).

O *Corpus* é para a sua época uma fonte de direito material e processual, público e privado que vem resgatar e sistematizar os ensinamentos dos juristas romanos (o que e chamavam de *iura*) e as predicas contemporâneas à sua criação.

E desse modo uma gama de fontes nos aparece e aparece ao homem romano, mas não do mesmo modo, pois para saber com se faz necessário se por num contexto, como já dito diverso do nosso.

### 3. Tópico Final: o Homem Romano.

Devemos vislumbrar um outro planeta, Philippe Wolff<sup>2</sup> admite que para as épocas medievas o próprio clima se apresentava de um modo diverso, assim concluímos que na Roma Antiga de modo diverso se apresentava o clima; a natureza indomável se apresentava arredia aos avanços do homem em dominá-la: o seco solo da Europa meridional se mostrava em demasia duro para os leves arados de unhada dos romanos, que não conseguiam revolver a terra; as pobres terras dos conquistadores do mundo jamais admitiriam o rodízio de campos (verdadeira revolução na agricultura medieva); a própria mobilidade dos homens se tornava dificultosa em virtude de que os animais de tiro nem coleira alcochoada possuíam (as dos romanos asfixiavam os animais quando usando para transportes de

<sup>1</sup> Chamado deste modo porque se apresenta como o esplendor da produção jurídica romana, tanto em continente quanto em conteúdo. É neste período que os pretores e juriscultos se valendo da herança e da tradição do seu *ius civis* consegue criar uma técnica e institutos que fazem do direito romano um fator de diferenciação dos povos da Antiguidade. Sua sociedade se torna em demasia complexa, e de forma paulatina novos institutos vão surgido do antigo direito, p.ex., como nos revela Coulanges, na Roma Antiga a propriedade (falo propriedade e não direito porque para os romanos esta era tão evidente que se confundia com o objeto) não era do indivíduo, mas da *famili* (que não possuía o mesmo significado de parentesco, mas de laço religioso, era um laço oriundo do *fas* (p.33-34)), como diz o autor: "A idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados." (p.50); por este motivo que ao estar em dívida o patrimônio não se "responsabilizava", mas o corpo do devedor, era o que chamamos de *nexum*, já que a propriedade não era do devedor mas da família (dos deuses *manes* e dos seus descendentes). Com o aumento da complexidade romana o sentido desta norma, bam como do direito religioso se esvaiu e o patrimônio se vinculou a dívida com a lei *Poetelia Papiria* (326 a .C.); Coulanges, Fustel de: *A Cidade Antiga*, trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo: Hemus, 1975.

<sup>2</sup> Wolff, Philippe: *Outono da Idade Média ou Primavera dos Tempos Modernos?*, trad., Edison Darci Heldt, São Paulo: Martins Fontes, 1988, p.10ss; Burns:op.cit., p.239, inclusive fala que o clima europeu na Antiguidade era mais arisco.

cargas), muito menos ferraduras, as frágeis embarcações romanas por falta de aparatos de orientação, como astrolábios e bússolas jamais poderiam a noite velejar e apenas navegavam tateando as costas do plácido Mediterrâneo; além do mais toda a civilização romana se fundamentava numa mão-de-obra escrava abundante e inventos técnicos que facilitassem a produção não faziam sentido<sup>1</sup>.

O mundo em nada se parecia com o nosso, o homem romano se encontrava num contexto diverso, seu enfoque era outro, inclusive pela própria língua que lhe servia de base para raciocínio<sup>2</sup>. Talvez pela sua maior rigidez não tenha o latim podido dar liberdade como ofereceu o espírito lírico contido nas formas de expressões lingüísticas gregas, as quais sempre provenientes de formas orais recitadas<sup>3</sup>, de uma cultura prévia e ágrafa<sup>4</sup>.

O homem romano se via num Estado (ao menos a partir das guerras de conquista) que se aparentava invencível, acreditava, com o decorrer dos anos, o povo romano que se encontrava no centro de um mundo cuja ordem era o Estado e fora dele havia o caos<sup>5</sup>, os sassânidas, p. ex.. seriam agentes do caos.

É de se salientar também que mesmo com o cristianismo o paganismo não feneceu de uma só vez, nas zonas rurais ele estava muito vivo. O cristianismo era uma religião dos grandes centros (mas não na forma padrão de como se apresenta hoje<sup>6</sup>), Antioquia, Alexandria, Roma, Bizâncio etc.

Devemos, por fim salientar e corroborar algo já dito, consoante os ensinamentos de Bark, nossa civilização não é herdeira direta de Roma, somos fruto daquela Europa abandonada por um Império que se esfacelou e que

<sup>1</sup> Burns:op.cit., pp. 239-241, com mais profundidade Bark, William Carroll: *Origens da Idade Média*, trad., Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: Zahar, 1979, pp.97ss.

<sup>2</sup> "Conquanto menos flexível que o grego e de vocabulário menos opulento, timbra o latim pelo vigor, pela concisão e pela clareza, o que se coaduna, à perfeição com a linguagem rigorosa das leis, a precisão das sentenças morais e o poder de síntese das inscrições.", Xavier, Ronaldo Caldeira: *Latim no Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.6.

<sup>3</sup> Havelock:op.cit.,pp.147ss e v. também Jaeger, Werner: *Paidéia, A Formação do Homem Grego*, trad. Artur M. Parreira, São Paulo: Martins Fontes, 1995, pp.37ss. Talvez por esta possibilidades de exercitar o poder criativo a formação do senso ético grego haja sido mais apurada (já que as "obras literárias" eram verdadeiras norteadoras da conduta do homem grego ao contrário das obras romanas que não possuíam a intensidade e a profundidade das obras gregas).

<sup>4</sup> É de se salientar que os romanos importaram um alfabeto e que moldou sua língua, os gregos se apropriaram de uma idéia fenícia de adequação de unidades sonoras a símbolos escritos, mas eles que fizeram correspondência da vogal a um sinal, enquanto que os fenícios se ativeram a um sistema similar ao alfabeto hebraico (sem vogais - muito mais impreciso); v. Havelock: op.cit.,p.63ss.

<sup>5</sup> Uma visão não muito diferente dos outros Estados do oriente. v. Cohn:op.cit., p.15-16; vale salientar que quando a cidade de Roma caiu nas mãos dos visigodos em 410 muitos cidadãos do Império ficaram chocados, a obra de São. Agostinho é um reflexo disto, de uma *Cidade da Terra*, fútil e efêmera; Burns:op.cit.,188ss.

<sup>6</sup> v. Duroselle, J.-B., Mayeur, J.-M.: *História do Catolicismo*, trad. M. Teixeira da Cunha, Lisboa: Livros do Brasil, 1988, pp.24-27.

por aproximadamente 500 anos transformou a Europa num acampamento de guerra, e salienta um ponto: "Não é necessário dizer que a solução dos problemas sociais que fora um obstáculo fundamental no caminho dos antigos proporcionou uma oportunidade de desenvolvimento de longo alcance nos setores intelectuais e estéticos. A abordagem medieval da ciência, ou seja, o processo de descer primeiro à terra e inventar soluções práticas, para depois passar à teoria, mostrou-se muito superior à abordagem demasiado especulativa dos gregos [e portanto dos romanos], que não chegaram nunca a superar a fase de atendimento das necessidades mais elementares."<sup>1</sup>.

Por fim salientamos a necessidade de se vislumbrar o direito romano como coisa de um outro mundo, pois realmente ele o é.

## Bibliografia

- AFTALIÓN, E.R.; OLANO, F.G.; VILANOVA, J.: *Introducción al Derecho*, t.II, Buenos Aires: *El Ateneo*, 1956.
- BARK, W.C.: *Origens da Idade Média*, trad. Waltesir Dutra, Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- BLOCH, R.: *Os Etruscos*, trad. Maria Helena Pires Noronha e Fernando Noronha, Lisboa: Editorial Verbo, 1966.
- BRETÓN, R. J.-L.: *Geografia das Civilizações*, trad. Lólio Lourenço de Oliveira, São Paulo: Ática, 1990.
- BURNS, E.M.; LERNER, R.; MEACHAM, S.: *História da Civilização Ocidental*, v.I, trad. Donaldson M. Garschagen, Rio de Janeiro: Globo, 1989.
- COHN, N.: *Cosmos, Caos e o Mundo que Virá*, trad. Cláudio Marcondes, São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- COULANGES, F.: *A Cidade Antiga*, trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo: Hemus, 1975.
- DUROSELLE, J.-B.; MAYEUR, J.-M.: *História do Catolicismo*, trad. M. Teixeira da Cunha, Lisboa: Livros do Brasil, 1989.
- FERRAZ JR., T.S.: *Introdução ao Estudo do Direito, técnica, dominação, decisão*, São Paulo: Atlas, 1993.
- GEETZ, C.: *A Interpretação das Culturas*, Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.
- HAVELOCK, E.A. : *A Revolução da Escrita na Grécia e suas Conseqüências Culturais*, trad. Ordep José Serra, São Paulo: Unesp/Paz e Terra, 1996.
- JAEGER, W. : *Paidéia, A Formação do Homem Grego*, trad. Artur M. Parreira, São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LAUSBERG, H.: *Linguística Românica*, trad. Marion Ehrhardt e Maria Luísa Schemann, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.
- MOREIRA ALVES, J.C.: *Direito Romano*, v.I, São Paulo: Saraiva, 1995.
- PAPE- Programa Auxiliar de Pesquisa Estudantil, v.I, São Paulo: DLC, 1979.

<sup>1</sup> Bark:op.cit.,p.146; este autor faz uma excelente crítica à sociedade romana e revela seus problemas ontológicos, pp.141ss.



SAHLINS, M.D.: *Sociedades Tribais*, trad. Yvonne Maggie Alves Velho, Rio de Janeiro:Zahar, 1974.

SAVIGNY, M.F.C.: *Sistema del Derecho Romano Actual*, t.IV trad. Jacinto Mesia e Manuel Poloy, Madrid: Centro Editorial Górgona.

VEYNE, P.: *História da Vida Privada*, v.I, trad. Hildegard Feist, São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

XAVIER, R.C.: *Latim no Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

WOLFF, P.: *Outono da Idade Média ou Primavera dos Tempos Modernos?*, trad. Edison DarciHeldt, São Paulo: Martins Fontes, 1988.

# ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SETOR HOSPITALAR E AFINS.

por

Leônio José Alves da Silva

(Aluno da graduação em Direito da UFPE)

## sumário

1. INTRODUÇÃO. 2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 3. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CONCEITO DOUTRINÁRIO E SUA APLICAÇÃO NA ATIVIDADE HOSPITALAR. 4. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ATIVIDADE HOSPITALAR EM FUNÇÃO DE SUA POTENCIALIDADE DE RISCO E CONTROLE DOS SERVIÇOS PRESTADOS. 5. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA

### 1. INTRODUÇÃO.

Em torno de um dos mais remotos temas do direito civil, são deparadas à atual visão, de maneira complexa, diversas teorias sobre a origem e evolução da iniciativa de reparar danos e estabelecer os efeitos da provocação de determinado evento danoso.

A doutrina moderna haveria de experimentar os primordiais requisitos de conduta não culposa; todavia, atingiu-se uma revolução conceitual pela qual o Estado enquanto administração, representaria um dos pólos da chamada responsabilidade pela culpa objetiva.

Passou-se de um estágio incipiente, pelo qual nenhum preceito de culpabilidade assumiria o Estado, estando assim os seus representantes livres de qualquer sanção ou reparação.

Tentaremos, no presente estudo, abordar objetivamente as principais controvérsias existentes neste assunto.

Os séculos atual e passado conheceram e ampliaram as bases da teoria da responsabilidade, parcial ou plena, atendendo às diferentes necessidades individuais, principalmente nos continentes europeu e americano.

Estaria definida a limitação dos atos praticados em nome do Estado, ou pelo exercício do poder de polícia, principalmente no início do século XX.

Oportunamente formaram-se distinções importantes pelas quais devemos grande parcela à doutrina francesa, que em fins do século XIX,

aprofundou a chamada "teoria do risco", delimitando a resposta do Estado aos danos causados a terceiros.

A responsabilidade civil encontrou, ao nosso ver, melhor definição na obra de Savatier, nos seguintes termos: "é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou fato de pessoas ou coisa que dela dependam".(01)

Atualmente é preciso distinguir a responsabilidade contratual e extracontratual.

No Brasil, costuma-se admitir similitudes entre a responsabilidade contratual e a aquiliana, também chamada de delitual, conforme o seguinte:

a) responsabilidade aquiliana ou extracontratual:

a.1) existência do dano ;

a.2) culpa do agente;

a.3) nexó de causalidade.

b) responsabilidade contratual:

b.1) culpa do agente;

b.2) nexó de causalidade;

b.3) indenização como não-prestação;

b.4) existência do dano.

O princípio norteador da responsabilidade civil, em nossa legislação, repousa no disposto pelo art. 159 do Código Civil, tratando da automática obrigação de reparar o dano causado injustamente.

Todavia, a violação do direito não constituiria uma regra geral para os casos de reparação; há casos em que a lei ordena seja o dano sofrido pela vítima reparado, mesmo sem a mínima conduta contrária ao ordenamento.

São os claros exemplos dos acidentes de trabalho.

Provavelmente, os fundamentos de tal assunto encontram-se no disposto pelo art. 1.382 do Código Civil francês, que dispõe: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer".

Repousa, dessa forma, a responsabilidade civil em pressupostos mundialmente consagrados, os quais passaremos a analisar tendo em vista sua presença na legislação de direito público e privado.

## 2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

São admitidos atualmente, quatro pressupostos básicos na estrutura da responsabilidade civil, a saber:

a) ação ou omissão do agente:

A responsabilidade do agente concentra-se em ato próprio ou de terceiro sob sua responsabilidade, além das coisas que estejam sob sua guarda.

Os atos que não esbarram diretamente na norma jurídica, mas no abuso de direito, são alvo de reparação; dependerá apenas do

Comportamento espontâneo do agente, bem como dos que estejam sob sua vigilância.

b) culpa do agente:

Seria um requisito mínimo sempre que a ação ou omissão ensejasse um dano indesejado ou proposto.

Segundo Carlos de Carvalho, o conceito civil de negligência abrangeria os de imprudência e imperícia. (02)

A culpa possui dois tipos de elementos estruturais:

- elementos subjetivos- previsão do atentado ao direito de outrem;
- elementos objetivos- lesão de direito alheio. (03)

De qualquer modo, o *onus probandi* da vítima, no sentido de afirmar que o agente procedeu culposamente, é, muitas vezes, excessivo ao ponto da pretensão indenizatória ser inatingível.

De certa forma, o direito brasileiro admitiu também as hipóteses em que a responsabilidade figura sem a presença de culpa..

Alguns autores demonstram que a voluntariedade do ato ilícito, na ação, poderá ser:

-*in re-* (dolosa) quando o agente quer o resultado de seu ato. (desta forma os loucos não podem cometer ato doloso);

-*in causa-* (culposa) quando o agente não quer resultados do ato, mas poderia ou deveria prevê-los.(defeito diligencial)

A culpa , seria um "erro de conduta moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato". (04)

O início das modificações conceituais da culpa, remonta à *Lex Aquilia et levissima culpa venit* (D. L IX, t. li, frag. XLIV), datada de 572 d.C., tratando de um modelo exonerador de responsabilidade.

A lei aquiliana, formadora da estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual no direito romano, estava dividida em três capítulos:

1º capítulo- morte dos escravos ou quadrúpedes (dos que pastam em rebanho);

2º capítulo- dano causado por credor acessório ao principal, que faz abatimento da dívida com prejuízo do primeiro;

3º capítulo- dano por ferimento causado aos escravos e animais do primeiro capítulo e destruição ou deterioração de todas as outras coisas corpóreas.

Esta lei regulava o chamado *damnum injuria datum* , tratado como Princípio genérico, visto no capítulo terceiro.

Constituía a parte mais importante da lei, posto que sua extensão, empreendida pelos juristas romanos, originou a verdadeira teoria da responsabilidade extracontratual.(05)

A princípio, a *injuria* era concedida apenas ao proprietário da coisa lesada; posteriormente, foi conferida aos titulares de direitos reais e aos possuidores de um modo geral, além de certos detentores da posse e aos metecos.

Foi empregada também aos atos instrumentais, como o testamento e a caução, em não existindo outro meio probatório.

Há duas principais opiniões acerca da culpa como elemento desta lei, para o delito: (06)

a) como elemento indispensável:

constituiria parte de um conjunto de requisitos. (GIRARD, GASTON MAY e RUDOLF VON IHERING).

b) como elemento dispensável:

foi introduzida posteriormente em torno de interpretações. (E. BETTI, MARIO COZZI, LEON e HENRI MAZEAUD).

A função da pena estava sendo modificada, objetivando indenizar, principalmente nas ações reipersecutórias, embora ainda houvesse um método punitivo de se calcular a pena.

O ônus da prova seria transposto em parte, na sua rigidez, independentemente do elemento culpa na caracterização da obrigação de reparar o dano.

O grande número de acidentes de trabalho propiciou o avanço da teoria do risco, principalmente em fins do século XIX na Europa.

Pela teoria clássica da culpa, tal fato causaria certa irresponsabilidade por parte do empregador, diante da demonstração da culpa, tendo em vista a rotina com máquinas perigosas.

Dois grandes vertentes sedimentaram a origem da responsabilidade civil:

a) corrente da culpabilidade - teoria clássica da culpa;

b) corrente da causalidade - teoria do risco.

Como antigo exemplo do emprego da teoria do risco na legislação brasileira, temos o art. 26 da lei 2.681 (07/12/1912), referente aos danos sofridos pelos proprietários marginais das estradas-de-ferro.

Outros casos são os da lei de acidentes do trabalho dec. 24 687, datado de (10/07/1934).

Em seu art. 2º, é notória a presença do risco envolvendo determinadas atividades, além do dec.-lei 7.036 (10/11/1944) que reformou a lei de acidentes do trabalho em seu art. 7º e o decreto 483 (08/06/1938), mais conhecido como Código brasileiro do ar, em seus arts. 97 e 98.

c) causalidade:

Segundo Serpa Lopes, "a ordem jurídica não poderia escapar a essa lei que rege de um modo geral, todos os fenômenos da vida, a causalidade". (07)

O pedido de reparação do dano, formulado por quem o sofreu, deverá ser fundamentado no comportamento do autor daquele ato, considerando-se como fator de procedência, nos termos do art. 282 do CPC.

Em tal momento de observação, da existência ou não da relação de causalidade, levantar-se-ão as hipóteses componentes de tal relação.

Encontramos ainda, no plano jurídico, situações diversas em que o próprio cerne do liame de causalidade desaparece; estaríamos diante dos fatores excludentes da responsabilidade.

Os principais fatores de exclusão da responsabilidade, são:

a) na responsabilidade contratual:

a.1) cláusula de não-indenizar;

b) na responsabilidade aquiliana :

b.1) culpa exclusiva da vítima;

b.2) caso fortuito;

b.3) motivo de força maior e

b.4) fato de terceiro.

Esta mesma estrutura é vista nos casos de guarda de animais, cuidado com crianças, pessoas deficientes e demais incapacitados plena ou parcialmente, onde há uma presunção de uma vigilância acurada, oriunda do zelo e proteção.

Nos danos causados por animais, ou mesmo no caso do art. 1582 CC., (causado por ruína de imóvel), estaremos diante da relação de Propriedade e do *animus vigilandi*, ou seja, não se poderia imputar culpabilidade a terceiro não responsável pela guarda e zelo de um imóvel, caso o mesmo viesse a ruir.

De igual forma, os danos causados por animais obrigam os que respondem por sua guarda, apenas com a parcela de terceiros que espontaneamente contribuísem com o dano. (presunção *juris tantum*).

Em relação ao nexo de causalidade, consolidando as diversas posições existentes, surgiram algumas teorias a respeito de sua aplicabilidade diante de causas diversas, dentre as quais citamos:

a) teoria da equivalência das condições (BEDINGUNGSTHEORIE):

Defende que qualquer fato condicionante poderá ser adotado como causa eficiente do dano.

O dano não seria exigido como conseqüência necessária e imediata do fato concorrente. (*conditio sine qua non*)

Tal teoria encontrou respaldo em MOMMSEM, WINDSCHEID, SCHOLLMEYER, VON BURRI e STUART MILL.

b) teoria da causalidade adequada (THEORIE DES ADÄQUATEN ZUSAMMEHANGS) :

Seria uma das mais aceitas para enquadrarmos grande parte da responsabilidade civil da administração pública, principalmente no setor hospitalar, quando determinado paciente contrai certa doença por caso do descaso recebido ou mesmo por negligência, tendo em vista que a vítima suportou uma enfermidade que não deveria ter se complicado, situação em que caberá indenização completa pelo alcance do dano. (08)

Encontrou amparo em VON KRIES, ANDREAS VON TUHR e principalmente na figura de BIDING.

c) teoria da causalidade imediata (THEORIE DES IMEDIATERHANGS)

A causa do dano seria o fato de que deriva mais proximamente; ou seja, o nexo é estabelecido entre a causa imediata (direta) e o dano.

Orlando Gomes defende a posição de que o direito brasileiro adotou este critério, conforme o disposto no art. 1.060 do CC, nos casos de efeito direto e imediato em lucros cessantes. (09)

Além das teorias acima expostas, temos outras de menor aplicação como:

d) teoria da causa mais relevante : ( MÜLLER e MEZENGER).

e) teoria da causa mais eficaz : ( BIRKETMEYER).

f) teoria da causa eficiente : ( PIRSON e VILLÉ).

Doutrinariamente, a causalidade é classificada em espécies, a saber:

a) causalidade comum- várias pessoas cooperam na produção de um dano com responsabilidade solidária;

b) causalidade concorrente- duas ou mais pessoas causam o mesmo dano; haverá responsabilidade de todos.

O direito civil português demonstra, diferentemente, a estrutura dos pressupostos da responsabilidade civil, dispondo:

a) pressupostos essenciais:

a.1) ato ilícito;

a.2) nexo de imputabilidade;

a.3) prejuízo indenizável.

b) pressupostos integrantes:

b.1) compõem a indenização.

Como pressuposto essencial, o ato ilícito seria ato integralmente contrário à norma jurídica, resultando em dano a terceiro, quando determinado direito subjetivo é lesado. (10)

d) dano ou prejuízo causado :

A idéia do fato danoso deve anteceder logicamente a de responsabilidade civil, posto que a obrigação de indenizar decorre do fato jurídico danoso (plano da existência) que automaticamente cria o dever jurídico de indenizar (plano da eficácia). (11)

O dano comporta dois elementos distintos, segundo A. DE CUPIS :

a) elemento material: fato físico;

b) elemento formal : norma jurídica transformada com a materialização do suposto jurídico em fato jurídico. (12)

A reparação do dano está condicionada à capacidade direta de discernimento do agente ou de seu representante.

Há certas ocasiões, de caráter não subjetivo, que englobam fatos antijurídicos, sendo resultado de fato jurídico *strictu sensu*.

É o que chamamos de antijuridicidade objetiva, posto que independe da participação de um agente.

A antijuridicidade divide-se, então, em :

a) antijuridicidade subjetiva: ato ilícito;

b) antijuridicidade objetiva : fato jurídico *strictu sensu*.

No direito romano, o ato ilícito representava qualquer ação contrária ao direito que resultasse em dano.

O Código civil alemão ( *BurgerlichesGesetzbuch* ), fala de bons costumes perturbados como espécie de atos ilícitos, quando duas categorias de direitos são afetadas:

- a) direitos personalíssimos ;
- b) direitos de propriedade.

Lembremos ainda que a eficácia do ato ilícito possui ampla extensão, abarcando, por exemplo, o dever de ressarcir o dano ou até mesmo a perda de certos direitos, como o pátrio poder, nos casos do art. 395 CC. (13)

Paralela aos pressupostos acima mencionados, temos a idéia, de alguns princípios que acompanharam a evolução da responsabilidade civil, a saber:

a) princípio da prevenção : seria o primeiro princípio da imposição da responsabilidade, comportando dois limites distintos:

- limite natural- força maior;
- limite jurídico- causa estranha.

b) princípios acessórios de caráter econômico-político:

b.1) princípio do interesse ativo em dupla função :

- função positiva- destinada a criar ou aumentar a responsabilidade, visto que na maioria dos casos a mesma é apresentada em função de uma atividade de interesse do agente;

- função negativa- destinada a diminuir o interesse da prevenção .

b.2) princípio do interesse ativo pela fixação da causa: as causas poderão ser próprias ou estranhas, conforme o direcionamento da proteção conferida pela norma jurídica, em relação ao destinatário do prejuízo.

Tal princípio decorre do acima mencionado.

b.3) princípio do maior interesse social : não se pode admitir um meio de reparar, que cause dano maior do que o ocorrido ; ou seja, aplicamos a regra do direito romano *summum jus, summa injuria*.

b.4) princípio da repartição de danos : baseado em interesses meramente econômicos, pelos quais o dano será repartido entre todos os agentes.

Além de termos visto os requisitos básicos de aplicabilidade da responsabilidade civil, vejamos também os chamados fatores excludentes da responsabilidade civil, que de forma específica exigem o preenchimento de suportes de aplicação; elencam-se, de forma genérica, do seguinte modo:

a) culpa exclusiva da vítima: elimina suficientemente o liame de causalidade e o efeito entre a ação do agente e o prejuízo provocado.

Já na culpa concorrente, há uma atenuação dos efeitos da conduta, tendo em vista que agente e paciente concorreram para o dano.

Quando não há prova maior da culpabilidade de umas das partes, o julgador deverá repartir a indenização devida.

b) caso fortuito: o art. 1.058, pr. único, CC. proclama uma definição deste tema, interpretando a necessidade do fato cujos efeitos não era possível evitar , compondo o seu conceito.

Constitui um ato independente do caráter volitivo das partes.

Necessário se faz que observemos a proporção e o grau de inevitabilidade do perigo ou dano.

Exemplos comuns são os casos das árvores que pendem com os temporais, descargas elétricas, rompimento da fiação por raios, queda de postes elétricos, etc.

Entretanto, o caso fortuito não é aplicável a todas as situações com similitude; clara é a hipótese das velhas árvores que tombam sem a mínima atenção nos grandes centros urbanos, configurando culpa *in vigilando* por parte da administração pública.

Na área médica seria válido citar os casos em que os usuários dos serviços públicos experimentam a revoltante exposição ao descaso, pela vergonhosa falta d'água nos hospitais ou postos médicos ou mesmo a carência de equipamentos imprescindíveis ao trato médico.

Geralmente, a administração brasileira quando paralisa serviços essenciais, não alega motivos suficientes para isto.

c) motivo de força-maior: (*vis maior ou factum principis*) diversas legislações aceitam a sinonímia entre caso fortuito e força-maior; contudo, em nosso país, a moderna doutrina concebe sua estrutura diferencialmente

-caso fortuito: impedimento relacionado com a pessoa responsável, ou com o local do fato;

-força-maior: impedimento de ordem externa, de caráter genérico.

Os elementos integrantes de tal fator excludente, são: a imprevisibilidade, incoercibilidade frente à natureza humana, a ausência de defesa do agente e os fatores complementares. (14)

Pontes de Miranda admite o emprego de duas classes de teorias para a conceituação e os limites da força-maior:

-teoria objetiva: a natureza da força-maior concretiza sua inevitabilidade, independentemente de reação pessoal; (MAX RUMELIN, A. PERNICE)

-teoria subjetiva: a força-maior envolveria casos excepcionais em que a mais apurada diligência, não poderia evitar. (L. GOLDSCHMIDT) (15)

d) estado de necessidade: seria a situação fática em que "para se evitar perigo, se tem de invadir a esfera jurídica de outrem, uma vez que o perigo não seja atividade de alguém, contrária a direito". (16)

Teríamos, como exemplo do estado de necessidade, a conduta de determinado cirurgião opta por meio inovador e arriscado, em última instância, levando o paciente à morte. (17)

O direito brasileiro admite como requisitos ao ato praticado em estado de necessidade, o seguinte:

-conjuntura excepcional ao indivíduo;

-salvaguarda de direito próprio ou alheio em perigo;

-ação razoável do indivíduo, sem excesso e como única escolha;

-consciência do agente de que atuou por necessidade. (18)

e) o fato de terceiro: na relação de causalidade, é a pessoa distinta da vítima ou do agente direto do dano.

O responsável não poderá exercer o mínimo predomínio sobre a ação da pessoa qualificada como terceiro, visto que se houver tal ocorrência, teremos a relação entre preposto, auxiliar e outros, previstos no art. 1.521 CC.

O terceiro só poderá ser culpado pelo dano causado, ao nosso ver, em duas situações, a saber:

e.1) terceiro como causador exclusivo : ocorre a total extinção do liame de causalidade entre o comportamento do suposto responsável e a vítima.

O agente causador do dano que simula situação jurídica inexistente, não estaria sob a responsabilidade, visto que a ilicitude com que tal ato ocorreu anularia os efeitos práticos do suposto responsável.

Os hospitais públicos, atendendo a princípios constitucionais, oferecem ingresso a qualquer do povo; contudo, comportam restrições fáceis de se entender, quando fixam horários e disciplinamentos para o controle da higiene e segurança individual.

Os danos causados por alienados, podem ser vistos de acordo com a limitação da teoria da culpa anterior, pela qual são verificados os fatos culposos anteriores à alienação momentânea ( como a embriagues, a ação medicamentosa compulsiva, etc.) (19)

O antigo Tribunal Federal de Recursos, em 12/06/1953, decidiu em acórdão que "envolve responsabilidade civil a conduta hospitalar que dá margem a que a pessoa internada se levante, atirando da janela abaixo, ocasionado lesão que prejudique a sua capacidade de trabalho ou superior". (20)

e.2) terceiro como causador concorrente : tal hipótese está melhor conceituada na responsabilidade contratual.

Para ser concorrente, o fato de terceiro poderá ser imprevisível pelo que caberá a ação regressiva prevista no art. 1.520 CC. e a análise dos conceitos do art. 1.523 CC. (culpa e negligência).

### 3. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CONCEITO DOUTRINÁRIO E SUA APLICAÇÃO NA ATIVIDADE HOSPITALAR.

Conforme Alvinio Lima, "os próprios defensores da teoria subjetiva, verificando a impossibilidade de resolver o problema da reparação dos danos, nos acanhados limites da culpa subjetiva, exigindo a imputabilidade moral, materializaram a noção da culpa". (21)

"A imputabilidade, uma vez firmada em forma de acusação concreta, é a imputação; declarada como efetiva e real, constitui a responsabilidade, de acordo com o preclaro ensinamento de José de Aguiar Dias. (22)

Em fins do século XIX, a teoria da culpa entrou em seu ocaso, quando argumentos capitais surgiram :

- a) a alta dos acidentes de trabalho;
- b) motivos de ordem filosófica, como o declínio do individualismo.

Partindo de tal situação, Josseland afirmou: "la responsabilité moderne comporte deux pôles, le pôle objectif, où règne le risque créé, le pôle subjetif où triomphe la faute, et c'est autour de ces deux que tourne la vaste théorie de la responsabilité". (23)

A administração pública percebeu, inicialmente, o conceito da total irresponsabilidade, quando desconhecia a reparação do dano e seus elementos.

Posteriormente, aderiu ao triplice aspecto clássico do conceito da culpa e em um estágio mais avançado, reconheceu a responsabilidade civilista.

De qualquer modo, o indivíduo comum ainda é sobrecarregado de um *onus probandi* elevado, sobressaindo a exaltada burocracia estatal e amilude as desistências pela demanda.

Os grupos mais conhecidos de teorias aplicáveis à responsabilidade estatal, são :

a) **teoria da culpa administrativa** : reside no binômio falta de serviço-culpa, onde a obrigação de indenizar é oriunda da falta do serviço que causa dano a terceiro, tendo como requisitos :

- mau funcionamento do serviço;
- ausência do serviço; ( obrigação de indenizar )
- retardamento do serviço.

b) **teoria do risco administrativo** : baseia-se no fato do serviço apenas, sem a exigência de sua falta ou culpa do agente.

A administração, em virtude de uma "desigualdade social", impõe o erário aos demais cidadãos que não sofreram o dano, mas que poderiam ter sofrido.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o Brasil acolheu tal teoria na Constituição Federal de 1946, em seu art. 194. (24)

c) **teoria do risco integral** : baseia-se na responsabilidade total da administração, por quaisquer danos sofridos por terceiros, mesmo com a ocorrência de sua culpa ou dolo, inexistindo, dessa forma, um equilíbrio entre o dano e a indenização.

d) **teoria do abuso de direito** : foi admitida inicialmente na França, contrariando o velho princípio *actori incumbit probatio*, alargando-se o domínio da culpa e admitindo que o exercício de um direito não é absolutamente incompatível com o conceito de culpa. (25)

A falta ou culpa negativa, impregnava boa parte da legislação mundial, sobretudo na área industrial, no setor farmacêutico e demais, ensejando o surgimento do sistema de presunções legais, previsto no art. 1.384 do Código civil francês.

e) **teoria do acidente administrativo** : baseia-se no desvio de normalidade do padrão dos serviços públicos; não seria necessário comprovar a culpa em sua totalidade ; porém, apenas a existência de uma falha objetiva do serviço público, como as irregularidades anônimas, surgindo a obrigação de indenizar.

f) **teoria do risco-criado** : compreende a reparação de todos os fatos prejudiciais, decorrentes de uma atividade exercida em proveito do causador do dano; emprega-se o princípio romano *ejus commodum, ejus periculum*.

Para alguns autores, constitui a mais segura das modalidades de fixação de responsabilidade, visto não recorrer a subterfúgios e dispensar a carga excessiva de ônus imposta à vítima. (26)

g) **teoria do risco-proveito** : ( KARL LARENZ )

Fundamenta-se no princípio romano *ubi emolumentum ibi onus* ; ou seja, onde há proveito econômico, de qualquer natureza, há obrigação de indenizar. O empregador tem obrigação, na maioria das vezes, decorrida deste princípio.

Entendem, alguns autores, que na atividade médica, acentua-se a seguinte situação:

PACIENTE - ASSUME RISCOS - RECEBE O SERVIÇO - OCORRE O RESULTADO:  
 POSITIVO - HÁ PROVEITO  
 NEUTRO - HÁ PROVEITO  
 NEGATIVO - EXISTE O DANO

#### 4. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ATIVIDADE HOSPITALAR EM FUNÇÃO DE SUA POTENCIALIDADE DE RISCO E CONTROLE DOS SERVIÇOS PRESTADOS.

Todas as atividades encontradas atualmente, exigem plena avaliação das condições de trabalho oferecidas, para que possamos determinar o grau de responsabilidade devido.

Toda terapêutica, posta a serviço da coletividade, não beneficia a todos indistintamente ; alguns indivíduos são sacrificados em regiões onde o desenvolvimento não chegou.

Nas atividades onde a incolumidade do cidadão prepondera, imagina-se uma cláusula tácita prevendo a potencialidade do risco criado.

Alguns aspectos da atividade hospitalar e serviços afins, enfocam principalmente os critérios doutrinários e legais de distinção para os atos danosos.

Inicialmente observemos o seguinte conceito :

Hospital : "estabelecimento público ou particular, devidamente aparelhado, com recursos médicos e cirúrgicos para o tratamento do doente.

É o mesmo que Casa de Saúde, Santa Casa de Misericórdia, guardadas as similitudes". (27)

Segundo Nério Rojas, os elementos da responsabilidade, no setor hospitalar, seriam: agente habilitado, ato no exercício profissional, ausência de dolo, dano, nexo de causalidade. (28)

O dano na atividade hospitalar, poderá ser visto principalmente por dois aspectos:

a) o aspecto de sua natureza : elemento orgânico da resp. civil.

b) o aspecto de sua extensão : limite da reparação.

Dentre a legislação esparsa que trata da atividade hospitalar, destaca-se o Código de Ética médica.

A CLT, já em seu art. 910, previa a equiparação dos serviços de utilidade pública, nos quais a atividade hospitalar estava enquadrada.

A portaria nº 26, de 26/07/1974, fixou instruções sobre a venda, produção, prescrição e uso de medicamentos, enquanto a lei nº 6.368, de 21/10/1976, dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica.

Temos ainda o decreto nº 78.992, de 21/12/1976, regulamentando a lei nº 6.368.

Ao serviço nacional de fiscalização de medicina e farmácia, cabe a determinação de instruções acerca dos modelos oficiais de receituários, para o uso de tais medicamentos, além de levantar quadros estatísticos sobre o seu uso.

O poder de polícia, oriundo do controle das atividades estatais, manifesta-se de diferentes modos, dentre os quais está a atividade da polícia sanitária.

**MEIOS DE ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA:**  
**FORMA ORIGINÁRIA - ENTIDADE DA QUAL EMANA**  
**FORMA DELEGADA - POLÍCIA ADMINISTRATIVA**

Em alguns casos, o tratamento dispensado com nossa população chega a ser humilhante, principalmente nos estabelecimentos oficiais que cuidam de pessoas com enfermidades mentais.

As normas gerais de interesse sanitário estão atualmente dispostas na lei nº 8.080 de 19/09/1990 que instituiu o sistema único de saúde, em cumprimento ao disposto pelo art. 200 da Constituição Federal de 1988.

A lei federal nº 8.142 de 28/12/1990, regulou a participação da comunidade na gestão do SUS, prevista no art. 198, III da CF 1988.

Anteriormente, a lei nº 5.991 de 17/12/1973, regulamentada pelo decreto nº 74.170, estatuiu as normas sobre insumos farmacêuticos e correlatos.

Aspectos da lei nº 6.437, onde encontramos sanções de natureza civil, penal e sanitária, foram aplicados alternativa ou cumulativamente, abrangendo condutas omissivas ou comissivas danosas; de acordo com esta lei, haveria três tipos de infrações: leves, graves e gravíssimas.

Ao aplicar a pena, a autoridade levará em consideração os seguintes elementos:

a) circunstâncias:

a.1) atenuantes;

a.2) agravantes.

b) gravidade do fato e

c) antecedentes do infrator, no que concerne às normas públicas de saúde.

São circunstâncias atenuantes:

- ação dispensável para conseqüências do dano;
- compreensão errônea de norma sanitária;
- reparação voluntária das conseqüências do ato lesivo;
- coação irresistível sofrida pelo autor e
- ser o infrator primário.

São circunstâncias agravantes:

- reincidência;
- infração com intuito pecuniário;
- coação de outrem, pelo infrator, para execução;
- conseqüência calamitosa à saúde pública;
- conhecimento de ato lesivo à saúde pública e falta de providências;
- dolo (mesmo que eventual), má-fé e fraude.

## 5. CONCLUSÃO.

As diversas formas de reparação, a indenização em si, a restituição de coisas, a substituição e outros métodos, não favorecem um equilíbrio entre o dano e seus efeitos, geralmente diminuído diante da figura estatal.

Apesar do advento de vários grupos de teorias favoráveis à proteção individual, o Estado enquanto administração ainda comporta elevado teor de inaccessibilidade.

Inicialmente com a adoção da teoria do risco, baseada na obra intitulada de "Les accidents du travail et la responsabilité civile", de 1897, de autoria de Saleilles, a legislação nacional ganhou corpo : o art. 159 do Código Civil reflete bem aquele quadro evolutivo.

Observando-se o art. 194 da CF de 1946 e posteriormente o art. 37, parágrafo 6º, verificamos a postura do desenvolvimento da adoção do risco no direito brasileiro, com a sucessiva idéia da ação regressiva.

No Brasil, ainda é comum aceitar dilações abusivas nas chamdas obrigações de meio; entretanto, tenhamos em mente que a regra romana *valenti non fit injuria*, incorporada ao art. 340 do CC português, não pode ser aceita na íntegra; aceitando-a plenamente, incorreríamos em gritante injustiça. (29)

Dessa forma, sugerimos a adoção do seguinte quadro : (30)

FONTE DO DEVER DE INDENIZAR	REPRESENTAÇÃO NO MUNDO JURÍDICO	EXEMPLOS
falta cometida pelo autor do dano	ato ilícito stricto sensu	omissão (teoria de Oersted) - culpa
casos involuntários (art. 154 CC)	fato ilícito stricto sensu	quem responde por f. maior ou c. fort.
Ato dos loucos e dos absolutamente incap. Quando obrigam a indenizar	ato -fato ilícito (teoria do risco)	ato que entra no mundo jurídico como fato; não se apura a capacidade (art. 615 CC)
responsabilidade contratual	atos lícitos	promessa de garantia seguro e garantia real
fazer não culposos que se tem por infracionais; a indenização decorre in natura pelo ato infracional e não pela culpa	ato - fato positivo	auto-tutela; justiça de mão-própria; danos nas estradas de ferro; estado de necessidade

referências bibliográficas

- (01) Rodrigues, Silvio. Responsabilidade civil. 13ª ed. 1993. p. 04
- (02) Rodrigues, Silvio. Op. cit. p. 17.
- (03) Lima, Alvino. Culpa e risco. 1ª ed. 1960.
- (04) Lima, Alvino. Op. cit. p. 76.
- (05) Lima, Alvino. Op. cit. p. 23.
- (06) Lima, Alvino. Op. cit. p. 24
- (07) Rodrigues de Alcântara, Hermes. - Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, o jurista e o seguro. 1971. p. 151
- (08) Von Tuhr. Andreas. Tratado de las obligaciones. 1934.
- (09) Gomes, Orlando. Obrigações. 6ª ed. 1981. p. 335.
- (10) Gomes, Orlando. Op. cit. p. 307.
- (11) Baptista, Silvio Neves. Obrigações por atos ilícitos. Responsabilidade Civil. Revista Acadêmica. 1984: pp.153 / 160. Recife: Faculdade de Direito do Recife.
- (12) Baptista, Silvio Neves. Op. cit. p. 155.
- (13) Baptista, Silvio Neves. Op. cit. p. 155.
- (14) Meréje, João Rodrigues de, O estado de necessidade. 1957. p. 14.
- (15) Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. 1954. t. II. p. 264.
- (16) Pontes de Miranda. Op. cit. p. 295.
- (17) Meréje, João Rodrigues de, Op. cit. p. 12.
- (18) Meréje, João Rodrigues de, Op. cit. p. 13.
- (19) Lima, Alvino. Op. cit. p. 96.
- (20) Rodrigues de Alcântara, Hermes. Op. cit. p. 157.
- (21) Rodrigues de Alcântara, Hermes. Op. cit. p. 36.
- (22) Rodrigues de Alcântara, Hermes. Op. cit. p. 28.
- (23) Rodrigues de Alcântara, Hermes. Op. cit. p. 37.
- (24) Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 12ª ed. 1992. p. 555.
- (25) Josserand, Louis. Evolução da responsabilidade civil. p. 35.
- (26) Rodrigues de Alcântara, Hermes. Op. cit. pg. 191.
- (27) Pedrotti, Irineu Antônio. Responsabilidade civil. v. II p. 563
- (28) Rodrigues de Alcântara, Hermes. Op. cit. p. 60.
- (29) Pontes de Miranda. Op. cit. t. XXII. p. 219.
- (30) Pontes de Miranda. Op. cit. t. II. p. 202.

## bibliografia

- BAPTISTA, Silvio Neves. Obrigações por atos ilícitos. Responsabilidade civil. Revista acadêmica. nº93. 1984. pp: 153-160. Recife: Faculdade de Direito do Recife.
- BARBOSA, Ruy. Parecer sobre a redação do Código Civil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde. 1902. t.I.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. A responsabilidade pela saúde. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito. nº 83: jan-dez, 1988, pp: 44-53
- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. v.I. Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed
- GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 6ªed
- JORGE, Fernando de Sady. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Lisboa: Cadernos de ciência e técnica fiscal. 1972. nº 80.
- JOSSERAND, Louis. La evolution de la responsabilité civile. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça e negócios interiores. 05:19, 1946. pp: 31-46.
- LIMA, Alvino. Culpa e risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 12ªed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1992.
- MERÉJE, João Rodrigues de. O estado de necessidade. São Paulo: Edigraf, 1957.
- PEDROTTI, Irineu Antônio. Responsabilidade civil. v. II. São Paulo: Livraria e editora universitária, 1990.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- PORTO, Mário Moacyr. Ação de responsabilidade civil e outros estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- RODRIGUES DE ALCÂNTARA, Hermes. Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, o jurista e o seguro. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.
- RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade civil. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Revista brasileira de Direito comparado. 04 (08): jul, 1990. pp.: 01-17.
- VON THUR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Lisboa: Lael, 1934.

# A DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA.

por

Isabele Marques Sahb

(Aluna da graduação em Direito, ex-bolsista de iniciação científica do CNPq/PIBIC, 1º lugar no Prêmio Jovem Cientista - área de Educação e Ciências Jurídicas em 1995, 3º lugar no Prêmio Jovem Cientista em 1996, monitora de Direito Comercial II em 1995, atual monitora da disciplina de Processo Civil, defensora de tese aprovada no II Congresso Internacional de Direito do Trabalho.)

## sumário

1. Introdução.
- 2- Conceitos operacionais.
- 3 - Evolução Legislativa e a Ação Civil Pública Trabalhista.
- 4 - Interpretação Sistemática.
- 5 - Interpretação Teleológica.
- 6 - Limites à atuação do Ministério Público do Trabalho.

### 1 - INTRODUÇÃO:

Com o advento da sociedade contemporânea, novos princípios foram incorporados ao processo, imprimindo-lhe notável feição coletiva. A ação deixou de ser mero instrumento para afirmação de direitos individuais, entre sujeitos bem identificados, e tornou-se também uma via adequada para a solução de conflitos em massa.

Diferentes técnicas sobre legitimação e efeitos da coisa julgada produziram uma verdadeira revolução processual, em cujo contexto precisamente está inserida a Ação Civil Pública. É este, de fato, o instrumento hábil na defesa dos chamados interesses meta-individuais, que extrapolam a esfera do particular, projetando-se para toda comunidade.

No âmbito do Direito Material e Processual do Trabalho é também irrefutável o cabimento da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho, com a finalidade de resguardar a ordem jurídico-laboral, *ex vi* dos arts. 129, III, CF/88 e 83, III, da Lei Complementar 75/93. Todavia, dada a novidade desse instituto em sede trabalhista, há ainda muitas controvérsias a respeito do tema, sobretudo no que pertine à extensão do objeto tutelável por essa via de ação.

A ação civil pública trabalhista alcança os direitos individuais homogêneos? Tem o Ministério Público do Trabalho legitimidade ativa para promover a defesa desses interesses? São essas e outras questões que passaremos a analisar em seguida, no intuito de contribuir de alguma forma para a evolução doutrinária e jurisprudencial desse remédio processual.

## 2 - CONCEITOS OPERACIONAIS.

A essa altura, antes de prosseguirmos, é oportuno que se faça aqui uma pequena reflexão, para fixarmos o exato sentido dos já mencionados interesses meta-individuais. Na verdade, eles representam uma categoria intermediária de interesses, superando a clássica dicotomia entre os interesses públicos e privados, com um caráter nitidamente impessoal, relativos aos mais diversos grupos e categorias dispersos na sociedade.

São, por assim dizer, o gênero dentro do qual se inserem três espécies distintas: os interesses difusos, os interesses coletivos e os individuais homogêneos. Como esses serão conceitos operacionais bastante recorrentes ao longo de nossa exposição, é primordial uma breve referência a cada um deles.

Assim, utilizando os parâmetros do Código de Defesa do Consumidor, que foi lei pioneira nessa matéria, e também as lições de Hugo Mazzilli<sup>1</sup>, é possível distinguir esquematicamente essas três ordens de interesse com base nos critérios da divisibilidade do objeto; do grau de determinação do grupo envolvido; e da origem do interesse.

Nesse sentido, teríamos que :

**OS DIREITOS DIFUSOS** se caracterizam pela absoluta indeterminação do grupo e pela indivisibilidade do seu objeto, sendo compartilhados em igual medida por pessoas que estão dispersas na sociedade, ligadas apenas por um vínculo fático, sem que haja possibilidade de quantificá-los. Um exemplo é o direito de coibir a veiculação de uma propaganda enganosa e, em termos trabalhistas, podemos mencionar o exemplo defendido por Ives Gandra da Silva Martins Filho, quando uma empresa pública contrata sem prévia realização de concurso público, ferindo o direito de toda sociedade trabalhadora, inclusive dos potenciais empregáveis.

Quanto aos **INTERESSES COLETIVOS**, embora eles também sejam indivisíveis, distinguem-se dos difusos pela origem do interesse e pelo grau de determinação do grupo, já que se referem a pessoas determinadas ou determináveis, ligadas por uma relação jurídica básica. Mazzilli cita aqui o caso de um aumento ilegal nas prestações de um consórcio e, no campo de Direito do Trabalho, poderíamos mencionar o direito ao adicional noturno, constitucionalmente garantido a toda a categoria de vigilantes que trabalham durante a noite.

Por fim, em relação aos **INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**, podemos conceituá-los como os interesses oriundos de uma mesma situação de fato, cuja extensão é divisível ou individualmente variável entre os integrantes determinados de um grupo. Neste sentido, seguindo ainda o

exemplo de Mazzilli, seria o caso da repetição dos valores pagos indevidamente por cada um dos consorciados e, em sede trabalhista, os autores costumam citar o exemplo da despedida em massa, quando cada um dos empregados tem verbas rescisórias diferentes a receber.

Feitas todas essas considerações, retomemos a hipótese de nossa pesquisa, voltando às questões já postas:

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA ALCANÇA OS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS? TEM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROMOVER A DEFESA DESSES INTERESSES?

### 3 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA:

A ação civil pública foi consagrada pela primeira vez em nosso direito a partir da Lei 7.347/85, que disciplinou de forma taxativa a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos valores culturais. Seguiu-se, então, a Constituição Federal de 1988, ampliando consideravelmente as suas hipóteses de cabimento, ao legitimar o Ministério Público a promover a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos (*cf.* art. 129, III).

Posteriormente, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), tal prerrogativa deixou de ser exclusiva do órgão ministerial, já que as alterações introduzidas ao texto da Lei 7.347/85 positivaram em definitivo o amplo objeto da referida ação (*cf.* inciso IV, art.1º). Acrescentou-se, ademais, o art. 21, segundo o qual "aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

Vê-se, portanto, que desde 1988, quando o constituinte estabeleceu as funções institucionais do Ministério Público da União, o Ministério Público do Trabalho adquiriu legitimidade para ingressar na Justiça Laboral em defesa dos interesses meta-individuais decorrentes do contrato de trabalho. Essa legitimação ficou ainda mais patente com o advento da Lei Complementar 73/93, que expressamente previu a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho.

Ocorre, porém, que essa intrincada superposição de legislações, nem sempre dotadas de precisão terminológica e muitas vezes incompatíveis entre si, exige do operador do direito, no mínimo, uma interpretação sistemática e finalística, de tal sorte que não se imponham restrições injustificáveis ao acesso à Justiça. Vejamos, então, a adequada hermenêutica desses preceitos.

### 4 - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA:

Como a Constituição é omissa a respeito dos interesses individuais homogêneos e como a Lei Orgânica do Ministério Público só menciona os interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucio-

nalmente garantidos, grande parte da doutrina e a jurisprudência predominante, inclusive de TST, entendem literalmente que não há cabimento para a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho no resguardo de tais interesses.

Por certo, tal concepção restritiva não pode prevalecer. Se inexistente a previsão casuística<sup>2</sup> na legislação ordinária das hipóteses de legitimação do Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses homogêneos, a sua atuação nesse sentido encontra respaldo no próprio texto constitucional.

Invoco aqui a opinião de Hugo Nigro Mazzilli<sup>3</sup>, para quem a referência a "outros interesses difusos e coletivos", contida no art. 129, III, CF/88, tem um sentido lato, abrangendo tanto os direitos coletivos *strictu sensu* como os direitos individuais homogêneos. Isso ocorre, segundo o autor, até porque a distinção entre os conceitos só veio a existir a nível infraconstitucional com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Ademais, no art. 129, IX, CF/88, há uma previsão genérica que permite a atribuição de qualquer atividade ao Ministério Público, desde que compatível com a sua vocação institucional.

Uma exegese mais minuciosa da Lei Complementar 75/93 também revela a existência de vários dispositivos em que fica evidente essa incumbência do Ministério Público. No art. 6º, por exemplo, há dois preceitos onde expressamente está consignada a legitimação do Ministério Público da União para a tutela dos direitos individuais homogêneos (cf. art. 6º, incisos VII, d, e XII). Ora, se o Ministério Público do Trabalho é um dos ramos do órgão ministerial da União, e se este é um organismo uno, não nos parece razoável excluir do âmbito de validade da referida norma quaisquer dos ramos especializados.

A essa conclusão se chega ainda com maior segurança quando se observa o teor do art. 84, referente exclusivamente ao Ministério Público do Trabalho e que o autoriza a exercer, no campo de suas atribuições, todas as funções institucionais previstas no Capítulo II - tópico em que se insere o retrocitado art. 6º.

## 5 - INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA:

Se o critério da interpretação lógico-sistêmica nos assegura, como restou evidente, do cabimento da ação civil pública trabalhista em face de interesses individuais homogêneos, outra ordem de justificativas, agora baseadas na hermenêutica finalística, também conduzem à mesma conclusão.

A princípio, como adverte Teori Zavascki<sup>4</sup>, pode parecer incompatível a legitimação do Ministério Público para a defesa daqueles direitos individuais, tendo em vista a sua natureza e finalidades. Uma análise mais aprofundada, porém, revela que é a própria função institucional desse organismo que o legitima para tanto.

De acordo com a Carta em vigor, incumbe ao Ministério Público "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e

*individuais indisponíveis'* (cf. art.127). Esse dispositivo, que é plenamente auto-aplicável<sup>5</sup>, está a indicar o imenso espectro de atuação do Ministério Público, autorizando-o a adotar todas as providências necessárias à execução de seu mister (poder/dever).

Daí também sobressai, no dizer de Ives Gandra Martins Filho<sup>6</sup>, a finalidade ontológica do Ministério Público, que consiste precisamente em defender a sociedade através do resguardo aos direitos indisponíveis. Ora, essa tônica de indisponibilidade é marcante no Direito do Trabalho, cujo princípio motriz está na proteção legislativa do empregado hipossuficiente. Sendo assim, é na seara trabalhista que a atividade do Ministério Público, como órgão agente, assume papel decisivo.

Ademais, tal nota de indisponibilidade induz à existência de muitos interesses individuais homogêneos que extrapolam a esfera dos interesses puramente individuais, e passam a representar verdadeiros interesses comunitários.

Quando isso ocorre, salienta Teori Zavascki<sup>7</sup>, "é de interesse social a defesa desses direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema". Nesse sentido, como a integridade da ordem jurídico-laboral depende do respeito que se imprime às garantias trabalhistas mínimas, a proteção de certo número de trabalhadores muitas vezes é maior que a simples soma das posições individuais, constituindo-se, portanto, em interesse de toda coletividade.

A título de ilustração, veja-se o caso de um empregador determinado cuja conduta lesiva, por não cumprir as regras básicas de segurança no trabalho, provoca danos concretos a alguns empregados de sua empresa. Aqui é evidente o caráter transcendental dessa lesão. Afinal, a responsabilização por aquelas condutas não visa apenas aos danos pessoais sofridos - verdadeiros direitos homogêneos -; representa também o interesse social em ver preservado o meio ambiente do trabalho, garantindo a saúde de todos os atuais e futuros empregados daquela empresa. Daí porque as inconvenientes ações individuais plúrimas, objetivando o pagamento de adicionais de periculosidade, podem ser perfeitamente substituídas pela ação civil pública de iniciativa do MPT.

Um outro fator relevante que corrobora a nossa hipótese foi levantado por Ives Gandra Martins Filho. Segundo este autor<sup>8</sup>, a delimitação conceitual dos interesses individuais homogêneos foi introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor ("*assim entendidos os decorrentes de origem comum*"), mas é totalmente dispensável no âmbito do Processo Laboral, já que o próprio conceito de interesses coletivos o alberga implicitamente. Nessa perspectiva, são dois os argumentos aduzidos: a) a possibilidade de também os interesses coletivos darem ensejo ao ajuizamento de ações individuais pelos lesados (cf. arts. 195, 2º, e 872, parágrafo único, CLT); e b) o fato de a própria noção de indivisibilidade do objeto não se adequar às relações trabalhistas, na medida em que procedimentos lesivos genéricos se concretizam em momentos

distintos para cada empregado, podendo não atingir efetivamente a todos eles?

Descartada a indivisibilidade<sup>10</sup> como elemento demarcador entre os interesses coletivos e os individuais homogêneos, a fronteira desses campos mostra-se ainda mais tênue quando se constata que os interesses coletivos "não reclamam necessariamente uma vinculação com o fenômeno associativo"<sup>11</sup>. De fato, para que eles se configurem, é suficiente que haja uma relação jurídica base entre os sujeitos e a parte contrária, aí se compreendendo, pois, os interesses de certo número de empregados de uma mesma empresa.

Por todo o exposto, sempre que ficar evidenciada a lesão à própria ordem jurídica laboral, e isso há de ser aferido no caso concreto, resta secundária a distinção entre os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos, ficando autorizado o Ministério Público do Trabalho a ingressar com a ação civil pública.

#### 6 - LIMITES À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO:

Para finalizar é de se ressaltar que a atuação do Ministério Público do Trabalho deverá se conter dentro de rigorosos limites, sob pena de converter-se numa "panacéia geral para toda e qualquer situação"<sup>12</sup>, o que constitui séria ameaça à ordem jurídica.

Assim, a postulação do Ministério Público em juízo, na defesa dos citados interesses, deverá se pautar pelo trato impessoal e coletivo dos direitos lesados, visando sempre a uma sentença genérica. A execução dos danos individualmente sofridos refoge à sua competência, cabendo apenas aos próprios titulares do direito<sup>13</sup>.

A outra limitação natural é determinada pela exegese constitucional do art. 114. A medida da jurisdição trabalhista, fixada em razão da matéria e da pessoa, impõe ao Ministério Público do Trabalho uma causa de pedir necessariamente vinculada à relação jurídica de emprego.

Respeitados esses limites, a ação civil pública apresenta inegáveis foros de cidadania, devendo o seu uso ser potencializado no Processo do Trabalho.

referências bibliográficas

1 Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. "A defesa dos interesses difusos em Juízo". 8ª edição. São Paulo; Ed. Saraiva, 1996 (págs. )

2-São exemplos de leis ordinárias que expressamente prevêm a legitimação do Ministério Público para defender, em forma coletiva, direitos de natureza individual: o Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I); a Lei 7.913/89, relativa aos investidores no mercado de valores mobiliários; e a Lei 6.024/74 (art.76), sobre credores prejudicados por ex-administradores de instituições financeiras falidas.

3 cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. " A Defesa dos interesses difusos em Juízo" . 8ª edição. São Paulo; Ed. Saraiva, 1996. (pags. 73-74).

4 cf. ZAVASCKI, Teori Albino. " O Ministério Público e a defesa de Direitos Individuais Homogêneos" . in Revista de Informação Legislativa, a.30; n.117. Brasília, jan/mar/93. (p. 174)

5 cf. ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 181-182

6 cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. " O Ministério Público do Trabalho e a nova Constituição" in Curso de Direito Constitucional do Trabalho, vol. II. São Paulo; LTr, 1991. (p.186)

7 cf. ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 180.

8 cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. " A Defesa dos Interesses Coletivos pelo Ministério Público do Trabalho" in Revista LTr, n.12, vol.57. São Paulo, dez/1993. p.1430-1431.

9-A esse entendimento também se filia Carlos Henrique Bezerra Leite, segundo o qual "a definição dada pelo Código de Defesa do Consumidor deve sofrer a necessária adaptação ao direito material e processual do trabalho, pena de se maltratar a diretriz traçada pelo art. 769 consolidado e se olvidar a principiologia peculiar que informa e orienta este ramo especializado da árvore jurídica." cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. " Ação civil pública trabalhista" in Genesis, n. 39. Curitiba, mar/96. (p.318)

10- Segundo observa Ada Pellegrini Grinover, a indivisibilidade do bem deve ser entendida em termos; somente é verdadeira quando alusiva ao bem coletivamente considerado, não afastando a hipótese de a ofensa a este ocasionar, ao mesmo tempo, lesão aos diversos bens de que são individualmente titulares os componentes do grupo. cf. GRINOVER, *apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa. " As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" in Novas Tendências do Direito Processual. Rido de Janeiro; Forense, 1990. (p. 51-52)

11- cf. DALAZEN, João Oreste. " Ação civil pública trabalhista" in Rev. TRT 9ª Região, n. 1, vol.18. Curitiba, jan/1993. (p. 139-140)

12- cf. Rogério Lauria Tucci *apud*. MEIRELLES, Hely Lopes. " Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data." 6ª edição. São Paulo; Malehiros Editor, 1995. (p. 147, nota 9)

13 - cf. ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 186.

## bibliografia

- DALAZEN, João Oreste. "Ação civil pública trabalhista" *in* Rev. TRT 9ª Região, n. 1, vol.18. Curitiba, jan/1993.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. "Ação civil pública trabalhista" *in* Genesis, n. 39. Curitiba, mar/96.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. "O Ministério Público do Trabalho e a nova Constituição" *in* Curso de Direito Constitucional do Trabalho, vol. II. São Paulo; LTr, 1991.
- \_\_\_\_\_. "A Defesa dos Interesses Coletivos pelo Ministério Público do Trabalho" *in* Revista LTr, n.12, vol.57. São Paulo, dez/1993.
- MAZZILI, Hugo Nigro. "A defesa dos interesses difusos em Juízo". 8ª edição. São Paulo; Ed. Saraiva, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data." 6ª edição. São Paulo; Maleiros Editor, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" *in* *Novas Tendências do Direito Processual*. Rido de Janeiro; Forense, 1990.
- ZAVASCKI, Teori Albino. "O Ministério Público e a defesa de Direitos Individuais Homogêneos" . *in* Revista de Informação Legislativa, a.30; n.117. Brasília, jan/mar/93.

# PARTICIPAÇÃO DOS TRABALHADORES NOS LUCROS E RESULTADOS DAS EMPRESAS

por

Leonardo Coêlho

(Aluno da graduação em Direito da UFPE)

## sumário

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS / NORMATIZAÇÃO DA MATÉRIA; 2. A CONSTITUIÇÃO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS; 3. O QUE É PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS ?; 4. DISTINÇÃO ENTRE LUCRO E RESULTADO; 5. FORMAS DE PARTICIPAÇÃO; 6. COM QUEM NEGOCIAR?; 7. MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E DISSÍDIO COLETIVO ; 8. NATUREZA JURÍDICA; 9. O PROBLEMA DA FISCALIZAÇÃO; 10. MECANISMOS PRÁTICOS DE AFERIÇÃO DOS LUCROS E RESULTADOS; 11. CONCLUSÕES; 12. BIBLIOGRAFIA.

*"é inteiramente falso atribuir, ou só ao capital ou só ao trabalho, o produto de ambos (PIO XI, Encíclica QUADRAGÉSIMO ANNO)"*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS / NORMATIZAÇÃO DA MATÉRIA

Apesar da manifesta atualidade com que se apresenta o estudo da participação nos lucros e resultados das empresas, desde a Carta Magna de 1946 que as nossas Constituições agasalham dispositivos normativos sobre dito instituto. Em que pese tal fato, jamais houve uma regulamentação específica da matéria, o que, por conseguinte, significa dizer que há mais de 50 anos as disposições constitucionais acerca do tema em análise podem ser tidas como meras normas de eficácia contida. Nesse interregno, entretanto, algumas pequenas alterações existiram nos textos constitucionais, mas de nenhuma relevância se revestem, no momento, ante a ausência de aplicação prática a que foram relegados.

De toda sorte, não se pode dizer que as iniciativas de Projetos de Lei foram poucas, em que pese terem sido todas, sem exceção, fadadas ao insucesso. Apenas recentemente (final de 1994), é que o governo Itamar Franco, em uma atitude louvável, embora ainda de forma bastante superficial, resolveu, pela primeira vez, ao longo de meio século de previsão de ordem constitucional sobre o tema, ingressar no mérito da questão através da Medida Provisória de nº 794. Desde então, o governo do Presidente

Fernando Henrique Cardoso passou a editar, mensalmente, por vezes com ínfimas alterações, reiteradas Medidas Provisórias sobre o tema *sub examen*.

Passa-se, de logo, a analisar o atual texto constitucional em vigor (art. 7º, XI).

*Art. 7.*

*"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

*XI- participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei."*

Como pode ser observado, a norma constitucional guarda em si aspectos relativamente aos quais só um estudo mais aprofundado poderá detectar o que realmente o legislador constituinte quis expressar. É o que se fará a seguir.

## 2.A CONSTITUIÇÃO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Há de se perquirir, como aspecto de palmar importância jurídica, se a reedição constante de Medidas Provisórias sobre o tema em debate encontra-se em conformidade com os ditames constitucionais. A doutrina, neste ponto, tem sido quase unânime em afirmar a sua inconstitucionalidade. É que o artigo 62, da Constituição Federal vigente, restringe a faculdade de o Executivo editar Medidas Provisórias em casos de relevância e urgência. Nenhuma dúvida paira de que realmente seja a matéria em enfoque datada de considerável importância. Entrementes, não há que se falar no requisito urgência, tendo em vista que, como antedito, ante mais de 50 anos de vigência de nossas Constituições, permaneceram as normas infraconstitucionais totalmente inertes a esse respeito.

Por outro lado, é de ser ainda sobrelevado que o Congresso Nacional não vem cumprindo com os seus deveres constitucionais, vez que deveria ele, dentro do prazo de 30 dias, contados a partir da edição de cada Medida Provisória, convertê-la ou não em lei, sob pena de a mesma perder seus efeitos desde a data de sua publicação.

Para que não haja a cessação dos efeitos da Medida Provisória, o Governo encontrou como solução, desde janeiro de 1995, consoante já esposado anteriormente, reeditar, mensalmente, Medidas Provisórias que são, na sua grande maioria, de caráter substancial absolutamente idêntico (procedimento, para dizer o mínimo, questionável do ponto de vista da técnica constitucional).

### 3. O QUE É PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS ?

Inúmeros conceitos podem ser externados, mas poucos trazem ao mundo jurídico, com perfeição, a real noção de participação nos lucros. O mais afinado com a nossa Constituição, dentre todos, é aquele de *BAYON CHACON - BOTIJA*, que define participação nos lucros como:

*"o direito dos trabalhadores receberem uma compensação proporcional aos lucros obtidos pela empresa, sem contribuir, se for o caso, para compensar as perdas"*

Comparando-se o conceito supra com o mandamento contido no art. 7º, XI, da *lex mater*, observa-se que vários são os caracteres da figura em estudo:

- a) é um direito do trabalhador urbano ou rural, consagrado a nível constitucional (está dentre os direitos sociais, cap. II, da CF de 1988);
- b) tem por objeto lucros ou resultados;
- c) é desvinculada da remuneração;
- d) deverá ser definida em lei.

### 4. DISTINÇÃO ENTRE LUCRO E RESULTADO

Para muitos autores, lucro e resultado são vocábulos de significação idêntica, meramente redundantes. Ao contrário do que possa parecer, contudo, quis o legislador dar uma nova e maior abrangência ao texto constitucional atual ao inserir a expressão "resultado" em seu corpo. Mas quais seriam os traços distintivos entre ambas os institutos?

Sem a pretensão de adentrar-se no estudo das ciências econômicas, tem-se que lucro é o rendimento atribuído, especificamente, ao capital investido diretamente por uma empresa, consistindo, em geral, na diferença entre a receita e a despesa durante um determinado período.

Cabe, ainda, distinguir o lucro bruto, que é a diferença entre a receita obtida pela venda de mercadorias e o custo de produção (insumos, energia, impostos, salários e outras despesas), do lucro líquido, que é a subtração do lucro bruto da quantia correspondente à depreciação do capital fixo (máquinas e equipamentos) e despesas financeiras (pagamento de juros de empréstimos).

Especificamente, é do lucro líquido que falam a Constituição Federal e as Medidas Provisórias que normatizam a sua repartição.

Já o resultado, na concepção de *MAGANO - MALLET*, pode ser tido como o aumento de riqueza resultante de atividade não lucrativa. Assim, engloba-se no pólo passivo da participação nos lucros tanto uma multinacional, como um simples escritório de advocacia, que na acepção

técnica da palavra não obtém lucro, mas sim, resultado (tendo-se este como o produto financeiro de suas atividades).

Uma segunda e mais bem aceita noção de resultado é aquela que o conceitua como meta a ser atingida, objetivo perseguido, não se restringindo, exclusivamente, ao fator financeiro. Esta é a interpretação que tem sido dada ao vocábulo inserido em nossa Carta Magna.

Impende ainda sobrelevar que dentre o lucro ou resultado a ser repartido, há de ser ressaltado, em primeiro lugar, o direito dos acionistas de efetuar suas retiradas, quando for o caso, conforme legislação própria a este respeito.

## 5. FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

Dois são os sistemas básicos de divisão dos lucros (ou resultados). O primeiro, dá-se por via direta, onde o empregado recebe em pecúnia os valores que lhe cabem no momento da repartição do lucro obtido ao final de um determinado exercício. É esse o sistema defendido pela grande maioria das entidades sindicais, face a natureza prática de que se reveste. Para os seus defensores, nada melhor do que auferir um "plus" salarial (salário em sentido lato), um ganho efetivo cujo destino só ao empregado cabe escolher. O segundo, chamado de sistema por via indireta ou diferida, ocorre quando o empregado vê-se beneficiado por conquistas sociais que se revertem em seu favor, tais como: caixas de aposentadoria, construção de creches, clubes, etc. Os seus críticos insistem na tese de que a distribuição do lucro nesse sistema estaria a mercê da empresa e, portanto, sujeita a distorções. Tais argumentos, efetivamente, não podem ser tidos como óbice à sua implantação, vez que os sindicatos tem o papel primordial de exercer uma fiscalização constante e minuciosa acerca da aplicação dos lucros pela empresa.

Para alguns autores existiria, por fim, um terceiro sistema, que seria o sistema por via acionária. No entanto, não são necessários grandes esforços para se concluir que este insere-se dentro do sistema da participação indireta, haja vista que o trabalhador receberá quotas ou ações da empresa e não propriamente valores monetários.

A atual Constituição não determina uma ou outra forma, pelo que se subsume a possibilidade de existência de qualquer uma delas, ou até mesmo, da associação entre ambas. Ao contrário do que pensava a doutrina social da Igreja, modernamente não é mais prioridade do trabalhador passar à condição de sócio do empreendimento, participar do elemento risco (ínsito à atividade empresarial), sendo certo que o mesmo prioriza o alcance de melhores salários e outros benefícios econômicos diretos que afetem seu "bolso" da maneira mais frontal possível. Desta forma, se se pretende estimular o trabalhador e integrá-lo na produção da empresa, melhor seria adotar o sistema da participação direta (ressalte-se que cada caso é merecedor de um estudo específico, face à diversidade de realidades existentes em cada empresa, em cada setor, em cada região econômica, geográfica etc.) .

6. COM QUEM NEGOCIAR ?

O artigo 2º da Medida Provisória que vem sendo reeditada pelo Governo determina o seguinte:

*"toda empresa deverá convencionar com seus empregados, por meio de comissão por eles escolhida, a forma de participação daqueles em seu lucro ou resultados"*

Ao contrário do que determinava a Medida Provisória original, as suas recentes reedições já não mais expressam, literalmente, a necessidade de participação dos sindicatos das categorias econômicas nas negociações acerca da participação dos lucros ou resultados. Na realidade, essa modificação merece críticas.

Em primeiro lugar, porque o nosso ordenamento legal atribui ao sindicato a defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos de sua categoria (*tanto dos seus associados como também daqueles que não o são*). Em segundo lugar, porque o instrumento jurídico próprio para celebrar a referida participação, em cada empresa, é o acordo coletivo, que por sua vez, só poderá ser firmado pelo sindicato, com arrimo, inclusive, em uma orientação jurisprudencial uníssona.

Por último, porque uma vez malgrado o acordo e não havendo consenso para submeter o caso à mediação ou à arbitragem, somente o sindicato terá legitimidade ativa para deflagrar uma greve ou ajuizar o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho. O que poderá ocorrer, na prática, é que uma comissão poderá realizar a negociação e o sindicato então dará a sua aquiescência em uma fase final, assumindo, a partir daí, a titularidade do processo.

Pelo exposto, é de se aconselhar ser sempre prudente negociar diretamente com o sindicato da categoria, pois como aduz o inciso VI do artigo 8º da Lei Maior:

*"é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho"*

Saliente-se, por oportuno, que não é possível a realização de acordo coletivo, versando sobre a presente temática, envolvendo várias empresas, ou mesmo convenções abarcando todo um segmento. O acordo, repita-se, está adstrito apenas ao seio de uma empresa determinada. Quis assim o legislador, preservar a individualidade de cada empreendimento, submetendo a negociação à sua realidade específica. À guisa de ilustração, é de ser dito que a divisão de lucros no percentual de 3%, por exemplo, pode ser irrisória para certa empresa e, para outra, motivo suficiente à sua falência.

No tocante à forma de distribuição, mister se faz ressaltar que a mesma também poderá ser livremente pactuada.

Em qualquer hipótese, no entanto, o período de vigência do acordo não poderá ser superior a dois anos, conforme previsão do § 3º, do artigo 614, da Consolidação das Leis do Trabalho.

## 7. MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E DISSÍDIO COLETIVO

Uma das principais consequências práticas das medidas provisórias editadas a respeito do tema é que as empresas estão, de certo modo, obrigadas a negociar com a entidade sindical representativa da categoria dos trabalhadores, não podendo se furtar a tal procedimento.

O sindicato de classe deverá se utilizar dos ditames legais previstos em nosso Diploma Consolidado (artigos 611 *usque* 625), e preceitos estatutários, tais como: convocar assembleia, aprovar as reivindicações e demais trâmites normais a serem observados em qualquer acordo coletivo etc.

De acordo com o artigo 4º da Medida Provisória em vigor, deve o sindicato de classe, se necessário, socorrer-se dos seguintes mecanismos heterônomos de solução dos conflitos: 1. Mediação; 2. Arbitragem de ofertas finais.

O traço distintivo entre os mecanismos retromencionados é que, embora o intermediário seja escolhido de comum acordo entre as partes, na mediação não há o efeito vinculante daquilo que for deliberado pelo mediador.

Enquanto isto, no mecanismo da arbitragem de ofertas finais, a opção do árbitro por uma das propostas apresentadas terá força normativa, independentemente de homologação judicial. Não pode o árbitro optar por uma solução baseada no "meio termo".

Apesar de tudo, tais mecanismos não vêm sendo adotados, em virtude da falta de tradição em nosso país dos sistemas de mediação e arbitragem, preferindo as partes interessadas optar pela decisão normativa da Justiça do Trabalho.

Em caso de furtar-se a empresa à negociação, também poderá o sindicato dos empregados solicitar a intervenção do Ministério do Trabalho a fim de se estabelecer um canal de diálogo, ou, até mesmo, INSTAURAR DISSÍDIO COLETIVO. Apesar da Medida Provisória em vigor não explicitar tal possibilidade, ela é inerente ao nosso sistema constitucional, quando frustrada a negociação coletiva. No entanto, imperioso se faz destacar que a participação nos lucros e/ou resultados das empresas, até que lei complementar discipline em sentido diverso, é FACULTATIVA, depende de pactuação entre as partes, de livre negociação, o que, no meu entender, faz da possibilidade de interposição de dissídio coletivo uma simples tentativa, dessa feita através da via judicial, de se tentar uma composição, não podendo os Tribunais Trabalhistas, por meio de sentença normativa, instituir, à revelia de certa empresa, a participação nos seus lucros e/ou resultados.

8. NATUREZA JURÍDICA

Um outro aspecto de salutar importância que vem constando nas Medidas Provisórias é o de que a divisão dos lucros não tem natureza salarial, afastando a corrente doutrinária que asseverava no sentido inverso.

É desimportante o fato de que o valor da divisão dos lucros seja pago de forma única ou desdobrada. O dispositivo em tela foi um golpe fatal no entendimento dos que, por anos sucessivos, sustentaram o contrário, inclusive; arrimados no Enunciado 251, da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, hoje, obviamente, já revogado. Na verdade, a remansosa e consagrada jurisprudência, outrora existente, que decidia pela natureza salarial quando a participação dos lucros era deferida com habitualidade, constituiu uma das causas cruciais - senão a principal delas - do insucesso do antedito instituto.

Com a desvinculação da participação ao salário quis o legislador estimular a sua prática. As conseqüências jurídicas de tal medida levam à ilação de que a participação nos lucros:

- Não incide nos depósitos fundiários;
- Não incide nas contribuições previdenciárias e outros tributos cujo fato gerador seja a remuneração do empregado;
- Não incide no cálculo de adicionais, indenizações e outras prestações que incidam sobre a remuneração;
- Será tributada na fonte, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês, como antecipação do imposto de renda devido na declaração de rendimentos da pessoa física, competindo à pessoa jurídica a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Desta forma, é lícito à empresa deduzir, como despesa operacional, a parcela dos lucros atribuída aos empregados.

Que a participação nos lucros está desvinculada da natureza salarial e produz as conseqüências acima abordadas, nenhuma dúvida há. O que há para ser questionado é se, uma vez pactuado o programa e a empresa o cumprir durante anos, caso revogadas as normas legais que a disciplinam, estar-se-ia diante de um direito adquirido?

Neste aspecto, não se pode cogitar qual o posicionamento que os nossos Tribunais iriam adotar. Porém, não seria de causar espanto que os julgados a este respeito versassem sobre a existência do direito adquirido, principalmente em virtude do inegável caráter protecionista predominante na Justiça do Trabalho.

Melhor seria para as empresas que, quando da celebração dos acordos coletivos, ficasse expressamente consignado no texto do instrumento coletivo o fato de as partes livremente terem decidido no sentido da participação pactuada não constituir, sob nenhuma hipótese, direito adquirido.

## 9.O PROBLEMA DA FISCALIZAÇÃO

Este tem sido um dos aspectos que mais tem suscitado divergência entre as empresas e os sindicatos de classe. De um lado, a desconfiança dos sindicalistas de que a empresa esteja fraudando a contabilidade para diminuir formalmente o lucro obtido em determinado período e, por conseqüência, realizar uma menor distribuição de lucros. Do outro lado, o empregador tem medo de que a abertura de suas contas revele segredos da empresa, possivelmente, acarretando-lhe futuros prejuízos. Normalmente, nenhuma das partes abre mão de seus argumentos

O § 1º, do artigo 2º, das Medidas Provisórias constantemente reeditadas, não dá a solução para o problema, dizendo, apenas, que as partes fixarão mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado. A saída mais usual tem sido, quando manifestada qualquer dúvida sobre as informações prestadas pela empresa, a contratação de uma auditoria externa especializada para dirimir a controvérsia.

## 10.MECANISMOS PRÁTICOS DE AFERIÇÃO DOS LUCROS E RESULTADOS

O programa elaborado entre a empresa e o sindicato pode ter em vista os índices de produtividade, qualidade, lucratividade, programa de metas, resultados e prazos, envolvendo-se, assim, diversas áreas na busca do objetivo firmado (produção, vendas, pessoal, custos, etc.).

Levando-se em consideração o segundo conceito apresentado para o vocábulo "resultado", consoante exposição no item 4 deste trabalho, podemos verificar que a tendência atual é ser firmado acordo envolvendo a participação nos lucros e resultados ou, apenas, nos resultados. Não se trata de detalhismo terminológico, mas sim de uma tentativa de buscar, cada vez mais, o empenho do trabalhador nas metas a serem conquistadas, sua integração aos objetivos empresariais. O raciocínio é simples: se o acordo estabelece unicamente a participação nos lucros, esta pode até ser obtida por fatores outros que não a conquista de objetivos determinados. É o que acontece quando certa empresa conquista um lucro "X" almejado, em virtude da venda de uma filial, do seu produto ter subido de preço no mercado, e não porque a produção foi superior a sua média ou o seu custo operacional diminuiu ou, ainda, porque as vendas aumentaram.

Neste caso, a finalidade do acordo, que era de motivar setores específicos da empresa para conquistar resultados determinados, não foi atingida, mas, mesmo assim, os empregados teriam direito à divisão dos lucros. Eis o porquê de ser mais correto e proveitoso vincular-se o programa à conquista de resultados.

Interessante seria pontuar os resultados obtidos em cada área para que o somatório dos pontos de todos os setores da empresa viesse a determinar o percentual do lucro a ser repartido no final de cada exercício.

ou mesmo, a sua inexistência. De qualquer maneira, a periodicidade da distribuição não poderá ser inferior a um semestre (§ 2º, do art. 3º das últimas Medidas Provisórias).

A experiência acima transcrita foi testada e aprovada pela SOUZA CRUZ S/A e tem obtido elogios de todos os segmentos sociais. O ex-ministro ALMIR PAZZIANOTTO, em seu livro "NEGOCIAÇÃO, Reflexões e Críticas", faz expressa alusão ao modelo de acordo coletivo citado em linhas transtatas, o que, por si só, atesta o apuro técnico do referido instrumento.

## 11. CONCLUSÕES

Por fim, impende sobrelevar que o instituto jurídico da participação nos lucros não se trata de um mecanismo dos mais simples dentre aqueles existentes no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade há de ser vista diante de um complexo de fatores que particularizem as condições em que a empresa está inserida no contexto sócio-econômico. Se verdade é que o legislador procurou atrair adeptos a tal instituto com a concessão de alguns benefícios, os quais já analisamos anteriormente, não menos verdade é que não existe uma fórmula pronta e definida que garanta o sucesso do programa nas empresas adotantes.

Conclui-se, portanto, que a implantação da participação nos lucros ou resultados, deverá ser pautada pelo comedimento. Isso possibilitará ao empresário inserir, paulatinamente, um maior nível de participação do trabalhador em suas atividades empresariais. Em suma, empregados e empregadores ganham com a adoção adequada e racional desse sistema, porquanto o mesmo se baseia na observação de que *a divisão é a forma mais fácil e rápida de se multiplicar.*

## bibliografia

- CUNHA, Sólton de Almeida. Da Participação dos Trabalhadores nos Lucros ou Resultados das Empresas. São Paulo, Editora Saraiva, 1ª edição, 1997.
- FURTADO, Paulo e Uadi Lammêgo Bulos. Lei da Arbitragem Comentada. São Paulo, Editora LTr, 1996.
- GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro, Editora Forense, 14ª edição, 1995.
- NASCIMENTO, Sônia A. Costa. Participação dos Trabalhadores nos Lucros das Empresas. Revista Literária de Direito, janeiro/fevereiro de 1997.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Os Sindicatos e a OIT: manual de educação do trabalhador. São Paulo, Editora LTr, 1994.
- PAZZIANOTO, Almir. Negociação, Reflexos e Críticas. Salvador, Editora Casa da Qualidade, 1995.
- PUECH, Luiz Roberto Rezende. Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1960.
- SAAD, Eduardo Gabriel. Temas Trabalhistas. Suplemento Trabalhista, São Paulo, Editora LTr, 1996.
- SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Internacional do trabalho. São Paulo, Editora LTr, 1983.
- SUSSEKIND, Arnaldo, Délio Maranhão e Segadas Vianna. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo, Editora LTr, 14ª edição, 1993.

# MEDIDAS PROVISÓRIAS

por

Nadja Aparecida Silva de Araújo

(Aluna da Graduação em Direito da UFPE e ex-monitora de Direito Civil)

## sumário

I - Introdução; II - Análise estrutural da medida provisória; III - Limites constitucionais à expedição de medidas provisórias; IV - Conclusão; V - Bibliografia.

### I - INTRODUÇÃO

Tendo em vista o aprimoramento da tecnologia, a evolução das comunicações, o crescimento econômico, a competição dos Estados no comércio internacional e tantos outros elementos que estão inseridos no dia-a-dia da vida contemporânea, vislumbrou-se a necessidade de colocar à disposição do Governo normas jurídicas que viabilizassem uma administração efetiva e rápida no atendimento dos anseios sociais.

Assim sendo, os representantes dos Poderes Legislativos modernos abraçaram a tendência de atribuir poderes legiferantes ao Executivo, visando uma agilização do processo de normatização da vida social, em aspectos específicos: Entende-se que as constantes inovações que ocorrem no panorama social não podem ficar por muito tempo sem regulamentação jurídica, bem como, sabe-se que o Poder Legislativo não tem sido ágil em suas respostas à comunidade. Ademais, circunstâncias se apresentam exigindo atuação imediata por parte de agentes públicos, não sendo possível esperar pelos trâmites normais do processo legislativo ordinário. Dessa forma, diversos sistemas constitucionais têm permitido a edição de normas jurídicas, com força de lei e vigência imediata, pelos representantes de seu Poder Executivo, configurando assim, uma flexibilização<sup>1</sup> do modelo clássico de repartição de funções específicas ( legislar, administrar e julgar ) entre os Poderes do Estado ( Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente ).

---

1. Figueiredo Santos ( 1991: 15 ): " Embora em declínio a pura separação de poderes, não se pode afirmar que seu fundamento nuclear esteja ultrapassado. Modernamente, cada país tem procurado caminhos e temperamentos de acordo com suas necessidades e seu modelo político. Dentro desse quadro, a medida provisória criada pela Constituição atual é, ou pretende ser, apenas um dos vários instrumentos que devem nortear o possível equilíbrio entre as funções executiva e legislativa ".

## II - ANÁLISE ESTRUTURAL DA MEDIDA PROVISÓRIA

O texto constitucional que trata da medida provisória não especifica suas características, já que apenas regula sua expedição. A tarefa cabe, pois, à Doutrina, onde vamos buscar subsídios para sua compreensão. Com base na lição do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>1</sup>, podemos traçar a estrutura e elencar as respectivas características da medida provisória:

1. **Pode ser conceituada** como ato normativo, com força de lei, editado pelo **Presidente da República**, sem a necessidade de delegação por parte do **Congresso Nacional**. **Dai**, subsume-me que a medida provisória distingue-se da lei, seja esta complementar, delegada ou ordinária.
2. Sua eficácia é imediata, desde a edição.
3. **Tem que** ser convertida em lei no prazo de trinta dias a contar de sua publicação. Sua rejeição pelo Congresso Nacional implica em perda de eficácia de suas normas, ou seja, anulação *ex tunc* dos atos praticados sob seu comando, se o Legislativo não disciplinar de outra forma.
4. **Tendo sido rejeitada** a medida, sua renovação implica em violação do texto constitucional.
5. A relevância e urgência do tema a ser disciplinado são requisitos indispensáveis para sua edição ou renovação.
6. **A medida provisória não tem limitação** expressa quanto à matéria. No entanto, suas fronteiras são alcançadas à medida em que sua interpretação e, principalmente, sua utilização, devem considerar seu posicionamento no texto constitucional, atentando, por isso, para os princípios norteadores da Carta Magna, bem como, para a regulamentação específica das espécies normativas ali inseridas, evitando a usurpação de competências definidas para outro tipo.

## III - LIMITES CONSTITUCIONAIS À EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

A expedição de medidas provisórias tem sido admitida em circunstâncias determinadas, sempre dentro de moldes previstos constitucionalmente.

Analisando-se as Constituições Brasileiras, verifica-se que a autorização para o Executivo legislar foi dada pela primeira vez na Carta Magna de 1937, como ensina o Prof. Ivo Dantas<sup>2</sup>. Nesta época, a Lei Maior consentia expressamente, em seus Arts. 12 e 13, na expedição de *decretos-leis* pelo Presidente da República, desde que atendesse às condições e respeitasse os limites fixados pelo ato prévio de autorização do Parlamento. A Constituição de 1946 ignorou o tema, voltando ele a ser tratado pela Carta de 1967, cujo Art. 58 permitia ao Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não resultasse aumento de despesa,

1. 1992: 100-101.

2. 1991: 53-56.

a expedição de *decretos com força de lei* sobre segurança nacional e finanças públicas. Já a Emenda Constitucional de 1969, dispôs em seu Art. 55, a autorização para a expedição de *decretos-leis* pelo Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não houvesse aumento de despesa, sobre segurança nacional, finanças públicas ( inclusive normas tributárias ), criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Atualmente, nossa Constituição dispõe:

*" Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.*

*Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*

(Grifamos)

A princípio, aparentemente, o Constituinte de 1988 não instituiu limites às medidas provisórias, desde que atendessem a caso de relevância e urgência. Contudo, doutrinadores pátrios, a exemplo de Rothenburg <sup>1</sup>, Ivo Dantas <sup>2</sup>, Pinto Ferreira <sup>3</sup>, Figueiredo Santos <sup>4</sup>, indicam outra explicação. Inere-se de seus ensinamentos que, estando a medida provisória inserida no texto constitucional e mais precisamente, sendo uma das espécies normativas arroladas no artigo que trata do processo legislativo, sua aplicação deverá ser conseqüência de uma interpretação sistêmica, atendidos sempre os princípios norteadores da Constituição Federal, bem como sua regulamentação jurídica específica. Assim sendo, examinemos os pontos em questão detalhadamente:

Em primeiro plano, destaca-se a necessidade da matéria tratada pelo dispositivo excepcional ter o caráter de relevante e urgente. Em seu conteúdo primário, entende-se que relevância implica em grande valor, conveniência, interesse, importância <sup>5</sup>. Já a urgência está a exigir a iminência, a rapidez, a ação imprescindível e inadiável <sup>6</sup>.

*" O critério de urgência não se pode levantar senão pela comparação entre a necessidade de ser suprida e a possibilidade de fazê-lo por via ordinária. Se considerado que, mesmo em regime de urgência ( Art. 64 - CF ), cujo prazo máximo é de 90 (noventa) dias, a providência legislativa será ineficaz, face à premência do interesse, ressaltará a propriedade e cabilidade da medida provisória. Em caso contrário, será flagrantemente contrária à Constituição o uso dessa faculdade, excepcional, que dispõe o Presidente da República para enfrentar situações extraordinárias. "* <sup>7</sup>

1. 1993: 313

2. 1991: 60, 68

3. 1992: 276, 289

4. 1991: 32

1. Holanda Ferreira ( 1986: 1479 )

2. Holanda Ferreira ( 1986: 1741 )

3. Fran Figueiredo ( 1991: 140 )

O texto constitucional reclama a conjunção das duas características para a edição da medida provisória, cabendo ao Presidente da República o juízo de valor a respeito, em um primeiro momento, já que a apreciação pelo Congresso Nacional, necessariamente, analisará a conveniência e oportunidade da expedição da medida. Ademais, sempre é possível o controle jurisdicional dessa norma excepcional, com fundamento nas disposições do Art. 5º, XXXV da Carta Magna. Neste sentido, insuperável é a lição do Prof. Pinto Ferreira <sup>1</sup>:

*" Para agir mediante a forma de medida provisória é preciso que haja urgência. Tal urgência é aferida à luz dos prazos de elaboração e aprovação das normas. Só existe realmente urgência, como requer o art. 64, §§ 2º e 4º, quando a medida provisória que se pretende editar seja inferior ao prazo do referido artigo, pois se não ocorrer tal prazo, a norma só pode ser editada sob a forma da lei.*

*Já o interesse público relevante deve ser entendido no sentido do império da necessidade de uma ordenação editada para o bem público, caindo este ajuizamento de necessidade dentro da esfera discricionária de ação do Presidente, ou da discricção presidencial. "*

E neste tópico, voltando os olhos para a realidade fática brasileira, evidente fica que os representantes do Poder Executivo, na verdade, não têm tido a prudência exigida pela Constituição para a expedição dessas medidas. Contrariando o espírito reinante em 1988 ( de absoluta ojeriza aos decretos-leis existentes na Regime Jurídico-Constitucional anterior ), é inegável que a prática tem sido constante. Colacionamos exemplos recentes de medidas provisórias que, no nosso modesto entendimento, não atendem à exigência constitucional de matéria relevante e urgente:

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.490, DE 07 DE JUNHO DE 1996.

(DOU - 10.06.96)

*Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, e dá outras providências.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art.62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art.1º - O Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN) passa a ser regulado por esta Medida Provisória.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.495, DE 07 DE JUNHO DE 1996.

(DOU - 10.06.96)

*Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, e dá outras providências.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

*Art. 1º - Esta Medida Provisória dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, de que tratam o art. 239 da Constituição e as Leis Complementares nº 7, de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970.*

*MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.497, DE 07 DE JUNHO DE 1996  
(DOU - 10.06.96)*

*Cria a Gratificação de Desempenho e Produtividade - GDP das atividades de finanças, controle, orçamento e planejamento, e dá outras providências.*

*O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62, da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:*

*Art. 1º - Fica instituída a Gratificação de Desempenho e Produtividade - GDP das atividades de finanças, controle, orçamento e planejamento devida aos ocupantes dos cargos efetivos:*

*MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.499, DE 7 DE JUNHO DE 1996.  
(DOU - 10.06.96)*

*Organiza e disciplina os Sistemas de Controle Interno e de Planejamento e de Orçamento do Poder Executivo, e dá outras providências.*

Estas poucas peças ressaltam que, na verdade, o Poder Executivo tem ignorado as disposições constitucionais no que tange aos requisitos manifestos para a expedição das medidas provisórias e utilizado o instrumento excepcional rotineiramente, o que evidencia uma violação aos principais objetivos do instituto, uma usurpação e/ou deturpação da atividade legiferante do Estado e, ainda, " um risco profundo à manutenção do Estado Democrático de Direito" <sup>1</sup>. E se aqui dizemos e/ou deturpação, é porque somos obrigados a reconhecer que o Poder Legislativo tem sido omisso em sua função de avaliar, fiscalizar e julgar a conveniência, a oportunidade e o mérito do instrumento excepcional editado, fugindo aos deveres inerentes à sua posição na estrutura do Estado, priorizando outros interesses que não os públicos ( na maior parte do tempo ).

A Doutrina nacional tem sido unânime com referência à posição do Congresso Nacional na tramitação das medidas provisórias:

*"...Os conceitos de relevância e urgência apontados pelo texto constitucional brasileiro, como de resto o de extraordinário caso de necessidade do art. 77 da Constituição italiana, formam algo em torno do qual não se pode estabelecer conteúdo rígido, e daí a indispensável apreciação, caso a caso, pelo Poder Legislativo, afim de apurar-se sua caracterização. " <sup>2</sup>*

*" O fundamento lógico de convalidação da medida provisória é a existência de uma situação de fato, excepcional ( porque a ser ordinária estaria*

1. Ivo Dantas ( 1991: 60 )

2. Ivo Dantas ( 1991: 64 )

*consagrada a reversão do processo legislativo e comprometido o próprio conceito ontológico de lei ), cuja avaliação concreta é competência constitucional do Parlamento. " 1*

*" Na verdade, a medida provisória depende dos pressupostos taxativos e restritos para sua validade, que vinculam o governo. Ela está sujeita ao duplo critério de avaliação do Congresso e do Judiciário, que podem impugná-la, numa apreciação política e jurídica, principalmente política, pelo Congresso, para reprová-la e não a converter em lei, e jurídica, pelo Poder Judiciário. " 2*

Particularidade inerente à medida provisória é o fato de ter força de lei, desde sua edição. Entretanto, ter força de lei não implica em ser igual à lei. Assim, ao instrumento excepcional é vedado tratar de matéria cuja competência é manifestamente atribuída a outra espécie normativa. As matérias reservadas à lei complementar, à lei delegada, ao decreto legislativo e à resolução não podem ser tratadas por medidas provisórias sob pena de inconstitucionalidade. Relembre-se também que as Emendas à Constituição e normas de Direito Penal e de Direito Tributário não podem ser objetos de medidas provisórias.

Cotejando a medida provisória com a lei ordinária, a Doutrina tem adotado o entendimento que a peculiaridade daquela *ter força de lei* não deve servir de fundamento para sua utilização em qualquer ponto ou matéria não-reservados<sup>3</sup>. Mesmo aí, podem existir disposições patentes no sentido da necessidade de lei formal. Neste caso, injustificável torna-se a expedição de medida provisória a respeito, já que implicaria em contrariar a vontade do legislador no sentido da matéria ser amplamente debatida e analisada pelo Parlamento, diversamente do que ocorre com o instrumento<sup>4</sup> excepcional, onde o que prevalece, em princípio, é a vontade do Presidente da República.

A Constituição exige maioria absoluta para a aprovação de lei complementar ( Art. 69 ), daí ficar claro que a edição de medida provisória a respeito de matéria reservada a este espécime legal implica em flagrante violação a dispositivo constitucional, já que o constituinte exigiu para essa matéria um procedimento legislativo específico, o qual não é utilizado na apreciação da medida provisória. Assim, não nos parece aceitável a tese de que bastaria a aprovação do instrumento excepcional ( que tratasse de matéria reservada à lei complementar ) por maioria absoluta<sup>4</sup>. Essa circunstância, levaria a uma violenta ofensa à exigência constitucional de forma específica para a norma em exame, considerando-se as finalidades inerentes a cada espécie, bem como, os trâmites internos no Parlamento. Ademais, em matéria destinada à lei complementar não há como se falar em relevância e urgência.

3. Fran Figueiredo ( 1991: 137 )

4. Pinto Ferreira ( 1992: 289 )

1. Michel Temer ( 1989 )

2. Caio Tácito ( 1989: 54 )

Tratando-se de lei delegada, a distinção entre as espécies normativas é patente já que, esta só é possível após o pedido do Presidente da República e subsequente autorização - delegação - do Congresso Nacional para a elaboração da norma a respeito de matéria especificada e delimitada ( CF - Art. 68, *caput*, § 2º ). A lei delegada tem limitações impostas pela Carta Magna em seu Art. 68, § 1º<sup>1</sup>. Considerando-se a medida provisória uma espécie do gênero ato normativo delegado, impõe-se a ela as mesmas limitações que sofrem a lei delegada restando portanto, para sua competência, a matéria reservada à lei ordinária, como bem nos lembra Giovanni Clark<sup>2</sup>.

No que diz respeito aos decretos e resoluções legislativas, ensina José Afonso da Silva<sup>3</sup>:

*" Aqueles ( os decretos ) são atos destinados a regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional ( art. 49 ) que tenham efeitos externos a ele; independem de sanção e de veto. As resoluções legislativas são também atos destinados a regular matéria de competência do Congresso e de suas Casas, mas com efeitos internos, assim os regimentos internos são aprovados por resoluções. Contudo, são previstas algumas resoluções com efeito externo, como a de delegação legislativa e as do Senado sobre matéria financeira e tributária ( arts. 68, § 2º; 52, IV-X; 155, V ). Como a Constituição não dispôs sobre o processo de sua formação, isso ficou para os regimentos internos. "*

Desta lição exemplar só nos cabe inferir que medida provisória a respeito destes temas, concretizaria verdadeira usurpação de poderes pelo Presidente da República.

Com relação às Emendas à Constituição, infere-se de rápida análise do Art. 60 da Lei Maior<sup>4</sup>, a total impossibilidade jurídica de ser instrumentalizada por medida provisória. O primeiro impedimento, concretiza-se na característica de vigência imediata da medida provisória, o que é totalmente contrário à disposição do Art. 60, § 2º. Em seguida, destacam-se as exigências de procedimentos distintos para as tramitações dos dois espécimes normativos no Parlamento. E mesmo abstraindo-se destes dois obstáculos, saliente-se que possíveis modificações na Carta Magna configura-se em matéria tipicamente legislativa, considerando-se o fato deste órgão ser o representante da vontade da Nação.

3. Na Constituição Federal, o Art. 49 explicita as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional. O Art. 51 trata da competência reservada à Câmara dos Deputados. O Art. 52 elenca os temas a serem tratados privativamente pelo Senado Federal. Os Arts. 4, 14, § 9º; 22, PU; 23, PU; 40, § 1º; 43, § 1º; 61, § 1º; 84, XXII; 93; 121; 128, § 5º; 131; 134, PU; 146; 148; 154, I; 155, § 2º, XII; 161; 163; 165, § 9º regulamentam a matéria de 2. lei complementar.

5. 1992: 163-164

6. 1992: 458

1. Art. 60, § 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Atentando para as normas de Direito Penal, já em primeiro plano, mostra-se incompatível sua elaboração através do instrumento excepcional, tendo em vista que *as garantias constitucionais de legalidade e anterioridade da norma penal*<sup>1</sup> não seriam respeitadas pela vigência imediata da medida provisória. Também, há de ser observado o fato de que, essencialmente, é ao Poder Legislativo que cabe estabelecer as condutas passíveis de penalização, já que a ele cabe a representação da sociedade, não sendo assim juridicamente possível, admitir-se a instituição de normas penais tão-somente pela vontade do Presidente da República.

Também no Direito Tributário vigem os Princípios da Legalidade e da Anterioridade estabelecidos constitucionalmente:

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

*... omissis*

*III - cobrar tributos:*

- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;*
- b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*

Do dispositivo colacionado infere-se a incompatibilidade lógico-jurídica da instituição de medidas provisórias que tratem de matéria tributária. Mesmo quando alegada a ocorrência de relevância e urgência para a instituição de tributo, necessária se faz a observância da forma legal, impossibilitando o normativo excepcional.

#### IV - CONCLUSÃO

Durante o Ciclo Militar, a utilização deturpada do instrumento legiferante excepcional instituído constitucionalmente com a denominação de decreto-lei, levou a sociedade brasileira à rejeição do instituto já que, através dele o Governo ditava direitos e obrigações tão-somente de acordo com a sua vontade, realçando uma verdadeira usurpação da função legislativa pois, na prática, o Congresso Nacional deixava que a norma editada fosse aprovada por decurso de prazo sem a votação ( 60 dias ) ou pela aprovação expressa. Dificilmente havia rejeição e, mesmo que houvesse, permaneciam os efeitos dos atos praticados durante sua vigência, em função da regulamentação do espécime normativo. Esse era o quadro decorrente da situação política do País à época, onde o Poder Executivo teve sua área de atuação ampliada, em detrimento do Legislativo.

2. Art. 5º, XXXIX - " não há crime sem *lei anterior* que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. " ( Grifamos )

Com a redemocratização do País e subsequente promulgação da Constituição de 88, o constituinte, contrariando o espírito de rejeição reinante, permitiu a manutenção do instituto, modificando-lhe a denominação de decreto-lei para medida provisória mas, inexplicavelmente, ampliando seu âmbito de atuação já que não especificou claramente seus limites.

Já de início, a Doutrina Jurídica clamava pela delimitação do instrumento <sup>1</sup>, prevendo conseqüências desastrosas decorrentes da regulamentação falha do instrumento legiferante excepcional, somada à sua utilização contínua e descuidada pelo Poder Executivo. Infelizmente, as previsões se confirmaram...

Ao longo dos sucessivos governos, a medida provisória tem se configurado em instrumento de uso corriqueiro e desregrado, já que os Presidentes da República, violando seus deveres de interpretar a Constituição sistematicamente para alcançar suas limitações, utilizaram-na para a instituição de planos econômicos ( quando foram atingidos direitos subjetivos dos cidadãos, com o bloqueio de poupanças ), em regulamentações diversas ( como demonstrado anteriormente ) que deveriam ser feitas por outros meios normativos e tantas outras providências, onde destacam-se o não-atendimento aos requisitos de matéria relevante e urgente.

Após oito anos de abuso e procurando dar uma resposta aos reclamos da sociedade, os representantes dos Poderes Legislativo e Executivo buscam a efetivação de um acordo para limitação expressa da matéria que poderá ser tratada por medida provisória:

*" No acordo de FHC e do senador José Sarney sobre a limitação de MP (medida provisória) definiu-se que o prazo de validade será de 90 dias, com direito a reedição. O Executivo vai perder poderes, mas terá autonomia sobre a administração.*

*A ecologia recebeu atenção especial no acordo firmado entre Planalto e José Sarney sobre medida provisória. O tema será objeto de MP. Além de outras áreas, como segurança pública, defesa civil e até finanças."*<sup>2</sup>

Apesar de ainda não ter vigência, o acordo é um alento para os estudiosos do assunto pois, poderá fazer com que o uso prático do instrumento atenda à sua regulamentação positiva e doutrinária, atentando para a regra de que ao Poder Político cabe a observância das normas reguladoras de suas atividades, bem como, uma expressiva parcela da responsabilidade no uso inadequado das Medidas Provisórias.

Somente dessa maneira, a medida provisória será utilizada da maneira correta para alcançar as finalidades precípuas traçadas para o instituto.

---

1. Ferreira Filho ( 1992: 99-104 ); Ivo Dantas ( 1991: 57 ); Michel Temer *apud* Figueiredo Santos ( 1991: 11 ); Pinto Ferreira ( 1992: 299 ); Fran Figueiredo ( 1991: 140-141 ).

2. Folha de São Paulo, 30.04.96

## bibliografia

- CLARK, Giovani. *Medidas Provisórias*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 29 nº 113. Janeiro/Março 1992. Pgs. 153-170.
- DANTAS, Ivo. *Medidas Provisórias - Aspectos Jurídicos - Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro*. 1ª edição. A Nossa Livraria e Editora Ciência Jurídica. Recife. 1991.
- FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 2 - Arts. 44 a 103*. Editora Saraiva. São Paulo, 1992.
- FIGUEIREDO, Fran. *As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro*. in Revista de Informação Legislativa. Ano 28 nº 110. Abril/Junho 1991. Pgs.137-152.
- FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro. 1986.
- PINTO FERREIRA, Luis. *Comentários à Constituição Brasileira - 3º Volume - Arts. 54 a 91*. Editora Saraiva. São Paulo. 1992.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Medidas Provisórias e suas Necessárias Limitações*. In Revista dos Tribunais. Ano 82 - Abril 1993 - Vol. 690. Pgs. 313-319.
- SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição*. Editora Atlas S. A. São Paulo. 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição. Malheiros Editores Ltda. São Paulo.1992.
- TÁCITO, Caio. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. In Revista de Direito Público. Ano 22 nº 90. Abril/Junho 1989. São Paulo. Pgs. 51-56.
- TEMER, Michel. *Os Limites das Medidas Provisórias in O Estado de São Paulo*. 21/12/89.

# FORMAÇÃO DA CULTURA BRASILEIRA - NOTAS À CASA-GRANDE & SENZALA.

por

Ricardo Nogueira Souto

(Aluno da graduação em Direito da UFPE)

## INTRODUÇÃO

É imensa a influência que a península ibérica sofreu em relação às correntes migratórias do norte o continente africano. Não se pode precisar ao certo a data que estas migrações se iniciaram, mas pode-se asseverar, sem nenhuma dúvida, que contribuíram significativamente para uma prévia miscigenação do sudoeste europeu.

Gilberto Freyre salienta que, desde o período que antecedeu a expansão marítima que se desenvolveu a partir de meados do Século XV, era bastante comum, segundo relato de autores da época, encontrar exemplares humanos cuja influência de outras raças era notória. Não causava estranheza encontrar, sobretudo, em território português, indivíduos de pele escura e cabelos claros ou, ainda, de cabelos crespos e pele clara etc.

O longo período em que os mouros estiveram subjugados pelos portugueses também facilitou a tolerância na convivência com estrangeiros sobretudo aqueles que possuíam caracteres mourísticos. A lenda da moura encantada é uma excelente exemplo da expressão genuína do gosto lusitano.

Esta lenda correspondia a idealização da figura feminina, representada pela mulher morena de olhos negros. Não houve dificuldade em substituir o misticismo sexual que envolvia a moura encantada pela sensualidade latente das índias que os portugueses terminaram por encontrar no Brasil as quais possuíam as mesmas características físicas e que se entregavam por qualquer bugiganga que lhes era oferecida.

Não é à toa que esta preferência pela mulher de pele morena terminou por ensejar a criação do adágio popular: "branca para casar, mulata para f...., negra para trabalhar".

A escassez de mulheres brancas impeliu o colonizador à frenética mistura racial. Inexistindo quantidade suficiente de mulheres oriundas da metrópole, os portugueses saciaram toda a sua ânsia sexual nas aborígenes, o que facilitou a geração de uma prole a qual serviu como fôro humano da colonização portuguesa.

Todos estes fatores auxiliaram a adaptação do colonizador português à circunstância tão adversa que significava habitar em terras longínquas e inóspitas. Não fosse esta plasticidade do português, esta virtude que fez com que ele logo se misturasse com os habitantes locais, o processo de colonização do Brasil teria maiores dificuldades.

## A FORMAÇÃO DO POVO BRASILEIRO

Três aspectos parecem ter sido fundamentais para a formação cultural do povo brasileiro, a saber, a miscigenação das três raças predominantes, a influência religiosa católica e o clima tropical, tipicamente tórrido. Este último, porém, atuou de forma bastante reduzida, agindo, apenas, de forma a consubstanciar o que os dois primeiros fatores engendraram.

Quando se enfoca a miscigenação, deseja-se aludir à participação de três raças, quais sejam, a branca do colonizador, a negra do escravo africano e a amarela do índio, na formação de uma cultura inteiramente nova. Não se deve olvidar, contudo, a significativa contribuição de outros elementos humanos tais como: a do judeu, do espanhol e a do mouro.

O que se obteve com a mistura daquelas três principais raças foi algo bem diverso da simples assimilação das culturas dos povos menos desenvolvidos pela do colonizador. A miscigenação resultou na criação de um povo de características bastante acentuadas que não se restringem, apenas, à convivência harmônica dos elementos culturais dos povos que participaram do processo de colonização do Brasil. Estas culturas serviram, utilizando uma expressão de Freyre, como "pano de fundo" para a formação da cultura brasileira que foi algo mais do que a soma daquelas três culturas.

Ao contrário do que normalmente acontece com a chamada cultura "superior" do colonizador quando relaciona-se com a cultura "rudimentar" dos povos dominados, a cultura européia não se impôs de modo arbitrário.

A influência da religião processou-se no sentido de possibilitar a formação de um povo que embora estivesse disperso em uma margem de terra de dimensões continentais conseguiu manter sua unidade. A seleção dos emigrantes que desejavam se estabelecer aqui no Brasil era realizada independentemente da nacionalidade do interessado, bastava, apenas, pertencer à religião católica para estar assegurado o acesso à referida colônia.

Diferentemente daquilo que ocorreu na América Espanhola, a saber, uma extrema preocupação em preservar a colônia como uma extensão da metrópole, de modo a criar uma verdadeira aversão a estrangeiros, na América Portuguesa estas características xenófobas não existiram. Bastava ser católico ou então converter-se, ao ingressar em terras brasileiras, para ser generosamente recepcionado por aqueles que aqui residiam.

O clima, por sua vez, foi o elemento que consolidou o resultado daquilo que foi engendrado pela miscigenação e unidade da religião. O clima atuou decisivamente no sentido de amolecer as relações existentes, desfazendo a rigidez remanescente das culturas de formaram o Brasil.

## A INFLUÊNCIA DA CASA-GRANDE NA CRIAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA

Muito se especula sobre a inferioridade da raça negra quando esta é comparada com a suposta superioridade branca. Com o mesmo vigor discute-se sobre o comprometimento da "qualidade" racial dos negros que

aqui foram compelidos a laborar quando estes são comparados com a mão de obra escrava, também negra, que mourejou em outras colônias, mormente naquelas que estavam situadas na América do Norte.

Outro defeito que é atribuído ao escravo negro que laborou nas lavouras brasileiras é o exacerbado apetite para as práticas sexuais. A lascívia do negro, asseveravam observadores da época, era característica daquela raça, um mal a ser suportado.

A assertiva de que os escravos africanos eram inferiores aos colonizadores brancos carece de esteio científico. Os escravos que foram trazidos para o Brasil eram, em sua maioria, sudaneses os quais já eram relativamente evoluídos, dominando até mesmo a arte de manipulação de metais.

Em contraposição, os portugueses que vieram para terras brasileiras não sabiam sequer assinar o próprio nome. Percebe-se, desta forma, a considerável contribuição dos negros os quais trouxeram o seu quinhão técnico, auxiliando no desenvolvimento da colônia portuguesa.

Quanto à prática sexual descontrolada a qual se referiram os mencionados observadores estrangeiros, estes certamente não cotejaram as causas reais deste desregramento.

O que originou tamanho desregramento, bem como a criação de preconceitos que classificavam os portugueses como superiores em detrimento dos africanos, foi o sistema de produção escravocrata, este sim foi o grande vilão que tornou impotente qualquer resistência da escrava negra a qual estava sujeita aos caprichos sexuais dos senhores de engenho. Não bastasse a irrestrita subordinação sofrida, a escrava negra ainda foi obrigada a carregar consigo o estigma de degenerada sexual, sendo responsabilizada por inúmeras moléstias e desvios de condutas dos senhores de engenho e de seus descendentes.

O sistema escravocrata favoreceu, do mesmo modo, o surgimento de um modo de ser peculiar, típico dos senhores de engenho. Concentradores das riquezas e controladores dos destinos políticos da colônia, os senhores de engenho praticamente não sofriam restrição alguma em relação ao seu comportamento, o que os tornou entes completamente arbitrários e descomprometidos com os interesses sociais, refletindo, posteriormente, em toda cultura nacional.

Comprova-se, assim, que a formação da cultura brasileira não pode ser analisada, somente, através do enfoque genésico. Faz-se mister que se observe a influência do regime escravocrata nas relações interpessoais que se processavam na casa-grande e na senzala. Foram marcantes, neste sentido, as relações existentes entre o senhor de engenho e o escravo negro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos que foram sucintamente expendidos, demonstram que a sociedade brasileira não pode ser estudada sem a consideração da plasticidade típica do colonizador português a qual possibilitou a célere

miscibilidade com os povos autóctones. Esta miscigenação inicial foi a grande responsável pelo sucesso da colonização portuguesa no Brasil.

A influência do todo poderoso senhor de engenho também contribuiu para a formação cultural brasileira, sobretudo na criação de valores individuais que em muitas ocasiões sobrepujaram os valores coletivos.

Por fim, é de extrema importância salientar que o modo de ser do povo brasileiro é uma mera consequência destes fatores que, desde a origem da colonização no Brasil, orientaram o surgimento dos atuais valores sociais.

## COLABORAÇÃO

Prof. Sady d' Assumpção Torres Filho  
(Professor de Direito Comercial da FDR/UFPE)

### DEPENDÊNCIA E INTEGRAÇÃO ECONÔMICA: A TEORIA DA DEPENDÊNCIA TRINTA ANOS DEPOIS.

Na semana de 11 a 15 de novembro de 1996, realizou-se na Sede Iberoamericana de La Rábida da Universidade Internacional de Andaluzia, no Curso de Mestrado em Teorias Críticas do Direito e a Democracia na Iberoamérica, o módulo intitulado "*Dependência e Integração Econômica: a Teoria da Dependência trinta anos depois*", a cargo dos professores Franz Hinkelammert, do Departamento Ecumênico de Investigações, da Costa Rica, Teotônio dos Santos, da Universidade Federal Fluminense, e Héctor Silva Michelena, da Universidade Central da Venezuela. Aqui se fará uma resenha das idéias expostas pelos dois primeiros dos mencionados mestres, que são, juntamente o com Fernando Henrique Cardoso, os fundadores da Teoria da Dependência.

O Prof. Hinkerlammer, em uma perspectiva filosófica sobretudo ética, vê o fenômeno da globalização como um furacão, cujos efeitos mais evidentes são a exclusão e a destruição do meio ambiente. Ele toma como ponto de partida a afirmativa de CAMUS, para quem o homem é o único animal que, tendo consciência da morte, pode se suicidar, sendo a opção de permanecer vivo um ato de liberdade. Ele retoma a idéia do ponto de vista da humanidade como um todo, apontando a possibilidade, hoje real, de autodestruição.

Neste aspecto o filósofo alemão se aproxima do que diz EDUARDO SAXE FERNANDEZ sobre os perigos ontológicos que ameaçam a espécie humana: o holocausto nuclear e a destruição da natureza.

Para Hinkelammert, o processo de globalização, que implica a privatização das funções do Estado, o livre comércio, o desencadeamento do movimentos internacionais de capitais, a dissolução do Estado social, a entrega das funções de planificação econômica às empresas multinacionais e a entrega da força de trabalho e da natureza às forças de mercado, devasta a América Latina, sem quase resistência.

As teorias econômicas e sociais dominantes não analisam o processo, apenas o glorificam. O mercado total parece ser o fim da história e o conhecimento definitivo do que a humanidade tem de fazer.

Neste contexto, a Teoria da Dependência voltaria a ter importância, ao se distinguir das teorias neoclássicas e neoliberais dominantes, porque busca explicar a realidade. Mas para isso teria de desenvolver-se constan-

temente. Assim, hoje seria necessário integrar de novo esse desenvolvimento em um marco teórico. E apresenta três problemas a serem enfrentados:

1. A política de desenvolvimento como uma política de crescimento;
2. A nova polarização do mundo;
3. As perspectivas de uma política de desenvolvimento generalizada;

Quanto ao primeiro ponto, a Teoria da Dependência compartilhava a opinião geral de que a taxa de crescimento econômico pode ser considerada como uma locomotiva, que produz uma dinâmica da sociedade inteira, que leva automaticamente ao pleno emprego da força de trabalho e à produção de um plusproduto capaz de assegurar e financiar a integração social de toda esta força de trabalho.

O que se viu, no entanto, é que no curso dos anos 60 a produção industrial seguia crescendo com taxas altas, enquanto se notava uma estagnação da força de trabalho empregada na indústria (*jobless growth*). Ou seja, o crescimento econômico, mesmo nos países centrais, não induziu o aumento do emprego, mas ao contrário, produziu exclusão.

Em relação ao segundo problema, não mais se pode falar em polarização entre Primeiro e Terceiro Mundo, pois os pólos foram dissolvidos. Hoje se fala em Primeiro Mundo no Terceiro Mundo e Terceiro Mundo no Primeiro Mundo.

O Primeiro Mundo seria como um grande arquipélago, que aparece por todos os lados, mas que surge em um mar circundante de espaços que já não se pode integrar nem econômica nem socialmente. Apesar deste arquipélago estar ainda situado no norte, a relação não mais se pode entender como uma relação norte-sul, mas de uma exclusão.

Surgiu uma divisão social do trabalho que pressupõe um mercado mundial globalizado e que dele necessita. Esta globalização se baseia na liberdade dos fluxos de mercadorias e capitais e na ausência de intervenções estatais. Isso não implica uma ausência do Estado, ao contrário, a globalização não é possível sem uma ação constante e decidida dos Estados, que facilitam e fomentam esses fluxos por meio de imensas subvenções.

Isto tem conseqüências para o investimento em capital produtivo, assim entendido o capital investido na produção industrial, agrária e de matérias primas. Estes investimentos são bloqueados pelo processo de globalização. O processo de acumulação ao aparecimento de mais capitais do que seria possível investir em capital produtivo. Portanto, uma parte cada vez maior dos capitais disponíveis tem de ser investido especulativamente. Mas o capital especulativo tem de ter ao menos a mesma rentabilidade do capital produtivo. Não obstante, tais possibilidades de inversões especulativas se dão em especial naqueles setores sociais que até agora se tinham desenvolvido fora dos critérios de rentabilidade, sobretudo nas atividades do Estado, que podem ser transformadas em esfera para este capital. Isso explica a pressão

mundial para privatizar todas as funções de Estado, para encontrar esfera de investimento não produtivo. Assim são privatizados escolas, universidades, sistemas de saúde, estradas, infraestrutura energética, estradas de ferro, o correio, as telecomunicações etc. Os sonhos anarco-capitalistas vão ainda mais longe: há que privatizar a polícia, as funções legislativas e judicial e mesmo o governo se pretende transformar em esferas de investimento desses capitais.

Esses novos capitais levam a um aumento de poder, que pressiona no sentido de maior concentração de renda, o que produz uma tendência a um aumento do próprio capital especulativo e, portanto, da necessidade de encontrar novas esferas de investimento. As privatizações, que se apresentava como uma saída, leva à agudização do problema e com o tempo à diminuição dos centros do arquipélago.

A resposta ao terceiro problema não pode deixar de levar em conta a questão do meio ambiente ameaçado pelo processo de crescimento, matéria de todo estranha à Teoria da Dependência nos anos 60, assim como de todas as teorias econômicas.

Na década de 70, começa a surgir problemática do meio ambiente, a partir da tomada de consciência de que a política de crescimento não poderia ser o valor supremo da política econômica e social, posição que implicava um conflito com as ideologias da globalização, que propagavam mais que nunca o crescimento econômico - e junto com ele a eficiência formal e a competitividade - como valor supremo de toda a convivência humana.

O crescimento da economia mundial globalizada, por maior que seja, não vai poder mudar a situação de exclusão de grandes partes da população. Quanto mais se o fomenta, mais destruirá o meio ambiente. Hoje exclusão e destruição ambiental vão de mãos dadas.

Se a exclusão da população resulta inevitável dentro de qualquer política de crescimento, necessário enfrentar a própria economia de crescimento, precisamente em relação aos chamados setores informais. Isso deveria levar à constituição de sistemas de divisão do trabalho locais e regionais capazes de proteger-se contra a submissão aos ditames da divisão mundial do trabalho. Sua organização interna poderia ser descrita como uma "produção simples de mercadoria".

Isso poderia ser feito das mais variadas formas: desde a proteção de formas tradicionais de produzir das populações indígenas, até a reconstituição de formas de produção simples de mercadorias nos setores urbanos.

Necessário também uma reestruturação da própria economia do crescimento orientada pelo critério de acumulação de capital. o problema mais urgente é o da imposição do capital especulativo sobre a sociedade mundial. Impõe-se limitar o capital à sua função de alimentar investimentos produtivos.

Para isso, a redução do espaço de operação do capital especulativo por meios monetários, como proposto pelo economista norte-americano

TOBIN, pode ser um começo. Mais além disso se trata de obstacular em suas fontes a formação desse capital. Isso hoje pressupões duas medidas:

1. uma redistribuição de renda para limitar o surgimento do capital dinheiro;
2. há ainda outra fonte de capital-dinheiro que não pode ser colocado produtivamente. Trata-se da formação de imensos fundos de capital especulativo, especialmente o fundos de pensão, que movimentam um enorme capital-dinheiro que vaga pelos mercados financeiros do mundo em busca de colocação. Daí a necessidade de sistemas públicos de pensões, porque estes se baseiam no princípio do pagamento direto com o resultado das contribuições, que não formam fundos de capital. Ao contrário, os fundos de pensões capitalizam as contribuições para poder pagar as pensões de um fundo acumulado de capital-dinheiro, transformando-se em um fomento irresistível de capital especulativo.

O Prof. Teotônio dos Santos fez um balanço histórico e teórico da Teoria da Dependência, a partir do surgimento das teorias do desenvolvimento, no pós-guerra. A característica principal dessa literatura era a de conceber o desenvolvimento como a adoção de normas de comportamento, atitudes e valores identificados com a racionalidade moderna, caracterizada pela da produtividade máxima, a geração de poupança e a criação de investimentos que levassem à acumulação permanente da riqueza dos indivíduos e, em consequência, de cada sociedade nacional.

A sociedade moderna, que nascera na Europa e se afirmava nos EUA, aparece em geral como um modelo ideal a ser alcançado e uma meta sócio-política a conquistar, havendo a aceitação tácita de que a instalação desta sociedade era uma necessidade histórica incontestável.

Propunham-se, a partir dessa visão políticas de desenvolvimento que visassem elevar toda a população do mundo ao nível dos países desenvolvidos, que haviam alcançado este estágio "superior" de organização social.

Essa visão pressupunha o subdesenvolvimento como uma ausência de desenvolvimento. O "atraso" dos países subdesenvolvidos era explicado pelos obstáculos que neles existiam ao seu pleno desenvolvimento ou modernização.

Essas teorias perdem sua relevância e força pela incapacidade do capitalismo de reproduzir experiências bem sucedidas de desenvolvimento em suas ex-colônias ou mesmo em países independente desde o Século XIX, como os da América Latina, em que o crescimento econômico parecia destinado a acumular miséria, analfabetismo e uma distribuição de renda desastrosa.

A Teoria da Dependência, surgida na América Latina nos anos 60, tenta explicar as novas características do desenvolvimento dependente, que já se havia implantado nestes países.

A indústria nos países dependentes e coloniais serviu de base para o novo desenvolvimento industrial do pós-guerra e terminou se articulando com o movimento de expansão do capital internacional, cujo núcleo eram as empresas multinacionais criadas nas décadas de 40 e 50. Esta nova realidade contestava a noção de que o subdesenvolvimento significava falta de desenvolvimento. Abria-se o caminho para compreender o desenvolvimento e subdesenvolvimento como o resultado histórico de desenvolvimento do capitalismo, como um sistema mundial que produzia ao mesmo tempo desenvolvimento e subdesenvolvimento.

Se a teoria do desenvolvimento e do subdesenvolvimento eram o resultado da superação do domínio colonial e do aparecimento de burguesias locais desejosas de encontrar o seu caminho de participação na expansão do capitalismo mundial, a teoria da dependência representou um esforço crítico para compreender a limitação de um desenvolvimento iniciado num período histórico em que a economia mundial já estava constituída sob a hegemonia de enormes grupos econômicos e poderosas forças imperialistas.

Há várias correntes na Teoria da Dependência, embora se possam identificar as suas idéias centrais:

- a) O subdesenvolvimento está conectado de maneira estreita com a expansão dos países industrializados;
- b) Desenvolvimento e subdesenvolvimento são aspectos diferentes do mesmo processo universal;
- c) O subdesenvolvimento não pode ser considerado como condição primeira para um processo evolucionista.
- d) A dependência não é só um fenômeno externo, mas se manifesta também sob diferentes formas na estrutura interna (social, ideológica e política).

Dentro de uma perspectiva globalizadora, DOS SANTOS propõe, dentre outros, os seguintes elementos de uma síntese teórico-metodológica em processo:

- 1) A teoria social deve desprender-se de sua extrema especialização e retomar a tradição de das grandes teorias explicativas com o objetivo de reordenar o sistema de interpretação do mundo contemporâneo.
- 2) Esta reinterpretação deve superar sobretudo a idéia de que o capitalismo surgido na Europa no Século XVIII é a referência fundamental de uma nova

sociedade mundial. Este fenômeno deve ser visto como um episódio localizado de um processo histórico mais global de integração do conjunto das experiências civilizatórias, numa nova civilização planetária, pluralista e não exclusivista baseada na não subordinação do mundo a nenhuma sociedade determinada.

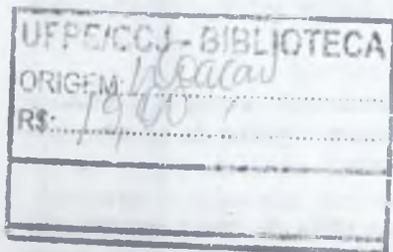
O que se pode extrair, à guisa de conclusão, das idéias expostas no seminário, é que a Teoria da Dependência, apesar de expressamente abjurada pelo seu fundador mais ilustre, permanece como uma alternativa ao pensamento neoliberal dominante, que, posto pelos seus corifeus como verdade absoluta, chega a adquirir contornos de verdadeira religião, epíteto que costumavam dirigir ao pensamento marxista.

### bibliografia

Hinkelammert, Franz, *El Huracán de la Globalización: la exclusión y la destrucción del medio ambiente vistos desde la teoría de la dependencia*, texto inédito em cópia reprográfica

Santos, Teotônio dos, *A Teoria da Dependência: Um Balanço Histórico e Teórico*, texto inédito em cópia reprográfica.

Saxe Fernandez, Eduardo E. e Bourgeois, Christian Brügger, *El "Globalismo Democrático Neoliberal" y La Crisis Latinoamericana*, Cuadernos Prometeo # 15, Departamento de Filosofía, Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, 1996.



## DADSF

Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho

DADSF agradece a:

OAB/PE

Faculdade de Direito do Recife  
Escola de Advocacia Ruy Antunes

Prof. Gláucio Veiga

Prof. Nelson Saldanha

Dr. José Paulo Cavalcanti Filho.

Prof. Alexandre da Maia

Prof. João Maurício

Prof. André Régis

Prof<sup>a</sup>. Cristina Figueiredo

Prof<sup>a</sup>. Ângela Calábria

Prof. Otávio Lobo

Prof. Ricardo de Brito

Prof. Michel Zaidan

Prof. Manoel Erhardt

Prof. Silvio Neves Baptista

Prof<sup>a</sup>. Fátima Oliveira

Prof. Jaime Mendonça.

Prof<sup>a</sup>. Eliúde Costa

Prof<sup>a</sup>. Ângela Simões

em especial, ao Prof. Ricardo Costa Pinto  
e aos acadêmicos Nelson, Gilson, Francisco e Eustácio - do  
Conselho Diretor da Revista.

A82  
Ines, 2019

NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA





*Gráfica  
Rápida*

Fone: 421.4982  
423.1623  
423.2374