ESTUDANTES
Caderno Acadêmico

ISSN 1519-7905

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

2007

180 ANOS DA FUNDAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL

UMA TRADIÇÃO QUE SE RENOVA

Nos 180 anos de história da Faculdade de Direito do Recife, seus estudantes sempre se destacaram na manifestação de idéias por meio de diversas formas de experiência estética que, no mais das vezes, espelhavam sua produção crítica e seus debates acalorados sobre os problemas locais, regionais e nacionais. Além da discussão política e da manifestação artística – características singulares para os que passam pela Faculdade de Direito até os dias de hoje –, os acadêmicos da Casa de Tobias Barreto faziam valer sua produção acadêmica em publicações que fazem parte de um legado de aperfeiçoamento crítico do conhecimento.

A atitude de publicar trabalhos acadêmicos de estudantes de graduação é pioneira, invertendo a tradição pedagógica de então. Dessa forma, permitir que os alunos sejam também doutrinadores é uma das maneiras mais interessantes de reestruturar o modelo educacional. Os alunos podem, sim, expor suas idéias acadêmicas, e não serem subjugados pelos arautos do argumento de autoridade, o que favorece o despertar do pensamento e uma reflexão mais profunda e cuidadosa sobre o direito e a sociedade em geral.

Eis o desafio vencido pela Revista Estudantes – Caderno Acadêmico. Além de o nome da Revista ser a junção de dois antigos veículos de difusão de idéias dos alunos da Faculdade, mantendo viva a chama da capacidade intelectual do corpo discente, a Revista consegue aglutinar alunos abnegados na manutenção desse espaço editorial, por meio da atuação do NEA – Núcleo de Estudos Acadêmicos da Faculdade de Direito. Graças ao NEA, que desenvolve seus trabalhos sem nenhum fim de obtenção de lucro, a nossa Casa consegue criar espaços de articulação acadêmica entre os diversos grupos de estudo espalhados pelo Brasil. A repercussão da Revista na Faculdade de Direito da USP, por exemplo, é uma das mais positivas, já que, por conta da leitura de alguns artigos publicados na

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

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 10 - Número 11
Janeiro de 2005 a Junho de 2007

2007

180 Anos da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil

Capa: " Faculdade de Direito do Recife"

A fotografia faz parte da exposição *"Faculdade de Direito – a erudita obra do povo"* (2003), de Felipe Peres Calheiros, ex-aluno da FDR.

Estudantes – Caderno Acadêmico. Ano 10, nº. 11
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito – Periódicos
340.05

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

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 – nea_fdr@yahoo.com.br

Gustavo Ferreira Santos
Professor de Direito Constitucional e de Teoria dos Direitos Fundamentais da Pós-Graduação da FDR/UFPE

João Maurício Leitão Adeodato
Professor de Filosofia do Direito da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Larissa Maria de Moraes Leal
Professora de Direito Civil da FDR/UFPE

Larissa Medeiros
Professora de Direito Administrativo da FDR/UFPE

Luciana Grassano de Gouvêa Melo
Professora de Direito Tributário da FDR/UFPE

Manoel de Oliveira Erhardt
Professor de Direito Comercial da FDR/UFPE

Margarida de Oliveira Cantarelli
Professora de Direito Internacional Público da FDR/UFPE

Maria de Fátima Araújo Ferreira
Professora de Direito Processual Penal da FDR/UFPE

Nelson Nogueira Saldanha
Professor de Teoria Geral do Direito da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Raymundo Juliano Rego Feitosa
Professor de Direito e Cidadania da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Ricardo de Brito A. P. Freitas
Professor de Direito Penal e Criminologia da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Sady Torres Filho
Professor de Direito Comercial da FDR/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

É com grande orgulho e satisfação que o Núcleo de Estudos Acadêmicos (NEA) apresenta à comunidade jurídica a décima primeira edição do periódico "Estudantes - Caderno Acadêmico". Edição esta fruto de esforços envidados pelos estudantes desta Casa, que lutaram para não deixar fenecer o espírito de inovação e de excelência que circunda a Faculdade de Direito do Recife, fazendo ressurgir este importante espaço de estímulo e divulgação da pesquisa e da produção científica do corpo discente, que de há muito andava esquecido.

Isso porque, após mais de dois anos de inércia, sem nenhuma edição publicada, a revista ressurge e traz à tona o ideário de seus fundadores, qual seja, a criação de um periódico feito apenas por estudantes da graduação com o intuito de difundir a produção acadêmica, bem como de fomentar o intercâmbio e o confronto de idéias dos estudantes da Casa de Tobias, evidenciando que uma Universidade não é construída apenas em sala de aula, mas especialmente com base em uma reflexão acadêmica bem trabalhada e amadurecida dos acontecimentos da sociedade (os quais, muitas vezes, ao invés de encarados como pertencentes às realidades acadêmica e jurídica, são vistos como fatos desassociados das mesmas). Percebe-se, portanto, mais do que nunca, a impossível separação entre ensino, pesquisa e extensão.

A revista renasce no momento em que esta gloriosa Casa completa 180 anos de existência, o que torna esta edição ainda mais especial, demonstrando o potencial e a maturidade intelectual do corpo discente, reafirmando a fidelidade à tradição cultural desta faculdade e reforçando o entusiasmo dos estudantes no processo de restauração institucional da Faculdade de Direito do Recife, que passa por um delicado momento de reestruturação, com a reforma parcialmente concluída do seu majestoso palácio.

Esta edição traz em seu bojo aprimorados trabalhos dos estudantes desta Casa, os quais abordam temas atuais que provocam acaloradas discussões tanto no âmbito acadêmico quanto no dia-a-dia dos profissionais de Direito, traçando minuciosas análises das divergentes manifestações e posicionamentos doutrinários, sem descurar de trazer a lume os entendimentos jurisprudenciais, bem como as inovações legislativas.

O NEA agradece e congratula ainda os autores desta edição, pelo resgate cultural, pelo interesse acadêmico e pela disposição em colaborar com a concretização do ideário deste periódico. Tais estudantes, indubitavelmente, merecem nossos aplausos e nossas homenagens, pela contribuição para o aperfeiçoamento e o desenvolvimento do Direito, demonstrando que o conhecimento não é mera contemplação, mas sim construção e compreensão ativa.

Indispensável, também, prestarmos nossos agradecimentos a todas as entidades apoiadoras da revista: aos conspícuos mestres da FDR, que selecionaram os artigos para esta revista, além de nos incentivar e orientar; aos funcionários da Biblioteca, pela inestimável colaboração; ao Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho, pela dedicação, bem como pelo auxílio material e humano; aos antigos e aos novos membros do NEA, pelo comprometimento, dedicação e inexorável esforço para a manutenção da Revista; e ao corpo discente da FDR, pelo significativo envio de artigos para seleção, bem como pela paciência com que aguardaram esta edição. Aos Professores Alexandre da Maia, Ivanildo Figueiredo e Manoel Erhardt, mais uma vez, agradecemos o incentivo, a dedicação e o apoio, os quais foram indispensáveis à concretização desta décima primeira edição.

No mais, aproveitamos para fazer não apenas um convite, mas um apelo ao corpo discente desta faculdade para que se aproxime da revista, vivencie e continue a produzir conhecimento, porquanto o caminho do crescimento do estudante universitário é o ensino, a pesquisa, a extensão e a conseqüente produção (construção) de conhecimento, através de uma aprendizagem crítica e reflexiva, que o leve a interpretar, compreender e discutir idéias, bem como questionar e se posicionar diante da realidade.

Honremos, portanto, o compromisso acadêmico de buscar o saber, o conhecimento crítico, pois, como diria Nietzsche, "Uma coisa é necessário ter: ou um espírito leve por natureza ou um espírito *aliviado* pela arte e pelo saber"[1]. Que nossas escolhas sejam sempre no sentido contrário ao da ignorância!

Ana Rita Coelho Colaço Dias e Bruno Guilherme Cassimiro
Conselheiros Diretores do
Núcleo de Estudos Acadêmicos

1. NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres**. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 265.

EDITAL N.º 001/2007

1. O Núcleo de Estudos Acadêmicos da Faculdade do Direito do Recife faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de trabalhos para publicação no periódico *Estudantes – Caderno Acadêmico* (número XII).

2. Os trabalhos deverão ser **entregues até 28 de março de 2008** na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife ou remetidos através dos Correios (com aviso de recebimento – AR) para o endereço: Praça Adolpho Cirne, s/nº, CEP 50050-060. Boa Vista, Recife – PE (Sala do DADSF, aos cuidados do Núcleo de Estudos Acadêmicos). Nos casos de artigos remetidos pelo Correio, considerar-se-á a data de postagem para validade do referido prazo.

3. A *ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO* destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) de autoria dos alunos do curso de graduação em direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas –UFPE. Os alunos concluintes poderão remeter os trabalhos pelo correio ou consigná-los na Biblioteca, conforme o parágrafo anterior, até a data da colação de grau.

4. Os **trabalhos científicos** devem conter entre **cinco e quinze** laudas, nas seguintes especificações: fonte Times New Roman – tamanho 12 (WORD 97); margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior: 2,5 cm; Esquerda: 2,5 cm; Direita: 2,5 cm; Mediatriz: 0 cm; Cabeçalho: 1,25 cm: Rodapé: 1,25 cm); papel tamanho A4; espaçamento entre linhas simples; entre parágrafos, 3 pt antes e depois; recuo da primeira linha de cada parágrafo com 1,5 cm de distância da margem; texto justificado; as demais formatações são de livres escolha do candidato.

5. Comentários e notas devem vir ao fim da página (rodapé), em fonte Times New Roman – tamanho 10 (WORD 97) e devidamente numeradas.

6. As referências bibliográficas devem conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas, vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título e subtítulo da obra (apenas o título deverá ser destacado em

negrito); número da edição (somente a partir da segunda); ponto; local de publicação; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto; símbolo de páginas; ponto; número da página citada. Exemplos:

6.1 Livro

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 2ª.ed. São Paulo: RT, 2001. p. 25.

6.2 Capítulo ou parte de livro

COSTA, Regina Helena. Tributação ambiental. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 297-309.

6.3 Artigo de revista

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000. pp. 9-38.

6.4 Legislação

BRASIL. **Decreto n. 2.632**, de 19 de junho de 1998. Dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 19 jun. 1998.

6.5 Documento eletrônico/internet

Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos. **Dossiê aborto inseguro**. Disponível, na internet, em: <http://www.redesaude.org.br> Último acesso em: 26 mai. 2001.

7. Para a solução de demais dúvidas formais, sugere-se consulta às normas técnicas da ABNT, que podem ser acessadas no seguinte endereço eletrônico: <http://www.unisinos.br/biblioteca/images/stories/downloads/normas_abnt_2006.pdf>. Sugere-se, ainda, consulta à bibliografia específica, dentre o que se destaca: ADEODATO, João Maurício Leitão. Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 8. Recife: Editora Universitária, 1997, pp. 201-224.

8. Os **trabalhos artísticos e literários** devem conter entre **três e doze laudas** e seguir o mesmo padrão especificado nos itens anteriores.

9. O artigo deve ser encaminhado ao Conselho Diretor em **três** vias, acompanhado, ainda, de uma versão digital registrada em CD (devidamente identificado, com nome do autor e título do trabalho).

10. Em uma das vias, deve constar na primeira página do trabalho, além do nome do autor, informações acerca da sua formação e vínculos acadêmicos. As demais vias impressas do trabalho, porém, devem ser entregues sem qualquer referência identificadora do autor.

11. Só serão aceitos e publicados **trabalhos inéditos**, condição que deverá constar de declaração a ser entregue conjuntamente com o trabalho do autor, que se responsabilizará civil e penalmente pelo conteúdo afirmado. Será excluído do processo de seleção o trabalho cuja publicação oficial ocorrer antes do lançamento da Edição XII da revista *ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO.*

12. Os trabalhos apresentados fora do prazo não serão considerados para submissão ao Conselho Editorial, sendo excluídos do processo seletivo, por intempestividade.

13. O trabalho que não seguir estritamente os padrões definidos no presente Edital será excluído da avaliação do Conselho Editorial.

14. Os CDs que apresentarem problemas deverão ser substituídos pelos seus respectivos autores ou pessoa por eles indicada, após comunicação, no prazo inderrogável de 24 horas.

15. O autor deverá enviar apenas **um** artigo em resposta a cada Edital. Caso um autor envie, tempestivamente, mais de um trabalho, o Conselho Diretor procederá à exclusão do mais antigo, permanecendo no processo de seleção o mais recente, o qual será regularmente submetido ao Conselho Editorial.

16. Fica estabelecido o limite máximo de **três** artigos a serem publicados por um mesmo autor nas demais edições revista, computando-se, para tal fim, aqueles realizados em co-autoria.

17. Os autores que tiverem seus artigos selecionados para a publicação deste periódico ficam cientes de que a *ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO* poderá, a depender de seu interesse e garantindo a veiculação da autoria, disponibilizar os respectivos textos por outros meios de divulgação.

Ana Rita Coelho Colaço Dias e Bruno Guilherme Cassimiro
Conselheiros Diretores do
Núcleo de Estudos Acadêmicos

O FORTALECIMENTO DA GOVERNANÇA EM UM SISTEMA GLOBAL PÓS-VESTFALIANO

Marília Ferreira Maciel (Aluna do curso de graduação em Direito da UFPE)

1. Introdução

As transformações que vêm ocorrendo no mundo e que se acentuaram no final da década de 80 e início da década de 90, após o fim da Guerra Fria, têm posto em dúvida muitos dos pressupostos que balizavam os entendimentos intersubjetivos a respeito dos centros de poder e autoridade no plano mundial.

A superação do sistema de equilíbrio de poder interestatal com base territorial, a desnacionalização e a grande mobilidade do capital financeiro, a revolução tecnológica e dos meios de comunicação, o aumento do número de empresas transnacionais, os processos de integração e de cooperação entre os Estados e o maior entendimento e participação da sociedade civil no que concerne às questões globais são apenas algumas dentre as muitas mudanças que poderiam ser elencadas.

De forma concomitante, os Estados nacionais se encontram no foco de um profundo questionamento quanto a sua eficiência, soberania e autonomia. Os representantes governamentais enfrentam a deslegitimação, em intensidades diferentes, por parte dos representados e a tensão entre a centralização e a descentralização, entre o nacional e o global chega a níveis nunca antes vistos.

Em tal conjuntura, faz-se pertinente questionar o que seria uma ordem mundial, o que a consolida ou modifica, quais são os principais atores que atuam nesse espaço, o que se pode entender por governança em uma escala mundial, quais as transformações pelas quais passa o sistema clássico de Estados e se tais modificações tendem a colocar em xeque o próprio Estado como instituição.

2. Governança, governo e suas acepções

O termo governança não se encontra absorvido pelo vocabulário pátrio, tão pouco apresenta um significado unívoco na literatura acadêmica. Ao contrário, possui uma gama extensa de significados, lastreados em matizes ideológicas distintas.

No campo das relações internacionais, a governança foi primeiramente associada à noção de ordem econômica mundial, numa perspectiva de tornar subsidiária a regulação política por parte dos Estados e ceder espaço para uma regulamentação da ordem mundial através das regras de mercado.

O desdobramento do pensamento inicial trouxe à tona o conceito de boa-governança, utilizado pelas instituições financeiras como o Banco Mundial para designar uma série de medidas que deveriam ser tomadas pelos países do Terceiro Mundo, com o objetivo de assegurar uma gestão saudável do desenvolvimento. São medidas de caráter prescritivo, baseadas em grande parte no Consenso de Washington, que visavam, grosso modo, a que os governos agissem de acordo com leis que permitissem o bom funcionamento do mercado.[1] Sua observância acabou por condicionar, em muitos casos, a ajuda financeira daquelas instituições.

No âmbito da União Européia, a discussão sobre a governança tem ocupado um lugar de destaque, na medida em que o aprofundamento e alargamento do processo integracionista trouxeram consigo consideráveis déficits administrativos e democráticos. Além disto, há uma dificuldade de legitimação política da União, configurada numa tensão entre a legitimidade representativa e a legitimidade racional-legal, aliada a uma perda de confiança nas instituições políticas em geral.[2]

Neste contexto, a necessidade de participação nos processos político-decisórios por parte dos indivíduos veio a ser parcialmente respondida pelo *Livro Branco sobre a Governança*[3], que elenca uma série de recomendações à Comissão Européia. Tais medidas se fundamentam nos princípios da sua (também denominada) boa governança, que consiste na abertura, participa-

1 Camargo, Sônia de. Governança global: utopia, desafio ou armadilha?. In Governança Global. Reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Fundação Konrad-Ardenauer-Stiftung, 1999, p.10

2 Ventura, Deisy. A governança democrática no MERCOSUL. Seminário do IEPES. Rio de Janeiro, 1º -2 de dezembro de 2004.

3 COM (2001) 428 final, Bruxelas, 25.7.2001

ção, responsabilidade, eficácia e coerência, visando a estruturar a relação entre a União e a sociedade civil organizada.

Em um plano mundial, nosso enfoque no presente artigo, a governança se dá sem a presença de uma autoridade central de governo. Isto conduz a uma diferenciação necessária entre governo e governança. Ambos têm a finalidade de resultar em determinadas ações orientadas para metas e sistemas de ordenação, porém, enquanto o governo age através do exercício do domínio, a governança utiliza o poder emanado não do uso da força, mas da formação de pressupostos comuns, aceitos pela maioria dos atores.

O termo tem sido usado frequentemente para fazer menção ao resultado de transformações que deslocam, fazem com que seja partilhada a autoridade das decisões e das ações, que deixam de ser emanadas unicamente de centros de poder estatal, mas também passam a ser oriundas de fontes não-estatais. Nas palavras de James Rosenau:

"(...) governo sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas, enquanto governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. Em outras palavras, *governança é um fenômeno mais amplo do que governo*;"[4]

3. Ordem mundial e ordem internacional

Ao se pensar em ordem, de modo geral, faz-se referência a um conjunto de fatores relacionados entre si de acordo com certa estrutura, segundo um princípio discernível. Por outro lado, quando se fala em ordem na vida social, como oposição à desordem, o conceito encontra-se relacionado não a princípios puramente metódicos, mas a uma estrutura de tipo especial, a objetivos e metas desejadas. [5]

4 Rosenau, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In Rosenau, James & Czempiel, Ernst-Otto (orgs.). Governança sem Governo: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado, 2000, p.15 , sem grifo no original.

5 Bull, Hedley. A sociedade anárquica. Um estudo da ordem na política mundial. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 7

Tomando-se como exemplo um conflito entre nações, há um padrão na conduta dos envolvidos; há princípios que são seguidos por todos, ou pelo menos pela maioria. Pode-se identificar, nessa situação, uma forma de ordem. A ordem na vida social, entretanto, "não é qualquer ordem ou regularidade nas relações entre os indivíduos ou grupos, mas uma estrutura de conduta que leve a um resultado em particular, um arranjo da vida social que promove determinadas metas ou valores."[6]

A ordem mundial poderia ser entendida, desta forma, como "padrões ou disposições da atividade humana que sustentam os objetivos elementares ou primários da vida social na humanidade considerada em seu conjunto."[7] É importante deixar claro, entretanto, que não são apenas as atividades de impacto global que consubstanciam a ordem mundial. Embora várias ações surtam efeito direto apenas em uma escala regional ou local, em última análise, fazem parte e influenciam a ordem mundial prevalente.

Neste ponto, torna-se pertinente questionar como se formam estes padrões, ou seja, quais são os fatores que irão dar sustentação à ordem.

Do ponto de vista analítico, pode-se afirmar que a ordem é formada a partir de estruturas que se desenvolvem em três níveis fundamentais de atividade, o ideacional ou intersubjetivo, o comportamental ou objetivo e o político ou agregado.[8]

No nível *ideacional* se desenvolvem as crenças, os valores, os pressupostos e as premissas que são largamente partilhados por aqueles que atuam no âmbito das relações internacionais. Estas percepções são transmitidas através dos livros, artigos, discursos e acabam por formar "consensos", partilhados pelos atores, quer sejam aliados ou opositores. Em uma situação de conflito, por exemplo, lados opostos partilham do pressuposto de que a relação conflituosa é a que deve se estabelecer entre eles.

No nível *comportamental* se desenvolvem as ações dos atores. Tal convergência de práticas, para além das fronteiras nacionais, lastreia e corrobora um entendimento ideacional, quer sejam praticadas de forma consciente, ou seja, com a intenção de ordenar o sistema, quer se configurem meramente como uma resposta a demandas subsistêmicas imediatas, sem a intenção da consolidação de uma ordem.

6 Ibidem, p.8
7 Ibidem, p.26
8 Rosenau, James. Governança, ordem e transformação na política mundial. In Rosenau, James & Czempiel, Ernst-Otto (orgs.). Governança sem Governo. Op. Cit. p. 28-32

O nível *político ou agregado* representa a materialização do ponto de vista formal da ordem, através da criação de arranjos institucionais, de regimes que sistematizam as crenças e práticas.

Um estudo da ordem pode dar ênfase a um destes níveis, porém, a ordem se forma a partir da interação e retro alimentação dos fatores. Segundo Rosenau, não há uma cronologia ou prevalência entre os três, embora acreditemos que para a formação de arranjos institucionais há de haver um consenso ideacional prévio, ainda que em estágio inicial.

Neste ponto, torna-se importante traçar um paralelo entre a ordem mundial e a ordem internacional. A ordem mundial se forma mediante a interação de atores diversos, como os Estados nacionais, os indivíduos, os movimentos sociais e as empresas transnacionais, a partir das três estruturas apontadas por Rosenau. A ordem internacional, por seu turno, pode ser entendida como "um padrão ou disposição das atividades internacionais que sustentam os objetivos elementares, primários ou universais de uma *sociedade de Estados*."[9], ou seja, se forma mediante a interação dos Estados nacionais, a partir das três estruturas.

Pode-se dizer que a ordem mundial é mais abrangente que a ordem internacional, e que esta é um dos fatores formadores da primeira. A despeito de sua maior abrangência, o termo ordem mundial é bem menos utilizado que ordem internacional, pois predomina, ou predominava até bem pouco tempo, na teoria das relações internacionais a visão neo-realista, que percebe os Estados como os únicos atores capazes de influir de forma decisiva na ordem prevalente.

Pode-se ainda diferenciar ordem mundial e internacional quanto a sua perenidade. A ordem mundial, independentemente da sua forma, sempre irá existir, enquanto a ordem internacional é transitória, sendo aquela formada a partir da interação em um sistema de Estados nacionais, que podem ser ou não a forma de organização política da sociedade, a depender do momento histórico.

4. Do sistema internacional clássico a um sistema global

Segundo Hedley Bull, um sistema de Estados ou sistema internacional "se forma quando dois ou mais estados têm suficiente contato entre si, com suficiente impacto recíproco nas suas decisões, de tal forma que se conduzam, pelo menos até certo ponto, como partes de um todo. (...) quando além

9 Bull, Hedley. A sociedade anárquica. Op. Cit. p. 23

disso a sua interação é suficiente para fazer com que o comportamento de cada um deles seja um fator necessário nos cálculos dos outros (...)."[10]

Kenneth Waltz acredita que os sistemas de Estados podem se organizar segundo dois princípios, a hierarquia e a anarquia. Na hierarquia há uma autoridade central, há especialização e divisão do trabalho. Na anarquia não existe tal autoridade centralizada, não há divisão do trabalho e os Estados copiam uns dos outros as múltiplas tarefas. Além disto, a forma de interação entre os Estados é basicamente o conflito, e a auto-ajuda é a única estratégia possível para garantir a sua sobrevivência. Segundo Waltz, na anarquia não há governança.[11]

Hedley Bull leva em conta os dois princípios de organização dos Estados, porém acredita que há gradações na anarquia, que se não forem levadas em conta ensejarão uma análise demasiadamente simplificada.

Tal gradação possibilita que, mesmo em um sistema anárquico, os Estados possam se organizar segundo uma sociedade de Estados. Esta se configura quando, além de haver o impacto recíproco nas decisões estatais, são identificados objetivos comuns entre os Estados, o que enseja a noção de que os destinos de um estão imbricados nos dos outros. Neste estágio, nota-se a criação de instituições comuns, a adoção de procedimentos coletivos, limites postos à conduta dos Estados através da lei internacional, enfim, há um respeito às regras e um alto grau de governança interestatal.

O sistema internacional clássico é chamado sistema de Vestfália, numa referência a Paz de Vestfália de 1648, que proporcionou ao Estado autoridade máxima no interior das suas fronteiras, impedindo o poder transterritorial da Igreja.

O sistema de Vestfália baseia-se em dois princípios que norteiam a interação entre os Estados, a soberania e a autonomia. Este dois pilares se encontram em xeque, anunciando a deterioração do sistema clássico e trazendo importantes conseqüências no que diz respeito à governança.

Embora a soberania seja uma, é possível distinguir suas duas dimensões; a soberania externa e a interna. No que concerne à soberania externa, pode-se dizer que houve uma evolução desde que, inicialmente, "atribuiu, em sua origem, ao Soberano o poder formal de decidir sobre a guerra e a paz, de forma independente do Papa, do Imperador, ou dos Senhores Feudais (..)"

10 Ibidem. p. 15

11 Waltz, Kenneth N. (1979) Apud Holsti, K.J. A poliarquia na política internacional européia do séc. XIX. In Rosenau, James & Czempiel, Ernst-Otto (orgs.). Governança sem Governo. Op. Cit. p.47-48

até quando, diante da pluralidade estatal, aproximou-se o seu conceito "(..) do reconhecimento de um *status* abstrato de interlocutor institucional."[12]

É certo que o Estado conserva sua soberania formal, jurídica, no que diz respeito à celebração ou não de Tratados, ou à participação em instituições, por exemplo. A soberania formal, no entanto, não corresponde à soberania de fato, pois, na prática, os Estados são levados a fazer parte de um emaranhado de redes de interdependência, de arranjos regulatórios ou de colaboração, que acabam se tornando condições *sine qua non* para a sua própria sobrevivência. A "autonomia da vontade" estatal de participar ou não destes arranjos resta assim prejudicada, assim como a sua soberania externa.

Quanto à soberania interna, pode-se entender que esta representa o monopólio da criação da ordem jurídica, da coerção legítima e da efetividade do poder ou da força pelo Estado. Reinicke acredita que a globalização desafia a soberania interna, ao alterar o relacionamento espacial entre o público e o privado. A globalização faz com que as empresas realizem grandes processos de fusão, transformando vários mercados nacionais em um único conjunto e passando a operar em um espaço econômico que engloba vários espaços políticos. "Consequentemente, um governo não mais dispõe de monopólio do legítimo poder no território no qual as grandes empresas se organizam, minando sua soberania interna."[13]

Há de se considerar, entretanto, que em tempos de globalização, seja ela tomada do ponto de vista econômico, político, ou cultural, a valorização e afirmação da soberania ganham proeminência em debates cada vez mais acalorados.

É preciso perceber que, mesmo no seu nascedouro, a soberania nunca foi absoluta. Pensar na soberania exercida sem limites é pensar no conflito como forma de interação constante entre os Estados e na inviabilidade do Direito Internacional. Quanto mais a soberania é exercida sem limites individualmente por cada Estado, menos soberania haverá do ponto de vista da coletividade de Estados.

Isso não quer dizer que a soberania esteja superada como conceito ou como bandeira, se entendermos o Estado soberano como "aquele que não se encontra numa situação de dependência, jurídica ou geral, em relação a ou-

12 Seitenfus, Ricardo & Ventura, Deisy. Introdução ao Direito Internacional Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p.64

13 Reinicke, Wolfgang H. Governança em um mundo pós-interdependente e a caminho de uma política pública global. In Governança global. Op. Cit. p 19.

tro Estado."[14]. Ainda hoje há muitos Estados alijados da sua soberania, em uma situação de dependência que muitas vezes tem por raiz questões econômicas. Muitos países em desenvolvimento tiveram que seguir os princípios da boa governança ditados pelo Banco Mundial para receber a ajuda financeira de que necessitavam.

Por outro lado, o conceito de soberania deve evoluir acompanhando as novas formas de interação entre os Estados e destes com os demais atores. A soberania externa não pode mais ser vista como um corolário para opor obstáculos à cooperação e às concessões recíprocas. Não há como prescindir da cooperação e dos arranjos de governança interestatais.

Do mesmo modo, a soberania interna tem de se adaptar a uma realidade complexa, pois nem sempre é possível raciocinar segundo a dicotomia de que ou algo está dentro ou está fora de uma determinada circunscrição territorial. É preciso lidar com a realidade da crescente importância dos atores transnacionais, e sub estatais, como os movimentos sociais e as ONGs, como participantes fundamentais dos arranjos de governança. Nestes dois sentidos, pode-se dizer que o pilar da soberania do sistema de Vestfália encontra-se fragilizado.

Outro importante ponto de apoio do sistema Vestfaliano é o alto grau de autonomia entre os Estados, principalmente do ponto de vista externo, corroborando e sustentando a noção de soberania.

Mark Zacher aponta seis fatores que condicionavam a autonomia, cuja modificação ensejou a transformação nas relações interestatais. [15]

Fatores que ensejavam a autonomia	Modificações nos fatores
Proporção de custo/benefício da guerra que estimulava os conflitos entre os Estados	O equilíbrio de poder inicialmente era garantido pelo equilíbrio territorial. A guerra parecia uma boa saída para anexar territórios, manter o equilíbrio, e impedir o surgimento de uma força hegemônica. O poder deixou de ser medido pelo território com o advento das armas nucleares. Devido à sua capacidade destrutiva, a estratégia entre os Estados passou a ser a dissuasão do ataque direto. A relação custo/benefício foi alterada, reduzindo a probabilidade de uma guerra entre os Estados.

14 Seitenfus, Ricardo & Ventura, Deisy. Introdução ao Direito Internacional Público. Op Cit. p.64.

15 Zacher, Mark W. Os pilares em ruína do templo de Vestfália. In Rosenau, James & Czempiel, Ernst-Otto (orgs.). Governança.

Baixas externalidades físicas entre os Estados, que se deparavam com problemas e dificuldades transponíveis mediante uma ação local.	Atualmente a poluição, a criminalidade e certas doenças como a AIDS só podem ser efetivamente combatidas através da colaboração internacional.
Baixos níveis de interdependência econômica.	A economia é pauta de grande parte dos diálogos interestatais, podendo se dizer que a interdependência econômica levou a disputa entre os Estados para um outro plano. Os sinais mais claros da interdependência econômica são o crescimento das empresas transnacionais e a coordenação de políticas consideradas fundamentais para a autonomia do Estado, como a política fiscal e monetária
Fluxos informativos reduzidos, o que contribuía para o isolacionismo dos Estados.	A criação de uma rede de informações de cobertura global quase em tempo real reforça a interdependência econômica e a interação cultural, dinamiza a criação de consensos ideacionais e difunde as ações comportamentais reiteradas.
Predominância de governos autoritários ou não-democráticos.	Após o fim da Guerra-Fria houve uma onda de democratização dos países, o que facilitou o trânsito de pessoas e informações.[16]
Um alto grau de heterogeneidade cultural, política e econômica entre os Estados, o que dificultava políticas comuns.	Com o aumento do fluxo de informações o grau de heterogeneidade está diminuído.[17]

É preciso ter em mente que a transformação destes fatores ocorre em velocidades diferentes, variando de um local para o outro. De modo geral, entretanto, pode-se dizer que estas mudanças tendem a ser sentidas de forma cada vez mais intensa.

Estando em xeque os pilares da soberania e da autonomia, que sustentam o sistema de Vestfália, coloca-se em xeque a própria continuidade desse sistema como forma de interação estatal. Neste ponto, algumas considerações podem ser pertinentes.

16 Sobre a democratização e a prevenção de conflitos internacionais ver artigo de Ernst-Otto Czempiel, Governança e democratização In Governança sem Governo. Op. Cit. Neste artigo o autor afirma, no meu entender de forma questionável empiricamente, que a principal causa dos conflitos internacionais não é a anarquia do sistema em si, mas a existência de regimes não-democráticos.

17 Uma interessante análise é feita no artigo de Mark Zacher acerca do posicionamento de alguns autores sobre a ocidentalização da cultura ou homogeneização de uma cultura proveniente dos centros de poder.

Primeiramente, a soberania e a autonomia, exercidas nos moldes de Vestfália, sem qualquer restrição, acabam por reforçar a anarquia do sistema. A superação de tais paradigmas é um passo importante para reduzi-la e gradativamente seguir na direção da sociedade de Estados de Hedley Bull.

Por conseqüência, pode-se questionar a própria continuidade do termo "sistema". Talvez já se tenha tornado mais conveniente falar em uma sociedade de estados, pois atualmente além de haver o impacto recíproco nas decisões estatais (como é característico dos sistemas), são também identificados objetivos comuns entre os Estados, que os levam à criação de instituições comuns, à adoção de procedimentos coletivos, de limites postos a sua conduta através da lei internacional. Obviamente, podemos utilizar o termo sistema querendo nos referir meramente à interação entre os Estados, sem qualquer referência ao nível de anarquia.

Em segundo lugar, pode-se questionar a amplitude e a força de falar no impacto de um sistema de Estados na ordem mundial. Na visão neo realista, como já foi mencionado, os Estados se colocavam como os únicos atores realmente determinantes da ordem internacional, que por sua vez era determinante em relação à ordem mundial. Hoje, a ordem mundial tem um caráter mais amplo. Para analisar a forma em que o sistema fundamenta a ordem, é preciso pensar em um sistema de caráter global, levar em consideração os demais atores que atuam no âmbito supra e sub estatal, sob pena de uma análise fracionada da realidade.

O efeito mais marcante da transcendência do modelo de Vestfália é a passagem de um sistema internacional baseado em níveis mínimos de governança para um sistema em que os arranjos de governança são cada vez mais fundamentais. A principal conseqüência da relativização do entendimento clássico de soberania e de uma superação da autonomia dos Estados é a necessidade de que estes interajam entre si e com os demais atores, em um espaço sem um poder centralizado ou autoridade formal, através do convencimento mútuo, perseguindo metas comuns, em resumo, que se relacionem segundo arranjos de governança.

Observando diversos momentos históricos, percebemos que há avanços e retrocessos nos níveis de governança mundial. Pode-se afirmar, entretanto, que a superação do sistema clássico de Estados e a consolidação de um sistema global fortalecerão de forma decisiva a governança mundial.

5. Fortalecimento da governança: enfraquecimento do Estado?

Chegando à conclusão de que nos deparamos com o fortalecimento da governança em um âmbito mundial, é trazido a tona um debate cujo cerne questiona se, e em que medida, o fortalecimento da governança irá enfraquecer o Estado como instituição de organização social.

A resposta é controversa, e também está atrelada a matizes ideológicas distintas, pois em muito depende do sentido em que se emprega o termo governança. Grosso modo, podemos resumir estes posicionamentos em duas vertentes principais:

1) Partindo da premissa de que a governança surge a partir de "uma crise de governabilidade nos planos local e internacional, inscrevendo-se na problemática da perda de credibilidade da instância estatal e da diminuição da eficiência e da eficácia da ação pública"[18], pode-se entender a governança como uma forma de suprir um déficit no cumprimento do que era inicialmente de competência do Estado. Neste viés encontram-se aqueles que entendem a governança a partir da perspectiva de que a regulamentação política por parte do Estado é subsidiária e de que deve haver a proeminência das regras do mercado. "O Estado conservaria, apenas, a aparência do poder, já que os mercados internacionais constituiriam os verdadeiros árbitros das políticas possíveis (...)"[19]

Os defensores deste posicionamento acreditam que, diante da desfuncionalidade do poder público, o Estado mínimo seria a forma de manter o próprio Estado.

2) Outro posicionamento parte do pressuposto de que houve uma mudança significativa através do acréscimo de importância dos atores não-estatais. Diante disso, os sistemas devem ser entendidos como "uma combinação entre Estados/sociedades complexas, isto é, como uma unidade articulada entre as dimensões sistêmica, estatal e social (...)[20] Através destas novas formas de interação surgem novas modalidades de governança, como "novas formas de expressão social"[21].

18 Camargo, Sônia de. Governança global: utopia, desafio ou armadilha. Op. Cit. p. 11
19 Ibidem.
20 Ibidem
21 Cox, Robert (1997) Apud Camargo, Sônia de. Governança global: utopia, desafio ou armadilha. Op. Cit p. 12

Os defensores deste posicionamento revalorizam a dimensão política do Estado e reconhecem que hoje há centros de poder diversos, em diferentes níveis, porém acreditam que o Estado ainda é o centro de poder mais importante neste sistema de interações. Neste sentido, afirma-se que "Exatamente por ser Estado nacional, isto é, por estar ligado tanto ao território como à população, teria permanecido como eixo central de mediação entre as agências internacionais e as atividades nacionais e locais, criando as condições para uma efetiva governança no âmbito internacional."[22]

6. Conclusão

Questiona-se bastante se as transformações já mencionadas na parte introdutória deste artigo são suficientes para configurar o declínio de uma ordem pregressa e o surgimento de uma nova ordem mundial. Embora muitos acreditem que presenciamos os indícios de uma ordem emergente, suas características são ainda nebulosas. Segundo Rosenau:

"(...) os processos pelos quais se chega a uma nova ordenação são muito mais vacilantes e complicados. (...) vista como um processo de formação de hábitos e consenso, uma ordem global nova ou reconstituída pode bem levar décadas para amadurecer. (...)"[23]

Por hora, parece seguro pensar que vivenciamos uma reconfiguração do nosso pensamento, no sentido de transcender o sistema de Estados baseado em um modelo Vestfaliano. Os pilares da soberania e da autonomia, no sentido preconizado no modelo clássico encontram-se em franca decadência, sinalizando uma diminuição da anarquia do sistema, rumo à consolidação de uma sociedade de Estados.

É de suma importância raciocinar o sistema segundo um caráter global, levando em consideração a importância dos demais atores que atuam no âmbito supra e sub estatal na formação da ordem mundial. Nesse contexto, os arranjos de governança tornam-se fundamentais.

Perquirir se a governança irá enfraquecer o Estado como instituição exige um estudo mais aprofundado, embora seja possível perceber que, mesmo

22 Hirst, P. & Thompson G., (1996) Apud Camargo, Sônia de. Governança global: utopia, desafio ou armadilha. Op. Cit p. 12

23 Rosenau, James. Governança, ordem e transformação na política mundial. In Rosenau, James & Czempiel, Ernst-Otto (orgs.). Governança sem Governo Op. Cit. p 40-41

antagônicos, os posicionamentos acerca do tema não antevêem a possibilidade da não existência do Estado, pelo menos em um curto espaço de tempo.

Concluir pelo enfraquecimento ou não do Estado parece estar intimamente relacionado a uma intersecção entre a acepção de governança adotada e a uma compreensão do papel que deve ser desempenhado pelas instituições estatais.

7. Bibliografia

7.1 Livros

1. ROSENAU, James & CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). Governança sem Governo: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado, 2000

2. BULL, Hedley. A sociedade anárquica. Um estudo da ordem na política mundial. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado, 2002

3. Governança Global. Reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Fundação Konrad-Ardenauer-Stiftung, nº 16, 1999

4. PUREZA, José Manuel. Para um internacionalismo pós-vestfaliano In Santos, Boaventura de Sousa (org.) A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez, 2002

5. SEITENFUS, Ricardo & VENTURA, Deisy. Introdução ao Direito Internacional Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

7.2 Artigo

1. VENTURA, Deisy. A governança democrática no MERCOSUL. Seminário do IEPES. Rio de Janeiro, 1º -2 de dezembro de 2004.

A PARTICIPAÇÃO DIRETA E A CRISE DE LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Natália Lourenço Soares (Aluna do 10° período da graduação de direito da UFPE; ex-monitora das cadeiras de Direito Internacional Público I de Direito Financeiro; ex-pesquisadora do PIBIC/CNPQ)

Sumário: 1.Introdução; 2. Estudo da crise do modelo tradicional de democracia representativa e análise de novas concepções democráticas surgidas após a segunda metade do século XX; 3. A Constituição de 1988 e o federalismo em três níveis: União, Estados e Municípios; 4. O Orçamento Participativo; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

No Brasil, apesar de se estar vivendo, sem interrupções, um regime democrático há mais de 10 anos, dados preocupantes de pesquisa realizada pelo instituto chileno Latinobarométro sobre o sentimento do brasileiro acerca da democracia (como o fato de menos de 50% da população considerar a democracia preferível às demais formas de governo[1]), mostra a importância do estudo deste tema na realidade política do país.

O presente artigo, cujo título é *A Participação Direta e a Crise de Legitimidade da Democracia Participativa no Brasil,* se propõe a analisar o problema da crise de legitimidade nas democracias modernas, enfocando a realidade do Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Será estudado, em especial, o programa de elaboração orçamentária Orçamento Participativo, verificando questões como: efetividade das vias de participação da população na definição de políticas públicas, maior eficiência na gestão da coisa pública pelo Município e seu caráter legitimador de governos e políticas.

1 LATINOBAROMETRO. *Resumem Latinobarómetro 2004: uma década de mediciones. Disponível em:* <http://www.latinobarometro.org/Upload/Informe%20LB%202004%20Final.pdf>. Acesso: 22. Nov. 2004.

Por fim, tentar-se-á responder se a efetivação da democracia participativa poderá inaugurar um novo marco institucional em nosso país, invertendo a ordem de prioridades e introduzindo toda a população na discussão sobre os rumos políticos brasileiros, e se os mecanismos de participação podem mitigar o problema da grave crise de legitimidade do regime democrático no Brasil.

2. Estudo da crise do modelo tradicional de democracia representativa e análise de novas concepções democráticas surgidas após a segunda metade do século XX

Inicia-se o estudo sobre a democracia apresentando uma definição formal do termo. O jusfilósofo Noberto Bobbio, numa tentativa de captar aquilo que estava na essência do conceito, diante de seus mais variados sentidos durante a evolução da Humanidade, entendia democracia como "um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação de decisões políticas"[2].

Prefere-se um enfoque mais histórico do tema, como o apresentado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, no qual "a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história."[3]

Diante da idéia de democracia como um processo, discorrer-se-á acerca do desenvolvimento histórico da teoria democrática a partir do início do século XIX

No século XIX, a polêmica em torno do conceito de democracia fica ligada às concepções políticas que dividiram o mundo até final do último século: o liberalismo e o socialismo.

A doutrina liberal, que tinha sua fundamentação nas liberdades individuais (direitos civis e políticos), desenvolveu e difundiu a democracia representativa ou parlamentar, entendida como aquela "onde o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembléia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconheci-

2 BOBBIO, Noberto. Democracia. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política*.. Carmen C. Varialle (trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1991, p.327.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 126.

dos direitos políticos"[4]. Seriam postulados deste sistema: existência de órgãos representativos, a realização de eleições periódicas, o pluralismo partidário (mesmo que haja apenas o dualismo partidário) e a separação de poderes.[5] Assim como, o fato de o planejamento e a execução de políticas públicas também ser realizada por agentes eleitos, a depender do modelo, se parlamentar ou presidencialista, pelo parlamento ou diretamente pelo povo, respectivamente.

O Socialismo tem como base a luta de classes, derivada da dominação econômica da burguesia sobre o proletariado. A superação da dominação dar-se-ia através da tomada revolucionária do poder pelo proletariado, o que resultaria no fim da sociedade de classes.

A idéia socialista de democracia, baseada no marxismo, considera o sufrágio universal como ponto de partida do processo democrático e retoma a discussão sobre a democracia direta através da criação dos *conselhos de operários*, nos quais os trabalhadores poderiam se *autogovernar*.

Nestes conselhos, seria possível a participação direta dos cidadãos nas decisões importantes para a fábrica, para a localidade e para o país. O sistema estatal seria composto de uma confederação de conselhos. A participação do povo não poderia se restringir à política, sendo primordial a sua extensão às decisões econômicas[6].

A teoria da democracia representativa tornou-se hegemônica, em especial, nos países ocidentais, no decorrer do século XX, diante da derrocada do regime socialista nos principais países que adotaram este sistema e do alargamento do sufrágio.

A universalização do sufrágio está relacionada ao alargamento democrático das chamadas democracias representativas. Mas, diante do chamado sufrágio universal, a classe dominante teorizou sobre novos entraves, a fim de restringir a participação popular política exclusivamente ao voto, tais foram: a relação entre procedimento e forma, o papel da burocracia na vida democrática e a inevitabilidade da representação nas democracias de grande

4 BOBBIO, Noberto. Democracia. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política*.. Carmen C. Varialle (trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1991 p.322.

5 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

6 BOBBIO, Noberto. Democracia. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política*.. Carmen C. Varialle (trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1991, p.124-125

escala[7]. Bem como a tese de que todas as formas de ação coletivas teriam o objetivo de pressionar para romper com o processo político[8].

A questão do procedimento e do método está vinculada à tentativa positivista de criar modelos universais, inclusive, para a democracia, objetivando separação total entre direito e os demais valores sociais e simplificando o regime democrático ao mero método de formação de governos representativos.

A consolidação das burocracias especializadas foi motivada pelo surgimento de uma complexa e inchada máquina estatal. O Estado seria um mecanismo de difícil compreensão para os *leigos*. Ou seja, o cidadão comum não poderia se envolver na gestão pública.

A problemática da escala está relacionada à impossibilidade de envolvimento cotidiano da população de grandes centros na discussão dos problemas públicos e, diante desta realidade, seria a eleição de representantes a forma mais racional de participação da população no processo democrático.

Por fim, o medo das manifestações coletivas, consideradas como motores do rompimento do processo político-democrático, está relacionado com a desconfiança das classes dominantes de que a participação política das camadas marginalizadas poderia gerar modificações do *status quo*.

Contudo, paralelo à conquista da universalização da escolha dos representantes, e em muitos casos ligadas a esta, foram se desenvolvendo, em todo mundo, outras formas participativas, sobretudo, com o surgimento de novos atores políticos: a emergência dos movimentos sociais.

Os movimentos sociais trouxeram para o debate democrático a questão da pluralidade, problema este que a democracia representativa (acostumada a homogeneizar as demandas) não conseguiu responder de forma satisfatória.

Esta discussão acabou por evidenciar o abismo que foi sendo criado, nas democracias representativas consolidadas, entre representantes (que es-

7 AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boa Ventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de \janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 39-82.

8 AVRITZER, Leonardo. Modelos de representação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In SANTOS, Boa Ventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.*. Rio de \janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 563-669.

tavam, de regra, ligados às antigas idéias da democracia representativa) e representados (que clamavam por participação) e a necessidade de inserção de novas práticas participativas nos regimes políticos.

O debate sobre a legitimidade da representatividade foi ampliado, já após à II Guerra Mundial, para vários outros teóricos e seguimentos da sociedade organizada e gerou questões como: se as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e se a representação resolve o problema do respeito às diferenças nas complexas e diferenciadas sociedades contemporâneas.

As críticas levaram à necessidade de ultrapassar o conceito de democracia meramente representativa.

Dois grandes expoentes de língua portuguesa desta nova concepção de democracia são Paulo Bonavides e Boa Ventura de Souza Santos e sobre as linhas gerais de suas teorias se trata agora.

O constitucionalista Paulo Bonavides faz duras críticas ao sistema representativo por considerar que os políticos legislam e governam à revelia dos interesses do povo, sendo que para ele "o sistema representativo já não é a legitimidade despolitizada, mas a banda morta e podre da Constituição"[9]. Para o autor é imprescindível a superação da democracia representativa pela adoção da democracia participativa que consistiria na "presença mais direta e efetiva da cidadania enquanto sujeito de vontade governativa institucionalizada por vias plebiscitárias"[10].

A democracia participativa, para o professor cearense, estaria intimamente ligada aos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Já Boa Ventura de Souza Santos dedicou-se à realização de estudos sobre algumas experiências práticas que poderiam ser denominadas como de democracia participativa, em países em desenvolvimento[11]. O professor português acredita que não existiria uma teoria única de democracia, mas uma verdadeira *demodiversidade*, que consistiria em diferentes modelos e práti-

9 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica Constitucional, por uma repolitização da legitimidade.* 2.ed. São Paulo: 2003, p.19.

10 Ibid.,p. 18

11 O estudo de algumas experiências pioneiras de democracia participativa podem ser encontradas no livro organizado por Boa Ventura de Souza Santos: *Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002

cas democráticas de acordo com a realidade local. Mas todas essas experiências teriam em comum a situação na qual "o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas"[12].

Para as novas teorias democráticas, também chamadas de contra-hegemônicas, é necessário um misto de democracia representativa com institutos de democracia direta, a chamada democracia participativa, na qual a legitimidade do sistema estaria ligada à participação da população diretamente na tomada de decisões, bem como no constante monitoramento e pressão dos representados sobre os representantes, culminado no desenvolvimento de uma *cultura para democracia* e gerando a chamada *cidadania ativa.*[13]

A participação ampliada de diversos segmentos da população nos processos de tomada de decisão, usualmente, implica a inclusão de temáticas até então ignoradas pelos sistemas políticos e a redefinição de identidades e vínculos. Este movimento pode ser observado com maior facilidade em nível local, no qual representantes e povo tem, de regra, maior proximidade, demonstrando a necessidade de descentralização.

Ou seja, a reformulação do conceito de democracia enfatiza a descentralização, a participação direta da população na tomada de decisões (destacando a diferença, a pluralidade humana, em contraposição ao modelo dominante de resolução de problemas de forma homogênea) e a parceria do poder público com diferentes agentes sociais.

Para a dita *concepção hegemônica*, a democracia se restringiria a legitimar governos (sistema representativo), contudo, para as chamadas *concepções contra-hegemônicas*, a democracia seria uma forma de aperfeiçoamento da convivência humana[14].

Este ambiente de efervescência política criado por teóricos, organizações não-governamentais e movimentos sociais gerou novos modelos democráticos participativos espalhados por todo o mundo.

---

12 AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boa Ventura de Souza. . Introdução: para ampliar o cânone democrático. *Op. Cit.* p. 77.

13 GOTCHAROFF, Georges. *Démocratie, citoyeneté dans la decentralization. Etat des lieux de lá citoyenneté locale: decentralizaton e participacion.* N.º 321. Paris: Territoires, pp. 8-14

14 AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boa Ventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boa Ventura de Souza (org.). *Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.p 39-78.

No Brasil, o processo de redemocratização, pós Ditadura Militar, esteve ligado a este processo de busca de alternativas à democracia meramente representativa e é esta realidade que se estudará nos próximos pontos.

3. A Constituição de 1988 e o federalismo em três níveis: União, Estados e Municípios

As nossas peculiaridades históricas, durante o processo de luta para derrubada da Ditadura, inserido no movimento da terceira onda de democratização, levaram a uma ligação íntima entre os princípios democráticos de descentralização e de participação popular.

Essa tendência transpareceu, em 1985, quando ocorreram as primeiras eleições para prefeitos das capitais, pós-regime militar, quando a idéia de participação popular esteve presente na maioria dos modelos de gestão vencedores naquele pleito (Fortaleza, Recife...), seguidos por prefeitos ditos progressistas[15]. Neste momento, houve uma forte movimentação dos municípios, que se tornaram centro de resistência, e da sociedade civil organizada, na luta contra a Ditadura.

Essa realidade histórica foi primordial para que, no processo constituinte, fossem incorporadas à Constituição Federal de 1988 (CF/88) as seguintes características: o alargamento da participação popular na tomada de decisões políticas e a descentralização, através da adoção do federalismo (com a peculiaridade de ser um federalismo em três níveis).

Acompanhando um movimento mundial de superação da democracia unicamente por via representativa e atendendo demandas da população, a Constituição brasileira de 1988 trouxe grandes inovações, ao sistema político do país ao consagrar em seu artigo 1º, parágrafo único que "Todo poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes ou *diretamente*, nos termos desta Constituição"[16] (grifos nosso). A inovação está no termo *diretamente,* pois a partir deste momento o Brasil passou a adotar um regime de democracia semidireta, ou seja, "em que há associação de formas de

15 GODIM, Linda; SOARES, Arlindo. *Novos* Modelos de Gestão: lições que vêm do poder local. In SOARES, José Arlindo; CACCIA-BAVA , Silvio (Org.). *Desafios da gestão municipal democrática.* São Paulo: Cortez, 1998, pp. 61-96.

16 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Consolidado até emenda nº45 de 08/12/2004. Documento disponível em: http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/Con1988br.pdf . Acesso: 18. Jan. 2005.

democracia direta com a representação"[17]. A soberania do povo brasileiro foi desdobrada em duas vias de exercício: a via representativa e a via direta[18].

Contudo, neste ponto, será priorizado o sistema federalista brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, dando uma ênfase especial ao Município, diante da necessidade posterior para o estudo especifico dos novos mecanismos participativos desenvolvidos por estes novos entes da Federação e seus possíveis efeitos legitimadores.

De acordo com o artigo 1º da CF/88 "a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal". Este é complementado pelo artigo 18, também da CF/88, que consagra o município como parte autônoma da estrutura político-administrativa do país.[19]

A Competência da União está enumerada nos artigos 21,22,23,24 e 153, da CF/88 e é tão exaustiva que doutrinadores consideram que nosso federalismo ainda se aproxima em muito dos estados unitários[20], sendo possível ainda uma maior descentralização de atribuições aos demais entes da federação. A União ficaria apenas com os problemas relativos às relações internacionais, defesa nacional, força armadas, comercio interestadual e outras questões relativas à soberania do país e a manutenção do pacto federativo.

Os Estados-membros alcançaram *status* de ente federativo autônomo através da capacidade, atribuída pela constituição, de auto-governo, normatização própria, auto-organização e auto-administração, que mais a frente será analisada através do Município. A CF/88 também determina a competência dos Estados, estes teriam a chamada competência residual, ou seja, aquelas atribuições que não foram reservadas aos municípios e à União.

Já o Município como ente federativo foi um grande pioneirismo dos constituintes brasileiros, pois o modelo federativo clássico consagra apenas

17 BENEVIDES, Maria Victoria. *Coisa de primeiro mundo.* http://www.jt.com.br/noticias/98/07/11/artigos.htm. Acesso: 20. Nov. 2001.

18 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.* 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.128.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Consolidado até emenda nº45 de 08/12/2004. Documento disponível em: http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/Con1988br.pdf . Acesso: 18. Jan. 2005.

20 Ver ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

a União e os Estados-membros como pertencentes à federação. Esse modelo consistiu em um grande avanço no processo de descentralização do país.

A autonomia do município também se consubstancia na capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração.

O poder de auto-organização dos Municípios se materializa através da elaboração e aprovação da Lei Orgânica que regulariza toda a sua organização. A normatização própria é feita pela Câmara Municipal composta por Vereadores eleitos democraticamente. Já o autogoverno se consubstancia pela escolha do Prefeito diretamente pela população local. Por fim, auto-administração seria o exercício de competências administrativas, tributárias e legislativas diretamente atribuídas pela Constituição.[21]

A Constituição brasileira reserva o Capítulo IV do Título III para determinar a forma como deverá ser organizado o Município dentro da República Federativa do Brasil. O artigo 29, da Carta de 1988, regulamenta a auto-organização dos Municípios determinando a forma de votação da lei orgânica, em dois turnos com quorum qualificado de dois terços, requisitos que a dotam de rigidez análoga à própria Constituição, assim como as eleições do Executivo e Legislativo municipal (Prefeito e Vereadores).

O limite de gastos com o Poder Legislativo do Município e o modo de responsabilização de Prefeito e Presidente da Câmara de Vereadores estão no artigo 29-A (CF/88). E o artigo 30 discrimina as matérias de competência do Município.

Por fim, no Título VI, que trata da Tributação e do Orçamento, encontram-se os tributos que o Município tem a competência de instituir e arrecadar, como também as receitas que deverão ser repassadas pela União e Estado ao mesmo.

Ao analisar o modelo de descentralização brasileiro, proposto na CF/88, no que tange ao Município, verifica-se uma relativa autonomia deste ente da federação, pois um dos fatores determinantes de qualquer autonomia, a independência financeira, resta prejudicada no país.

Constata-se que existe uma heterogeneidade entre os Municípios no tocante às condições políticas, financeiras e administrativas para responder às necessidades e demandas da população. Pois se até os grandes Municípios estão com dificuldades de cumprir suas obrigações constitucionais, imagine

21 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp.248-2990.

os Municípios de dimensões diminutas e marcados por políticas agrícolas e muita miséria.

Não se pode negar, todavia, a falta de preocupação de alguns dirigentes municipais no sentido de implementar políticas que aumentem a arrecadação dos impostos que cabem a estes, tornando os Municípios ainda mais dependentes dos repasses federais e estaduais por simples comodismo.

Contudo, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988 é instrumento inovador do pacto federativo em nosso país: abriu a possibilidade de aprofundamento de nosso regime democrático através da descentralização que facilita o acesso da população em geral aos processos de decisão política.

No próximo ponto abordar-se-á um mecanismo de democracia direta implantado nas municipalidades de nosso país, o Orçamento Participativo: se este significa uma real forma descentralizada de definição de políticas públicas através da participação direta dos cidadãos, e se ele se mostra, na prática, um instrumento legitimador dos governos que os implantaram.

4. O Orçamento Participativo

4.1. Antecedentes históricos

As eleições para prefeitos nas capitais brasileiras, 1985, foram marcadas pela luta nacional em defesa do regime democrático e pelo fim da Ditadura Militar. Era o período de abertura do regime e houve uma grande cobrança da população por propostas de aprofundamento democrático nas municipalidades. Os chamados candidatos progressistas, não alinhados aos militares e de tendências esquerdistas, foram os grandes vencedores deste sufrágio e, de regra, possuíam uma plataforma de governo que ampliaria a participação da população nas tomadas de decisões políticas.

No Recife, o vencedor das eleições municipais foi Jarbas Vasconcelos, este implantou, em 1986, o programa Prefeitura nos Bairros, uma proposta pioneira de participação popular direta na administração pública.

As Plenárias Populares por Regiões Administrativas, que compunham o programa, tinham por objetivo: definir prioridades de governo, formular um programa mínimo administrativo para cada região da cidade e estabelecer mecanismos permanentes de fiscalização municipal.

Proposta semelhante foi implantada em Porto Alegre, em 1989, pelo então prefeito Olívio Dutra, pressionado por associações de moradores dos

bairros de periferia da cidade: o programa internacionalmente conhecido por *Orçamento Participativo*[22].

O Orçamento Participativo (OP) é uma forma de gestão pública caracterizada pela participação direta da população nas diversas fases que compõem a elaboração e execução e fiscalização do orçamento municipal.[23] Este modelo de definição dos gastos públicos, além de desempenhar o papel de instrumento de democratização e justiça social, tornou-se uma *logomarca* da administração dita popular, devido ao grande êxito alcançado na cidade de Porto Alegre, onde já completou quinze anos de implantação.

Tomar-se-á como estudo de caso o OP implantado na cidade do Recife e avaliar-se-á se no programa o envolvimento da população na gestão pública significa um incremento legitimador da democracia.

A vitória do PT, nas eleições de 2000 e 2004, para a prefeitura da capital pernambucana foi impulsionada pela promessa de envolvimento direto da população na administração. A atual gestão propunha uma reformulação do programa do Orçamento Participativo, anteriormente implantado na cidade, tendo como base o modelo de Porto Alegre.

4.2. Orçamento, descentralização orçamentária e orçamento participativo

A realização de um orçamento, ou seja, "uma peça que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um período determinado"[24] foi uma conquista histórica dos povos, remontando à Magna Carta Inglesa, 1215, diante de um passado no qual os dirigentes não tinham qualquer controle sobre seus gastos.

O orçamento é um documento que possui aspectos jurídicos, econômicos e, sobretudo, políticos e é o meio idôneo através do qual, a partir das escolhas das prioridades a serem atendidas pelo Estado, o sonho de uma sociedade mais justa e igualitária pode se concretizar.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou de forma minuciosa planejamento o orçamentário por meio de três instrumentos: o Plano Plurianual,

22 Maiores informação sobre o Orçamento Participativo de Porto Alegre disponíveis na internet em: <http://www.portoalegre.rs.gov.br> Acesso: 26. Jan.2005.

23 FEDOZZI, Luciano. Orçamento Participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre. Porto Alegre: Tomo Editorial, 1997.

24 HARADA, Kyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75.

a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária, propriamente dita.

CF, Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I - o plano plurianual;
II - as diretrizes orçamentárias;
III - os orçamentos anuais.[25]

O plano plurianual consiste em um documento no qual serão planejados os programas e as metas de governo em longo prazo. Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias é orientação para elaboração da Lei do Orçamento subseqüente. O orçamento, por sua vez, se compõe do orçamento fiscal referente aos três Poderes, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que os Entes (União Estados e municípios), direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Ou seja, os três entes da federação brasileira têm como obrigação planejar seus gastos via esses três documentos definidos na CF/88.

Com relação ao Município, a Lei 10.257[26] (Estatuto da Cidade) regulamentou sua gestão orçamentária, institucionalizando a "gestão orçamentária participativa" que tornou obrigatória a realização de debates, consultas e audiências públicas como condição para a aprovação, pela Câmara Municipal, dos projetos de lei relativos ao plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento.

A questão da participação popular na definição do orçamento, no Brasil, contudo, não foi instituída com o Estatuto da Cidade, e sim vem sendo implantada em várias municipalidades brasileiras desde 1985.

O chamado *Orçamento Participativo* (nome pelo qual ficou conhecido esse modelo democrático de planejamento orçamentário) consiste em

25 BRASIL. Lei n° 9709, de Novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Documento disponível: <https://www.presidencia.gov.br/> . Acesso: 18. Jan. 2005.

26 BRASIL. Lei n° 10.257, de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências: <https://www.presidencia.gov.br/>. Acesso: 18. Jan. 2005.

mecanismos nos quais é facultada à população a definição de onde será aplicada um percentual dos recursos do município.

Os efeitos legitimadores serão analisados através da observação da execução do orçamento participativo e sua evolução na cidade do Recife e diz respeito à inclusão de novos critérios para a alocação dos recursos públicos, sendo estes relativos a índices de pobreza e a acesso a serviços públicos, podendo gerar uma verdadeira inversão das prioridades históricas dos governantes brasileiros em favor das populações mais carentes. Essa mudança na administração pode gerar uma maior identificação da população com o governo e uma melhoria da credibilidade dos políticos.

4.3. Como funciona o Orçamento Participativo no Recife

O Orçamento Participativo da cidade do Recife (OP-Recife) já possui 4 anos consecutivos de implantação com um mesmo grupo político e são as fases deste programa que serão explicadas.

Inicialmente, são feitas reuniões com o intuito de explicar à população o funcionamento do Orçamento Participativo (OP), seus princípios e objetivos, assim como a metodologia e regimento interno: as denominadas reuniões de metodologia.

Em seguida, são realizadas as Plenárias Regionais (Recife é dividido em seis regiões, cada uma delas subdividida em três microrregiões).

As Plenárias Regionais ocorrem em cada microrregião nas quais participam os cidadãos domiciliados nas mesmas. Elas objetivam informar aos participantes aspectos sócio-econômicos locais (dando, inclusive, subsídios para as futuras decisões da população a cerca das prioridades da microrregião), assim como prestar contas das finanças municipais, destacando os investimentos em curso na localidade.

Nessas reuniões, a população elege três temas prioritários para investimentos na microrregião no ano seguinte, e também é definido o número de delegados (representantes) de cada organização da sociedade participante da Plenária (correspondente a 10% do total de cadastrados pela organização). Ou seja, o critério para participação nas plenárias regionais é a moradia e o de votação é a maioria.

Nas chamadas Plenárias Intermediárias, de acordo com as prioridades eleitas, deverá ser escolhida uma obra para cada uma destas. Nestas reuniões são também eleitos os delegados de cada região (de acordo com a proporção acima exposta) e só participam pessoas e organizações anteriormente cadastradas.

Paralelamente, ocorrem as Plenárias Temáticas. Elas são divididas em 09 temas específicos (assistência social, cultura, desenvolvimento econômico e turismo, desenvolvimento urbano e ambiental, educação, juventude, mulher, saúde e negro). Nelas podem participar qualquer cidadão do Recife interessado em discutir o tema (não existe limitação de se habitar determinada região). Essas reuniões também objetivam decidir prioridades para cada tema, bem como eleger os delegados temáticos, dentre os diversos participantes, na mesma proporção dos delegados das Plenárias Regionais (10% do total de credenciados).

Os delegados eleitos irão formar os Fóruns de Delegados Regionais e Temáticos. Os Fóruns de delegados têm a competência de eleger e revogar o mandato da Coordenação e dos membros do Conselho Municipal da Gestão Democrática do Orçamento Público (COP); apoiar os (as) conselheiros (as) e atuar na informação e divulgação para a população dos assuntos tratados no Conselho Municipal da Gestão Democrática do Orçamento Público; acompanhar o Plano de Investimentos, desde a sua elaboração até a conclusão das obras; discutir e propor sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias; discutir e propor sobre as matrizes da Lei do Orçamento Anual; eleger as Comissões de Fiscalização e Acompanhamento de Obras e de Programas; votar as propostas de pauta das reuniões do Fórum; discutir e propor sobre as alterações do Plano Plurianual, propostas pelo Governo; acompanhar a execução das políticas públicas desenvolvidas no âmbito municipal, de interesse do Fórum.

Após a constituição de cada Fórum de Delegados Regionais são eleitos quatro representantes, sendo dois titulares e dois suplentes, para compor o Conselho Municipal da Gestão Democrática do Orçamento Público (COP), do qual também fazem parte dois delegados de cada fórum temático e dois de cada conselho setorial (um titular e um suplente), além de quatro membros do Fórum do PREZEIS (Plano de Regulação das Zonas de Interesse Social), sendo dois titulares e dois suplentes. Compõem, ainda, o COP, três representantes da Prefeitura (e três suplentes), sem direito a voto. Compete ao COP regulamentar o OP (atualmente, regulamentado pelo DECRETO N° 19.268 DE 17 DE ABRIL DE 2002), deliberar sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, bem como acompanhar a sua execução.

Percebe-se que se realizado da forma correta, a população irá participar de todo o processo do orçamento, ou seja, tanto de sua elaboração quanto de sua execução: opinando, decidindo e fiscalizando a gestão pública municipal.

4.4. Algumas considerações sobre o Orçamento Participativo da Cidade do Recife

A importância do Orçamento Participativo está presente em um contexto em que há possibilidade de a intervenção direta da população na definição e execução do orçamento municipal poder resultar no atendimento das reivindicações de pessoas de Bairros e Vilas, sobretudo, mais pobres. É uma forma de ampliar a participação e inserir critérios de justiça no processo de deliberação.

Os dados analisados foram dos anos 2001 e 2002, pois nos anos subseqüentes foi retirada da análise da prefeitura a variável especifica do numero de entidades participantes por regiões[27].

Primeiro critério a ser analisado na implantação do OP na cidade do Recife é a participação da população no mesmo, pois esta está diretamente ligada com a credibilidade do processo como forma de deliberação pública. No caso estudado, foi verificado aumento do número absoluto de participantes em 88,88% das microrregiões da cidade (dezesseis das dezoito microrregiões) o que mostra que a população em geral passou a participar mais do OP, contudo, houve aumento apenas em 50% (nove das dezoito microrregiões) de participação de número de entidades representativas (sindicatos, associações...), tendo decrescido o número de entidades nas demais microrregiões.

Esses dados podem demonstrar que, apesar da população em geral estar acreditando mais no OP, essa tendência não está ocorrendo entre as entidades representativas da sociedade civil organizada, ou, então, que poucas entidades estão hegemonizando as plenárias e dificultando o acesso das demais. As entidades representativas e ONG´s, em outras cidades que implantaram o OP, historicamente, possuem o maior índice de participação.

Outro critério a ser observado é como, a partir da elaboração do Orçamento pelos critérios estabelecidos pelo OP, a cidade do Recife irá garantir a equidade na distribuição de recursos.

Essa problemática é resolvida, no Recife, através de levantamentos realizados pela Prefeitura dos Níveis de Carência de cada Região. A partir destes dados serão distribuídos os recursos que irão viabilizar a realização das obras de acordo com as prioridades eleitas em cada microrregião.

27 Os dados sobre o balanço do OP-Recife estão disponíveis na internet: <http://www.recife.pe.gov.br/pr/secorcamento/balancos.php>

Contudo, diante da situação em que boa parte do orçamento é "amarrado", em especial com o setor de pessoal, o percentual a ser definido em Orçamento Participativo é muito baixo para que se possa efetivar uma real modificação da situação das populações mais carentes, mas o que se observa é que, pelo menos, os recursos disponíveis podem ir para as necessidades mais urgentes.

Fica a questão do caráter, sobretudo, pedagógico do Orçamento Participativo como indutor da "criação" de uma cultura participativa em nosso país, bem como de uma cidadania ativa, que pode gerar uma real mudança de comportamento das populações carentes que passam a entender a forma de organização do Estado, seus direitos e ficam menos sujeitas ao clientelismo tão latente na história de nosso país.

5. Conclusão

O presente artigo teve o objetivo de analisar se a efetivação da democracia participativa poderá inaugurar um novo marco institucional em nosso país, invertendo a ordem de prioridades e colocando definitivamente a grande massa de população carente no comando, e se os mecanismos de participação, em especial o Orçamento Participativo, podem resolver a questão da crise de legitimidade do regime democrático brasileiro.

Faz-se necessário, nesta oportunidade, serem expostas algumas conclusões tiradas, no decorrer do trabalho, sobre o tema escolhido:

1. O estudo do conceito de democracia levou a que se observasse a inter-relação deste com os termos participação e descentralização em uma nova teoria democrática, também conhecida como contra-hegemônica. Esta teoria nasce num contexto de crise de legitimidade dos governos representativos

2. A reformulação do conceito de democracia estaria ligada a um misto de democracia representativa e democracia direta (realçando a questão da pluralidade humana). Também, foi analisado que as formas descentralizadas de governo facilitariam esse processo, diante da maior possibilidade de aproximação, nas instâncias locais de Poder, entre representantes e representados (o que também responderia às críticas relativas à escala para a introdução, em grandes países, de mecanismos participativos) e que a descentralização pode gerar soluções

pluralistas, a exteriorização de demandas historicamente reprimidas do povo brasileiro, assim como, o aprofundamento democrático via participação direta da população nos assuntos de Estado

3. O Brasil teria uma tendência natural a se organizar de uma forma descentralizada diante de suas grandes extensões territoriais e dos enormes contrastes sociais entre suas regiões. Essas características levam a acreditar que, para uma efetiva descentralização no país, era necessária a inclusão do município no pacto federativo. E isto foi consagrado na Constituição Federal de 1988. Contudo, observa-se que a autonomia municipal resta prejudicada no quesito financeiro, sobretudo, diante das grandes discrepâncias entre as regiões do Brasil e sua capacidade de arrecadar recursos. Soluções possíveis seria o fortalecimento na adoção do sistema de fundos, com critérios diferenciados de distribuição das rendas, e a disponibilização de ajuda técnica pela União para os projetos desenvolvidos nos municípios mais carentes.

4. A resistência na implementação do modelo de descentralização se dá pelo fato de esta poder significar uma ameaça às estruturas consolidadas, pois pode gerar uma alteração profunda na distribuição do Poder.

5. Orçamento Participativo representa uma forma real de descentralização na esfera municipal, pois, ao estabelecer que a população diretamente determine quais serão as prioridades de investimentos da cidade, ele altera a distribuição de poder, criando cidadãos conscientes de seu papel na sociedade, capazes de lutar de forma democrática para a consecução de seus objetivos e diminui o clientelismo arraigado na cultura brasileira (o povo sabe o motivo das escolhas e quando serão gastos os recursos públicos, não mais aceitando que seus direitos sejam concretizados a partir de "favores" do Poder Público).

6. No Recife, faz-se necessário um contínuo desenvolvimento do programa estimulando a participação, sobretudo, das entidades da sociedade civil organizada, pois elas mitigam as discussões particularistas que podem surgir nas discussões do OP, devido as suas características de representar uma coletividade e já possuírem uma prévia tradição associativista.

7. A mistura de critérios técnicos (tais como os níveis de carência e a viabilidade técnica da obra) com as prioridades elegidas pela população acaba por elaborar um orçamento no qual a soberania popular é compatibilizada com a administração racional, resolvendo, desta forma, um problema da concepção hegemônica de democracia, qual seja,

a inter-relação entre o que é decidido pelo a Burocracia especializada e os anseios da sociedade, tornando a Gestão Pública mais eficiente.

8. Por fim, o potencial legitimador do programa pode ser presumido das sucessivas reeleições de políticos que o implantaram (a exemplo de Porto Alegre que foi governada pelo mesmo grupo político por mais de 3 eleições consecutivas e da reeleição do então prefeito da cidade do Recife), da implantação do programa em Estados e Municípios governados por políticos dos mais diferentes matizes ideológicos. Mas essas hipóteses só poderão ser comprovadas com a realização de posteriores pesquisas que poderiam comparar os níveis de credibilidade política entre cidades onde o Orçamento Participativo foi consolidado com aquelas nas quais não houve a implantação de tal sistema.

6. Bibliografia

6.1. Livros

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica Constitucional, por uma repolitização da legitimidade.* 2.ed. São Paulo: 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993.

FEDOZZI, Luciano. Orçamento Participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre. Porto Alegre: Tomo Editorial, 1997.

GOTCHAROFF, Georges. *Démocratie, citoyeneté dans la decentralization. Etat des lieux de lá citoyenneté locale: decentralizaton e participacion.* N.º 321. Paris: Territoires.

HARADA, Kyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 6. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

6.2. Artigos:

AVRITZER, Leonardo. Modelos de representação democrática: uma análise do orcamento participativo no Brasil. In SANTOS, Boa Ventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.* Rio de \janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp.561-598.

_____; SANTOS, Boa Ventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boa Ventura de Souza (org.). *Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 39-82.

BOBBIO, Noberto. Democracia. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política..* Carmen C. Varialle (trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1991, pp. 319-329.

6.3. Materiais Internet:

BENEVIDES. Maria Victoria. *Coisa de primeiro mundo.* http://www.jt.com.br/noticias/98/07/11/artigos.htm. Acesso: 20. Nov. 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto consolidado até emenda n° 45 de 08/12/2004. Documento disponível: http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/Con1988br.pdf . Acesso: 18. Jan. 2005.

BRASIL. Lei n° 10.257, de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências: <https://www.presidencia.gov.br/>. Acesso: 18. Jan. 2005.

LATINOBAROMETRO. *Resumem Latinobarómetro 2004: uma década de mediciones. Disponível em*: <http://www.latinobarometro.org/Upload/Informe%20LB%202004%20Final.pdf>. Acesso: 22. Nov. 2004.

ASPECTOS GERAIS DO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Suzana Cecília Côrtes de Araújo e Silva
(Aluna do 7º período da Faculdade de Direito do Recife/ UFPE).

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico: a experiência inglesa. 3. Conceito, princípios e objeto das Parcerias Público-Privadas. 4. Regime jurídico dos contratos de Parcerias Público-Privadas. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Já há algum tempo, busca o Estado atrair a iniciativa privada para uma composição que possibilite a realização de seus projetos, seja com um estímulo ao empreendedorismo público, seja como forma de propiciar a efetividade da prestação de serviços públicos. Nesse sentido, tivemos, no Brasil, a elaboração da Lei de Licitações, da Lei de Concessões, o estabelecimento das agências reguladoras e, agora, a criação nas esferas federal e estadual de legislações que permitem um estímulo ainda maior às parcerias público-privadas.

Este trabalho trata das parcerias público-privadas caracterizadas na Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, uma política conduzida pela Administração Pública brasileira que visa a possibilitar maior eficiência e justiça social às ações do Estado através da oferta de serviços públicos ou da realização de obras públicas por meio da atração de investimentos privados – capital, tecnologia e qualidade gerencial.

Portanto, através de um breve apanhado histórico e da apresentação de aspectos gerais, objetivamos esclarecer os pontos primordiais acerca desse instituto recentemente inserido do ordenamento jurídico brasileiro: as parcerias público-privadas. Vale salientar, contudo, que obviamente não pretendemos esgotar o tema aqui tratado, tendo em vista, inclusive, seu caráter de "novidade" no cenário jurídico do país e as controvérsias surgidas e que ainda vão surgir acerca da legislação que o regulamenta.

2. Breve histórico: a experiência inglesa

A demanda pela prestação de serviços públicos em maior quantidade, melhor qualidade e mais eficiência aliada à desmistificação da crença de que o Estado possui recursos inesgotáveis foram fatores cruciais para que a Administração Pública fosse buscar na iniciativa privada meios para a satisfação das necessidades basilares da sociedade. Nesse sentido, surgiram no Reino Unido, na década de 90 os chamados contratos de *parceiras público-privadas.*

Antes de chegar às parcerias público-privadas, o Reino Unido iniciou suas parcerias com os agentes privados na década de 80 com a flexibilização dos monopólios públicos por meio da normatização de concessões, permissões e privatizações. Assim, os contratos de parcerias público-privadas correspondem a uma terceira fase na estruturação da participação do setor privado no âmbito da Administração Pública e se iniciou com a quebra das barreiras ao uso do capital privado no financiamento do setor público, no início dos anos 90.

Apesar de algumas dificuldades enfrentadas pelos ingleses nas primeiras contratações de parcerias público-privadas, estas foram bem aceitas e tiveram um considerável crescimento devido, basicamente, a três motivos. Em primeiro lugar, como em regra o tempo e o custo superam as previsões nos investimentos realizados pelo setor público, as PPP´s surgiram como um meio estratégico e viável da busca pela eficiência, característica dos empreendimentos privados. Em segundo lugar, a gestão de recursos pelo particular proporcionou melhoras relevantes, mesmo diante de decisões tomadas a longo prazo. E, finalmente, a gestão dos riscos, já que os custos por atrasos ou pelo não atendimento das metas pré-estabelecidas passaram a ser do particular.

Houve, também, um avanço na legislação inglesa com a alteração das normas concernentes aos contratos com o poder público e, ao longo do tempo, os contratos de parcerias público-privadas foram estandardizados e classificados em razão do grau de risco e das responsabilidades assumidas pelos parceiros. Assim, quatro modalidades foram destacadas[1] :

a)DBFT (*design, build, finance and transfer*), através do qual o ente privado fica encarregado de projetar, construir, financiar e, por fim,

1 FONTE, Felipe de Melo. Parcerias Público-Privadas e o novo Direito Administrativo . Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5970. [30 abr 2005].

transferir ao ente público a planta construída – essa é a modalidade utilizada na construção do *Channel Tunnel* em 1996, ao custo de 4 bilhões de libras esterlinas;

b)BOT (*build, operate and transfer*), o ente privado constrói a planta e a transfere para o ente público, que, por sua vez, arrenda ao parceiro privado, através de um contrato de longo prazo apto à recuperação do investimento e obtenção de razoável lucro, que ficará encarregado de explorá-la;

c)BOO (*build, operate and own*), o ente privado constrói, opera e, ao final, fica definitivamente com a planta, o que implica em redução de custos para o parceiro público;

d)DBFO (*design, build, finance and operate*) o ente privado projeta, constrói, financia e opera a planta, sendo esta a modalidade mais comum de PFI na Inglaterra.

Dessa maneira, observa-se que o que pretendeu o Reino Unido com a criação das parcerias público-privadas foi assegurar a implementação de projetos de caráter estruturante, cujo impacto fosse positivo na satisfação dos interesses dos seus governados. Ademais, devido à essencial participação do ente privado na efetivação dos projetos oriundos das parcerias público-privadas, certamente a possibilidade de êxito destas está diretamente ligada ao espírito empreendedorista da iniciativa privada.

No Brasil, valendo-se a União Federal da prerrogativa de editar normas gerais sobre contratação, conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 22, inciso XXVII, o Governo Federal apresentou à Câmara dos Deputados projeto de lei, hoje convertido na Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. A referida lei parte do pressuposto de que o Estado não possui recursos suficientes para satisfazer as necessidades de investimentos no setor de infra-estrutura, e, para suprir tal deficiência, com o objetivo de incentivar o investimento nesse setor por parte da iniciativa privada, a lei estabelece que o ente privado participará como empreendedor e o setor público como remunerador total ou parcial do serviço. Dessa forma, pretende o Governo obter ganhos com eficiência e disponibilizar com qualidade a utilidade de interesse público fruível direta ou indiretamente pelo administrado e, ainda, aumentar a quantidade de projetos economicamente viáveis.

3. Conceito, princípios e objeto das Parcerias Público-Privadas

De maneira geral, entende-se por parceria público-privada qualquer tipo de contrato administrativo entre o Poder Público e a iniciativa privada, mesmo que não tenha como conseqüência a prestação de serviço público ou a construção de obra de infra-estrutura e, nesse sentido, as concessões, permissões e privatizações seriam, em última análise, uma forma de articulação entre o poder público e o ente privado. Contudo, quando se refere especificamente às parcerias público-privadas de que trata a Lei nº 11.079/04, entende-se por parceira público-privada **o engajamento entre o setor público e o privado na criação de infra-estrutura e prestação de serviços públicos mediante o compartilhamento de riscos, responsabilidade e recompensas entre os parceiros.** Portanto, entendemos como parceria público-privada *stricto sensu* as duas espécies de contratos previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 2º da Lei nº 11.079/04, e sujeitas a um regime próprio, das quais trataremos mais adiante.

Portanto, o que se pretende numa parceria público-privada é a transferência a longo prazo da gestão de um interesse público para o setor privado, o qual, assume a obrigação de financiar o investimento e executar o projeto, mediante cláusulas de garantia, obviamente, recebendo, ao final, uma remuneração por parte da sociedade.

Imperioso destacar que as parcerias público-privadas não se confundem com o fenômeno das privatizações, pois, enquanto naquelas a Administração Pública objetiva melhorar a qualidade e a eficiência dos serviços prestados aos seus administrados e a ela mesma, na privatização tem o poder público o primordial objetivo de aumentar a arrecadação. Ademais, pelo contrato de parceria público-privada não há a alienação definitiva do controle do patrimônio público ao ente particular, pelo contrário, terá o ente público, com o passar do tempo, seu patrimônio fortificado e sua capacidade de prestação de serviços alavancada.

Segundo o artigo 4º, *caput* e incisos, da Lei nº 11.079/04, as parcerias público-privadas deverão observar uma série de diretrizes que servirão como princípios norteadores para a realização e execução dos contratos, conforme podemos observar:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; (Trata-se de uma repetição do disposto no

caput do artigo 37 da Constituição Federal, exigindo do poder público uma adequada utilização dos recursos e uma boa administração.)

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do pode de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;(Impede-se, dessa forma, que a Administração Pública delegue ao seu parceiro os poderes pertinentes ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. A função regulatória poderá ser exercida por agências setoriais ou órgãos da Administração Pública direta, mas nunca poderá ser delegada.)

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;(Uma referência aos dispositivos da Lei Complementar nº 101/2001 – Lei de Responsabilidade Fiscal – como forma de impedir o endividamento excessivo do poder público. Vale lembrar que os pilares da Responsabilidade Fiscal são: planejamento, transparência, controle e responsabilização.)

V – transparência dos procedimentos e das decisões;(Como uma forma de desdobramento do princípio da publicidade contido no artigo 37 da Constituição Federal.)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;(Característica inovadora e diferenciadora dos contratos de parceria público-privadas, a repartição dos riscos significa que os riscos da atividade serão compartilhados entre a Administração Pública, responsável pelas garantias, e o ente privado, responsável pelo financiamento, investimento e execução.)

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria;(As parcerias devem atender tanto à necessidade de retorno do investimento por parte do setor privado, quanto às exigências do interesse público.)

Ressalte-se, ainda, que a inovação trazida pela Lei nº 11.079/04 em relação ao compartilhamento dos riscos, inclusive prevendo tal prescrição

como cláusula essencial dos contratos de parceria público-privada (artigo 5º, IV), aponta para a necessidade de previsão de normas legais aptas a viabilizar a redução de riscos a serem assumidas pelos parceiros. Além disso, tais normas devem garantir, simetricamente, ao ente privado a segurança de adimplemento das obrigações a serem cumpridas pelo poder público, e a este, a segurança de que o objetivo desejado com a realização do contrato será atingido. Destaque-se que a responsabilidade assumida pelo poder público é a de *assegurar a remuneração devida ao ente privado* – não significando que sempre será ele o remunerador, conforme veremos adiante – e que a responsabilidade do particular é de *conceber, executar e viabilizar a gestão do empreendimento ao longo do prazo.*

O objeto dos contratos de parceria público-privadas é múltiplo, constituindo-se na implantação de atividade ou infra-estrutura com responsabilidade duradoura. Assim, segundo Marcos Eduardo Ruiz Coelho Gomes[2], poderão ser objeto das parcerias: delegação total ou parcial da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública; desempenho de atividade de competência da Administração Pública, precedido ou não da execução de obra pública; execução de obra para a Administração Pública; execução de obra para sua alienação, locação ou arrendamento à Administração Pública.

Vejamos, agora, como se estrutura o regime jurídico desses contratos.

4. Regime jurídico dos contratos de Parcerias Público-Privadas

O regime jurídico adotado para regulamentar os contratos de parcerias público-privadas foi um regime tipicamente de parcerias. Tomou-se como eixo vertebral desses contratos o instituto das concessões – pressupondo-as como um instrumento de delegação da prestação de um serviço público ao particular –, e assim, conforme prevê a própria Lei nº 11.079/04 em vários de seus dispositivos, como os artigos 3º e 5º, os contratos de parcerias público-privadas serão regidos adicionalmente pela Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões).

Segundo o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, "concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome pró-

2 GOMES, Marcos Eduardo Ruiz Coelho. *Parceria público-privada. Breves apontamentos ao substitutivo do Projeto de Lei nº 2.546/03, em trâmite na Câmara dos Deputados.* Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 388, 30 jul. 2004. http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5510. [30 abr. 2005].

prio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, *em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente aos usuários*"[3] (grifos nossos). Portanto, temos como uma das principais características do instituto das concessões o fato de a remuneração devida ao particular pela prestação do serviço público ser por ele mesmo cobrada *diretamente aos usuários*.

Dessa forma, partindo desse conceito genérico de concessão, a Lei nº 11.079/04 pressupôs três modalidades de concessão:

- **Concessão comum:** remunerada diretamente e basicamente pelo usuário do serviço. É a concessão típica e, de acordo com o artigo 3º, § 2º da 11.079/04, a ela não se aplica o disposto na lei das parcerias público-privadas, continuando a ser regida pela 8.987/95, pois não constitui parceria público-privada;

- **Concessão patrocinada:** caracterizada pela concessão de serviços públicos ou de obras públicas em que parte da remuneração devida ao ente privado é cobrada diretamente ao usuário e a outra parte é uma contraprestação do próprio Poder Público (artigo 2º, § 1º, Lei 11.079/04);

- **Concessão administrativa:** contrato de prestação de serviços do qual a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, sendo a remuneração pelo serviço prestado de *total* responsabilidade do ente público.

Portanto, constituem parcerias público-privadas apenas os contratos administrativos de concessão nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, pois veda expressamente a lei a consideração da concessão comum como sendo uma parceria público-privada. Nesse sentido, a participação do ente público como remunerador, mesmo que parcial, do investimento efetuado pelo setor privado é fundamental para a caracterização de uma ppp.

Os contrato de parcerias público-privadas devem obrigatoriamente prever: o prazo de vigência, não inferior a cinco anos e não superior a trinta

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

e cinco anos, incluindo a possibilidade de prorrogação; as sanções aplicáveis aos parceiros – ente público e setor privado – nos casos de inadimplemento contratual; a repartição dos riscos entre as partes; as formas de remuneração; os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado, dentre outras cláusulas previstas no artigo 5º e incisos da Lei nº 11.079/04.

Quanto à previsão de penalidades a serem aplicadas a ambas as partes em caso de inadimplemento, prevê a lei que elas devem ser fixadas de modo proporcional à falta cometida e às obrigações assumidas. Ademais, ordena ainda a lei que o contrato deve prever expressamente quais os fatos serão considerados como caracterizadores de inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e prazos para que este regularize sua situação, bem como as formas de acionar as garantias pertencentes ao particular. Nota-se, aqui, uma preocupação do legislador com a "fama" de má pagadora da Administração Pública, estabelecendo, portanto, tais cláusulas como essenciais e cientificando os parceiros do quão minucioso devem ser esses contratos como forma de tornar seguro e viável o vultoso investimento a ser realizado pelo setor privado – os contratos não podem ter valor inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), conforme o artigo 2º, § 4º, I –.

A imprescindível previsão de repartição de riscos entre as partes é, como já dito, uma inovação trazida pela lei das parcerias público privadas. Prescreve a lei, reforçando a idéia de um contrato descido à minúcias, que os riscos a serem repartidos devem ser previstos expressamente pelo contrato, inclusive no que se refere a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Essa repartição de riscos é claramente diferenciada da tradicional, tendo em vista a previsão, inclusive, de um Fundo Garantidor de Parceiras Público-Privadas – FGP – com a finalidade de prestar garantias de pagamento das obrigações assumidas pelos parceiros públicos, reduzindo, assim, o grau dos riscos a serem enfrentados. Vale salientar que, num contrato envolvendo projetos com o setor público, os riscos são das mais diversa sortes, tais como, pré-operacionais (riscos com o projeto de construção e com a capacidade técnica continuada), de mercado, crédito, institucionais, ambientais, políticos, cambiais, regulatórios (possibilidade de mudança na regulação), financeiros (inadimplência, por exemplo), contratuais, trabalhistas, tributários, etc.

Portanto, não exagerou o legislador em prever o obrigatório detalhamento dos contratos no que tange à repartição dos riscos, pois, estão em jogo, além de vultosos investimentos, a prestação de serviços públicos

com eficiência, qualidade e responsabilidade.

Quanto às formas de remuneração, estabelece a lei como sendo elas o grande critério diferenciador entre as modalidades de concessão que constituem os contratos de parcerias público-privadas – as concessões patrocinadas são remuneradas em parte pela cobrança direta aos usuários e em parte pelo ente público, enquanto as concessões administrativas são inteiramente remuneradas pelo Poder Público. Ademais, prescreve a Lei de Parcerias Público-Privadas que nas concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública haverá a necessidade de autorização legislativa específica (artigo, 10, § 3º).

A contraprestação da Administração Pública poderá ser feita por ordem bancária, cessão de créditos, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei. Vale ressaltar, que poderá haver a previsão de que a remuneração ao parceiro privado seja feita de forma vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade definidos no contrato. Destaque-se que tais critérios de avaliação do desempenho do ente privado devem ser definidos **objetivamente** e, aqui, vemos uma preocupação do legislador em evitar que tal forma de remuneração, através da "vinculação ao desempenho", seja uma burla ao cumprimento do contrato por parte do Poder Público, isto é, uma justificativa do ente público ao inadimplemento contratual.

Além disso, tal previsão dos critérios de avaliação do desempenho do particular não significa a previsão de métodos de realização do empreendimento. Pelo contrário, a própria Lei 11.079/04 estabelece que não será exigido um projeto básico, mas sim elementos do projeto básico, que dêem apenas uma noção de como será executada a concessão, deixando o particular livre na escolha dos métodos de realização de seu empreendimento (artigo 5º, VIII, ao fazer referência ao disposto no inciso XV do artigo 18 da Lei nº 8.797/95). Ressalte-se que, segundo o artigo 7º da Lei nº 11.079/04, a contraprestação da Administração Pública **obrigatoriamente** será precedida da disponibilização por parte do ente privado do serviço objeto do contrato, como forma de garantir a execução do contrato pela iniciativa privada.

Ainda no tocante ao regime jurídico das parcerias público-privadas, norma relevante a ser destacada é a referente à necessária previsão no contrato do compartilhamento com a Administração Pública, nos termos previstos no contrato, dos ganhos econômicos decorrentes da alteração das condições de financi-

amento. Esta previsão visa a impedir o enriquecimento sem causa do parceiro.

E, finalmente, o artigo 10, *caput,* da Lei nº 11.079/04, (*in verbis)* prevê, ainda, que a contratação da parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, em obediência ao artigo 175 da Constituição Federal.

> "Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:".

5. Conclusão

Observamos, portanto, após um breve apanhado acerca dos pontos mais relevantes das parcerias público-privadas, que esta política, apesar de inovadora e, logo, ainda carente de estudos mais aprofundados, gera em nós grandes esperanças de ser um potencial instrumento de viabilização do desenvolvimento do setor infra-estrutural do nosso país.

Apesar de a relação entre a Administração Pública e o particular no âmbito da contratação carecer, de certa forma, de traços de confiança – desconfia-se que a Administração não honre seus compromissos, na forma e época devidas, já que esta é vista como uma má pagadora, e desconfia-se que o ente privado não cumpra as suas obrigações contratuais, deixando de entregar o objeto da contratação, na época devida, ainda que a custos superiores que embutem um risco inerente à contratação com a Administração – não devemos considerar que todo o projeto das parcerias público-privadas está fadado ao insucesso. Devemos, sim, considerando e racionalizando a complexidade de arranjos que o condicionam, depositar nesta política esperança e esforço na tentativa de tornar mais justa a realidade social em que vivemos.

É claro que, a composição de capitais públicos e privados, norteados por gestões com competências definidas, respeitando-se uma agenda pública democrática, poderá viabilizar a disponibilização de prestações de serviços públicos e de oferta de bens com qualidade, sem comprometimento das finanças públicas, numa dinâmica coerente com a realidade política, econômica e social do Brasil.

6. Bibliografia

BONELLI, Claudia Elena; CINTRA, Antonio Felix de Araújo. A sistemática contratual das PPP . Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5973. [30 abr. 2005].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 18ª ed. São Paulo: Atlas,2005.

FONTE, Felipe de Melo. Parcerias Público-Privadas e o novo Direito Administrativo . Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5970. [30 abr. 2005].

GOMES, Marcos Eduardo Ruiz Coelho. Parceria público-privada. Breves apontamentos ao substitutivo do Projeto de Lei nº 2.546/03, em trâmite na Câmara dos Deputados. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 388, 30 jul. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5510. [30 abr. 2005].

LOPES, Pedro Camara Raposo. Anotações preliminares à Lei nº 11.079/ 2004. Parceria público-privada. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 555, 13 jan. 2005. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/ texto.asp?id=6169 [29 abr. 2005].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MUKAI, Toshio e outros. Parcerias público-privadas: comentários à Lei Federal n° 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ ES. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

PINTO, José Emilio Nunes. As parcerias entre o setor público e o setor privado . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839. [30 abr. 2005].

PINTO, José Emilio Nunes. A percepção de risco nas Parcerias Público-Privadas e a Lei nº 11.079/2004 e seus mitigantes . Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/ texto.asp?id=6156. [30 abr. 2005].

PINTO, José Emilio Nunes. Os dois C das PPPs . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 351, 23 jun. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/

texto.asp?id=5359. [30 abr. 2005].

SARAI, Leandro. O paradoxo da prestação de serviço público pela iniciativa privada. Prognose das parcerias público-privadas. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 510, 29 nov. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5987. [30 abr. 2005].

SILVA, Mario Cesar da. Parcerias público-privadas: as realidades de um sonho. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 534, 23 dez. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6087. [30 abr. 2005].

A NOÇÃO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS OBRIGAÇÕES E A SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DOS ATOS DE FALA DE JOHN LANGSHAW AUSTIN.

José Iran Bezerra de Lira Vasconcelos
(Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE).

Algumas palavras preliminares. Plano de exposição.

O presente trabalho, sem muitas pretensões teóricas, pretende apresentar algumas concepções a respeito das Obrigações e, em meio a elas, realizar algumas aproximações entre as Obrigações e a Teoria dos Atos de Fala de John Langshaw Austin.

Exporemos, primeiramente, uma noção do fenômeno obrigacional e depois uma análise das acepções em que é tomado o termo "Obrigação". Em seguida, faremos uma pequena incursão histórica. Por fim, já possuindo algumas noções a respeito das Obrigações e do momento histórico em que atualmente elas se encontram, intentaremos realizar algumas aproximações com a Teoria dos Atos de Fala.

1. Noção. Importância do Direito das Obrigações. Acepções.

Na idéia de obrigação, podemos descobrir dois elementos essenciais: a *limitação*, ou seja, o encadeamento da liberdade psíquica, refreando a expansão da personalidade, e, concomitantemente, o *estímulo*, ou seja, o vão pelo qual se exteriorizam as energias assim refreadas. O primeiro desses elementos age sobre nós negativamente, impedindo um surto de volições capazes de provocar o segundo elemento, ou sacrificando-as, caso não possam ser impedidas, de modo a não deixá-las se exteriorizar.[1]

---

1 Cf. BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 11.

Existe, portanto, um *estímulo*, gerado por um valor, que nos impulsiona a obter algo. O fato de termos de partir para uma relação com outras pessoas, como meio para se obter algo, faz também com que exista uma *limitação* a nossa própria liberdade[2]. Da combinação dessa força inibitória com esse estímulo, resulta o estado de consciência, a que se dá o nome de *obrigação*.[3]

Esses dois elementos não são, evidentemente, forças espontâneas. O estímulo tem sua origem nos valores, os quais, considerados em si, apresentam-se de forma estática, mas quando atribuídos a um objeto, servem como uma força que incita o ser humano a buscar obtê-lo[4]. A limitação, por outro lado, tem sua origem numa prescrição, a qual, por sua vez, nasce do fato do ser humano ter de conter suas necessidades infinitas diante de um mundo que só lhe pode oferecer bens escassos.

O estímulo é, assim, o momento de expansão da subjetividade; a limitação é o seu momento de retração. Por trás de cada um desses elementos existe um ordenamento subjacente que informa os seus conteúdos. O Direito surge, desse modo, como uma tentativa de estabelecer um equilíbrio entre a projeção da vontade subjetiva sobre o mundo e a capacidade limitada do mundo de corresponder a essa vontade – estabelecendo, assim, direitos e obrigações, respectivamente.

Cumprindo, portanto, essa importante função de informar o que cada um de nós pode exigir do mundo e o que o mundo pode exigir de nós, o instituto da obrigação se torna imprescindível em qualquer sociedade. Ao definir direitos e deveres, o Direito das Obrigações dá o suporte econômico da sociedade, pois é por meio de suas definições que os bens e as riquezas hão de circular e a produção será escoada[5]. Tem, por isso, o Direito das Obrigações, uma acentuada importância econômica.

Enquanto o *particular* pensa, primeiramente, em si apenas, limitando-se, em princípio, a contemplar os fins que lhe podem ser úteis, os que quer alcançar, o *ordenamento jurídico*, que criou o Direito das Obrigações e o qual tem de garantir, possui, nesse sentido, *deveres transcendentais*. Seu direito das obrigações tem de "funcionar" bem e para isso tem de se orientar sem perder de vista a *economia como um todo*.[6]

---

2 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. II: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

3 Cf. BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., pp. 11-12.

4 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 21.

5 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 29.

6 Cf. HEDEMANN, J. W. *Tratado de Derecho Civil*, vol. III: Derecho de Obligaciones, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 31.

Não se restringe, porém, a importância do Direito das Obrigações apenas ao campo econômico, pois no campo cultural possui bastante influência – sem se esquecer que também sobre ele influi a vida cultural do povo e de cada um de seus indivíduos.[7]

As relações entre as pessoas podem gerar certos conflitos, os quais, por vezes, necessitam para a sua resolução tão-somente da aplicação de normas jurídicas. Mas isso por si só não basta, é preciso que o Direito das Obrigações *como um todo* esteja penetrado por um sentido moral, quer dizer, esteja relacionado aos valores culturais de um povo. Para se alcançar essa finalidade não se pode, no entanto, esquecer a decisiva importância do momento histórico em que se vive.[8]

O liberalismo do século XIX, por exemplo, do qual há de se falar mais tarde, colocando os valores da liberdade, da vontade individual, da propriedade etc., no centro de sua moral, influenciou diretamente o Direito das Obrigações, o qual, nessa época, valorizando o *princípio da autonomia da vontade*, pouco ou quase nada influenciava nas relações contratuais. Com a decadência do pensamento liberal no início do século XX e mais fortemente após a Guerra de 1914, e a ascensão de um pensamento mais social e intervencionista, o Direito das Obrigações viu-se também em transformação, vindo a intervir de forma mais presente na formação, realização e cumprimento dos contratos.

Possui o Direito Obrigacional, portanto, uma grande importância social, tendo em vista a sua função de regular, entre outras coisas, a circulação de riquezas e a formação de contratos de trabalho. Diz-nos Hedemann que "no hay duda alguna que el *Derecho de obligaciones* (...) facilita a los ricos buenos medios para desarrollar sus riquezas"[9]. De fato, tendo em vista a forma pela qual as leis são feitas. Não obstante, vez ou outra percebemos um princípio moral penetrar nesse direito. O motivo por que isso acontece talvez seja para amansar as massas ou um surto de moralidade no "legislador". Não entraremos, porém, nessa fecunda discussão.

Mas além de sua eminente dialética com os campos econômico, social e cultural, possui o Direito das Obrigações uma importância política. Um Direito Obrigacional bem organizado, aplicado por juízes competentes e cons-

7 Cf. Idem. Ob. cit., p. 25.
8 Cf. Idem. Ob. cit., pp. 25-26.
9 Idem. Ob. cit., p. 26.

cientes de sua posição, contribui para, internamente, gerar segurança jurídica na população como também para aumentar a estima das instituições do Estado. Externamente, por sua própria tendência, seja solitária seja juntamente com o Direito Mercantil, a transpassar as fronteiras de seu país de origem, pode contribuir para a boa imagem do país no cenário mundial.[10]

Possui então o Direito das Obrigações uma grande importância para uma sociedade, seja econômica, seja política, seja social, seja culturalmente. Tendo chegado nós assim a alguma noção do fenômeno obrigacional, assim como tendo uma vaga idéia da sua importância, podemos passar agora a uma análise semântica da palavra.

É de conhecimento geral que o termo "obrigação" – e não só ele, como todo e qualquer termo – pode ser entendido em diversas acepções, as quais, não obstante, muitas vezes guardam entre si uma relação de analogia (extrínseca, intrínseca ou metafórica). O Dicionário Aurélio assim se exprime com relação a ele:

"**Obrigação**. [Do lat. *Obligatione*]. S. f. **1.** Imposição, preceito: *Numa sociedade humana, ao lado de cada obrigação deve estar um direito*. **2.** Dever; encargo; compromisso: 'Primeiro a obrigação depois a devoção' (prov.). **3.** Benefício; favor: *Nada lhe posso negar, pois devo-lhe muitas obrigações*. **4.** Ofício, emprego, profissão. **5.** Serviço, mister; tarefa: *Limpar a casa é sua obrigação quotidiana*. **6.** Escritura pela qual alguém se obriga ao pagamento de uma dívida, ao cumprimento de um contrato, etc.; obriga. **7.** A família: 'Dia e noite o infeliz vivia caído pelos calçados... Uma desgraça! A obrigação passando privações, com a mulher cheia de macacoas e assim mesmo tendo que produzir doces e quitandas que os meninos vendiam pelas ruas' (Bernardo Elis, *Veranico de Janeiro*, pp. 58-57). **8.** Esposa, mulher: 'Nono quis saber como andava a comadre Anerbina Barbosa: | - Como vai a obrigação, compadre Barbosa? Ainda é muito dada a comer grumixama e jabuticaba?' (José Cândido de Carvalho, *Por que Lulu Bergantim não Atravessou o Rubicon*, p. 6). **9.** Grande festa anual da religião dos negros chamada outrora candomblé. **10.** *Jur.* Vínculo jurídico, oriundo da lei ou de ato da vontade, que compele alguém a dar, a fazer ou não fazer algo economicamente apreciável, em proveito de outrem. **11.** V. *debênture*. ? **Obrigação ao portador.** *Jur.* V. *debênture*."[11]

10 Cf. Idem. Ob. cit., p. 35.

11 HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 987.

Apesar dessa grande quantidade de significações, a tradição jurídica vem se restringindo a apenas alguns sentidos, numa tentativa de tornar claro o conceito *jurídico* de obrigação.

Porém, é a opinião de vários civilistas, todas as definições de Obrigação não passam de variações mais ou menos distantes do velho brocardo romano das *Institutas* de Justiniano[12], que nos diz "*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur, alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura*" e da definição de Paulo, segundo a qual "*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum*".[13]

Com isso não se quer dizer que o direito romano estabeleceu de uma vez para sempre os princípios do direito das obrigações, embora não seja de todo falsa essa afirmação. O que do direito romano permaneceu com poucas variações através dos tempos foi o raciocínio lógico-abstrato de suas construções, enquanto que o conteúdo dessas construções, o seu espírito, veio sofrendo inúmeras mudanças de acordo com os valores de cada época.[14]

Poderíamos formar uma extensa lista de conceitos e veríamos apenas pequenas variações que não alterariam a forma lógica das conceituações romanas. Por exemplo: É de se notar que o conceito de Paulo já exprimia de

---

12 Entre eles, Antonio Chaves (CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*, vol. II: Direito das Obrigações, tomo I, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 4), Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, vol II: Obrigações em Geral, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 9), Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II: Teoria Geral de Obrigações, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 9 ss.), Roberto de Ruggiero (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol III: Direito das Obrigações, Direito Hereditário, 6ª ed., Campinas: Bookseller, 1999, p. 35 ss.), Clovis Bevilaqua (BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., p. 48) e, com algumas ressalvas, os Mazeaud (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, vol. 1, Parte Segunda: Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral, Buenos Aires: Europa-América, 1978, p. 4 ss.).

13 "Obrigação é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade" e "A substância da obrigação consiste, não em sujeitar a nós um corpo, ou fazer para nós um servo; mas em constrangê-lo a dar, fazer ou prestar alguma coisa". SERPA LOPES, Miguel Maria de. Ob. cit., p. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., pp. 10-11.

14 Cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD. Ob. cit., p. 34. A esse respeito, v. VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 29 ss; e BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., p. 55.

forma bastante explícita que a obrigação não é um contrato real, senão, um *ato que produz uma força coativa em relação ao devedor*. Os autores modernos não negam a existência desse ato, a divergência decorre da discussão a respeito da sua natureza. Para alguns, como Pothier, tratar-se-ia de um *vínculo jurídico*; para outros, como Aubry *et* Rau, seria uma *necessidade jurídica*; ainda outros, como Polacco, veriam aí uma *relação jurídica patrimonial*. Há também aqueles, como Démogue, que afirmam ser a natureza desse ato a de *situação jurídica*[15]. No entanto, em qualquer uma dessas variações não se perde de vista uma *estrutura relacional* (relação, necessidade, vínculo etc.) de um pólo (o credor) com outro (o devedor, seu patrimônio etc.).

Cabe, porém, salientar que, mesmo na acepção jurídica, proveniente das definições romanas acima citadas, o termo ainda guarda vários sentidos. É o que nos diz Antonio Chaves, citando Tito Fulgêncio:

"Mesmo sob este aspecto, no entanto, a palavra tem várias acepções, sendo empregada para designar, lembra Tito Fulgêncio: '**a.** Ora, a relação de obrigação da técnica do Código alemão, isto é, o estado de direito recíproco derivado para as partes da existência de uma obrigação, a dizer, tanto o direito do credor quanto a obrigação ou dívida do devedor. **b.** Ora, o termo ou elemento ativo da relação obrigacional, isto é, o crédito. **c.** Ora, o valor passivo da mesma, isto é, o débito, não um efeito da relação ou obrigação. **d.** Ora, a causa geratriz da relação obrigacional, o fundamento do vínculo. **e.** Ora, finalmente, o documento ou título que comprova o vínculo, é o laço jurídico materializado'".[16]

15 Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Ob. cit., p. 9 ss.

16 CHAVES, Antonio. Ob. cit., p. 2. Roberto de Ruggiero nos diz: "Em sentido técnico, pois, a obrigação, como a correspondente *obligatio* da terminologia romana, exprime em regra principal e geral a relação jurídica pela qual uma pessoa (devedor) está adstrita a uma determinada prestação para com outra (credor), que tem direito de exigir, obrigando a primeira a satisfazê-la. Mas às vezes emprega-se para indicar apenas um dos lados ou aspectos de que a relação se compõe: o lado passivo para designar o dever do devedor, isto é, o débito, ou o ativo, para designar o direito do credor, isto é, o crédito; mais raramente é adotada para indicar a própria causa geradora da relação" (RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., pp. 34-35). E numa nota: "É pelo contrário mais freqüente, mas menos técnico, o uso da palavra obrigação para designar o documento em que está concretizada" (Ob. cit., p. 35, nota nº 3). E também os Mazeaud: "Se da con frecuencia a la palabra 'obligación' algunos sentidos más restringidos, o diferentes (...) Cuando se opone la obligación al derecho real, sólo se la considera como elemento del activo (...) sinónimo de *crédito* (...) A la inversa, en el lenguaje corriente, la palabra obligación (...) se toma en el sentido restringido de *deuda* (...) En derecho comercial se llama

Maria Helena Diniz, por outro lado, atenta para a distinção entre a *obrigação*, o *dever jurídico* e o *estado de sujeição*. O segundo "é o comando imposto, pelo direito objetivo, a todas as pessoas para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pelo não-cumprimento do comportamento prescrito"[17]. Daí ela conclui que o *dever jurídico* é expressão mais ampla, que abrange a *obrigação*, pois se refere, não só aos deveres oriundos de relações de crédito, mas também aos que provêm de direitos reais, de família, de personalidade etc.[18]

Por sua vez, o *estado de sujeição* não se confunde com a *obrigação*, posto que neste, ao lado do dever jurídico de prestar, tem-se um direito à prestação, enquanto que naquele há somente "uma subordinação inelutável a uma modificação na esfera jurídica de alguém, por ato de outrem (...). (...) no estado de sujeição uma pessoa não terá *nenhum dever de conduta*, devendo sujeitar-se, mesmo contra a sua vontade, a que a sua esfera jurídica seja constituída, modificada ou extinta pela simples vontade de outrem, ou melhor, do titular do direito potestativo [Grifo nosso]".[19]

Tendo visto toda essa parte de conceituação e de análise dos diversos sentidos, por vezes equívocos, do termo "obrigação", podemos, então, partir para um estudo histórico do tema.

2. Sugestão a respeito da relação entre moral e direito nas sociedades simples e nas sociedades complexas. Estudo histórico das Obrigações.

Admitindo-se a natureza social do ser humano, parece quase impossível crer numa coletividade em que seus membros não mantenham entre si quaisquer relações. Em vista disso, afirma Serpa Lopes que "nenhuma sociedade poderia subsistir sem a idéia de contrato[20] (...). Nem seria possível concebê-la, com a exclusão dessa relação de direitos e deveres (...). Há, por

'obligación' al título (...) en que constan ciertos préstamos de dinero (...) En la práctica notarial, la palabra 'obligación' designa igualmente el escrito donde consta un préstamo" (Ob. cit., p. 9).

17 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. II: Teoria Geral das Obrigações, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29.

18 Cf. Idem. Ob. cit., p. 30.

19 Idem. Ob. cit., p. 30.

20 Em verdade, não é a idéia de contrato que decorre das inevitáveis relações entre os indivíduos de uma coletividade, mas a de *promessa*.

conseguinte, uma imperativa necessidade da existência de relações obrigacionais [em qualquer sociedade]".[21]

Serpa Lopes toca num ponto fundamental: nenhuma sociedade conhecida prescindiu da idéia de contrato (promessa), o que significa que inclusive as sociedades primitivas tinham essa noção. Parece-nos residir exatamente nesse ponto a razão pela qual as obrigações são, no direito, um dos pontos de mais íntimo contato com a moral[22] – con-fundindo-se com essa às vezes.

Num trabalho nosso anterior, não publicado, ao fazermos a crítica às relações entre a moral e o direito apontadas por Jean Piaget, sugerimos, sem

21 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Ob. cit., pp. 5-6. Caio Mário da Silva, porém, afirma que "primitivamente não havia um *direito obrigacional* [sic] (...). E, no interior de cada grupo, a falta de reconhecimento de direitos individuais obstava à constituição de relações jurídico-obrigacionais entre seus membros. O surgimento da idéia de obrigação deve ter ocorrido com caráter coletivo, quando todo um grupo empreendia negociações e estabelecia um comércio (...) com outro grupo [Grifo nosso]" (Ob. cit., p. 13). Essa posição nos parece equivocada. Concordamos que em sociedades primitivas (ou simples) não existia o *direito* obrigacional, se com isso entendemos um conhecimento sistematizado ou um *controle social secundário* (v. nota nº 14). Porém, enquanto *controle social primário* (v. nota nº 14), havia sim um direito obrigacional, consubstanciado a vários outros tipos de controle primário. A "falta de reconhecimento de direitos individuais", ainda que ocorresse, não teria sido obstáculo à constituição de relações jurídico-obrigacionais, tendo em vista o *status* social de cada integrante e as expectativas de comportamento ligadas a ela. Essas expectativas, tendo fundamentos morais, jurídicos, religiosos etc., poderiam constituir relações jurídico(moral, religioso etc.)-obrigacionais. Caio Mário parece se apoiar nos argumentos dos Mazeud, que nos dizem que "los pueblos arcaicos [vivían] dentro de una economía cerrada; las permutas, muy raras, se [realizavan] en forma de trueque por medio de procedimientos que [concretavan] la transmisión inmediata de propiedad, pero no [creavan] ninguna obligación" (v. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. Ob. cit., p. 42 ss.). Parecem-nos igualmente equivocados esses argumentos e de uma forma ainda mais grave do que os argumentos de Caio Mário. Obrigação, enquanto obrigação de um direito primário, existe em toda e qualquer sociedade, seja ela simples ou complexa. Mesmo no caso de uma troca, direito real, há sim a obrigação, qual seja, a de entregar a coisa da troca. Também Clovis Bevilaqua nega a existência de um direito obrigacional entre indivíduos de uma sociedade simples, encontrando nas relações entre os grupos sociais o início da construção dos direitos obrigacionais (BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., p. 33 ss.). Decerto, a obrigação coletiva deu início à construção da obrigação de um *direito secundário*. A obrigação do *direito primário* sempre existiu entre indivíduos.

22 "Si en el campo del Derecho Civil hay un sector en el que se exija al jurista la más alta sensibilidad social y la más íntima familiaridad con lo que quisiéramos llamar la ética del Derecho es, precisamente, en éste de las obligaciones" (BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, XV).

grandes aprofundamentos, que o suposto conflito entre moral e direito seria, em verdade, um conflito interno, entre dois estágios do direito: O direito das sociedades simples, consubstanciado a outras formas de controle social, sem destas se diferenciar, o que chamamos de *direito de controle social primário* ou *direito primário*; e o direito das sociedades complexas, diferenciado como um *controle social secundário*, daí o termos chamado de *direito secundário*.[23]

Nossa hipótese é de que a obrigação, enquanto promessa, já existe no controle social primário – em que não há diferenciação entre moral, direito (primário), urbanidade, etc., porque não existe essa diferença. A emergência de um controle social secundário – que possui como espécie o direito (secundário), agora bastante diferenciado de outras espécies como a moral (secundária) e a religião (secundária) – irá tomar elementos do controle primário – tais como a obrigação – e ordená-los de acordo com seus próprios elementos.

Esse movimento é bem visível no caso das obrigações, em que temos uma dívida ou débito, elemento remanescente do direito primário, que ao se integrar a um controle social secundário é posto em relação com a responsabilidade, elemento acrescentado pelo direito secundário. Não iremos, porém, nos prolongar a esse respeito. Passemos ao estudo histórico da obrigação enquanto obrigação de um direito secundário.

De início, podemos observar que, assim como em quase todos os ramos do direito de nossa tradição jurídica, a origem – ou, pelo menos, o início da história – do "direito das obrigações" remonta à Roma antiga – lá é onde vamos encontrar seus fundamentos, suas primeiras formulações e os esboços de vários de seus modernos institutos.

"El trafico origina en todas partes desconsideraciones, que muchas veces pueden ser evitadas tan sólo mediante la aplicación de normas jurídicas. Pero esto no basta, sino que el Derecho de obligaciones *como un todo* há de estar penetrado de sentido moral" (HEDEMANN, J. W. Ob. cit., pp. 25-26).

23 Escrevemos a respeito:

"Nas sociedades 'primitivas' [que chamamos agora de simples], é fácil confundir a instituição com a própria pessoa que a representa. Confundir o temor em relação à instituição com o temor em relação à pessoa faz com o que era um reconhecimento 'inconsciente' da autoridade institucional se misture ao respeito que se tem em relação ao indivíduo que a representa. Assim, se adotarmos a tese de Piaget, a moral se confundiria com o direito com muito mais facilidade e freqüência nessas sociedades – mas queremos salientar que, nesse caso, seria o direito enquanto controle social *primário* (...). Nessas sociedades, não há necessidade de uma separação entre moral e direito [pois não existe tal diferença].

"Com o aumento da complexidade social, as instituições vão ficando cada vez maiores e mais complexas para poderem abarcar as novas necessidades que a sociedade precisa

Os primeiros obrigados como conseqüência de atos jurídico-secundários foram os *nexi* em Roma, plebeus compelidos a pedir empréstimos aos patrícios, pondo suas pessoas como garantia de suas dívidas[24]. Os romanos concebiam esse direito como "um *vinculum juris*, não abstrato, como é hoje, mas bem concreto, tão concreto que, pela obrigação, respondia o devedor *pela sua própria pessoa* [sic], e não pelos seus bens, como hoje em dia [Grifo nosso]"[25], distinguindo assim o direito de crédito dos direitos reais[26].

A expressão originalmente usada, "*nexum*, *de nectare*, ligar, unir, atar (...), significa, ao mesmo tempo, prender, meter na prisão (...). O corpo do devedor é que constituía então a garantia do cumprimento dos compromissos assumidos", os quais, não respeitados, "davam lugar à *manus injectio* (...). Não efetuado o pagamento [da dívida] dentro de 30 dias de prazo, lançava o credor as mãos sobre o devedor (...) levando-o, de mãos ou pés amarrados (por isso eram chamados *vincti*, *ligati*, *obligati*), em cárcere privado durante 60 dias"[27]. Se, por três vezes consecutivas, fazen-

satisfazer. O que ocorre é a 'despersonalização' daquele que representa a instituição. As instituições não são mais representadas por indivíduos, mas por cargos. Talvez por isso a sua autoridade moral sobre alguns indivíduos diminua ou mesmo desapareça e seja criado um controle social *secundário* para garantir o cumprimento das normas institucionais. Esse controle social *secundário* é um outro direito".

Esta nossa posição muito se assemelha à de Herbert Hart, mas com ela não se confunde. O controle social primário decerto possui regras primárias, mas não se limita a elas. Consiste também no respeito à instituição e no temor àquele que a encarna. Além do mais, o fato de não existirem diferenciações entre as regras do controle primário não implica a sua caracterização como "pré-jurídico", o que daria a impressão que não há direito. Já dissemos e voltamos a repetir: O que não há no controle social primário é o *direito secundário*. O direito primário, apesar de não ser distinguido num primeiro momento, por se encontrar com-substanciado ao controle primário como um todo, existe sim. Só nos iremos dar conta, porém, de sua existência quando do surgimento do *direito secundário*, que o irá utilizar como base de seus "institutos". A respeito de regras primárias e regras secundárias v. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

24 Cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. Ob. cit., p. 43.

25 CHAVES, Antonio. Ob. cit., p. 3.

26 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 14. Sobre a distinção entre direitos reais e obrigações, v. BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 1 ss; VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., pp. 27-28; e BEVILAQUA, Clóvis. Ob. cit., pp. 21-23.

27 CHAVES, Antonio. Ob. cit., p. 3.

do-se pregão do crédito correspondente em feiras públicas, ninguém aparecesse, o devedor passava à propriedade do credor.[28]

Entre os povos primitivos, porém, parece ter sido prática comum o devedor dar como garantia a sua própria pessoa. Entre os egípcios, até Bocchoris[29], o devedor insolvente era adjudicado ao credor. Entre os hebreus, o não cumprimento de uma obrigação contratual poderia dar lugar à escravidão do devedor remisso, com a mulher e os filhos.[30]

A razão para isso, conjectura Clovis Bevilaqua, talvez fosse o fato da individualização da propriedade ainda não estar bem acentuada, sendo, portanto, natural que o devedor, nada possuindo de seu, empenhasse sua própria pessoa na solução do débito. Essa garantia pessoal, uma vez estabelecida, manteve-se ainda por longo tempo, mesmo após a extinção das circunstâncias que lhe haviam dado existência.[31]

Nos tempos primevos de Roma, a noção de obrigação apenas pôde se formar por se achar o direito do credor sobre o *ob ligatus* muito próximo ao direito de propriedade do senhor sobre o escravo. O obrigado estava submetido ao domínio físico do credor assim como o escravo e o animal ao poder de seu amo[32]. O que deu margem ao surgimento dessa noção foi a *forma de obtenção do direito* do credor sobre o devedor, distinta da do senhor sobre o escravo.

O direito romano possui um grande apego ao formalismo – característica comum da religião romana (diríamos até, da religião indo-européia) que

28 No antigo direito romano, "estabelecida judicialmente a insolvência do devedor, podia o credor amarrá-lo ou metê-lo a ferros, não tendo que fornecer-lhe, para sustento, mais de uma libra de farinha por dia. Se, passado o tríduo do mercado, o infeliz não arranjava meios com que saldar suas contas, podia ser morto ou vendido além Tibre, não havendo fraude, se, na hipótese de muitos credores, não fossem as postas do cadáver proporcionais ao débito, como previne, com fria e sarcástica dureza, o velho código decemveral" (BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., pp. 40-41). Não se tem certeza se esse "ritual" foi realmente posto em prática. Ele é mencionado por Antonio Chaves (Ob. cit., p. 3) e por Caio Mário da Silva (Ob. cit., p. 15). Os Mazeaud não o mencionam, embora nos falem da possibilidade do devedor ser morto (Ob. cit., p. 43).

29 Bocchoris (*Ra-Ouah Ka Bokenranf*): Faraó da XXIV dinastia, filho e sucessor de Teknakht, reinou entre 720 e 715 a.C. O seu reinado, breve e obscuro, teve, todavia, uma extraordinária fama de sabedoria que, através da tradição egípcia, se difundiu no mundo clássico. Bocchoris virou uma figura legendária por seus feitos militares e por seu trabalho legislativo.

30 Cf. BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., 40.

31 Cf. BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., p. 40.

32 Cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. Ob. cit., p. 43.

se transmitiu ao direito obrigacional. Dava-se mais valor à forma com que se exteriorizava a vontade do que propriamente ao conteúdo desta. Isso porque o consentimento não era a fonte geradora do contrato, mas sim o ato formal dentro do qual ele estava contido para receber corpo e virtualidade no mundo jurídico.[33]

O direito pretoriano foi, pouco a pouco, insinuando elementos novos, até, certo tempo depois, transformá-los na teoria clássica das obrigações, tal como no-la transmitiram as compilações de Justiniano[34]. Sem perder o respeito pela sacramentalidade exterior dos atos, "chegou a declaração de vontade a projetar-se como elemento gerador de direitos e obrigações, preponderando sobre a forma exterior"[35]. Esse mesmo fenômeno, a queda do formalismo, se observa no direito germânico, sendo porém o movimento de simplificação entre esses povos mais rápido do que entre os romanos. O contato entre essas duas culturas, posteriormente, só veio a dar mais vigor a esse processo.[36]

Foi somente no ano 428 de Roma (326 a.C.), com a lei *Pætelia Papiria*, que foi eliminada a possibilidade de se executar a dívida na *pessoa* do devedor, deslocando-se a garantia pelo cumprimento das obrigações para os *bens* de propriedade do devedor[37]. Ao passo que o primitivo *vinculum juris* perdia seu prestígio e a relação obrigacional se tornava cada vez mais impessoal, o formalismo foi perdendo espaço para a declaração de vontade. Essa transformação foi lenta, mas ininterrupta, de modo a tornar possível a apresentação da obrigação pelo *Corpus Juris Civilis* como *provinda da vontade*, sujeitando o devedor a uma *prestação* (que podia ser um *dare*, um *facere* ou um *præstare*).[38]

A expansão da república fez com que a pequena cidade-estado entrasse em contato com diversas culturas, entre elas a cultura grega. O direito

33 Cf. BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., p. 53.

34 Cf, Idem. Ob. cit., p. 53.

35 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 15. "Mas jamais foi admitido completamente que os contratos pudessem ser puramente consensuais" (VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 30).

36 Cf. BEVILAQUA, Clovis. Ob. cit., p. 55.

37 Sobre isso, v. CHAVES, Antonio. Ob. cit., p. 3; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 15 ss.; e MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. Ob. cit., p. 43. No entanto, essa substituição para fazer recair a execução sobre os bens parece ter sido ditada pelas necessidades da evolução da própria sociedade romana (Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 30).

38 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., pp. 15-16.

romano, por influência da filosofia grega, a partir do século VII de Roma, introduziu novas idéias no direito, mais precisamente, idéias morais. Por exemplo, o princípio da restituição do enriquecimento ilícito, que se afirmou desde os tempos de Quinto Mucio Escevola e que se fundamentava na *eqüidade do direito natural*.[39]

Esse movimento teve seu ápice na doutrina dos teólogos e canonistas da "Idade Média", que assimilaram a mentira (*mendacium*) e consideraram como um pecado o fato de não se cumprir a promessa – é o princípio do *pacta sunt servanda*. A moralização das obrigações contratuais se dava por meio da averiguação da *causa* perseguida pelas partes, sendo anuladas quaisquer convenções cuja causa fosse imoral ou ilícita. Nas obrigações extracontratuais, ao darem uma definição ampla da culpa, os canonistas abriram espaço para o conceito de responsabilidade – o estar a pessoa obrigada, em consciência, a reparar os danos causados por culpa sua. As idéias morais dos canonistas, porém, não tiveram senão uma escassa influência sobre os juristas laicos – em especial sobre os glosadores e pós-glosadores – , por demais respeitosos do direito romano, que estava a renascer.[40]

Essas idéias passaram a um segundo plano das preocupações dos redatores do Código Civil francês de 1804. A nova filosofia, que colocava o indivíduo no centro do pensamento, e que se baseava no pressuposto da bondade inata do ser humano, pôs sua preocupação focada sobre a *liberdade*. Como conseqüência, o Código Civil francês de 1804 colocou como um dos seus valores centrais o da *vontade individual*.[41]

A restrição dos direitos de um indivíduo, decorrente de uma relação obrigacional, só seria tolerada se tivesse sua origem no consentimento voluntário daquele que via seus direitos restringidos. Desse modo, a obrigação contratual era a regra do Código Napoleônico, enquanto que a obrigação extracontratual era exceção. O indivíduo pode se obrigar como bem lhe apeteça, tal é o *princípio da autonomia da vontade*. O legislador nada estabelecia em matéria contratual, com exceção de algumas *regras suplementares*, destinadas a facilitar o comércio jurídico e que se baseavam na *vontade presumida* das partes.[42]

---

39 Cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. Ob. cit., p. 37.
40 Cf. Idem. Ob. cit., p. 37.
41 Cf. Idem. Ob. cit., p. 38.
42 Cf. Idem. Ob. cit., p. 35. Diz-nos Venosa: "Recebemos essa influência da legislação francesa, inspirada no liberalismo. O Código Civil de 1916 (...) apresenta princípios que hoje são postos em choque perante o constante intervencionismo do Estado e a publicização do Direito privado (...) Não resta dúvida de que nosso Código revogado era de inspiração liberal" (VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., pp. 30-31).

Mas a autonomia da vontade e a liberdade contratual desde logo se mostraram com freqüência nada mais que uma ilusão, por não haver, em certas situações, liberdade alguma para o contratante. Era o caso dos chamados *contratos de adesão*, tais como o contrato entre aquele que utiliza um transporte público e o que oferece esse serviço[43]. O princípio da autonomia da vontade, portanto, longe de fazer com que reinassem a ordem e a justiça no comércio jurídico, permitiu a exploração dos mais fracos pelos mais fortes.[44]

A exploração do trabalhador pela burguesia industrial levou, no século XIX, a inúmeros conflitos sociais. Para minimizá-los foram estabelecidas, por exemplo, as tarifas e as condições do transporte público, as regras essenciais do contrato de trabalho etc. A legislação buscava (re)estabelecer um equilíbrio entre as partes para a formação do contrato. Diz-se então que o contrato é "dirigido". Mas não bastava unicamente deixar as partes em equilíbrio para a formação do contrato, fez-se necessário *impor* alguns requisitos fundamentais, como o salário, a duração de trabalho, a salubridade etc., no caso do contrato de trabalho. São os *contratos impostos*[45]. As antigas regras suplementares começam a perder espaço para as regras impositivas.[46]

Os tribunais, por sua vez, também intervieram no sentido de assegurar maior moralidade nas relações entre os indivíduos. Retomaram a idéia de causa, desenvolvida pelos canonistas, escrutando as causas perseguidas pelos contratantes, anulando os contratos concluídos com um objetivo imoral. Generalizaram o princípio do enriquecimento sem causa. Aplicaram ao cumprimento dos contratos a teoria do *abuso do direito*.[47]

A legislação, por outro lado, além de estabelecer algumas condições e de impor alguns requisitos, agora intervinha no próprio cumprimento do contrato, liberando a parte no caso de sua prestação se tornar por demais onerosa ou atenuando o seu débito[48]. Essas intervenções do Estado nas relações

43 Cf. Idem. Ob. cit., p. 39.
44 Cf. Idem. Ob. cit., p. 36.
45 Cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. Ob. cit., p. 39.
46 Cf. Idem. Ob. cit., p. 40.
47 Cf. Idem. Ob. cit., p. 38.
48 Cf. Idem. Ob. cit., p. 40. Diz-nos Venosa: "Temos de encontrar um meio-termo, o que procurou fazer [o Código Civil de 2002] (...) entre o espírito liberal do Código, que dá confiança ao indivíduo e sua vontade, e a corrente social que, sob o manto da justiça social e das necessidades modernas de produção, procura inserir o indivíduo numa disciplina coletiva" (VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit., p. 31).

contratuais se fizeram necessárias para a manutenção da ordem, de modo a deixar as massas adormecidas.

Podemos admitir, de uma forma bem geral, dentro das pretensões desse trabalho, que esse é o momento histórico em que vivemos. A intervenção estatal na realização de contratos e a (re)admissão (explícita) dos princípios morais no discurso jurídico, eis o prisma pelo qual compreendemos (ou devemos compreender) as Obrigações. Não obstante, sem desprezar nosso momento histórico, procuraremos realizar uma aproximação entre as Obrigações e a Teoria dos Atos de Fala.

3. As "Reviravoltas". Hart e Austin. Obrigações e Teoria dos Atos de Fala.

Bem conhecida é a "reviravolta lingüística" de fins do século XIX, início do século XX. Com ela, a filosofia voltou suas preocupações para o problema da linguagem, analisando-a, nesse primeiro momento, nos seus aspectos sintático e semântico. Frege, Husserl, Carnap e Russel foram alguns de seus principais autores, chegando ao seu cume com o primeiro Wittgenstein e seu Tratado Lógico-Filosófico.

Foi esse mesmo Wittgenstein, como bem se sabe, que em suas Investigações Filosóficas apontou para o aspecto pragmático da linguagem, o que veio a configurar a chamada "reviravolta pragmática". John Langshaw Austin possui o mérito de ter sido o primeiro a tentar construir um sistema a partir desse novo horizonte. Ao mesmo tempo, Heidegger, e mais tarde Gadamer, dariam corpo à "reviravolta hermenêutica".

Essas três "revoluções" deram nova base à filosofia, novos horizontes de raciocínio. Tais mudanças repercutiram também no direito, despertando os jusfilósofos para a possibilidade de abordar problemas clássicos da teoria do direito à luz dessas novas concepções. Coube a H. L. A. Hart recepcionar a filosofia da linguagem no campo da Teoria do Direito.[49]

Em um trabalho intitulado "The Ascription of Responsibility and Rights", de 1949, Hart sustentou a idéia de que a linguagem jurídica não se limitaria a funções meramente descritivas ou prescritivas. Segundo ele, haveria sentenças, não só na linguagem jurídica, como também na linguagem

49 COSTA, Eduardo. *Teoria dos Atos de Fala e Teoria do Direito: Elementos para uma Discussão*, dissertação de mestrado, UFPE, 2001, pp. 132-133.

comum, cuja função primordial seria *fazer coisas*, função esta por ele chamada "*ascriptive*" (atributiva, declarativa)[50]. È evidente a influência de John Langshaw Austin e a noção de proferimentos performativos.

Quando, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil nos diz que "Brasília é a capital federal" ela não está meramente descrevendo um fenômeno, ou prescrevendo um estado de coisas, mas, antes de tudo, está atribuindo à cidade de Brasília essa característica, a está tornando uma capital.

Levar em conta a "ascriptive function" da linguagem jurídica nos faz ter outra visão a respeito da própria estrutura das regras jurídicas. Apesar da fórmula "Dada uma Hipótese de Incidência deve ser uma Prestação ou dada a não Prestação dever ser uma Sanção" funcionar bem em determinados casos, tal não ocorre, por exemplo, quando estamos falando de um casamento ou de um contrato, isso porque não existe sanção alguma se não se consegue reunir todos os pré-requisitos necessários para a sua formação.

Tenta-se remendar essa falha identificando na nulidade do ato jurídico a sua sanção. Ora, em qualquer sentido que procuremos entender "sanção" sempre veremos que ela consiste na reprovação ou na aceitação *de algo*. Quando, no casamento ou no contrato, não se conseguem reunir os pré-requisitos para a sua formação eles sequer conseguem juridicamente existir. Como se pode então aplicar uma sanção a algo que não existe juridicamente?

O casamento e o contrato, portanto, são exemplos da "ascriptive function" da linguagem jurídica. Assim como os proferimentos performativos, é preciso que existam certas condições para que possam existir (para serem *felizes*, no dizer de Austin). A obrigação, portanto, surge da *felicidade* dos seus pré-requisitos necessários. Em seu livro "*How to do Things with Words*", John Langshaw Austin nos fala a respeito das condições para performativos felizes. Lembremo-nos dessas condições, aplicando-as à obrigação:

50 HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. *Logic and Language*, Oxford: Basil Blackwell, 1952, p. 145. Eduardo Costa traduz o termo "ascriptive" por "atributiva", o que, ao nosso ver, nos parece equivocado. A correspondência entre esses termos não é completa, sendo mais adequada a utilização de "atributiva" para o termo "attributive". "Ascriptive" possui dois sentidos, 1) atribuição e 2) declaração. Portanto, não é por acaso que Hart o utiliza, pois a "ascriptive function" da linguagem jurídica não é mera atribuição de direitos e deveres, mas também *declaração*. Essa intenção parece se confirmar na página 159, quando ele explica que, ao dizermos a uma pessoa "Isso é seu", temos apenas a intenção de *designar* (*ascribe*) um direito que, de acordo com as circunstâncias, parece já ter sido atribuído a ela.

"(A.1) Deve existir um procedimento convencionalmente aceito, que apresente um determinado efeito convencional e que inclua o proferimento de certas palavras, por certas pessoas, e em certas circunstâncias; e, além disso, que"[51]

A respeito da condição A.1. poderíamos dizer que há, realmente, um procedimento convencionalmente aceito, cujo efeito convencional, que não prescinde do proferimento de certas palavras, por certas pessoas, e em certas circunstâncias, é a assunção de uma obrigação. Poderíamos, portanto, assim especificar para o caso de uma Obrigação a condição A.1. em que uma pessoa invoca um procedimento convencionalmente aceito que requer algumas qualidades das partes, a saber, ser adulta e plenamente capaz. Segundo esse procedimento, se uma das pessoas profere, numa circunstância apropriada – frente a testemunhas, por exemplo, ou diante de um juiz, ou ainda ao assinar um pedaço de papel (um contrato) –, seja por meio da voz, seja por meio da escrita, a proposição "Eu me obrigo a prestar tal coisa a você, credor", e sendo o credor uma outra pessoa adulta e plenamente capaz, estar-se-á obrigando a cumprir uma prestação para com o credor.

"(A.2) as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado".[52]

Num caso particular, D é uma pessoa adulta, plenamente capaz, e C é também uma pessoa adulta, plenamente capaz, e ambos se encontram numa circunstância apropriada para a consecução de uma obrigação. E essas qualidades são adequadas ao procedimento invocado.

"(B.1) O procedimento tem de ser executado, por todos os participantes, de modo correto e"[53]

D profere a proposição "Eu me obrigo a prestar tal coisa a você, credor" corretamente para C e para as testemunhas ou o juiz; ou então D escreve corretamente essa frase – ou a assume, por meio da assinatura – num papel (um contrato).

51 AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer – Palavras e Ação*, Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, p. 31.
52 AUSTIN, John Langshaw. Ob. cit., p. 31.
53 Idem. Ob. cit., p. 31.

"(B.2) completo".[54]

D profere a proposição e C, assim como as testemunhas ou o juiz, pôde ouvi-la ou lê-la perfeitamente.

"(Ã.1) Nos casos em que, como ocorre com freqüência, o procedimento visa às pessoas com seus pensamentos e sentimentos, ou visa à instauração de uma conduta correspondente por parte de alguns dos participantes, então aquele que participa do procedimento, e o invoca deve de fato ter tais pensamentos ou sentimentos, e os participantes devem ter a intenção de se conduzirem de maneira adequada, e, além disso"[55]

D, ao proferir a proposição "Eu me obrigo a prestar tal coisa a você, credor", tinha, realmente, a intenção de se obrigar a prestar tal coisa ao credor, assim como C e as testemunhas ou juiz acreditavam, de fato, que D assim se comportaria.

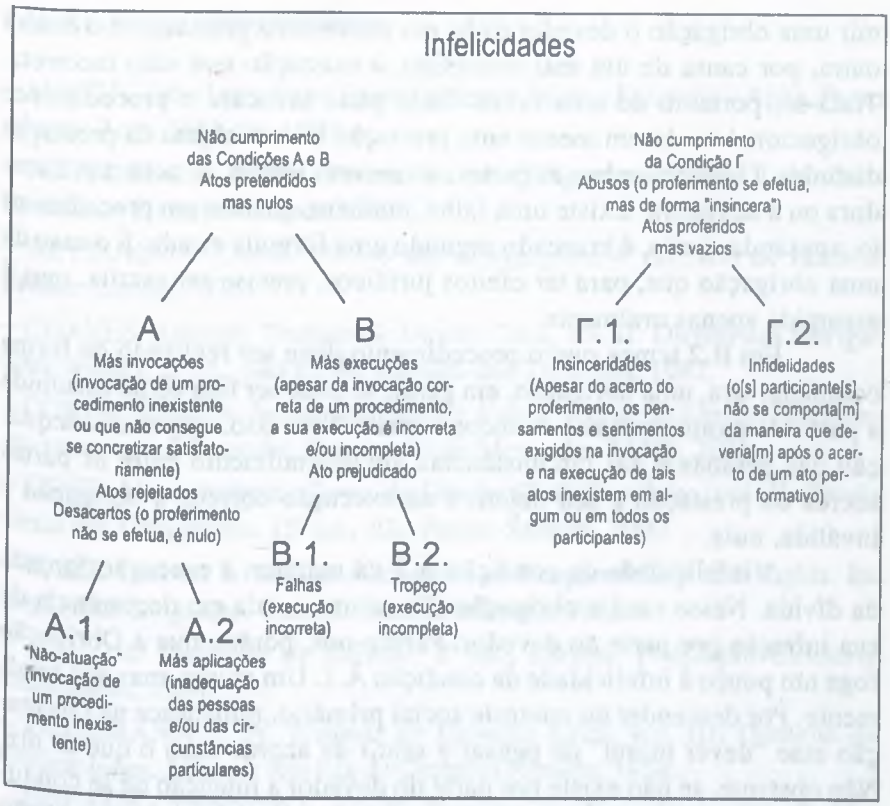
"(Ã.2) devem realmente conduzir-se dessa maneira subseqüentemente".[56]

D presta a obrigação que prometera a C.

Violar as regras A ou B implica a não concretização do ato. Violar as regras Ã não implica a não concretização do ato, embora isso venha a constituir uma insinceridade, um desrespeito ao procedimento. As primeiras violações são desacertos, e o procedimento invocado é esvaziado de sua autoridade e seus atos são nulos ou sem efeito; as segundas, abusos, e os atos, apesar de não serem nulos nem serem sem efeito, não são levados a cabo.[57]

O quadro a seguir exemplifica tudo[58]:

54 Idem. Ob. cit., p. 31.
55 Idem. Ob. cit., p. 31.
56 Idem. Ob. cit., p. 31.
57 AUSTIN, John Langshaw. Ob. cit., pp. 31-32.
58 Idem. Ob. cit., p. 33.



A obrigação, de acordo com a condição A.1, além de existir, deve ser um procedimento convencionalmente aceito. Ao que nos parece, não se pode enquadrar as Obrigações nesse tipo de infelicidade. A Obrigação é um procedimento aceito convencionalmente, está previsto no Código Civil. Não se pode, portanto, alegar a inexistência desse procedimento.

O caso, porém, muda quando encaramos as infelicidades da condição A.2. Pode acontecer de as pessoas e/ou as circunstâncias serem inadequadas para a formação de uma obrigação. Uma prestação, por exemplo, cujo objeto seja ilícito ou indeterminável ou impossível de se realizar natural ou juridicamente irá tornar nula a obrigação, pois são inadequadas suas circunstâncias. Um contrato que tenha como uma das partes uma pessoa absolutamente incapaz sem seu representante também será nulo, pela inadequação das pessoas envolvidas.

As infelicidades da condição B.1 não se remetem mais às pessoas ou às circunstâncias, mas o *modo* pelo qual uma obrigação surge. Se ao assu-

mir uma obrigação o devedor tinha em mente uma prestação e o credor outra, por causa de um mal-entendido, a execução terá sido incorreta. Trata-se, portanto de uma falha. Cada parte invocara o procedimento obrigacional tendo em mente uma prestação ou um objeto da prestação distintos. Ou pior, ambas as partes, ao mesmo tempo, se acharam a credora ou a devedora. Existe uma falha, também, quando um procedimento, apesar de aceito, é invocado segundo uma fórmula errada. É o caso de uma obrigação que, para ter efeitos jurídicos, precise ser escrita, mas é assumida apenas oralmente.

Em B.2 temos que o procedimento deve ser realizado de forma completa. Ora, uma obrigação, em geral, só pode ser tida como assumida a partir do momento que o devedor a aceite. Sem isso, apesar da adequação das pessoas e das circunstâncias, do entendimento entre as partes acerca da prestação e seu objeto e da execução correta, a obrigação é inválida, nula.

A infelicidade da condição Ã.2 dá margem à execução forçada da dívida. Nesse caso a obrigação não se torna nula em decorrência de sua infração por parte do devedor. Parece-nos, porém, que a Obrigação foge um pouco à infelicidade da condição Ã.1. Um pouco, mas não totalmente. Por descender do controle social primário, remanesce na Obrigação esse "dever moral" de pensar e sentir de acordo com o que se diz. Não obstante, se não existe por parte do devedor a intenção de se conduzir da maneira prometida, bastante provável é a infração da condição Ã.2. Existe, portanto, uma relação muito próxima, não podendo Ã.1 ser, assim, simplesmente descartado.

4. Considerações finais.

Intentamos nesse trabalho apresentar uma noção geral a respeito do fenômeno obrigacional, assim como, em breves palavras, a sua evolução histórica e, de forma bastante superficial, uma aproximação entre a Teoria das Obrigações e a Teoria dos Atos de Fala.

Ao fim de nossa exposição, pensamos ter de fato demonstrado a possibilidade de se pensar uma Teoria das Obrigações dentro de uma Teoria dos Atos de Fala. Esperamos futuramente poder realizar um estudo mais aprofundado a respeito.

5. Referências bibliográficas

– AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer – Palavras e Ação*, Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

– BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

– BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

– CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*, vol. II: Direito das Obrigações, tomo I, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

– COSTA, Eduardo. *Teoria dos Atos de Fala e Teoria do Direito: Elementos para uma Discussão*, dissertação de Mestrado, UFPE, 2001.

– DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. II: Teoria Geral das Obrigações, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

– HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: *Logic and Language*, Oxford: Basil Blackwell, 1952.

– _____. *O Conceito de Direito*, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

– HEDEMANN, J. W. *Tratado de Derecho Civil*, vol. III: Derecho de Obligaciones, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

– HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

– MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, vol. 1, Parte Segunda: Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral, Buenos Aires: Europa-América, 1978.

– PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II: Teoria Geral de Obrigações, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

– RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol III: Direito das Obrigações, Direito Hereditário, 6ª ed., Campinas: Bookseller, 1999.

– SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, vol. II: Obrigações em Geral, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

– VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. II: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

A noção e a evolução histórica das obrigações e a sua relação com a teoria dos atos de fala de John Langshaw Austin.

USUCAPIÃO SOCIAL: RUPTURA CONSTITUCIONAL OU CONSTRUÇÃO SOCIAL?

Renata Celeste Sales Silva
(Aluna da Graduação da Faculdade de Direito do Recife 8º período).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito e natureza jurídica; 3. Um panorama da constitucionalidade: dualidade; 4. Da significação sociológica: aspectos reais; 4.1. Justiça social e modernidade no Direito; 4.2. Relevância e consequência da usucapião social: o paradigma atual; 5. Considerações Finais; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Todos os sistemas que compõem a nossa realidade e a representam, a sociedade, a cultura, a política, o indivíduo e a comunidade, as classes sociais, todas essas faces formam a conjuntura atual e necessitam de uma melhor estruturação em vista da esquiva que nosso sistema modelador realiza para não solucionar as discrepâncias do meio.

Pensando o Direito como instrumentalizador de soluções possíveis e como mecanismo útil a diminuição das contradições sociais, talvez encontremos um melhor caminho para explicar esse novo instituto apresentado pelo Código Civil, qual seja o usucapião social ou desapropriação judiciária, como desejam alguns.

Caberá um esboço da situação que cerca a propriedade na esfera do Direito, assim como no plano da realidade social do país. A pretensão, aqui, não encontra assento em formar verdades absolutas, antes se trata de um breve estudo a garantir ou não, a coerência e legitimidade dessa nova proposta de aquisição da propriedade.

A sistemática é trilhar um espaço desde a conceituação, natureza jurídica, forma e finalidade da usucapião social, assim como entrever sua adequação ao princípio que rege modernamente a propriedade, ou seja, a função social. A partir desse ponto se segue a tentativa de amalgamar esse modo de usucapião e justificar até onde ele deriva da Modernidade do Direito e da sociedade. Até onde se insere num panorama democrático de distribuição de meios na sociedade.

2. Conceito e Natureza Jurídica

O multidenominado instituto, usucapião social ou desapropriação judiciária está previsto no Art. 1.228, § 4º do Código Civil. Consiste na possibilidade da aquisição de propriedade por parte de um grupo que ocupar a área por mais de cinco anos ininterruptos e no local desenvolver atividades consideradas de interesse social e econômico para o juiz. *Ipsis literis :*

> "§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé,por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante."

Como demonstra o parágrafo constitui uma forma de perda e aquisição da propriedade fundada na função social da propriedade, embora o termo não apareça expresso no mencionado artigo. Temos que a função social é um aparato idealizado e previsto normativamente desde a elaboração da Constituição de 1988.

O motivo do respaldo à função social encontra explicação na conjuntura moderna de ordem social que tem o padrão de Democracia como esteio. Após um sistema de repressão das liberdades e anotando as diferentes classes sociais, o projeto constitucional de 1988 buscava abertura para uma implantação democrática que respaldasse a liberdade e igualdade de condições. Mesmo necessitado de eficácia real, o projeto normatizava uma forma com base em princípios sociológicos.

Em relação ao direito de propriedade a Constituição o trata em seu Art. 5º,XIV e nos arts. 183,184,185 e 186. Prevendo o direito de Ter, assim como perder a dita propriedade.

O disposto na Constituição serve como ferramenta, assim, na problemática da especificação da natureza jurídica da desapropriação judiciária, emprestando argumentos tanto àqueles que a consideram inconstitucional, como aos que advogam sua constitucionalidade.

Dada a inovação do Código Civil, fácil é prever que a matéria ainda não possui uma solução consensual. A coesão sobre a matéria inexiste, não se encontrando juntos a uma mesma razão nem mesmo os pertencentes a uma mesma corrente.

A temática adentra para uma órbita de valores, onde há a defesa de que o art. 1228, §4º atenta contra o direito à propriedade de um lado e de outro a explicação de que o citado artigo preza pela função social da propriedade e encontra previsão desde a Constituição.

Assim, torna-se patente somente uma conclusão a qual se descortina na ausência da certeza sobre o caráter da usucapião social prevista no Código Civil. Resta aos instrumentadores do Direito melhor acuidade no estudo da questão.

Em vista da pouca literatura e nenhuma jurisprudência até o momento, resta-nos a análise do tema em busca de sua suposta legitimidade, lembrando que a finalidade não é a verdade absoluta, sendo bom lembrar a própria fragmentariedade que norteia a aplicação do direito, devido a pluralidade de situações observadas. Entretanto não nos afasta de optar pela razoabilidade no comento do tema a fim justificar sua validade ou invalidade.

3. Um Panorama da Constitucionalidade: dualidade

Como foi visto, não existe um consenso em torno dessa forma especial de usucapião. Alguns juristas sustentam sua inconstitucionalidade baseando sua argumentação no fato de que tal forma de perda de propriedade desconstitui o enunciado no Art.5º, XXII da CF/88.

Para Carlos Alberto Dabus Maluf[1] o admitido no Código Civil desnatura o direito à propriedade, além de incentivar a invasão de glebas urbanas e rurais. Entende como uma burla ao cidadão que mantém a propriedade e garante o pagamento dos impostos do imóvel. O mesmo, questiona a legitimidade dos juízes para arbitrar o valor da indenização e considera que o dispositivo torna-se ainda mais ilegítimo quando observado ao lado da Lei 10.257/01, Art. 10, Estatuto da Cidade, onde está expressa a desapropriação de terras acima de duzentos e cinquenta metros quadrados.

A negativa do dispositivo se baseia na suposta inconstitucionalidade do artigo. Caio Mário[2] se posiciona contrário à aplicação do instituto entendendo como inválido o excesso de poder denotado aos juízes, enxerga no dispositivo uma possibilidade de haver injustiça em sua aplicabilidade no caso concreto. Da mesma forma que Caio Mario, Hely lopes Meirelles[3] assegura a

1 DABUS, Carlos Alberto. *Novo código civil comentado*. Coordenador: Ricardo Fiúza.
2 *Apud* NOBRE JR, Edilson Pereira. *Perfil do Usucapião Constitucional.www.jus.com.br/artigos*
3 *Apud Op cit.*

inconstitucionalidade do dispositivo classificando-o como evidente manisfestação do poder de Império contrário a uma organização democrática.

Em outro viés encontramos juristas favoráveis ao novo tipo de aquisição e perda de propriedade. Para aqueles que entendem constitucional o instrumento a maior justificativa está presente no cumprimento da função social da propriedade.

Sílvio Venosa destaca a socialidade do dispositivo e a contribuição para a diminuição das margens de diferenciação[4]. Miguel Reale também realça o alto alcance social da norma, assemelhando o disposto a uma desapropriação indireta[5]. Tepedino e Schreiber acreditam que o Código Civil impôs a valoração da titularidade da propriedade baseada na atuação positiva, inserida na radicalização da função social inerente ao Direito.[6]

O próprio relator do projeto parece não Ter um posicionamento fechado, acolhendo argumentos tanto em pró da constitucionalidade como contra esta.

Deriva dessa irregularidade que cerca o usucapião social a presente problemática em lhe atribuir validade e eficácia ou declará-la fora dos preceitos constitucionais.

4. Da significância sociológica : os aspectos reais

Passamos ao plano da realidade habitacional do país. Primeiro, estamos inseridos em um contexto absolutamente discrepante onde as contradições sociais ao longo dos anos parece se evidenciar cada vez mais.

Desde a década de oitenta os movimentos sociais se intensificam pelo Estado, no entanto a política social ainda não implementou um modelo estrutural de sociedade que se mostre satisfatório. A diferença entre classes sociais ainda é uma forte evidência na nação.

Dentre os movimentos sociais, aqueles que pleiteiam espaço para produção e moradia sempre estiveram em destaque. A reforma agrária é uma constante nas ações populares, junto à reforma agrária caminha o movimento dos "sem-teto". Ambos partilham de um mesmo objetivo, sendo diferenciados apenas pela

4 *Apud* BERNARDES, Juliano Tavares. *Sobre as mudanças no usucapião. www.jusnavigandi.com.br/doutrina*

5 *Apud* VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Código Civil, vol. XVI*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

6 Apud ALBUQUERQUE, Marina Câmara. *Perfis do Usucapião. www.jusnavigandi.com.br/doutrina.*

conjuntura espacial em que acontecem. O primeiro revela uma fissura na zona rural, o segundo uma verdadeira rachadura nas cidades grandes.

Ao Direito importa se posicionar diante dessa realidade, pois uma mudança de estrutura social e política não pode ocorrer sem antes haver uma mudança também no Direito. Essa conclusão é simples, visto que um Estado se organiza e funciona de acordo com normas ratificadas pelo judiciário.

Aqui temos um entrelaçamento entre bases sociológicas e o Direito, a Constituição dispõe o direito à moradia como fundamental e preza pelo cumprimento da função social.

Sociologicamente temos uma sociedade estratificada, onde os excluídos estão cada vez mais excluídos e os incluídos cada vez mais incluídos. Lênio Streck afirma que 8% da população concentra quase toda a riqueza[7]. Esse fosso social atinge todos os níveis, mas principalmente leva a Constituição para um planos meramente de idéias. Nesse contexto se evidencia a importância do direito para democratizar a justiça.

Compete ao Direito a racionalização do Estado, a aplicabilidade de distribuição de justiça mais equitativamente. Nesse sentido, o usucapião social ou a desapropriação judicial como querem outros parece primar pela busca de uma aplicação das normas estabelecidas na realidade social do Estado. O Código Civil ratifica a Constituição no sentido de que a propriedade não é tão somente um direito, consiste também em um dever. Esse dever se traduz em sua função social, na relevância do interesse público em detrimento ao campo do interesse privado.

O direito civil forma assim um mecanismo sistêmico de atuação voltada para uma melhor distribuição, para uma formação democrática. A implantação de valor democrático parte de uma justiça democrática e uma justiça democrática advém de um direito escalonado em bases que respeitem a democracia.

4.1 Justiça social e Modernidade no Direito

O fenômeno da modernidade não configura um modelo novo. A implantação da Modernidade se inicia desde a Revolução francesa, onde foram consagrados os valores da igualdade, liberdade e fraternidade.

---

7 STRECK, Lenio luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

Destes valores a experiência mostrou que a validade de tal assertiva revolucionária somente se daria caso a igualdade fosse respeitada. Residiu, então, na igualdade o coroamento e a falência da Modernidade, uma solução e um problema. Fato é que a igualdade defendida e demonstrada por séculos nunca se efetivou, não passou de uma realidade aparente. Adormecia aí, o mito da democracia.

Talvez tenha sido essa conclusão imaginada pelo Marquês de Sade[8] no séc. XVIII que subsidiou o próprio Marx no desenvolvimento de sua crítica anti-capitalismo e da sua solução proletária, solução pela igualdade, pela salvação dos valores modernos.

Esses valores de modernidade ficaram pulverizados em todos os sistemas de poder, como lembra Foucault. Entretanto, o sistema jurídico talvez tenha encenado o papel mais paradoxal no decorrer da história.

O Direito valorizado como detentor da justiça e responsável pela distribuição da igualdade nunca teve o capital jurídico distribuído de forma igualitária, como diz *Boaventura de Sousa santos*[9]. A conclusão é: a modernidade não alcançou aplicabilidade, andou no campo Kelseniano do *dever-ser* com a agravante da sanção Ter sido aplicada contra a esfera social de maior carência.

Esse relato consistiu tão somente em assegurar que os valores da modernidade não se fizeram concretizar em todas as áreas, nem em todos os Estados. Entre os Estados, os subdesenvolvidos ficaram mais atrelados a uma forma antiquada de modernidade, derivando daí o que podemos observar hoje como uma modernidade tardia.

O Brasil observa um sistema arcaico e ultrapassado de solucionar diversos conflitos, a distribuição de renda comporta um modelo arcaico, expropriatório da maioria. O país não avançou regularmente e somente hoje começa um discurso de modernidade, de valorização da coletividade. Somente hoje procura-se salientar a importância da *Filosofia da* práxis em detrimento ao conceito vazio.

É inadmissível a existência de conflitos sociais por terra e moradia ainda hoje, mas o país sedimentou essa problemática, valorizando o discurso vazio de ação.

---

8 SADE. Marquês de. *A filosofia na alcova.* Ed. Iluminuras, 1999.

9 SANTOS. Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência,* São Paulo: Cortez. 2001.p.206.

Talvez esteja presente aqui uma das grandes justificativas para a aplicação da desapropriação judicial. O debate sobre sua materialidade constitucional ou não, poderia até mesmo ocupar um segundo plano se pensássemos que essa regulamentação do Direito civil significa um avanço na democratização da justiça e da sociedade.

A hermenêutica do Art. 1.228, §4º e 5º, deverá ser mais extensiva descurando da norma pela norma e apresentando a norma como ação comunicativa da práxis social.

4.2 Relevância e consequência da usucapião social : paradigma atual

Sobre uma ótica dogmática, assim como outros dispositivos no novo Código, o art. 1228/ §4º e 5º, introduz uma renovação no ordenamento. Constituindo uma situação nova que carecerá da equidade do juiz na interpretação e aplicação ao caso concreto.

O artigo 1.228 inova o Direito à propriedade suscitando uma ampla discussão que envolve a legislação já existente acerca da propriedade. Assim, o art. 5º,XXII,XXIII,XIV, da CF/88 que regula a propriedade, além dos arts. 183,184,185,186 da CF/88 que regulam o conhecido usucapião constitucional e os artigos do Estatuto da Cidade, principalmente o art.10 que prevê uma forma especial de desapropriação vêm à tona embasando e ao mesmo tempo pondo em xeque o dispositivo do novo código.

Nesse contexto, o visualizado é um problema de ordem jurídica que requer regulação prática. Como na prática ainda não existe casos que amparem o disposto no código, parece cedo para prever seu funcionamento dentro da esfera jurídica.

Como consequência jurídica, além do debate envolvendo outras normas, nota-se uma ratificação da observação de esferas de valores atinentes ao direito à propriedade. Solidificando a tese de que propriedade constitui direito-dever.

Sob uma roupagem sociológica, configura mais um instrumento de democratizar a sociedade. Significando um avanço, naquilo que constitui a distribuição de igualdades.

Pode-se dizer que representa uma socialização do Direito e do Estado, realizando uma democracia, que seria a democracia de espaço. Tudo

isso pautado sobre a valorização do interesse público e a concretização da função social.

5. Considerações Finais

Depreende-se do texto a significação do usucapião social, o qual se realiza da posse ininterrupta de um grupo de pessoas por mais de cinco anos que desenvolvam serviços de interesse público e obedeçam a função social da propriedade.

Como foi visto, dada a inovação desse tema diversas polêmicas são suscitadas. Aos que arbitram sua inconstitucionalidade, surgem críticas sobre quem seria responsável pelo pagamento da indenização, assim como debates sobre a legitimidade do juiz para estabelecer a quantia, outra questão diz respeito ao tamanho da área a ser considerada.

Todas essas questões montam-se para justificar que o dispositivo do Código Civil atenta absolutamente contra o direito à propriedade. De tais questionamentos surgiu também uma proposta de modificação contida no projeto 6.960/2002 do também relator, Carlos Alberto Dabus. Esse projeto revoga o art. 10 do Estatuto da Cidade e modifica o art. 1.228 do NCC, sinteticamente modifica a forma especial de conseguir a propriedade.

Por outro lado, para aqueles que vêem na inteligência do artigo total amparo constitucional, surge a questão concernente ao dever da função social da propriedade. O caso centra-se, assim, na realização social, no valor da coletividade e na importância do Direito estar em consonância com a realidade do país.

A propriedade não existe por si, mas para cumprir uma meta social, para alcançar o máximo de pessoas, não para reproduzir desigualdade. Entretanto, em se tratando de uma matéria nova, desprovida de jurisprudência, não se pode determinar com exatidão sobre sua aplicação.

Contudo, parece mais razoável acolher os princípios sociais abordados na Constituição e que devem estar presentes na aplicação do Direito. Assim se apresenta mais legítima a importância garantida à função social da propriedade ao avesso do simples direito à propriedade privada, até porque a inovação do Código Civil tem por escopo a consagração do direito à propriedade nos esteios constitucionais, seja então, um direito-dever.

À partir da leitura do direito à propriedade como também um dever, a proteção à propriedade transcende a esfera do legalismo formal, pois somente se emprestará garantia à propriedade quando esta estiver cumprindo seu

papel social previsto na Constituição. De forma que a possibilidade de usucapião social elencada no Código Civil está em total acordo com o estipulado na Carta Magna de 1988.

Simplificando, o sentido da nova previsão do Código Civil é proteger a Função Social da Propriedade e praticar a finalidade do Estado social Democrático. Nessa esteira a nova letra de lei se aproxima do espaço coletivo ao individual, podendo viabilizar resultados em conflitos sociais. O esforço é para não alimentar a desigualdade e sim, democratizar a justiça realizando a democracia.

6. BIBLIOGRAFIA

DABUS, Carlos Alberto. *Novo código civil comentado.* Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2004.

———————*REFLEXÕES SOBRE MUDANÇAS OCORRIDAS NO NOVO código civil no condômínio e na propriedade. www.jus.com.br/artigos*

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil, vol. 4.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais.* Ver e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARMO, Roberto Kaiserlian. *Direito Civil: Direito das coisas.* São Paulo: Harbra,2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol. IV.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIETRO, Maria Zanella de. *Direito Administrativo*, Atlas, 2004.

ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro, Impetus, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas.* Rio de Janeiro:Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol.5.* São Paulo: Atlas, 2004.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Código Civil, vol. XVI*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Direito e Legitimidade. Organizadores: Jean Cristophe Merl e Luiz Moreira. São Paulo: ed. Landy, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2004.

SANTOS. Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____ *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência,* cortez,2002.

STRECK, Lenio luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

Osório, Letícia Marques. *Estatuto da cidade e reforma urbana : novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris,2002.

ARTIGOS:

CAMBI, Eduardo. *ASPECTOS INOVADORES DA PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL*

In Consulex : Revista Jurídica, v.7, n.156, p.51-57, jul. 2003.

Chalhub, Melhim Namem. Título *Função social da propriedade.* In Revista da EMERJ, v.6, n.24, p.301-313, 2003.

Cordeiro, Carlos José. Título *Usucapião constitucional urbano : algumas considerações sobre a área usucapível.* In Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia, v.31, n.1/2, p.119-139, dez. 2002.

ARTIGOS DA INTERNET:

BERNARDES, Juliano Tavares. *Sobre as mudanças no usucapião. www.jusnavigandi.com.br/doutrina*

ALBUQUERQUE, Marina Câmara. *Perfis do Usucapião. www.jusnavigandi.com.br/doutrina*

NOBRE JR, Edilson Pereira. *Perfil do Usucapião Constitucional.www.jus.com.br/artigos*

BÚRIGO. Andrea M. L. Pasold. *NOÇÕES BÁSICAS SOBRE USUCAPIÃO. www.jus.com.br/artigos*

A UNIPESSOALIDADE SOCIETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO: EM BUSCA DE UMA REFORMA JURÍDICA

Karla Caribé
(Aluna do 5º período da Faculdade de Direito do Recife-UFPE e monitora de Direito Comercial II)

1. Introdução

A doutrina jurídica não só trabalha com dogmas normativos. Por vezes, ela mesma constrói os seus, através de consensos inquestionáveis sobre certos assuntos. Quando todos os estudiosos de uma área veiculam uma mesma idéia sobre tais assuntos, acabam inibindo qualquer nova investigação no sentido de questionar posições tradicionalmente afirmadas.

De tal forma que a suposta ciência do direito revela-se uma anti-ciência: ao invés de estimular a busca de novas indagações, hipóteses e soluções para as mais diversas matérias, reprime os possíveis questionamentos, sempre que determinada afirmação for "pacífica" na doutrina.

Esse trabalho vem conscientemente opor-se a um desses entendimentos "pacíficos" na seara do direito comercial, qual seja, a impossibilidade de existência das sociedades unipessoais, ressalvadas raríssimas exceções. Acredita-se, aqui, ser factível a existência regular de sociedades constituídas por um único sócio.

A argumentação tecida não será puramente dogmática. Será na verdade composta de razões sociológicas, jurídicas e por vezes até de viés filosófico. E não por puro capricho acadêmico. Trata-se de uma necessidade metodológica para comprovar a tese ora defendida.

Talvez seja esse o diferencial deste trabalho frente aos manuais e raríssimos escritos que abordam o tema, na medida em que se prendem todos às disposições atuais do ordenamento jurídico brasileiro. E esse é por natureza conjuntural, efêmero. Não basta afirmar a vedação legal à unipessoalidade. Melhor é investigar se é razoável tal proibição ou se, pelo contrário, dever-se-ia permitir a constituição de sociedades unipessoais.

2. Sociedade: A Construção Jurídica de um Conceito

No enfoque dos direitos civil e comercial, sociedade é a reunião de pessoas que somam recursos para um fim lícito de interesse comum. Constitui-se através de acordo entre pessoas que se obrigam a conjugar esforços para alcançar um fim comum[1]. A perquirição do conceito jurídico de sociedade em qualquer dicionário ou manual de direito nos leva sempre às mesmas idéias compartilhadas por qualquer sujeito leigo no assunto: sociedade pressupõe sempre pluralidade de pessoas. Para Fran Martins, por exemplo, *chama-se sociedade comercial a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, que se comprometem a reunir capitais e trabalho para a realização de operação com fim lucrativo*[2]. Em se adotando esse conceito, não se poderia falar em sociedade unipessoal. A expressão seria, na verdade, uma *contradictio in terminis*.

Estaria então prejudicado desde o início este trabalho pela impossibilidade lógica da existência das sociedades unipessoais? Certamente não, posto que não se pretende adotar aqui o conceito supramencionado. O ordenamento não precisa respeitar certas noções do senso comum, ou mesmo de outras ciências sobre os objetos jurídicos. Válido, nesse aspecto, é considerar as valiosas lições de Ascarelli, quando salienta a grande diferença de sentido que separa um conceito, como o de pessoa jurídica, do de homem ou de solo, árvores e frutos. No primeiro caso, a palavra está simbolizando um objeto cultural e jurídico, mais precisamente um objeto normativamente determinável, enquanto no segundo os termos designam objetos naturais[3]. A palavra sociedade claramente pertence ao

1 Dicionário Jurídico. Coleção/ organizador Luiz Eduardo Alves de Siqueira, 6ª ed, São Paulo: Rideel, 2002. pg. 147.

2 MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.135.

3 ASCARELLI, Túlio apud Comparato, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 266.

segundo grupo: trata-se de um conceito construído pelo ordenamento. Seu sentido não nos é fornecido pelo dicionário ou pela doutrina. Só as normas do nosso sistema jurídico podem indicar o sentido da palavra sociedade. O conceito daquelas palavras que simbolizam os objetos classificados como culturais/jurídicos por Ascarelli é dado pela lei. É esta, portanto, que tem a competência para indicar o que juridicamente significa a palavra sociedade. Quaisquer outras definições podem ser consideradas dispensáveis.

O argumento levantado por muitos operadores do direito para justificar a posição do nosso legislador em vedar a sociedade formada por uma única pessoa cai por água abaixo depois dessas breves considerações. Talvez nosso legislador tenha se apegado profundamente à idéia de pluralidade de sócios como pressuposto de existência de qualquer sociedade. A própria doutrina nacional coloca a pluralidade de sócios como pressuposto de existência da sociedade. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, *para que a sociedade exista, o contrato social deve atender, no direito brasileiro, a dois pressupostos: a) a pluralidade dos sócios; b) a affectio societatis*[4]. Atenta-se para o fato que a posição da doutrina decore da lei. É o direito brasileiro, como nos ensina o renomado jurista acima citado, que exige esses dois pressupostos, ora tratados.

Assim, o aspecto puramente conceitual de sociedade, seu sentido vulgar compartilhado por todos, não obsta, por si só, a existência da sociedade unipessoal. É a lei que vai definir o que é sociedade. Só ela pode indicar seu conceito jurídico. E mais, somente a partir do que está disposto na lei, é possível aferir os pressupostos de existência, bem como os requisitos de validade de qualquer sociedade.

Não é a lei, portanto, que tem que obedecer a idéia já existente de sociedade como reunião de pessoas. É o conceito de sociedade que tem que ser construído a partir de sua regulação pela legislação. A sociedade unipessoal é, destarte, perfeitamente concebível: basta a vontade da lei.

3. Disposições Legais Acerca do Tema

Até 11.01.2003, ou seja, até a entrada em vigor do Novo Código Civil, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada regiam-se pelo Decreto 3.708/19. O artigo 18 desse decreto estabelecia que "serão observados quanto

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol.I. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 387.

às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada , no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas." Como havia, no decreto 3.708/19, ausência de disposição legal a respeito da unipessoalidade societária, aplicava-se subsidiariamente a Lei 6.404/76 (Lei das sociedades anônimas), que dispõe no seu artigo 206, inciso I, alínea d: "Dissolve-se a companhia de pleno direito pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se o mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251." Como havia a aplicação subsidiária da LSA às sociedade limitadas na ausência legal, entendia-se haver o prazo de aproximadamente um ano para a regularização da sociedade com apenas um sócio.

O Novo Código Civil (Lei 10.406/02) regula as sociedades limitadas. Em seu artigo 1.033, inciso IV, inclui como causa para dissolução da sociedade a falta de pluralidade de sócios não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias. Tal disposição, à qual inexistia correspondente na lei anterior, em muito se assemelha ao art. 206 da Lei das sociedades Anônimas. Com a entrada em vigor do Código Civil/2002, no caso de sociedades limitadas o prazo foi reduzido para 180 dias. As sociedades anônimas, no entanto, continuam sendo reguladas por sua lei e, portanto, para elas, ainda vigora o artigo 206, acima transcrito.

Constata-se, ainda, de um exame da LSA, que seu artigo 80, estabelecendo os requisitos preliminares para constituição das sociedades anônimas, assim dispõe: "Art. 80. A constituição da companhia depende do comprometimento dos seguintes requisitos preliminares: I- Subscrição pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto." É importante ressaltar que, era exigido pela legislação anterior (Decreto-lei nº 2.627/40) para a constituição da sociedade, o número mínimo de 7 subscritores, sob a alegação de que a constituição de sociedades anônimas reclamava a reunião de vultosos capitais, algo, difícil de se conseguir com os capitais fornecidos exclusivamente por 2 ou 3 pessoas. Nossa legislação muito avançou nesse sentido, ao fixar em 2 o número mínimo de subscritores. Essa parece ter sido um grande passo dado a caminho da unipessoalidade.

Apesar da alteração do número mínimo de subscritores, a legislação nacional ainda veda a existência de sociedade unipessoal. A única exceção apontada está disposta no artigo 251 da LSA, referente à sociedade subsidiária integral, que será examinada adiante, pormenorizadamente. Também se deflui da lei a possibilidade da unipessoalidade apenas transitória, por 180 dias (so-

ciedades limitadas) ou pelo tempo decorrido até a assembléia geral seguinte àquela em que se verificou a unipessoalidade (sociedades anônimas).

4. A Sociedade Subsidiária Integral

Como dito alhures, o direito brasileiro repugna as sociedade unipessoais, constituídas por apenas um sócio. A LSA, todavia, abre uma exceção, admitindo a existência de sociedade anônima composta por um só acionista, desde que tal acionista seja sociedade brasileira. O artigo 206 da referida lei, ao estabelecer a regra da pluripessoalidade, ressalva o disposto no artigo 251, já se referindo à exceção ora tratada.

A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (art.251). Permite a lei, dessa forma, a existência de chamada wholly owned subsidiary[5], a que denominou subsidiária integral. Ingressa a companhia unipessoal, em nossa realidade social, sob a forma escrita de subsidiária. Sendo subsidiária, funciona como órgão auxiliar, embora com personalidade jurídica distinta da sociedade acionista.

Uma companhia, já constituída, pode ser convertida em subsidiária integral, mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações. A conversão de uma companhia em subsidiária integral será submetida à assembléia geral das duas companhias, a incorporadora e a que tem suas ações incorporadas, mediante protocolo. A assembléia geral da companhia incorporadora deve aprovar toda a operação e autorizar o aumento de capital realizado com as ações a serem incorporadas. Seus acionistas que não concordarem com a operação poderão retirar-se da sociedade mediante o reembolso de suas ações. A assembléia geral da companhia incorporada também deve aprovar a operação e essa autorização somente poderá ser dada pelo voto de metade no mínimo das ações com direito a voto. Seus dissidentes também terão direito de retirada, com o valor de suas ações reembolsado[6].

Com a incorporação aprovada e efetuada, os titulares das ações da incorporada receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem, que correspondam às ações que possuíam. A partir daí, estes serão

5 BULGARELLI, Waldirio. Manual das sociedades anônimas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p.302.

6 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. II. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 252.

acionistas da sociedade incorporadora, e esta passa a ser única acionista da subsidiária integral

A LSA disciplina com razoável detalhamento essa possível incorporação de uma sociedade anônima por outra, dando origem à única sociedade unipessoal permanente legalmente possível. Não se pode, contudo, devido a essa única exceção, relativizar a regra, já consagrada por nossa legislação, qual seja a impossibilidade da unipessoalidade.

5. Unipessoalidade Temporária

Vigora no direito comercial o princípio da preservação da empresa, segundo o qual deve-se evitar, quando possível, a dissolução total da sociedade, para não comprometer o desenvolvimento da atividade econômica. Na realidade, foi esse princípio criado pela jurisprudência, a partir dos anos 70, visando proteger os interesses da sociedade como um todo, prejudicada pela paralisação das atividades por uma sociedade empresária. Nas lições de Fábio Ulhoa Coelho, *enquanto a empresa é ativa, os trabalhadores mantêm seus empregos, o fisco arrecada e os consumidores têm acesso aos bens e serviços de que necessitam. Além deles, pode depender da manutenção da atividade empresarial uma série de pequenas outras empresas, geradores não só de renda, para pequenos e médios empreendedores, mas também de empregos indiretos*[7].

O Novo Código Civil absorveu a essência desse princípio e disciplinou algumas hipóteses de dissolução apenas parcial da sociedade. Cumpre destacar aqui a possibilidade da unipessoalidade incidental, ou seja, a hipótese de uma sociedade existir temporariamente com apenas um sócio. Se a sociedade é contratada entre dois sócios e, posteriormente, por força de uma das causas de dissolução parcial- morte, expulsão ou retirada de sócio, tem a sua composição reduzida a um só membro, ela pode perfeitamente permanecer nessa condição por 180 dias. Assim, sobrevindo, na sociedade, a existência de um único sócio, este poderá, mesmo sozinho, continuar exercendo a atividade explorada pela empresa. A sociedade, portanto, poderá ficar com apenas um sócio pelo prazo máximo disposto na lei. Transcorrido esse prazo sem a admissão de pelo menos um novo sócio, será irregular a continuidade da empresa.

Essa permissão hoje é dada por lei, não existindo apenas com sede jurisprudencial. O artigo 1.033 do Novo Código Civil estabelece que a falta

7 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol.I. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 460.

de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias dissolve a sociedade. Essa disposição legal é elogiável. Em boa hora, nosso legislador trouxe para lei, algo já consagrado jurisprudencialmente. De fato, se o sócio remanescente tem interesse em continuar exercendo a atividade empresária, não seria justo, nem muito menos razoável, exigir-lhe vultosos gastos de tempo e de dinheiro para dissolver uma sociedade, e, logo em seguida, ao encontrar um outro parceiro, constituir uma nova.

Tem-se, destarte, que hoje a limitada pode sobreviver com um único sócio, no prazo de 180 dias, dentro do qual a pluralidade deve ser restabelecida. Disposição similar a esta é encontrada na lei das sociedades anônimas. O artigo 206 da referida lei impõe a dissolução da companhia no caso de existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se o mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte. Está consagrada, só que por muito mais tempo, já que a LSA é de 1976, a unipessoalidade temporária também para as sociedades anônimas. A diferença entre os dois dispositivos é mínima, mas não pode ser ignorada. Enquanto para as sociedades limitadas é dado um prazo de 180 dias para ser reconstituída a pluripessoalidade, no caso das anônimas esse prazo é de aproximadamente um ano, já que é este o tempo que normalmente decorre entre as assembléias gerais ordinárias.

6. A Unipessoalidade no Direito Comparado

Analisando as legislações de diversos países do mundo, pode-se constatar que o sentido comum que se tem de sociedade, qual seja a reunião de duas ou mais pessoas para atingir determinados fins, já não é compartilhado por várias nações. Alterações profundas sofridas pelo conceito de sociedade têm refletido em outros sistemas jurídicos. Talvez o Brasil esteja nesse caminho e seja um dos próximos países a rever sua posição.

A figura da sociedade originariamente unipessoal não representa nenhuma novidade no direito societário mundial. A figura da sociedade limitada unipessoal existe já em diversos países europeus. O Principado de Liechtenstein foi o inovador, ao introduzir, em 1926, a sociedade de responsabilidade limitada constituída por uma só pessoa[8]. Em 1973, seguindo o pioneiro, Dinamarca levou o instituto para o seu ordenamento.

A Alemanha, também foi uma das pioneiras a introduzir em seu sistema normativo a sociedade unipessoal. Uma lei alemã de 1980, em seu artigo

[8] COELHO, Fábio Ulhoa. Op.cit. p. 387.

1º, permitiu a criação da sociedade (por quotas) de responsabilidade limitada por uma ou várias pessoas[9].

O Código Civil Francês, dispondo sobre as sociedades (por quotas) de responsabilidade limitada, permitiu que as sociedades fossem constituídas pela vontade de uma só pessoa. Seu artigo 1.832 assim dispõe: "A Sociedade é instituída por duas ou várias pessoas que convêm por um contrato afetar a uma empresa comum bens ou sua indústria tendo em vista repartir o lucro ou aproveitar a economia que dela poderá resultar. Ela pode ser instituída nos casos previstos pela lei, por ato de vontade de uma só pessoa. Os sócios se obrigam a contribuir para as perdas"[10]. O legislador francês admiti, com isso, que a sociedade quando autorizada por lei seja instituída por uma só pessoa.

Em 1986, foi criado em Portugal o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL), utilizando uma denominação mais adequada, sob o aspecto técnico, já que "sociedade unipessoal", para muitos, soa estranho. No EIRL o empresário individual destaca uma parcela do seu patrimônio pessoal para o exercício da empresa. Essa parcela destacada, denominada de patrimônio afetado, constituirá o valor do capital inicial do EIRL e corresponderá ao limite da responsabilidade do empresário, ou seja, o quanto ele irá arriscar na exploração da atividade empresarial[11].

A legislação comunitária, que pretende harmonizar as legislações dos países componentes da União Européia em matéria de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, adotou a sociedade unipessoal como regra. A 12ª Diretiva do Conselho das Comunidades Européias, após uma série de considerações, consagrou a unipessoalidade societária e determinou que os Estados-Membros adequassem sua legislação interna ao novo instituto[12].

Não são poucos os países que já adotaram a unipessoalidade: Dinamarca, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Itália, Bélgica, Países Baixos, Reino Unido etc. Aqui na América do Sul, O Chile acaba de introduzir em seu ordenamento jurídico a empresa individual de responsabilidade limitada[13].

9 MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.136.

10 MARTINS, Fran. Op. Cit. p. 136.

11 TADDEI, Marcelo Gazzi. O Direito Comercial e o novo Código Civil brasileiro. Disponível na Internet: http:/www1.jus.com.br/da/texto.asp?id=2004 [20.07.03].

12 FITIPALDI, João Maurício. Estudo sobre as sociedades limitadas. Disponível na Internet: http://www.labour.com.br/novo_site/noticias.php?id_noticias=176. [02.08.03]

13 MORAES, Guilherme Duque Estrada de. A questão das empresas individuais. Disponível na Internet: http://www.labour.com.br/novo_site/noticias.php?id_noticias=176.

Depois de mais de 2 décadas de experiência em tantos países ditos desenvolvidos, não nos parece haver óbice na adoção das empresas individuais de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico interno. Talvez o Código Civil/2002, que acaba de entrar em vigor, perdeu uma boa oportunidade de introduzir essas empresas no Brasil.

7. O Empresário

Segundo O Código Civil brasileiro então em vigor, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (art. 966). Empresário é aquele que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Pode ser uma pessoa física, que individualmente emprega seus recursos para organizar uma empresa, ou uma pessoa jurídica, nascida da união de esforços de dois ou mais sócios.

Com essa disciplina, o código civil/2002 substitui a firma individual pela figura do empresário. A disciplina legal das firmas individuais passa agora a regular o empresário individual. Não houve grandes mudanças na essência do instituto; a modificação foi praticamente de nomenclatura. O indivíduo que pretende de forma individual explorar uma atividade econômica organizada é empresário. Não existe para ele a faculdade de constituir uma pessoa jurídica, ou seja, de integrar uma sociedade empresária. Dessa forma, só resta ao indivíduo explorar essa atividade respondendo ilimitadamente pelas dívidas contraídas pela empresa. Não há, na figura do empresário, limitação de responsabilidade, própria das sociedades empresárias.

Pode-se questionar, diante dessa desvantagem latente, qual o interesse ou o que leva um sujeito a tornar-se empresário, ou seja, a organizar uma empresa individualmente. Primeiramente, é perfeitamente possível que alguém deseje participar integralmente como proprietário nos negócios da empresa. É comum que um sujeito não tenha interesse em constituir um sócio. Além disso, é inegável que a empresa individual tem um menor custo para sua formalização. O proprietário que responde sozinho pelo negócio, pode tomar decisões rápidas e pode se satisfazer pessoalmente pelo sucesso da empresa. Pode-se ver, portanto, que não é difícil, muito menos impossível, o interesse de um indivíduo em explorar individualmente uma empresa. Para comprovar isso, podemos analisar

estatísticas. Nos últimos 17 anos, foram criadas, no Brasil, cerca de 4.200.000 empresas individuais, totalizando 51.5% de todas as empresas constituídas no território nacional[14].

Não nos parece justo, no entanto, que o empresário, pessoa física, responda ilimitadamente com seu patrimônio pelas dívidas contraídas pela empresa. Os impedimentos existentes para a constituição da chamada sociedade unipessoal, pessoa jurídica que se diferencia da pessoa física do único sócio, são solucionáveis. Uma prova disso é a já existência da sociedade unipessoal em diversos países do mundo.

8. Sociedade "Faz de Conta"[15]: a Unipessoalidade Fática

A vedação, no direito, brasileiro, de constituição das sociedades unipessoais parece gerar uma conseqüência que não pode por nós ser ignorada. Ao procurar a limitação dos eventuais prejuízos decorrentes da exploração da atividade econômica, a pessoa decidida a explorar sozinha uma atividade constitui o que se chama de sociedade unipessoal disfarçada. De fato, é essa uma sociedade unipessoal, já que uma única pessoal detém a quase totalidade do capital social. E como isso é possível? A disciplina brasileira das sociedades empresárias não traz a exigência de valor mínimo para cada quota. *Como não há percentual mínimo para a participação do sócio, o empreendedor que dispõe, sozinho, dos recursos necessários á implantação da empresa, e deseja beneficiar-se da limitação da responsabilidade, decorrente da personalização da sociedade limitada, pode constituí-la com um familiar ou amigo, a quem reserva uma reduzidíssima participação. O empreendedor, por exemplo, subscreve 99,99% do capital social e o seu sócio 0,01%. A sociedade assim formatada atende ao pressuposto da pluralidade de sócios, mas não apresenta nenhuma diferença, em termos econômicos, da figura da sociedade limitada constituída por um único sócio*[16].

14 LANGE, Dílson França. O direito de empresas no novo código civil. Disponível na Internet: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3105. [10.08.03].

15 MORAES, Guilherme Duque Estrada de. A questão das empresas individuais. Disponível na Internet: http://www.labour.com.br/novo_site/noticias.php?id_noticias=176. [02.08.03].

16 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol.I. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 388.

Até mesmo o cônjuge daquele que tem o interesse na constituição da sociedade pode compor a exigência da lei, comparecendo ao ato constitutivo da sociedade apenas para o preenchimento formal do pressuposto da pluralidade de sócios. De fato, o Código Civil/2002, no seu artigo 977, faculta aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não estejam casados sob o regime de comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória.

Vê-se, destarte, que a proibição da lei fica sem sentido, diante da facilidade de se burlar a exigência legal da unipessoalidade. Como visto, não é difícil constituir uma *sociedade "faz de conta"*[17] no direito brasileiro. A proibição da lei não parece ser o melhor caminho para proteger o direito societário e garantir os credores. Como nos ensina José Maurício Fittipaldi, em texto publicado na Gazeta Mercantil, *a pluralidade de sócios confere a terceiros, credores da sociedade, mais garantias quanto ao adimplemento das obrigações sociais, na medida em que a integralização do capital subscrito por cada sócio é fiscalizada pelos demais. A proteção aos direitos dos credores tem sido, até hoje, o fundamento para a vedação da existência das sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, mas nada indica que um controle maior exercido sobre as sociedades unipessoais, tais como a obrigação do sócio único de integralizar o capital social no ato de constituição, não possa contornar esse problema*[18]. O legislador brasileiro achou que a vedação fosse a melhor solução. Errado estava ele. Melhor seria que, cercados dos cuidados necessários, tivéssemos adotado a unipessoalidade societária, como já fizeram diversos países do mundo.

9. Considerações Finais

Cabe agora ao legislador brasileiro fazer uma escolha. Pode reformar a lei, permitindo a constituição de sociedades unipessoais, experiência, como dito, consagrada há anos em diversos países do mundo. Pode também manter as disposições legais em vigor, que vedando a unipessoalidade, contribuem

17 MORAES, Guilherme Duque Estrada de. A questão das empresas individuais. Disponível na Internet: http://www.labour.com.br/novo_site/noticias.php?id_noticias=176. [02.08.03].

18 FITIPALDI, João Maurício. Estudo sobre as sociedades limitadas. Disponível na Internet: http://www.fenacon.org.br/fenacon_informativos/investnews/gazeta250203a.htm [20.07.03]..

para aumentar a burocracia, dificultar a gestão empresarial e estimular a economia informal[19].

Estamos ansiosos pela adoção da primeira posição. E esperamos que o presente trabalho tenha contribuído, da forma mínima que seja, para uma efetiva tomada de posição do Poder Legislativo.

Enquanto essa necessária reforma não ocorrer, continuaremos a arcar com os nefastos prejuízos de uma vedação legal sem razão de ser, apoiada apenas por um tradicionalismo doutrinário, espera-se, em vias de extinção.

10. Referências Bibliográficas

BULGARELLI, Waldirio. Manual das sociedades anônimas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998;

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol.I. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2002;

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976;

Dicionário Jurídico. Coleção/ organizador Luiz Eduardo Alves de Siqueira, 6ª ed, São Paulo: Rideel, 2002;

FITIPALDI, João Maurício. Estudo sobre as sociedades limitadas. Disponível na Internet: http://www.fenacon.org.br/fenacon_informativos /investnews/ gazeta250203a.htm [20.07.03].

LANGE. Dílson Franca. O direito de empresas no novo código civil. Disponível na Internet: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3105. [10.08.03].

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

MORAES. Guilherme Duque Estrada de. A questão das empresas individuais. Disponível na Internet: http://www.labour.com.br/novo_site/ noticias.php?id_noticias=176. [02.08.03].

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. II. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

TADDEI, Marcelo Gazzi. O Direito Comercial e o novo Código Civil brasileiro. Disponível na Internet: http:/www1.jus.com.br/da/texto.asp?id=2004 [20.07.03].

19 MORAES, Guilherme Duque Estrada de. A questão das empresas individuais. Disponível na Internet: http://www.labour.com.br/novo_site/noticias.php?id_noticias=176. [02.08.03].

DA RECUSA DO RÉU AO PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO FORMULADO PELO AUTOR APÓS O DECURSO DO PRAZO PARA A CONTESTAÇÃO NAS AÇÕES DE CONHECIMENTO.

Breno Maia da Silveira Barros (Acadêmico de Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE).

Sumário: 1. Introdução; 2. Do direito de ação; 3. Do princípio da bilateralidade do processo; 4. Da contestação; 5. Do pedido autoral de desistência da ação após o prazo para a apresentação de defesa do réu; 6. Do abuso de direito; 7. Da evolução dos dispositivos legais aplicáveis à espécie; 8. Da falibilidade da presunção de que o ato de recusa do réu ao pedido de desistência da ação formulado pelo demandante caracteriza abuso de direito; 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Não é comum, não é a regra geral, aquele que propõe a demanda solicitar ao magistrado a desistência da ação. Se requereu a prestação jurisdicional é porque considerou ameaçado de sofrer lesão ou julgou violado direito seu. Nesse sentido, nada mais natural do que invocar o Poder Público para, no exercício da jurisdição, realizar a Justiça. É decorrência da natureza humana, senão de todo o ser vivo, proteger aquilo que lhe pertence. Com o direito, não poderia ser diferente.

Nesse sentido, o Código de processo Civil pátrio faculta ao autor desistir da ação até o momento do despacho saneador, fase imediatamente anterior à decisória.

Com efeito, o referido Diploma prevê duas situações acerca da possibilidade da desistência acima referida: o prazo para o réu oferecer defesa. Assim, caso o pedido de desistência da ação tenha sido formulado antes da

concessão do mencionado prazo, não há necessidade de qualquer tipo de manifestação do réu para que o magistrado o defira. Entretanto, uma vez concedido, afigura-se condição para o respectivo deferimento a anuência do réu ao mencionado pedido.

Ocorre que, em se tratando da segunda hipótese, em que o demandado dissente do requerimento formulado pelo autor, entende o Colendo Superior Tribunal de Justiça que, para ser considerada válida, a discordância deve estar expressamente motivada, sob pena de abuso de direito.

É justamente nesse quadro que se encontra a questão objeto deste breve estudo. Revela-se abusivo o ato do réu que discorda do requerimento de desistência da ação formulado pelo autor, sem que tenha expressado os motivos da recusa? A resposta a esta indagação é o que se pretende alcançar ao termo deste trabalho. Para tanto, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito de certos institutos jurídicos, o que auxiliará sobremaneira a compreensão do tema exposto, e, conseqüentemente, a consecução do objetivo ora traçado.

2. DO DIREITO DE AÇÃO

Ao vedar a auto-tutela (à exceção da legitimação do desforço imediato, da compensação como forma de extinção das obrigações, bem como da legítima defesa, por exemplo) e limitar a auto-composição e a arbitragem, o Estado tomou para si a responsabilidade de fornecer, aos seus subordinados, o serviço jurisdicional, o qual corresponde, a um só tempo, a poder, função e atividade. É poder, na medida que revela a manifestação imperativa do Estado nas decisões de casos postos à sua apreciação. É função, haja vista expressar o dever estatal de promoção da paz social. E, por fim, é atividade, vez que traduzida no conjunto de atos praticados pelo juiz no processo.

Dessa forma, com o escopo de promover a justa composição da lide, o Estado, na pessoa do juiz, assume o lugar das partes para aplicar a norma jurídica que regula o fato, despido das paixões particulares, e com o fim precípuo de garantir o fiel cumprimento da vontade da lei.

Ocorre que a jurisdição é inerte (*nemo judex sine actore, ne procedat judex ex officio*). Não cabe ao juiz instaurar processo de ofício (é bem verdade que a afirmação comporta exceções, como a arrecadação de bens de herança jacente), uma vez que o contrário acabaria prejudicando a finalidade da própria atividade jurídica estatal: a pacificação social. Isso porque, em muitos casos, tal oficialidade acarretaria o fomento de conflitos, originando, pois, conflitos onde antes não existiam.

Nesse passo, em função da impossibilidade da jurisdição ser ativada sem provocação, cabe, então, àquele que entende ter tido seu direito violado, ou na iminência de sê-lo, invocar a prestação jurisdicional, a fim de esta atue no caso concreto. Essa provocação se dá através da ação.

A ação pode se referir a duas realidades distintas: pode ser de direito material e de direito processual. A primeira consistente em uma atividade concreta, um fazer, não-fazer ou deixar fazer, razão pela qual é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, notadamente nas sentenças mandamentais e no processo de execução, o que não interessa ao objeto desta breve análise. Já a segunda qualifica a ação como sendo um direito subjetivo de se invocar o Estado em direção ao exercício da atividade jurisdicional, ou seja, é através dela que o autor leva determinada pretensão ao crivo do judiciário, para que este venha a satisfazê-la, o que, conseqüentemente, comporta a geração de efeitos desfavoráveis na esfera jurídica de outrem: o réu.

3. DO PRINCÍPIO DA BILATERALIDADE DO PROCESSO

Ao acolher o pedido do autor, o juiz nada mais faz senão reconhecer a judicialidade da pretensão a ele posta à apreciação. A conseqüência imediata, direta, desse fato é a interferência na órbita jurídica do réu, de modo a limitar-lhe a liberdade. Dessa forma, o pleito inicial compreende o pedido de determinada pessoa, no caso, o autor da ação, ao órgão jurisdicional para que este profira uma decisão destinada a operar na esfera jurídica de outra. Esse fenômeno é chamado de bilateralidade da ação, que acarreta, como conseqüência lógica, a bilateralidade o processo.

O réu, assim, sob a guarida dos princípios constitucionais da ampla garantia ao processo e ao acesso à justiça, a partir do momento em que ingressa na relação processual, passa a ter uma pretensão em face do Estado, em antítese a do autor, no sentido de que o pedido deste seja indeferido.

Com efeito, a ação, entendida como o direito de invocar a tutela jurisdicional em busca da satisfação determinada pretensão, encontra sua réplica na defesa do réu, considerada como um direito de pedir que a tutela requerida pelo autor seja denegada. A defesa, portanto, assim como a ação, deve ser entendida como um direito público subjetivo, razão pela qual tanto o autor quanto o réu têm direito ao processo.

Da recusa do réu ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor após o decurso do prazo para a contestação nas ações de conhecimento.

4. DA CONTESTAÇÃO

Aquele contra quem, ou em relação a quem, a prestação jurisdicional é invocada é o réu, que pode resistir formalmente à pretensão contra ele formulada seja pela via da exceção *stricto sensu*, seja através da contestação. Cabe a primeira quando a argüição do réu se tratar, apenas, de incompetência, impedimento ou suspeição do juiz. Todas as demais defesas, quer contra o processo, quer contra o mérito, formulam-se na contestação.

A contestação, dessa forma, pode ser definida como a resposta do réu à ação do autor. É por ela que se operacionaliza o contraditório, estabelecido constitucionalmente como garantia do devido processo legal.

Tecnicamente, a contestação existe sob duas acepções. No sentido restrito, consiste em instrumento formal pelo qual o réu se defende contra o mérito, ou seja, contra o pedido formulado pelo autor. Já no sentido amplo, que foi o acolhido pelo CPC, revela-se como instrumento formal de que se vale o réu para se defender tanto do mérito quanto do próprio processo, ressalvadas as defesas que devem ser exercitadas através das exceções.

É, portanto, através da contestação que o réu promove resistência contra sua sujeição ao processo, bem como contra a pretensão do autor, ao requerer ao juiz a declaração de extinção do processo sem julgamento do mérito, ou a improcedência da ação intentada, "de sorte que se pode falar em pedido do réu exclusivamente no sentido de que lhe cabe a pretensão a uma providência jurisdicional de caráter declaratório negativo em face do autor, com eficácia liberatória da pretensão por este formulada no processo"[1], momento este em que se torna mais clara a percepção da incorrência do princípio da bilateralidade do processo, anteriormente aludido.

5. DO PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO FORMULADO PELO AUTOR APÓS O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA DO RÉU.

Pode o autor, por qualquer motivo, desistir da ação. Nessa hipótese, o procedimento a ser seguido poderá percorrer dois caminhos diversos, conforme o requerimento tenha sido formulado ao juízo antes ou depois do prazo conferido ao réu para oferecer contestação.

1 PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 230.

Caso seja formulado antes da apresentação da defesa do réu, ou então, passado o prazo para contestação, esta não o tenha sido apresentada, não há que se falar da necessidade de anuência do réu para que tal requerimento seja deferido, haja vista não haver, nesses dois casos, qualquer resistência à pretensão do autor.

De modo diverso ocorre quando a desistência da ação é requerida ao juízo após a apresentação da contestação. Nessa hipótese, a anuência do réu é condição para que o magistrado defira o pedido.

Isso porque, se é certo que, através da invocação da tutela jurisdicional, o autor da ação passa a gozar do direito a uma sentença de mérito, ou seja, que satisfaça sua pretensão posta em juízo, não é menos correto afirmar que, com a contestação, o réu também passa a gozar desse mesmo direito, visto que objetiva se contrapor ao pedido do autor, o que lhe traz como conseqüência o surgimento do direito a um provimento judicial de improcedência do pedido autoral, razão pela qual revela-se legítimo seu interesse pelo prosseguimento da causa.

Ocorre que, quanto à discordância do réu ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor, o Superior Tribunal de Justiça guarda o entendimento de que deve aquele manifestar, expressamente, sua motivação, sob pena do ato de recusa ser considerado abuso de direito. Fundamenta essa posição no fato de que, embora tal dispositivo assegure ao réu o direito de não anuir ao pedido de desistência formulado pelo demandante, não pode a discordância ser desprovida de qualquer motivo, principalmente quando satisfeita a formalidade do art. 26 do mencionado diploma adjetivo[2].

Para o Colendo Tribunal, a regra contida no art. 267, § 4º, do CPC decorre da própria bilateralidade da ação, haja vista o processo não ser apenas do autor, e, além disso, é também de interesse do Estado a composição rápida do litígio, quer seja por economia processual, quer para prestigiar a pacificação social[3]. Ressalta, todavia, repita-se, constituir verdadeiro abuso de direito o dissentimento do réu ao pedido autoral de desistência da ação, após o prazo para a contestação, sem que, de modo expresso, exponha os motivos ensejadores de sua decisão[4].

---

2 Reza o art. 26, do CPC, *in verbis*:
"Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.
§ 1º Sendo parcial a desistência ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e honorários será proporcional à parte que se desistiu ou que se reconheceu.
§2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente."

3 RT – 761/196.

4 RT – 782/224.

Nesse passo, para verificar se tal atitude é ou não abusiva, faz-se necessário tecer alguns comentários a respeito do instituto do abuso de direito.

6. DO ABUSO DE DIREITO

Como bem observa Rui Stocco[5], a abordagem do tema concernente ao abuso de direito não é tarefa das mais fáceis, haja vista sua concepção, origem, fundamentos e efeitos serem bastante intrincados.

Observe-se, entretanto, não ser do objetivo do presente estudo o esgotamento analítico desse instituto. Apenas serão tecidas algumas considerações gerais, porém necessárias ao desenvolvimento do assunto.

Muito embora pareça contraditória a noção da prática abusiva de algum direito,[6] a teoria do abuso de direito se encontra consagrada em quase todos os ordenamentos jurídicos das nações desenvolvidas.

Orlando Gomes ensina que o exercício dos direitos se encontra subordinado a três grandes princípios[7]:

a) o da disponibilidade, segundo o qual ninguém está obrigado a exercer seu direito, visto ser este, por definição, uma faculdade[8];

b) o da inesgotabilidade, por meio do qual os direitos não se esgotam pela ausência de exercício, salvo os que, para a segurança do comércio jurídico, devem ser exercidos em certo lapso temporal, sob pena de se extinguir a pretensão, e;

c) o da normalidade, através do qual é inaceitável a concepção de que os indivíduos possam usar seu direito como lhes convêm.

É justamente sobre esse último princípio que se debruça a teoria do abuso de direito.

Nesse sentido, revela-se abusivo o exercício de um determinado direito quando ele se dá de modo irregular, sem a observância da ética, compor-

5 STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 877.

6 Planiol chega a concluir ser impossível haver uso abusivo de um direito qualquer, vez que um mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito (PLANIOL Marcel, *Traité de Droit Civile*, v., n. 870).

7 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 15ª e., Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 130.

8 O autor observa, mais adiante, que se desenvolve, atualmente, a tendencia para considerar o direito, em certos casos, uma função social, o que acarreta admitir que alguns direitos correspondem a verdadeiros deveres.

tando-se a parte como verdadeiro *improbus litigador*, o que ocorre, em se tratando do Direito Processual Civil, quando da apresentação ou provocação de incidentes inúteis, ou da oposição de embargos manifestamente protelatórios, entre tantos outros exemplos. Dessa forma, como bem elucida Rui Stocco, pressupõe o abuso de direito licitude no antecedente e ilicitude no conseqüente, haja vista originariamente o agente lançar mão de um direito, mas o exercer com excesso[9]. A noção do abuso, portanto, sustenta-se na apreciação do modo pelo qual o titular exerce o seu direito.

A linguagem forense acabou por rotular tais práticas cometidas no decorrer do processo com a pecha de "chicanas", consideradas como todos os meios ardilosos de que se utilizam os advogados com o único escopo de protelar ou criar embaraços ao andamento natural do processo instaurado.

Quanto à sua origem, afirma Limongi França não ter sido a teoria do abuso de direito fruto do trabalho jurisprudencial moderno. Ressalta que a matéria remonta aos esforços romanos de proteger a boa-fé nas relações jurídicas tanto materiais quanto processuais, elencando, para corroborarem a tese defendida, o adágio *summum jus, summa injuria* (Cícero), bem como a condenação, por parte de Gaio (do período clássico), não apenas do martírio dos escravos, mas também dos excessos dos pródigos, de modo a justificar a interdição[10].

Josserand e Orlando Gomes, por outro lado, lecionam ser a teoria do abuso de direito obra nova, oriunda de trabalhos realizados a partir do século XIX. Asseveram que as semelhanças com os brocados de direito romano logo acima mencionados não guardam nenhuma relação de pertinência, bem assim afirmam equivocada a idéia de que já se encontrava presente na doutrina medieval dos atos emulatórios.

Quanto ao processo de construção doutrinária deste instituto, foram elaboradas duas concepções, que acabaram por constituir duas correntes distintas: a subjetiva e a objetiva.

A primeira se subdivide em duas, em razão do critério adotado: o intencional, em que o ato abusivo pressupõe o ânimo de prejudicar, e o técnico, segundo o qual o pressuposto do abuso do direito é o simples exercício culposo do agente.

---

9 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 878.

10 FRANÇA, Limongi. *Abuso de Direito*. In: FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 45-46.

Da recusa do réu ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor após o decurso do prazo para a contestação nas ações de conhecimento.

Assim, para aqueles que adotam o critério intencional, caracteriza-ze o abuso de direito quando presentes no ato quatro pressupostos: a) o exercício de um direito; b) que desse exercício resulte um dano a terceiro; c) que o ato realizado fosse inútil para o agente; e d) que a realização seja determinada exclusivamente pela intenção de causar um dano a outrem.

Por outro lado, para aqueles que compartilham do critério técnico apenas o último pressuposto acima arrolado seria substituído pelo exercício culposo, em qualquer das três de duas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia).

Da mesma forma, os adeptos da teoria objetiva se dividem segundo dois outros critérios, quais sejam, o econômico e o teleológico.

Pelo primeiro, há abuso sempre que o direito for exercido sem legítimo interesse, enquanto que, para o segundo critério, ou seja, o finalístico, a configuração de um ato como abusivo está condicionado ao exercício do direito em desacordo com sua destinação social.

A grande questão, portanto, era saber se, para a caracterização do ato como abusivo, haveria a necessidade do *animus* de prejudicar. Essa dúvida restou esclarecida com o advento da Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2003 (o novo Código Civil).

Preceitua o art. 187, do referido diploma que:

> "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes".

Percebe-se, pois, que foi acolhida pelo legislador a teoria objetiva. Dessa forma, a ausência da intenção de prejudicar outrem não descaracteriza o ato como praticado abusivamente.

Amparado por esta doutrina, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem condenado a conduta prescrita no § 4º, do art. 267, do CPC, sem a alegação expressa das razões da recusa, considerando-a abusiva.

Nesse passo, fixados os delineamentos do que vem a consistir um ato abusivo, resta observar se referida oposição injustificada pode ser caracterizada como abuso de direito.

Qual a vantagem para o réu que não anui com o requerimento autoral de desistência da ação, senão a sentença de mérito pela improcedência do pedido formulado na inicial? Por uma análise superficial, chegar-se-ia à conclusão que seria melhor para o réu concordar com o requerimento para encerrar a deman-

da contra ele proposta. Entretanto, observe-se que, mesmo desistindo da ação, o autor, desde que não renuncie ao seu direito, terá a oportunidade, de por mais duas vezes, ingressar novamente em juízo contra o demandado, nos termos do art. 288 do CPC. Isso porque a sentença que homologar a desistência da ação, extinguirá o processo sem julgamento de mérito.

Dessa forma, a possibilidade do autor se insurgir novamente contra aquele que figurou como sujeito passivo da relação processual anterior causa não só insegurança a este último, como também prejuízo pecuniário, vez que terá que contratar novo advogado para poder contestar a nova ação.

Daí porque a insubsistência da necessidade do réu expressar seus motivos quando não consentir com o pedido de desistência do autor. O fundamento da sua rejeição, embora implícito, é evidente, cristalino, justamente em razão de sua integração na relação processual, como decorrência inafastável do princípio da bilateralidade do processo, ou seja, porque tem direito a uma sentença que declare que o autor não goza do direito o qual supostamente se lhe atribuiu. A insegurança jurídica, com a possibilidade da renovação da ação, além de provocar no réu dissabores de ordem pessoal, ainda lhe traz prejuízos econômicos, justifica que ele não concorde com a desistência e exija a prestação jurisdicional, já que o aparelho judiciário foi movimentado para a justa composição da lide.

Com efeito, pode haver situações as quais, proposta a ação, o pedido do autor não se encontre amparado pelo direito. Nesses casos, o dissentimento do réu do pedido de desistência formulado pelo demandante provavelmente lhe fará sair vitorioso na demanda, evitando, pois, que aquele que propôs a ação, novamente, recorra às vias judiciárias e acabe por causar-lhe mais transtornos tanto emocionais quanto patrimoniais.

Ademais, como bem leciona Carlos Maximiliano, o Direito sempre deve ser interpretado inteligentemente e não de modo que a ordem legal envolva a um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis[11].

Nesse passo, a ação do réu que não anui ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor, sem que, para tanto, expresse em petição seus fundamentos, não se enquadra nas hipóteses estabelecidas como necessárias à caracterização de uma conduta praticada com abuso de direito, visto que

11 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Globo, 1993, p. 183.

não exerce o demandado o direito a ele conferido além dos limites de sua função social, da boa-fé e dos bons costumes.

A justificativa da recusa já existe como ilação do já aludido princípio da bilateralidade do processo. O que pode não existir é a não explicitação desse motivo, o que, conforme o exposto, revela-se absolutamente prescindível.

7. DA EVOLUÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE

Para corroborar tal entendimento, analisando-se a questão pelo prisma da evolução dos preceptivos aplicáveis ao fenômeno ora apreciado, outra lição não se pode inferir acerca da desnecessidade do réu apresentar razões quando não concordar com o pedido de desistência da ação .

A regra correspondente ao parágrafo 4º, do art. 267, do atual CPC, encontrava-se estabelecida no art. 181 do código pretérito, o qual dispunha nos seguintes termos:

> "Apresentada a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação".

Mais adiante, dispunha o parágrafo único do referido dispositivo, *in verbis*:

> "A recusa do réu será rejeitada, se da desistência não lhe causar prejuízo".

Ocorre que, quando da elaboração do projeto de lei que deu origem ao atual diploma processual, o CPC de 1973, o legislador optou pela supressão da regra disposta no parágrafo único do antigo art. 181.

Diante disso, propôs o relator relator-geral, Deputado Célio Borja, que o texto fosse emendado para que o § 4º do art. 267, da nova Lei, passasse a vigorar com a seguinte redação:

> "Contestado o pedido, o autor não poderá sem o consentimento do réu, desistir da ação. A recusa do réu será, entretanto, rejeitada se da desistência não lhe resultar prejuízo".

Na apresentação de seus fundamentos, defendia o ilustre parlamentar que tal redação, sem nenhuma ressalva, dava ensejo a que muitas vezes, por mero capricho, o réu impusesse ao autor a continuação do litígio. Diante disso, concluía pelo acréscimo do parágrafo à cláusula acima mencionada.

Tal intento, contudo, não logrou êxito, assim como restou frustrada tentativa semelhante formulada pela Comissão Revisora do Anteprojeto. O Plenário, ao prestigiar o parecer da Comissão Especial, que defendia a manutenção do novo texto sem a ressalva pleiteada, acolheu o argumento de que "citado, o réu adquire o direito à sentença, e pode opor-se à desistência, a fim de ver solucionado o litígio", sem olvidar que "o autor, desistindo do processo, mas não renunciando à ação, poderá propô-la novamente", somando-se ao fato de que "o dissentimento do réu, a que alude o dispositivo do projeto, não poderá ser interpretado como ato de arbítrio ou de capricho".

Com efeito, observe-se que, quando o legislador percebe o contorno de um direito se encontra demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce é nociva a outrem, cria regras jurídicas que o limitam, que põem menos avançados os marcos, que lhe tiram um pouco da violência.

Contrária, entretanto, foi a atitude do legislador pátrio, pois, ao elaborar o CPC de 1973, suprimiu o dispositivo que condicionava a recusa do réu ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor, após ter sido apresentada a contestação à prova de que a ausência de resistência acabaria por lhe causar prejuízo.

Da lição acima exposta pode-se concluir que, caso o mencionado dissentimento, sem justificativas expressas, fosse considerado uma atitude nociva, um direito demasiado, teria sido mantido o parágrafo único do art. 181 da legislação pretérita, o que, de fato, não ocorreu. Essa deve ser a interpretação do disposto no § 4º, do art. 267, do CPC, até porque, como bem assevera o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, "a interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham em direção inversa"[12].

8. DA FALIBILIDADE DA PRESUNÇÃO DE QUE A RECUSA DO RÉU AO PEDIDO DEDESISTÊNCIA DA AÇÃO FORMULADO PELO DEMANDANTE CARACTERIZA ABUSO DE DREITO.

Há, ainda, outro motivo para não se considerar como abusiva a recusa do réu ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor decorrido o prazo para a contestação nas ações de conhecimento.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 893.

De início cumpre distinguir o abuso de direito processual do ato abusivo cometido pela parte ou pelo seu advogado em juízo, não mais pela atuação com má-fé processual, mas com o objetivo secundário de causar dano a outrem, através da Máquina Judiciária.

O primeiro compreende as hipóteses contidas nos arts. 16 a 18 do CPC[13], que se encontram sobre a rubrica "Da responsabilidade das partes por dano processual". Nesse caso, a declaração de má-fé pelo magistrado constitui questão incidente e se resolverá nos próprios autos em que as partes demandam.

Por outro lado, o segundo impõe o ajuizamento de ação específica e não o aproveitamento da ação judicial em que o ilícito teria sido cometido pela parte ou por seu advogado, conforme preceitua o art. 32, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia. Nesse caso, deve o autor que pleiteia a reparação fazer prova do fato, de quem o praticou, da conduta dolosa deste último e da existência de um dano.

Não há que prevalecer, portanto, a presunção de abusivo o ato do réu que discorda do pedido de desistência da ação formulado pelo autor, unicamente por não ter externado o motivo da recusa o qual, repita-se, corresponde ao direito a uma sentença que aprecie o mérito da causa. Isso porque se houver comprovada má-fé, goza o Poder Judiciário de instrumentos hábeis, idôneos, para apurar o respectivo abuso de direito, ensejando as punições e os reparos dele decorrentes.

Somando-se ao exposto, para os que entendem ser tal presunção dotada de legitimidade, caracterizando-a como *juris tantum*, motivo pelo qual afirmam caber ao réu ilidi-la através de prova em contrário, cumpre ressaltar que, justamente em virtude de tal presunção, uma possível prova de que não tenha agido de má fé ou de que a não apreciação do mérito lhe trará qualquer prejuízo apenas poderá ser aferida quando do termo da contenda que julgue pela improcedência do pedido formulado na inicial. Revela-se, pois, contraditório o entendimento segundo o qual cabe ao réu provar que não está agindo com abuso de direito, quando essa prova só poderá, por ventura, vir a ser produzida ao termo da demanda instaurada.

Impende ressaltar, ainda, ter a regra jurídica que prevê o abuso de direito natureza pré-excludente - se há dano, o que exercia o direito comete ato ilícito, salvo se o exercia regularmente – razão pela qual o ônus da prova,

13 Afirmam Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery, Arruda Alvim, Marcos Afonso Borges e Adroaldo Leão terem sido as hipóteses do art. 17, do CPC fixadas *numerus clausus*, não comportando, pois, ampliação.

no direito brasileiro, ser do culpado pelo dano, e não de quem o sofreu, incumbindo tão-somente a este último provar o dano e a culpa.

Como poderá o réu produzir esta prova, senão após a instrução do processo de conhecimento? Já não bastaria a apresentação da contestação, quando são expostos os fatos e fundamentos pelos quais se requer a improcedência do pleito autoral, para se inferir o exercício regular do direito a uma sentença de mérito no ato recusa do demandado ao pedido de desistência da ação formulado pelo respectivo autor? Demais disso, é obrigar a prova do que ainda não pode ser provado, até porque uma possível prova de violação do direito só poderá ser observada com a apreciação do mérito da causa. Inviável, portanto, a aplicação da teoria do abuso de direito neste caso, pois não há qualquer anormalidade no exercício pelo réu do seu direito de rejeitar a desistência da ação requerida pelo autor, sem expor suas razões para tanto.

9. CONCLUSÃO

Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acima exposto, o fato do réu recusar, sem justificativa expressa, o pedido de desistência da ação formulado pelo autor, após o prazo para a contestação, não configura abuso de direito.

A evolução legislativa aplicada à espécie refuta, de forma cabal, o entendimento do Colendo Tribunal. Com efeito, a redação dada ao § 4º, do art. 267, do CPC, acabou por suprimir a parte da antiga norma que regulava a matéria, a qual condicionava a legitimidade da recusa manifestada pelo demandado ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor à prova de prejuízo, caso a demanda se encerrasse naquele momento. Por certo, fosse a vontade do legislador a permanência dessa condicionante, a redação do dispositivo não teria sofrido a alteração evidenciada.

Ademais, contraria a própria lógica, como já mencionado, impelir o réu a provar que o seu dissentimento não acarretará qualquer violação ao direito do autor de desistir da ação, até porque só se pode dizer que não haverá qualquer infringência ao direito do demandante se este não tiver direito algum, o que só poderá ser observado com a apreciação do mérito da causa, após regular instrução probatória, sob pena de se exigir a prova do que, ainda, não pode ser provado.

Com efeito, a interpretação no sentido contrário, qual seja, vincular a recusa do demandado ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor

à demonstração de qualquer sorte de dano, consiste em verdadeiro tolhimento do direito subjetivo do réu ao provimento judicial definitivo que aprecie o mérito da causa, nascido a partir do momento em que o réu passa a integrar a relação processual.

De fato, não existe melhor razão que justifique a discordância do réu do pedido formulado pelo autor de desistência da ação, que não o direito deste ao julgamento da lide, o que coincide como próprio interesse do Estado, ao qual não convém que os processos tenham termo sem que seja apreciado o mérito – corolário do princípio da bilateralidade do direito de ação, e, pois, da própria relação processual. Há ainda o justo receio de que nova demanda seja contra ele proposta, causando-lhe constrangimentos, vez que a condição de réu em qualquer ação judicial rouba-lhe a paz de espírito, além de ofender a sua imagem e o bom nome, valores que a própria Carta Magna resguarda e preserva. São estes, pois, elementos bastantes para que se perceba, de maneira cristalina, a prescindibilidade da apresentação pelo réu de razões expressas quando recusar o referido pedido autoral.

REFERÊNCIAS

1. FRANÇA, Limongi. *Abuso de Direito.* In: FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1997.
2. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
3. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1993.
4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
5. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.* Tomo 2. 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2000.
6. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 2. v. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
7. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade Civil.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
8. PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1997.

DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO ERÁRIO: O CRITÉRIO DA LESIVIDADE

Rafael de Oliveira Costa
(Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE).

Sumário: 1. Propositura do problema. 2. A proposta de atuação subsidiária do Ministério Público na defesa do Erário. 3. O critério da lesividade. 4. A questão do destino dos valores decorrentes de eventual condenação do réu em ação civil pública para o ressarcimento do Erário. 5. A incoerência lógica na negativa de legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública com vistas ao ressarcimento de dano causado ao Erário. 6. Da jurisprudência do STF e do STJ. 7. Considerações finais.

1. Propositura do problema.

Toma parte na caracterização fundamental de um Estado social e democrático de direito a proteção aos interesses de abrangência coletiva, isto é, interesses transindividuais, na defesa dos quais é insuficiente a atuação dos particulares. Na defesa de tais direitos, destaca-se o importante papel do Ministério Público, "tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos"[1].

Nesse contexto, "melhorando o sistema judicial de proteção ao patrimônio público, que é uma espécie de interesse difuso"[2], a Constituição

1 GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 210-211.
2 NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.417.

Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 129, inc. III, conferiu legitimidade extraordinária ao Ministério Público para ajuizar ação civil pública com vistas a proteger o patrimônio público e social, nos seguintes termos:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> (...)
> III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Posto isso, considerando-se que o Erário está incluído no conceito de patrimônio público, parece evidente a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública na defesa desse Erário. Contudo, a questão é controvertida na doutrina, havendo autores de renome a defender que, na hipótese em exame, o *Parquet* carece de legitimidade para agir[3]. Ao negarem ao Ministério Público legitimidade para propor ação civil púbica na defesa do Erário, esses estudiosos argumentam, em essência, que tal legitimação encontraria óbice no disposto na parte final do art. 129, inc. IX, da CF/88, que veda ao Ministério Público a atribuição de procurador judicial das entidades públicas, *in verbis*:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> (...)
> IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Entretanto, a vedação constitucional acima aludida não retira do Ministério Público sua legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública na defesa do Erário, caso reste configurada lesão ou ameaça de lesão a esse patrimônio público, consoante será abaixo demonstrado.

3 Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 95.

2. A proposta de atuação subsidiária do Ministério Público na defesa do Erário.

Na tentativa de conciliar os dispositivos constitucionais em tela, alguns autores entendem que o Ministério Público só estaria legitimado a propor ação civil pública na defesa do Erário na hipótese de falha do sistema de legitimação ordinária, isto é, caso "configurada a inação do Poder Público credor do valor a ser restituído ao erário, aqui entendido como expressão econômico-financeira, o tesouro, o fisco"[4]. Conforme entendem esses autores, a tese da legitimidade subsidiária do *Parquet* na defesa do Erário "resguardaria a parte final do art. 129, IX, da CF/88, já que o surgimento do interesse social a justificar a atuação ministerial somente se consubstanciaria se demonstrada a inércia do Poder Público, muitas vezes motivada por interesses políticos"[5].

A despeito das razões declinadas pelos autores que defendem esse posicionamento, entendo que ele é insustentável, uma vez que: (a) como será adiante explicitado, a defesa do Erário constitui interesse difuso; (b) a proteção aos interesses difusos constitui função institucional do Ministério Público (CF/88, art. 129, inc. III); (c) não se pode exigir que a atuação do Ministério Público, no exercício de seus misteres, fique subordinada à conduta de outras entidades estatais, sob pena de agravo aos princípios da autonomia e da independência funcional, albergados no art. 127, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

3. O critério da lesividade.

A preocupação com o encadeamento das regras constitucionais em comento resultou na formulação do "critério da lesividade", que pode ser sintetizado nos seguintes termos: sempre que há lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, tem-se por atingidos os interesses da coletividade, restando legitimada a atuação judicial do Ministério Público para fazer cessar a ameaça de lesão ao àquele patrimônio, ou pleitear o ressarcimento de um dano que já lhe foi causado.

4 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 95.
5 *Ibidem*, p. 96.

Nesse sentido, revelam-se de plena procedência as ponderações da desembargadora federal Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, do Tribunal Regional Federal – 3ª Região:

> *Uma das funções institucionais mais relevantes atribuídas pela Constituição Federal ao parquet é a defesa do patrimônio público (CF, art. 129, III). O critério decisivo para a atuação obrigatória do órgão ministerial, como autor (isoladamente ou em litisconsórcio), como assistente litisconsorcial, ou como parte pública autônoma (custos legis), em qualquer processo, nas diferentes instâncias, é o da lesividade do patrimônio público, abrangendo não apenas a lesão efetiva, mas também a ameaça de lesão. O Ministério Público não estará, neste caso, substituindo ou fazendo as vezes de representante judicial ou consultor jurídico das entidades públicas interessadas, mas agindo em nome da coletividade. O patrimônio público lesado ou ameaçado de lesão é simultaneamente bem público (estatal) e bem difuso (da coletividade). O interesse na proteção do patrimônio público, nestas situações, deixa de ser exclusivo das entidades estatais e passa a ser de toda a coletividade, contribuinte dos tributos que o alimentam, garantindo maior efetividade à sua tutela jurisdicional*[6].

Na linha das razões doravante explicitadas, e tendo-se em vista que o Erário faz parte do patrimônio público, impende reconhecer que é esse o critério a ser utilizado na análise da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública da defesa do Erário.

Inicialmente, cumpre verificar que a defesa do Erário situa-se, à evidência, no âmbito dos interesses difusos, que – "como os conceitua o CDC – são interesses ou 'direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'. Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático preciso. São como um *feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*"[7].

---

6 YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *O Ministério Público e sua função institucional de defesa do patrimônio público lesado ou ameaçado de lesão*. Disponível na internet: http://www.anpr.org.br [14.06.2005].

7 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

Nesse quadro, não há como negar que uma ação civil pública em que se busque o ressarcimento de dano causado ao Erário envolve interesse difuso. Ora, o Erário é, sem margem para dúvidas, bem público, leia-se, bem de todos. Logo, é do interesse de todos evitar lesões a tal Erário e, por via de conseqüência, ressarcir os danos que ele sofreu. Assim sendo, nota-se que uma ação civil pública em que se busque o ressarcimento de dano causado ao Erário encerra interesse que transborda os lindes dos interesses individuais da Administração Pública. Cuida-se de garantir a integridade do patrimônio do Estado, alimentado por tributos pagos por uma imensa quantidade de pessoas que, certamente, tem interesse em ver a boa aplicação de tais recursos, coibir os atos que destoam dessa boa aplicação e ressarcir-se dos danos causados por atos de má aplicação.

É de ressaltar que as reservas financeiras de um ente público não lhe pertencem com exclusividade, como se tais reservas fossem um bem particular. Na verdade, trata-se sobretudo de um bem da coletividade, circunstância que atrai o interesse dessa coletividade em sua conservação. Nessa esteira, não procede o argumento segundo o qual, ao propor ação civil pública com vistas ao ressarcimento de dano causado ao Erário, o Ministério Público estaria buscando proteger o patrimônio subjetivo de um ente público porque, na hipótese em exame, a finalidade da ação do *Parquet* não seria realizar ativos do Estado, mas sim ressarcir um dano causado a um bem que pertence à coletividade, o que, por constituir defesa de interesse difuso, autoriza o Ministério Público a litigar. Nesse sentido:

> *Sendo o patrimônio público constituído, em grande parte, pelos recursos oriundos dos tributos pagos pelos contribuintes, ele não pode ser visto apenas sob o prisma de bem estatal, de interesse exclusivo das entidades públicas respectivas. Na verdade, elas são mera gestoras desses recursos, devendo bem administrá-lo em nome da coletividade, e no interesse dessa mesma coletividade.*
>
> *Em qualquer situação em que o patrimônio público venha a sofrer lesão ou ameaça de lesão, serão conseqüentemente atingidos os interesses da coletividade, extrapolando-se a esfera de interesses da Administração Pública*[8].

8 YOSHIDA, *loc. cit.*

Assim, na esteira do exposto, imperioso é reconhecer que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa do Erário, sempre que se configure caso lesão ou ameaça a esse patrimônio.

4. A questão do destino dos valores decorrentes de eventual condenação do réu em ação civil pública para o ressarcimento do Erário.

Como argumento a militar contra a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública com vistas à reparação de dano causado ao Erário, alguns sustentam que, em caso de procedência de uma ação como essa, o valor da condenação destinar-se-ia diretamente aos cofres do ente público lesado, e não ao FDD – fundo de defesa dos direitos difusos, previsto no art. 13 da lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), que dispõe:

> *Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.* (grifo nosso)

Esse argumento revela-se de todo impertinente, uma vez que, como se verifica da análise do texto legal acima transcrito, a finalidade do dispositivo é a reconstituição do bem lesado, o que, no caso de uma ação civil pública para o ressarcimento de dano ao Erário, dar-se-ia com a entrega do valor da condenação diretamente aos cofres do ente público que sofreu a lesão, circunstância que de forma alguma desnatura a natureza difusa dos interesses em jogo.

Por outro lado, tendo-se em vistas que a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público decorre diretamente da Constituição, é de se reconhecer que, com tal argumento, subverte-se a ordem das coisas, levantando-se uma questão meramente legal para ilidir o que, às expressas, dispôs a Constituição, como se fosse essa que devesse obediência à lei, e não a lei que devesse obediência à Constituição.

5. A incoerência lógica na negativa de legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública com vistas ao ressarcimento de dano causado ao Erário.

A tese daqueles que negam legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública na defesa do Erário, além de contrariar o art. 129, inc. III, da Constituição, encerra inegável incoerência lógica. É que o art. 1º, *caput*, da lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular - LAP), dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim dispondo, a LAP reconheceu ao cidadão, individualmente, a legitimidade para propor ação judicial na defesa do Erário, legitimidade essa que a tese ora refutada nega ao Ministério Público, alçado pela Constituição Federal à qualidade de órgão estatal defensor, por excelência, das situações de abrangência coletiva. Tal fato não passou despercebido pela argúcia do ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, que, ao proferir seu voto no recurso extraordinário nº 208.719/SP, pontificou:

> (...) creio que a atribuição conferida ao Ministério Público para a ação civil pública em defesa do patrimônio público – perdoem-me tanta 'publicidade' – há de ter, no mínimo, a extensão material da legitimidade dada a qualquer do povo para a ação popular em defesa do mesmo patrimônio público.

6. Da jurisprudência do STF e do STJ.

O Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete máximo da Constituição, vem reconhecendo a procedência das razões acima discorridas, proclamando não só a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em que se busque a reparação de danos causados ao Erário, como também que a preocupação com a higidez de tal patrimônio constitui legítimo interesse difuso:

> *EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüente-*

mente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido. [9]

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. - O entendimento da Corte é no sentido de que o Ministério Público está legitimado à propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público. Precedentes. II. - Agravo não provido. [10]

A seu turno, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), intérprete máximo da legislação infraconstitucional federal, ao interpretar a LACP, fixou jurisprudência pacífica e remansosa no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos causados ao Erário. Citam-se, como exemplos, os seguintes arestos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE.
Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos ao Erário. Recurso improvido. [11]

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO.
1. O artigo 129 da Constituição Federal estabeleceu que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de ser resguardado o patrimônio público. Tal dispositivo constitucional ainda o legitima para a proteção de outros interesses difusos e coletivos, entre os quais se inclui, ante o interesse

9 STF – Tribunal Pleno, RE 208.790/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 27.09.2000.
10 STF – 2ª Turma, AI 491081 AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.04.2004.
11 STJ – 1ª Turma, REsp 142.707/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 03.03.1998.

difuso na sua preservação, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.
2. A ação civil pública é o meio adequado para o ressarcimento de danos ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la.
3. Recurso especial provido. [12]

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. CONCESSÃO DE VANTAGEM A SERVIDORES NÃO INTEGRANTES DO QUADRO DE PESSOAL. VEDAÇÃO LEGAL (LEI Nº 7.758/89). LESÃO AO ERÁRIO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECONHECIDA. PRECEDENTES.
1. Tanto o artigo 129, inciso III, da Constituição da República, quanto a legislação infraconstitucional, ilustrativamente o inciso IV do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, acrescentado pela Lei nº 8.078/90, conferem legitimidade ao Ministério Público para atuar na defesa do patrimônio público, que é espécie ou modalidade de interesse difuso. Precedentes.
2. A concessão de vantagem legalmente vedada (artigo 2º da Lei Estadual nº 7.758/89) a servidores requisitados para o exercício de função gratificada enseja a propositura de ação civil pública, visando à defesa do patrimônio público.
3. Recurso provido. [13]

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CABIMENTO – DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA – PRECEDENTE DA EG. PRIMEIRA SEÇÃO (ERESP. 107.384/RS).
– Não há que se falar em nulidade do acórdão que, examinando todas as alegações suscitadas na apelação, decide a lide de forma contrária àquela desejada pela recorrente.
– A ação civil pública é adequada à proteção do patrimônio público, visando à tutela do bem jurídico em defesa de um interesse público.

12 STJ – 2ª Turma, REsp 422.729/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 22.03.2005.
13 STJ – 6ª Turma, REsp 468.292/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10.02.2004.

– O Ministério Público é parte legítima para promover ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário.
– Inteligência da Lei 7.347/85.
– Ressalva do entendimento do relator.
– *Recurso especial conhecido e provido.* [14]

7. Considerações finais.

Sendo o Erário parte integrante do patrimônio público, há interesse difuso em sua higidez, de modo que não se pode negar ao Ministério Público, defensor por excelência dessa categoria de interesses, a legitimidade ativa para propor ação civil pública para o ressarcimento de dano causado àquele Erário. Essa legitimação constitucional não pode ficar subordinada à ação ou inação de outros órgãos estatais, sob pena de agravo à autonomia e independência funcional que a Constituição assegura ao *Parquet*.

A aparente contrariedade do disposto nos incisos III e IX do artigo 129 da CF/88 resolve-se pelo critério da lesividade, capaz de assegurar ao Ministério Público a sua incumbência constitucional de defesa dos interesses difusos sem que se descuide da vedação à representação judicial dos entes públicos, procedida pelo inc. IX do art. 129 da CF/88. Em consonância com esse critério, é assegurada a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública com vistas ao ressarcimento de dano causado ao Erário.

Ao propor ação civil pública para o ressarcimento de dano causado ao Erário, o Ministério Público não está fazendo as vezes de "um cobrador de impostos da Fazenda em juízo" [15], porque, em uma ação como essa, o seu objetivo não é proteger o patrimônio subjetivo do ente público lesado, mas sim defender o interesse da coletividade na intangibilidade daquele patrimônio.

14 STJ – 2ª Turma, REsp 326.194/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 17.08.2004.
15 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 164.

Bibliografia

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *O Ministério Público e sua função institucional de defesa do patrimônio público lesado ou ameaçado de lesão*. Disponível na internet: http://www.anpr.org.br [14.06.20051.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade de danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 25 jul. 1975.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial da União. Brasília, 05 jul. 1965.

O ENFERMO MENTAL SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Alex de Jesus
(Acadêmico de Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE).

Introdução

A presente monografia tem por escopo explicar como o doente mental é visto e interpretado pelo direito penal. Trata das medidas de segurança em relação estrita com o doente mental, procurando analisar o problema da humanização do direito penal frente àqueles que não possuem o discernimento necessário para a realização de seus atos.

Na confecção deste trabalho foi utilizada metodologia histórico-descritiva das medidas de segurança observando sempre a ênfase consignada ao doente mental. As pesquisas visaram mesclar textos de doutrinadores clássicos com autores da nova geração.

Começaremos analisando como o doente mental é visto ao longo da história da humanidade. Logo após, com vistas a situar o leitor nos aspectos introdutórios das medidas de segurança, explanaremos sobre imputabilidade, inimputabilidade, semi-imputabilidade, haja vista que a aplicação ou não das medidas de segurança depende do enquadramento da imputabilidade penal do agente a partir da observação de tais conceitos. Observaremos ainda os seus critérios definidores.

Verificaremos também como as medidas de segurança estão consagradas nos nossos principais textos legislativos penais, desde os primórdios de nossa história até os dias atuais, percebendo como foi mudando o instituto das medidas de segurança juntamente com a maior complexidade social alcançada dia após dia em nosso país.

Por fim analisaremos as medidas de segurança como institutos jurídicos penais gerais e também enquanto inseridas no sistema penal brasileiro.

1.Tratamento dispensado ao enfermo mental: perspectiva histórica

Na antiguidade as doenças mentais eram atribuídas aos maus espíritos. Não existia a expressão "louco", mas sim, "endemoniado". A partir do século II d.C., a doença mental começou a ser encarada por três enfoques: intervenção divina (castigos dos deuses); fruto dos conflitos passionais; e, disfunções somáticas.

A civilização romana foi a primeira a apresentar interesse jurídico com a figura do doente mental. A guarda do alienado era atribuída à família. Porém, se a família não pudesse suportar o ônus de cuidar de seu doente, poderia então recorrer ao Estado. Ao cometer infração penal o alienado não era punido, por dois motivos: 1º) Por piedade, haja vista, o louco já ser um indivíduo castigado pelos deuses; 2º) A total ausência de compreensão do ato cometido pelo doente mental.[1] Esse segundo motivo configura-se um precursor do conceito de inimputabilidade penal.

Após a queda do Império Romano e a conseqüente supremacia política da Igreja Católica, adveio o que foi denominada idade média ou, como muito bem dito pelos historiadores, a "idade das trevas". A censura religiosa sobrepõe-se a todos os campos do conhecimento humano. Quanto à questão da loucura, era atribuída à obra diabólica. Logo, um retrocesso. Com a baixa idade média e o início da era moderna, voltou-se a dar enfoque médico à doença mental. Os primeiros hospitais especializados surgiram na Espanha. Visavam principalmente à proteção da integridade física dos doentes. Visto que à época, aos doentes mentais eram reservados insultos e apedrejamentos, resquícios das explicações religiosas e supersticiosas da loucura na sociedade medieval.

Do advento dos primeiros hospitais especializados (séc. XV) até o período da Revolução Francesa (fins do Séc XVIII), o confinamento foi a tônica da psiquiatria. A idéia era proteger a sociedade por meio da segregação dos enfermos. Interessante exemplo de segregação é percebido nos hospitais gerais franceses, a partir de 1656, cuja finalidade era aprisionar não só os loucos, mas também, os mendigos, desocupados, criminosos. Em 1657, esses hospitais concentram todos os marginais da época. O hospital geral era tudo, menos estabelecimento médico. Era uma entidade administrativa que tal qual os tribunais, julgava e executava.

1 PONTE, Antônio Carlos Da. Inimputabilidade e Processo Penal. São Paulo. Ed. Atlas, 2001.

"Marginalização administrativa da irracionalidade"[2] foi como ficou conhecido o sistema dos hospitais gerais, que vigorou até a Revolução Francesa. Como resultado dos institutos jurídicos desenvolvidos a partir do iluminismo e com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, passa então a loucura ser diagnosticada como doença. Já em fins do séc. XIX, com Freud houve uma revolução nos estudos da mente humana, seguido por Jung, Adler e outros. Entretanto, os estabelecimentos de internação pouco mudaram até nossos dias. A exclusão social do enfermo ainda é vigente em nosso país.[3]

2. Imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade

Imputabilidade é a capacidade de ser culpável. É a aptidão que o indivíduo possui para poder ser declarado culpado por alguma infração penal. Quem não detém essa aptidão, por ser ainda imaturo ou sofrer de alterações psíquicas relevantes, não pode ser declarado responsável penalmente por seus atos.

Cláudio Brandão define a imputabilidade da seguinte forma:

> Para que se faça um juízo de reprovação pessoal sobre o sujeito é necessário que ele seja capaz e dita capacidade é determinada na lei. A capacidade de culpabilidade é chamada de imputabilidade e esse conceito é essencialmente normativo. O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade. Portanto, a imputabilidade é o conjunto de qualidades pessoais, as quais são determinadas na norma penal, que possibilitam a censura pessoal.[4]

Ainda sobre imputabilidade penal, versa Mir Puig:

> El autor es penalmente responsable cuando realiza el hecho en condiciones psíquicas de normalidad motivacional suficientes para que proceda la imposición de una pena...No son penalmente responsables,

2 DÖRNER, K. Ciudadanos y Locos. História Social de la Psiquiatría. Madri. Ed. Taurus, 1974.
3 PONTE, Antônio Carlos Da. Inimputabilidade e Processo Penal. São Paulo. Ed. Atlas, 2001.
4 BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de janeiro. Ed. Forense, 2002, p. 142

pues, de los hechos penalmente antijurídicos y antinormativos que cometen, sujetos como los enfermos mentales, los menores de edad penal, los que actúan com miedo insuperable, etc.[5]

A imputabilidade penal no Brasil é definida por exclusão, já que no Código Penal são expressamente definidas apenas a inimputabilidade (Artigos 26 caput, 27 e 28, § 1º) e semi-imputabilidade (Art 26, parágrafo único e 28, § 2º).

3. Critérios definidores

São três os critérios constantes na doutrina que definem a inimputabilidade e a semi-imputabilidade, também denominada culpabilidade diminuída. São eles os critérios: biológico, psicológico e biopsicológico. Pelo critério biológico a responsabilidade é condicionada à saúde mental. Se o indivíduo é portador de grave deficiência mental, é declarado irresponsável penalmente, ou em outras palavras, inimputável. Pelo critério psicológico é declarada a irresponsabilidade penal, se no momento do crime o indivíduo não possuía o discernimento para aferir a criminalidade do fato.

O critério biopsicológico é o aglutinamento dos dois critérios anteriores.Para ter a responsabilidade penal excluída, o indivíduo tem de, no momento da ação, por motivo de enfermidade ou retardamento mental (critério biológico), ser incapaz de discernimento e autodeterminação (critério psicológico). É a regra utilizada no nosso Código Penal. Há uma exceção expressa nesta regra, que é a inimputabilidade legal do menor de dezoito anos, configurando o critério biológico para determinar a inimputabilidade penal.[6]

5 "O agente é penalmente responsável quando realiza o ato em condicões psíquicas de normalidade motivacional suficientes para que se proceda a imposição de uma pena...Não são penalmente responsáveis, pois, dos atos penalmente antijurídicos e antinormativos que cometem, sujeitos como os enfermos mentais, os menores de idade penal, os que atuam com medo insuperável, etc." Santiago Mir Puig em palestra proferida no 8º Seminário Internacional do IBCCRIM. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11 – Nº 42. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2003.

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** 5ª Edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

4. Medidas de Segurança

Até o Código Penal de 1940, vigorava no direito penal brasileiro o sistema "duplo binário", onde aos imputáveis e semi-imputáveis podiam ser aplicadas conjuntamente pena e medida de segurança. Com tal sistema ocorria o bis in idem, ou seja, o agente sofria duas conseqüências pelo mesmo ato. Com a Reforma Penal de 1984 o Código Penal adotou o sistema vicariante, "onde o fundamento da pena é a culpabilidade e o fundamento da medida de segurança é a periculosidade associada à incapacidade penal do agente".[7]

Pelo código penal atual, ao imputável cabe a pena correspondente; ao inimputável, a medida de segurança; ao semi-imputável (fronteiriço) cabe pena ou medida de segurança, conforme o caso concreto.

Magalhães Noronha define as medidas de segurança da seguinte forma:

Como a pena, é a medida de segurança sanção penal. Bem sabemos que esta concepção não é pacífica, mas ontologicamente, para nós, elas não apresentam distinção. São outras diferenças que as caracterizam, e de natureza quantitativa antes que de qualidade. Na pena prevalece o cunho repressivo, ao passo que na medida de segurança predomina o fim preventivo; porém, como já se fez sentir, a prevenção também não é estranha à pena. Ambas pressupõem a prática de ato ilícito.[8]

Segundo Aníbal Bruno:

As medidas de segurança justificam um regime especial. Não são penas, mas instrumento de defesa da sociedade, por um lado, e de recuperação social do criminoso, por outro. Em princípio, são medidas não punitivas, mas de proteção e assistência.

O seu pressuposto imediato não é o fato punível, mas a situação de perigosidade criminal em que se encontra o agente e que se revelou no atuar delituoso. O momento em que a consideração desse estado mais se impõe é o da execução da medida, isto é, aquele em que lhe vai ser aplicado o necessário remédio.

Essas medidas serão, pois, reguladas pela em vigor ao tempo da sentença, ou pela que reger no momento da execução, se for diferente.

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 714.

8 NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, Vol. 1**. 35ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2000, p. 314.

Não se pode dizer, entretanto, que a nova lei retroage, porque a medida se estabelece, não em razão do crime, que é do passado, mas da perigosidade que existe no presente.[9]

4.1. Características

Interessante e didático demonstrar as características das medidas de segurança, contrastando-as com as das penas:

a. A pena tem caráter predominantemente retributivo (repressivo); Na medida de segurança prepondera o caráter preventivo;

b. Como já dito, o fundamento da pena é a culpabilidade; o fundamento da medida de segurança é a periculosidade;

c. As penas têm prazo fixo; as medidas de segurança não. Só findam quando da cessação da periculosidade do agente;

d. As penas têm como destinatários, os imputáveis e os semi-imputáveis; as medidas de segurança destinam-se aos inimputáveis e excepcionalmente, aos semi-imputáveis.

4.2. Evolução histórica

Ferri, Despines e Lombroso foram os primeiros juristas a defenderem medidas de defesa social, além do sistema penal tradicional. O projeto do Código Penal Suíço, de Carl Stoos (1893) e o contra-projeto de Von Liszt e Kahls (1911), foram os pioneiros das medidas de segurança no sistema penal.

Entretanto, nos ordenamentos anteriores a 1893 já existiam sanções que se configuravam como medidas de segurança (um exemplo vivo disso encontra-se no Código Criminal do Império do Brazil de 1830, que será tratado com mais detalhes em 5.2. infra). Mas, somente a partir dos estudos de Stoos, von Liszt e Kahls é que se começou a pensar de forma científica e sistematizada num sistema penal que abrangesse penas e medidas de segurança. O Código Penal italiano de 1930 foi o primeiro a destacar um completo sistema de medidas de segurança, o que foi seguido pelos demais países.[10]

9 BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Introdução, Norma Penal, Fato Punível. 5ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2003, p. 166

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

No Brasil desde o início de sua história até o séc. XIX vigoraram os seguintes conjuntos legislativos: Ordenações Afonsinas (1500 a 1512); Ordenações Manuelinas (1512 a 1569); Código de D. Sebastião (1569 a 1603); Ordenações Filipinas (1603 a 1830). O Livro V das Ordenações Filipinas reflete bem o direito penal da época. A pena de morte era a mais aplicada e sem critérios claros de verificação da gravidade do delito. Forte conteúdo moral e religioso impregnava as leis de então e com as Ordenações não era diferente. Não havia qualquer preocupação com o autor do crime. Em conseqüência não havia regras especiais sobre imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade. Exceção nas Ordenações Filipinas constou no Título CXXXV do Livro V, com o seguinte título: "Quando os menores serão punidos por os delitos, que fizerem". Esse título previa entre outras coisas, a proibição de aplicação da pena de morte ao menor de 17 anos, cabendo ao julgador substituir a pena de morte por pena de espécie diversa. Em 1830, entrou em vigor o Código Criminal do Império do Brazil. Pela primeira vez em nosso ordenamento aparece a figura do agente que não apresentava higidez mental completa, o "louco de todo o gênero" (Art. 10, § 2º).

O Código de 1890 representou um retrocesso. Estabeleceu a maioridade aos nove anos de idade (Art 27, § 1º), e por meio de uma redação defeituosa, dificultou a acepção do conceito de inimputabilidade, não havendo menção à semi-imputabilidade. Vários projetos visaram à reforma ou à revisão do Código de 1890, dentre os quais, os de Galdino Siqueira (1913), Sá Pereira (1928) e de Vicente Piragibe (1932). Alcântara Machado com a colaboração de uma comissão revisora criou o Código Penal de 1940, reformado em sua Parte Geral pela Lei 7.209, de 11 de junho de 1984.[11]

4.3. Finalidades

As medidas de segurança têm por finalidades as prevenções, Especial e Geral, culminando na Defesa Social.

A prevenção especial é também chamada de prevenção individual, por se referir ao agente em si. Tal prevenção é a principal finalidade das medidas de segurança. Caracteriza-se pelo caráter de proteção ao inimputável. As medidas de segurança, assim como as penas, têm dupla função: segurança e socialização. Devido a sua finalidade principal ser a prevenção especial, a

11 PONTE, Antônio Carlos Da. Inimputabilidade e Processo Penal. São Paulo. Ed. Atlas, 2001.

medida de segurança, ao contrário da pena, tem a socialização como preponderante sobre a segurança. Desponta como mais importante, pois, pela socialização subsidiariamente atinge-se a segurança. Já o oposto não necessariamente será verdadeiro. Convém sempre lembrar que embora seu caráter socializador, as medidas de segurança assim como as penas têm como princípio norteador a segurança da sociedade. A prevenção geral como seu nome indica, é direcionada à sociedade como um todo. A partir do momento da aplicação da medida de segurança o objetivo é tratar e educar o infrator, também o protegendo, enquanto inimputável que é. Ao mesmo tempo, protege-se a sociedade daquele mesmo agente infrator, constatando-se assim a prevenção geral.

Uma diferença básica entre a pena e a medida de segurança é que na pena prevalece o caráter retributivo e a prevenção geral é preponderante. Já na medida de segurança predomina o caráter terapêutico e a prevenção especial é que tem lugar de destaque. [12]

Ao não serem colocados no mesmo patamar jurídico-penal os imputáveis e os inimputáveis, surge a necessidade de, embora respeitadas as diferenças, serem os inimputáveis também enquadrados no sistema penal. Tal enquadramento é realizado pelas medidas de segurança. Portanto, as penas e as medidas de segurança embora tenham características próprias, têm o mesmo escopo, qual seja, a defesa da sociedade, da vida gregária, coletiva. Enfim, visam a defesa de todo o sistema social no qual estão inseridas. Portanto, assim como as penas, as medidas de segurança têm também como finalidade a defesa social.

5. Panorama sobre medidas de segurança na legislação brasileira

Veremos em tópicos as medidas de segurança e as mudanças desse instituto na legislação brasileira, com breves comentários.

5.1. Ordenações Filipinas

Primeira menção, ainda que incipiente, do conceito de semi-imputabilidade. Tal assunto foi tratado no Título CXXXV do Livro V das

12 DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Ordenações Filipinas, com o seguinte título: "Quando os menores serão punidos por os delitos, que fizerem". Esse título previa entre outras coisas, a proibição de aplicação da pena de morte ao menor de 17 anos, cabendo ao julgador substituir a pena de morte por pena de espécie diversa. Não havia nas Ordenações Filipinas qualquer tipo de medida de segurança ou algo parecido.

5.2. Código Criminal do Império do Brazil de 1830

No Código Criminal de 1830, o assunto em tela, foi tratado como segue em sua redação original:

> "Art. 10. Também não se julgarão criminosos:
> § 1º Os menores de 14 annos;
> § 2º Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e nelles commetterem o crime;
> § 3º...; § 4º...;
> Art 11...
> Art. 12. Os loucos que tiverem comettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues as suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente.
> Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correcção pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezesete annos."

Nos artigos supra já se percebe o avanço da legislação penal em relação às Ordenações Filipinas. São considerados inimputáveis os menores de quatorze anos e os loucos de todo o gênero. Aparecem neste código também, com caráter inédito, as medidas de segurança para os enfermos mentais e para os menores de quatorze anos. Com certeza fruto do pouco conhecimento da psique humana na época, a expressão "loucos de todo gênero", deveras abrangente e ao mesmo tempo incompleta para comportar todos os tipos de enfermidades mentais, merecendo inclusive veemente crítica do insigne penalista Tobias Barreto, a seguir (literalmente):

Eu disse que o Código, tornando irresponsáveis os loucos de todo gênero, com quanto usasse de uma expressão concisamente larga, todavia não dava entrada á totalidade dos phenomenos, que é de suppor quizesse incluir dentro dessa cathegoria. O conceito de loucura é realmente um con-

ceito genérico, divisível em espécies, que são como fracções, de que elle é denominador commum. Mas também, por sua vez, a loucura assume uma feição especifica, em relação ao conceito superior de incapacidade psychologica de delinqüir livremente, conceito, cujo valor excede a somma de todos os loucos e menores de quatorze annos.[13]

Ainda assim cabe destacar o ineditismo do Código Criminal do Império, que foi o "primeiro diploma penal autônomo da América Latina, de índole notadamente liberal, que acabou influenciando o Código Espanhol de 1848 e a legislação de diversos países latino-americanos."[14]

5.3. *Código Penal de 1890*

Redação defeituosa e doutrina não condizente com o seu tempo, foram os aspectos mais destacados no primeiro Código Penal da República.Estabelecia a maioridade penal aos nove anos de idade e numa terminologia totalmente imprecisa, tratou da inimputabilidade por enfermidade mental de acordo com o que se segue:

> "Art. 27 Não são considerados criminosos:
> § 1º...; § 2º...;
> § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, fôrem absolutamente incapazes de imputação;
> § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de commeter o crime;
> § 5º...; § 6º...;
> § 7º Os surdo-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação, nem instrucção, salvo provando-se que obraram com discernimento."

As expressões "imbecilidade nativa", "enfraquecimento senil" e "completa privação dos sentidos e inteligência", foram expressões extremamente infelizes do Código de 1890, pelos seguintes motivos respectivamente: a doença mental pode se apresentar após o nascimento; enfraqueci-

13 BARRETO, Tobias. Menores e Loucos em Direito Criminal. Edição fac-símile. Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 44.

14 PONTE, Antônio Carlos da. Inimputabilidade e Processo Penal. São Paulo. Ed. Atlas. 2001, p. 29.

mento senil é um processo biológico natural do ser humano. O Código confundiu enfraquecimento senil com demência senil, esta sim, patológica; "privação dos sentidos" serviu como "manto de impunidade", devido à imprecisão técnica do termo.

Ainda no Código de 1890, havia o Art. 29, que tratava das medidas de segurança:

> "Art. 29 Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues ás suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim exigir para a segurança do publico."

Como conseqüência de toda a celeuma doutrinária em razão da redação truncada e a falta de sintonia do Código com sua época. Várias foram as revisões a ele impostas. Destacaremos as mais importantes no tocante as medidas de segurança relacionadas aos enfermos mentais. Em 1913, o projeto Galdino Siqueira, determinou em seu Art. 16 que os inimputáveis de maior periculosidade deveriam ser internados nos manicômios em seção distinta a eles destinada. O Decreto nº 4780, de 27 de dezembro de 1923, no Art. 38, substituiu a palavra "privação", por "perturbação", no Art. 27, § 4º do Código de 1890, o que em nada mudou a impunidade gerada por tal norma. O projeto Virgílio Sá Pereira, de 1928 previu em seu Art. 171, a semi-imputabilidade, tornando obrigatória a decretação do internamento do agente absolvido por falta de imputabilidade ou por tê-la diminuída (semi-imputável), desde que manifesta sua periculosidade. A Consolidação das Leis Penais, de autoria do desembargador Vicente Piragibe, colocada em vigor pelo Dec. nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, modificou profundamente os Arts. 27 e 29 do Código de 1890. Foi restabelecida a maioridade penal aos maiores de 14 anos. Quanto às medidas de segurança, redigiu-se assim:

> "Art 29. Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues a suas famílias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para a segurança do publico. Emquanto não possuírem os Estados manicômios criminaes, os alienados delinqüentes e os condemnados alienados somente poderão permanecer em asylos públicos, nos pavilhões que especialmente se lhes reservem."

5.4. Código Penal de 1940

Em 1940 uma comissão revisora chefiada por Alcântara Machado, propôs um projeto que se tornou base do Código Penal de 1940. Quanto a imputabilidade penal, determinou a maioridade penal aos dezoito anos. No código de 1940 ainda vigorava o sistema "duplo binário", que caracterizava o bis in idem. Mas, em sua grande maioria, os preceitos doutrinários existentes no Código de 1940, são consistentes até hoje em nosso direito penal. [15]

5.5. Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940

Em 11 de julho de 1984, entra em vigor a Lei nº 7.209, que reformou a Parte Geral do Código Penal de 1940. Tal reforma veio atender a necessidade de atualização da lei em vista da cada vez maior complexidade social. Um dos maiores avanços foi a implementação do sistema vicariante em lugar do antigo sistema "duplo binário" (vide item 4. supra). Quanto à inimputabilidade, a Reforma da Parte Geral dedicou os seguintes artigos: Art 26, caput. Nesse artigo é caracterizado o critério biopsicológico da verificação da inimputabilidade; Art 28, § 1º. Nesse parágrafo específico é determinada a inimputabilidade penal para a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Já o parágrafo único do Artigo 26, estabelece as condições para a semi-imputabilidade. Quanto aos menores de dezoito anos, são tratados no Art. 27, como inimputáveis, caracterizando assim o único caso de adoção do critério biológico de inimputabilidade, pelo Código Penal.

Tratando sobre as medidas de segurança temos: as espécies de medidas de segurança, nos incisos do Art. 96: Internação ou tratamento ambulatorial. No parágrafo único deste artigo temos o caso de prescrição penal, dando à medida de segurança a mesma forma de execução que seria dada a uma pena, quando vencido seu prazo prescricional. No Art. 97 caput, temos as hipóteses em que se aplicará a internação (crimes que têm previsão para reclusão) e àquelas que permitem ao juiz determinar o tratamento ambulatorial ao agente (crime punível com detenção). Em seu § 1º, o Art. 97 informa o tempo de duração da medida de segurança, qual seja, indeterminado (perdura até ser constatada clinicamente a cessação da periculosidade). Indica ainda o prazo

15 PONTE, Antônio Carlos da. Inimputabilidade e Processo Penal. São Paulo. Ed. Atlas. 2001.

mínimo que deverá ser de um a três anos. No § 2º informa sobre a perícia médica para determinação do fim da periculosidade do agente. O § 3º trata da desinternação do agente. Neste caso, será sempre condicional, e se antes de decorrido um ano da desinternação o agente apresentar indício de periculosidade volta à situação de internação ou tratamento ambulatorial. No § 4º, temos algo parecido com a regressão de regime penal. Caso ao agente tenha sido imposto o tratamento ambulatorial, poderá a qualquer tempo a autoridade judiciária determinar sua internação, se for necessária tal atitude para fins curativos.

No Art. 98 temos a hipótese de substituição da pena pela medida de segurança para o semi-imputável, quando então se aplicarão todas as normas contidas no Art. 97 caput e seus parágrafos.

O Art. 99 informa os direitos do internado.

Há que se observar ainda o Art. 41, que trata de superveniência de doença mental, quando então o condenado passa a ser abrangido pelas medidas de segurança, seja tratamento ambulatorial, seja internação.

5.6. Código de Processo Penal

O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 instituiu o Código de Processo Penal. Em seu Livro I, Título VI "Das Questões e Processos Incidentes", Capítulo VIII "Da Insanidade Mental Do Acusado", determina como se deve proceder para se averiguar a insanidade mental no transcorrer do processo penal. Em seu Título XI "Da Aplicação Provisória De Interdições De Direitos e Medidas De Segurança" estabelece todo o procedimento para aplicação processual das interdições e das medidas de segurança.

Em seu Livro II, "Dos Processos Em Espécie", Título II "Dos Processos Especiais", Capítulo VII "Do Processo De Aplicação De Medida De Segurança Por Fato Não Criminoso", determina os casos e como se deve processar a aplicação da medida de segurança quando o indivíduo cometer fato não criminoso. Já no Livro IV "Da Execução", Título V "Da Execução Das Medidas De Segurança" trata num conjunto extenso de normas (artigos 751 a 779), da execução propriamente dita das medidas de segurança.

5.7. Lei de Execução Penal

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 tem como finalidade tratar de forma pormenorizada as penas e medidas de segurança em relação ao infrator e sua necessária reintegração social.

Quanto às medidas de segurança, a LEP desenvolve em vários artigos, toda a sistemática de aplicação das medidas de segurança. Institui também em seu Título III "Dos Órgãos da Execução Penal", Cap I, "Disposições Gerais", o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, como o principal órgão do sistema de execução penal e no Cap. II, "Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária", informa a sede, prerrogativas e atribuições do dito Conselho. No Título IV "Dos Estabelecimentos Penais", Cap. VI "Do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico", trata dos destinatários das medidas de segurança e como se deve processar os tratamentos de internamento e ambulatorial. Em seu Título VI "Da Execução das Medidas de Segurança", Cap. I "Disposições Gerais" e Cap. II "Da Cessação da Periculosidade", trata de toda sistemática de aplicação, tratamento e verificação do estado mental do indivíduo.

6. Conclusão

Pela leitura deste estudo percebe-se que as medidas de segurança são resultantes do processo de conhecimento do homem sobre si mesmo especialmente a partir dos ideais iluministas e da Revolução Francesa. Em 1889, Cesare Lombroso analisava o problema do criminoso doente mental em face do direito penal:

Em seguida, parecem-nos da mais alta importância os casos em que o delito e a loucura (...) fundem-se de maneira inextricável. Tal é o caso em que se vêem as tendências delituosas nascerem, seja inopinadamente após o parto, na velhice; seja desde o nascimento graças a hereditariedade...[16]

As medidas de segurança são o resultado da humanização do direito. Neste sentido é interessante notar a pertinência das idéias humanistas do grande Beccaria:

...necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.[17]

A perspectiva da sociedade em relação ao enfermo mental vem num crescente evolutivo até nossos dias. No início o direito penal não diferencia-

16 LOMBROSO, Cesare. O Homem Criminoso. Edição Histórica. Ed. Rio. Rio de Janeiro, 1983, p. 21.

17 BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001,p. 52.

va o agente que praticava o ilícito com discernimento daquele que não dispunha de tal ferramenta mental. Importava unicamente o ato em si. Com o decorrer histórico, passou-se a perceber a peculiaridade entre o ato ilícito consciente e aquele em que o agente não tem a perfeita percepção da realidade à sua volta.

Para suprir essa lacuna na codificação penal, surgiram então, as medidas de segurança. A ação em si mesma ainda é importante, é claro. Entretanto, o indivíduo ganha maior importância, pois, tem de se aquilatar a capacidade de discernimento do agente no momento da realização do ato.

Hoje em dia o instituto das medidas de segurança encontra-se, assim como as formas de tratamento mental, tão evoluído, que estudiosos do direito há, que defendam a mudança paradigmática do seu enfoque. Essa é a tese defendida (com a qual concordamos) pela Doutora Maria João Antunes, em palestra proferida no 8º Seminário Internacional do IBCCRIM, em 2002:

Com isto, queremos apenas significar que à preocupação em garantir ao agente inimputável em razão de anomalia psíquica contra privações injustificadas ou excessivas da liberdade (...) pode ser contraposto não só modelo de justiça penal, mas também um modelo médico-assistencial, devidamente enquadrado por justiça administrativa, bem distinta da passada (...) a intervenção médico-psiquiátrica actual (uma intervenção psicofarmacológica, psicoterapêutica e psicossocial) é muito mais compatível com este modelo (de direito administrativo), do que com o modelo de justiça penal. Para além do que prosseguiria também o mandamento político-criminal da necessidade e subsidiariedade da intervenção penal.[18]

Destaque-se que não obstante o seu caráter democrático ao demonstrar a diferença entre os agentes (o imputável e o inimputável), as medidas de segurança podem, paradoxalmente, ser usadas como instrumento de repressão por parte de regimes autoritários. Haja vista que enquanto as penas têm prazo determinado, o mesmo não se verifica quanto às medidas de segurança (vide 4.1., c.). Inimigos políticos podem ser arbitrariamente declarados doentes mentais e enclausurados ad eternum em sanatórios, de forma que nunca mais venham a incomodar o poder vigente. Tal artimanha jurídica já foi utilizada algumas vezes. Alemanha nazista e Itália fascista utilizaram tal estratagema. No sentido de restringir esse caráter de prisão

18 ANTUNES, Maria João. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11 – Nº 42. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003, p. 102

perpétua atribuído às medidas de segurança o Código Penal prevê a perícia médica regular para verificação do estado de saúde do inimputável (Art. 97, § 2º). No Brasil as medidas de segurança passaram a fazer parte da legislação a partir do Código Penal de 1890. Na época utilizou-se o sistema de "duplo binário". Ao imputável e semi-imputável poderia ser aplicada pena e medida de segurança por um mesmo ato ilícito. Tal sistema configura o bis in idem, ou seja, o agente seria punido duas vezes pelo mesmo ato ilícito o que é refutado categoricamente pela doutrina. O sistema de "duplo binário" persistiu ainda no Código Penal de 1940. A partir da Reforma Penal de 1984, entra em vigor o sistema vicariante, onde ao agente imputável, aplica-se a pena, que tem como fundamento a culpabilidade e ao agente inimputável, aplica-se a medida de segurança, que tem como fundamento a periculosidade do agente. Aos semi-imputáveis será aplicada pena ou medida de segurança conforme o caso concreto. Também existem princípios legais gerais que foram redigidos no Art. 5º da Constituição Federal de 1988.

São os incisos XXXIX (anterioridade da lei penal), XL (irretroatividade da lei penal), LIII (salvaguarda jurídica), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), dentre outros que são válidos para as penas assim como para as medidas de segurança.

A legislação brasileira, quanto às medidas de segurança é bastante evoluída. Mas há uma crítica a ser feita. Encontra-se no parágrafo único do Art. 96. Esse parágrafo informa que ao se extinguir a punibilidade extingue-se também a medida de segurança respectiva. Então se ao agente for imposta a medida de segurança e o mesmo encontrar-se foragido até a prescrição do crime, está extinta a punibilidade. Mas e a periculosidade? Extingue-se junto com a prescrição penal? Após o exposto percebe-se a necessidade de pelo menos dilatar os prazos prescricionais para crimes cometidos por inimputáveis, no sentido de harmonizar logicamente as medidas de segurança com o seu pressuposto que é a periculosidade do agente.

Embora seja de muito bom nível a legislação penal brasileira sobre medidas de segurança, há no país um conjunto de fatores que impedem a perfeita aplicação não só das medidas de segurança, como do sistema penal como um todo, dentre eles: deficiências de estrutura física; hospitais psiquiátricos judiciários ainda com a mentalidade arcaica de simplesmente segregar o enfermo mental do convívio social. Há estados que sequer possuem aparelhagem judiciária para internar os enfermos mentais alcançados pelas medidas de segurança; insuficiência de material humano para recuperar e acompanhar a reinserção do agente à vida normal da sociedade.

Vontade política e recursos financeiros são dois fatores mais que necessários à perfeita aplicação das medidas de segurança, com o conseqüente restabelecimento da saúde mental do agente e seu retorno à vida social.

As medidas de segurança enquanto conceitos normativos estão muito bem inseridas na legislação brasileira e coadunam-se perfeitamente com o estado democrático de direito. Mas, o que ocorre é que a legislação e o meio social mantêm-se em dissonância devido aos problemas supracitados.

Ao considerar as diferenças entre os inimputáveis e imputáveis, o sistema penal democratiza e humaniza o direito penal, pois percebe assim as nuances de cada ser humano enquanto indivíduo de um meio social cada vez mais complexo e heterogêneo.

A partir do advento das medidas de segurança e a utilização do sistema vicariante, o direito penal brasileiro contemplou o conceito de direito exposto pelo jurisconsulto romano Ulpiano: "Dar a cada um o que é seu."

Referências bibliográficas

1. DÖRNER, K. Ciudadanos y Locos. História Social de la Psiquiatría. Madri. Ed. Taurus, 1974.

2. LOMBROSO, Cesare. O Homem Criminoso. Edição Histórica. Rio de Janeiro. Ed. Rio. 1983.

3. BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 5ª Edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

4. BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2ª Edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

5. DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

6. NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, Vol. 1. 35ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2000.

7. PONTE, Antônio Carlos da. Inimputabilidade e Processo Penal. São Paulo. Ed. Atlas, 2001.

8. BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de janeiro. Ed. Forense, 2002.

9. TINÔCO, Antônio Luiz Ferreira. Código Criminal do Imperio do Brazil annotado. Edição fac-símile. Brasília. Senado Federal. Conselho Editorial, 2003.

10. BARRETO, Tobias. Menores e Loucos em Direito Criminal. Edição fac-símile. Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

11. BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Introdução, Norma Penal, Fato Punível. 5ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2003.

12. IBCCRIM. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11. Nº 42. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

RACISMO E INJÚRIA: ENTRE GRAFITES, RISCOS E RABISCOS

Guilherme Ataíde Jordão de Vasconcelos
(Aluno do 7º período da graduação em Direito - UFPE, ex-bolsista do PIBIC/CNPq e Monitor de Direito Penal 2).

SUMÁRIO: 1. Introdução: necessidade da discussão e colocação do problema; 2. Razões históricas para incriminação do racismo; 3. As "normas-soluções"; 4. Esclarecimentos necessários à análise do tema; 4.1. Raça, cor e etnia; 4.2. Racismo, discriminação, preconceito e igualdade; 4.3. Honra: dignidade, decoro e reputação; 5. Paralelo entre os crimes de racismo e injúria qualificada; 5.1. Objetividade jurídica e sujeitos do crime; 5.2. Adequação típica: tipos objetivos; 5.3. Adequação típica: tipos subjetivos; 5.4. Amplitude de aplicação das cláusulas de imprescritibilidade e inafiançabilidade; 6. Breve Análise de Casos; 7. Conclusões.

1. Introdução: necessidade da discussão e colocação do problema

O episódio, ocorrido na noite de 13 de abril de 2005, quando o jogador argentino Leandro Desábato agrediu verbalmente o atacante são-paulino "Grafite", mereceu destaque na mídia internacional não apenas pela ironia de os atos racistas ali consumados terem ocorrido na Copa *Libertadores da América*. Fundamentalmente, chamou atenção por ter sido, talvez, o mais emblemático caso da nova onda de manifestações do conservadorismo ideológico que macula o mundo esportivo.

Em todo o Globo, e não apenas no *Velho* continente, agressões raciais aos atletas começam a parecer comuns, invadindo os espaços que se declaravam "livres de discriminação", pelo menos, desde as Olimpíadas de 1936[1].

[1] Constam dos relatos históricos que Hitler queria fazer dos Jogos de 1936, realizados em Berlim, o grande palco mundial da propaganda nazista e do mito de superioridade da raça ariana. Seus planos, porém, foram frustrados e o *Führer* deixou o estádio furioso, após a

Dentro e fora de campo, saltam aos olhos exemplos daquilo que ultrapassa o que se poderia considerar como tolerável, numa relação de respeito entre seres humanos, destacando-se o caso do italiano que comemorou a vitória do Lazio com manifestações de apoio ao regime fascista do ex-ditador *Benito Mussolini*[2]. Embora já passados 60 anos da morte dos principais ditadores nazi-fascistas, o fantasma da discriminação, efetivamente, nunca foi embora.

Neste contexto, cada vez mais, faz-se necessário o enfrentamento jurídico das questões relativas à dignidade humana, mais especificamente, sob a perspectiva da honra e da igualdade, sobretudo, considerando, nesta última, o respeito às diferenças raciais, étnicas, religiosas e de origem (nacional), visando a assegurar o direito à não discriminação indevida.

Assim, o presente trabalho objetiva, precipuamente, traçar um paralelo entre o crime de racismo, tipificado na lei 7.716/89, e o crime de injúria qualificada pelo emprego de elementos referentes a "raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência" (presente no art. 140, § 3º, do Código Penal), considerando as semelhanças e as distinções entre tais crimes, principalmente no tocante às questões raciais, fazendo uma breve retrospectiva do problema e suas implicações, concluindo com uma análise de alguns dos mais destacados casos noticiados.

Com isso, pretende-se somar pequena contribuição à compreensão jurídica de tais condutas, visando, acima de tudo, a colaborar com a garantia e efetivação da dignidade da pessoa humana, livre das opressões raciais.

2. Razões históricas para incriminação do racismo

Registra-se, desde os tempos pretéritos, a presença da discriminação de alguns indivíduos em relação àqueles que, por alguma razão, eram considerados diferentes (ou inferiores), e, por isso, subjugados nas sociedades.

---

terceira das quatro medalhas de ouro que o negro americano, Jesse Owens, conquistou, batendo sempre os alemães. A esse respeito: "História das olimpíadas" disponível na internet em: <http://www.birafitness.com/histdasolimpiadas.htm#berlim1936> Acesso em: 22 jun. 2005.

2 Conforme o *site* alemão *Der Tag am Meer*, o italiano, *Di Canio*, teria comemorado a vitória do Lazio sobre o Roma, por 3 x 1, na partida de 06 jan. 2005, com a saudação usada para louvar *Il Duce*, durante o período fascista na Itália, o que lhe custou $ 10.000,00 (dez mil euros) em multa. Disponível, na internet, em: <http://www.h-works.de/wordpress/index.php?p=28> Acesso em: 22 jun. 2005.

É, porém, apenas no século XVI que a compreensão de raça passa a ser fundamento dessa dominação[3]. Só então, características fenotípicas, e não apenas elementos político-ideológicos, religiosos ou sócio-econômicos, passam a legitimar a (sub)colocação de um indivíduo na sociedade.

Em terras brasileiras, não foi diferente. Negros e índios, subjugados à condição de escravos, suportaram, desde o início da colonização, as crueldades do processo "civilizante e catequizador", empreendido pela Europa branca e cristã, sendo "empurrados" até a base da pirâmide social, onde **coisificados** e **despersonalizados**, serviam de escravos.

Com a independência, o país esboçou uma revisão. A literatura romântica, inspirada nos ideais iluministas do "Bom Selvagem", pareceu querer promover um processo de valorização indígena. Este projeto, contudo, não vingou. Rapidamente a elite brasileira, firmada num positivismo de raciologia científica, que então predominava, adotou abertamente práticas racistas, visando a legitimar as crueldades da dominação perpetrada.

Mais tarde, seguindo uma tendência mundial, veio o movimento abolicionista, inexorável. Com ele, o Brasil alinhou-se à tendência mundial, trocando o racismo de dominação pelo racismo de exclusão[4], o qual, passados tantos anos, ainda castiga os negros do Brasil. Desse modo, o racismo, "evoluído", travestiu-se de cordialidade e ganhou força para permanecer "invisível" na sociedade.

Foi assim que, no geral, apesar de notáveis exceções[5], a modernidade caracterizou-se pela substituição da dominação da truculência pela dominação da exclusão social.

Não há mais novidade em afirmar que, culturalmente, a sociedade brasileira ainda é racista. Desmistificada a "democracia racial" freyreana, não há mais como negar a existência de um racismo, no mínimo, latente[6].

---

3 VAINFAS, Ronaldo. Racismo. *In*: **Dicionário do Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000. e SCHWARCZ, Lílian Moritz. **Folha explica** – Racismo no Brasil. São Paulo: Publifolha, 2001. pp. 500 a 501.

4 SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

5 Após um violento processo de ampliação dos direitos civis, os EUA promulgaran o *Civil Rights Act* (a Lei dos Direitos Civis), que acabou, oficialmente, o regime segregacionista apenas em 1964.

6 Segundo Fernando Rodrigues, 89% da população brasileira reconhece a presença do racismo na sociedade, embora apenas 10% se confesse, abertamente, racista e 87% manifestem práticas racialmente discriminatórias, ainda que indiretamente, no seu quotidiano. RODRIGUES, Fernando. Racismo cordial. *In*: DATAFOLHA, Folha de São Paulo. **Racismo cordial**. São Paulo: Ática, 1995. pp. 11 a 55.

Filosófica e psicologicamente, apontam-se várias causas para justificar o comportamento discriminatório e preconceituoso. Desde o instinto de preservação do ser humano "que, por insegurança, tende a identificar-se com membros de determinados grupos (qualquer que seja ele), repelindo os que considera desiguais"[7], até os que atribuem ao egoísmo ou às estruturas de dominação e exploração econômica, muitas são as razões desse comportamento. Quaisquer que sejam, entretanto, seus motivos, não cabe aqui considerar a existência e a dimensão social do racismo.

Ao contrário, encarando-o como um fenômeno social que, inegavelmente, existe, cabe analisar os instrumentos jurídicos de garantia da igualdade e, em alguns casos, da honra, enquanto pressupostos de efetivação da dignidade da pessoa humana. Comece-se pelas "soluções" já tentadas.

3. As "normas-soluções"

Considerando os objetivos a que se propõe o presente trabalho e que não se pode falar em Brasil, enquanto Estado organizado, antes de 1822, tangencia-se normas relativas ao tema que não pertençam ao ordenamento jurídico nacional, inicia referências já com a legislação pós-independência.

O Estado brasileiro, como, aliás, tornou-se costumeiro ao longo de sua história, tentou suprir sua omissão de políticas públicas no atendimento às populações negras, com "canetadas" sobre a questão.

Assim, oficialmente, o Estado produziu "normas pretensamente solucionadoras", que visavam a proteger o negro. No processo histórico da *libertação*, considerado desde a proibição ao tráfico de escravos até a Abolição da Escravatura em 1888[8], vários diplomas foram editados, culminando, ao fim de quase quarenta anos, com o mais completo abandono de um grupo social que deveria ser integrado à sociedade.

É só com o advento do Código Penal da República (de 1890), após sessenta e oito anos de Brasil independente, que a perspectiva da normatização relativa ao negro começa a mudar. Apesar de, então, deixar-se de considerá-

7 SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 21.

8 Segundo Christiano Jorge Santos, o Brasil foi último país do mundo a abolir oficialmente a escravidão. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. *Ibidem*. p. 29.

lo como um "ser híbrido"[9], cujo tratamento jurídico era semelhante àquele dado ao bem semovente, não se garante qualquer proteção específica àquelas pessoas recém *integradas* Ao inverso, tipifica-se, como contravenção penal, uma de suas principais manifestações culturais, a capoeira[10].

É na década de 50 apenas, com a lei 1.390/51, que os "atos resultantes do preconceito de raça ou de cor" passaram a ser objeto de repressão penal. O parlamentar mineiro Afonso Arinos, cujo nome serviu de apelido à lei, tocado pelo mau tratamento conferido ao seu motorista numa confeitaria do Rio de Janeiro, foi autor do projeto de lei que passava a considerar as condutas de *recusar*, *negar* ou *obstar* a hospedagem em hotel, a venda de mercadorias em lojas, restaurantes, bares ou assemelhados, em razão do preconceito de raça ou de cor infração penal. Ainda que bastante tímida, quanto à esfera de aplicação e às sanções previstas, a lei foi importante marco histórico, pois reconhecia, oficialmente, a existência do racismo, permitindo sua punição criminal.

Até 1988, várias leis trouxeram proibições ao exercício abusivo de manifestação de opinião como, por exemplo, a difusão de idéias discriminatórias de classe, raça, religião etc. Em alguns casos, condutas assim foram classificadas como ofensivas à segurança nacional, na medida em que subvertiam a ordem estabelecida[11].

Contudo, é somente com a Constituição Federal de 1988 que o tema passou a ter um tratamento jurídico mais atencioso. Na perspectiva de retomada de direitos e garantias fundamentais, a Carta Republicana eleva à categoria de princípio constitucional estruturante a dignidade da pessoa humana, estabelecendo, no art. 3º, IV, da CF, como objetivo fundamental da República "promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**" (original sem grifos).

Assim, o legislador constituinte não apenas condena, em vários dispositivos constitucionais, a discriminação, mas, sobretudo, consagra o valor da igualdade como direito fundamental. Criminaliza a prática do racismo consi-

9 Sua compreensão jurídica oscilava, tendo dimensão de "coisa" (não se lhe assegurava qualquer direito), mas protegia-lhe a vida, cuja extinção (morte) era punível, em razão dos danos causados ao seu dono. *Idem, Ibidem*. pp. 56 a 58.

10 O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (de 1890) previa, como contravenção penal, no seu art. 402 "Fazer nas ruas ou praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...) Pena: de prisão celular de dois a seis meses." *Idem, Ibidem*. pp. 56 a 58.

11 Veja-se, a esse respeito, o art. 22, da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

derando-a "crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". A norma, de eficácia limitada, no entanto, precisava de regulamentação por lei ordinária, ao que se atendeu com a "acelerada" edição da lei 7.716/89, apenas três meses após o início da vigência da nova ordem constitucional. Inimiga da perfeição, a pressa trouxe um diploma quase inaplicável.

Noutras áreas, o Direito tentou ainda coibir a disseminação do racismo, considerando como abusiva, por exemplo, a publicidade discriminatória de qualquer natureza e cominando pena de detenção de três meses a um ano e multa, para quem faz ou promove "publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva"[12].

No Código Penal de 1940, não havia qualquer referência a preconceito ou discriminação racial até a lei 9.459/97, que, além das necessárias alterações promovidas na lei 7.716/89, tipificou o crime de injúria qualificada, previsto no art. 140, § 3º do CP.

Assim, em síntese apertada, resume-se a evolução legislativa criminal sobre a matéria.

4. Esclarecimentos necessários à análise do tema

Desde já, reconheça-se a colossal presunção deste tópico: pretende-se "esclarecer" termos cujas definições são tão fluidas que ensejam até hoje intermináveis discussões nos mais variados ramos do conhecimento humano.

Ainda assim, em especial atenção ao Princípio da Determinação Legal, a partir do qual se impõe uma precisa delimitação do alcance e dos limites da norma penal proibitiva, bem como visando a um melhor prosseguimento da discussão no plano jurídico evitando que se a perca do foco do problema com discussões terminológicas, tenta-se, minimante, desanuviar um pouco alguns conceitos.

4.1. Raça, cor e etnia

O dicionário Aurélio[13] define **raça**, entre outros, como sendo um "conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, a

12 O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) (interpretação conjugada do art. 37, § 2º com art. 67 da Lei 8.078/90).

13 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0** (correspondente à 3ª ed. Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI).

conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo etc. são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo". Este é, geralmente, o conceito de raça compreendido no senso comum.

Na sociologia e na antropologia, "raça" tem servido para classificar populações de acordo com as características fenotípicas. Assim, por exemplo, oficialmente, o IBGE utiliza cinco raças para caracterização do retrato racial da população brasileira[14].

Na biologia moderna, porém, vem se negando a existência de raças, enquanto (sub)espécies do gênero humano, posição hoje bastante fortalecida pelas conclusões a que chegaram os estudos de decodificação do Genoma Humano, que surpreendeu muitos, constatando haver uma maior semelhança entre as pessoas do que se acreditava[15].

Cor, é, no senso comum, elemento classificador e individualizador de matéria. Assim, temos, por exemplo, a cadeira amarela, a caneta azul etc.

Contudo, sociologicamente, cor seria apenas um dos elementos utilizados na definição da raça, vale dizer, um indicativo não determinante para se definir o grupo racial do indivíduo[16]. Muitas vezes, porém, este conceito é confundido com a própria "raça", associando-se o vermelho aos indígenas; o preto, aos negros; amarelo, aos asiáticos etc. Entretanto, se bem observadas, constata-se que até mesmo a pretensa mais pura das raças é de grande variação cromática. Quantas pessoas não se aproximam mais do rosa, cinza ou bege que do tradicional branco?

A esse respeito, destaque-se o censo do IBGE de 1976, quando foram declaradas 135 espécies de cores! Dentre elas, chamam a atenção "cores" como **alvarinta, baiano, branca-suja, bugrezinha-escura, cabo-verde, café, cor-de-cuia, cor-de-ouro, enxofrada, fogoio, lilás, morena-bem-chegada, queimada-de-sol, rosa-queimada etc**[17].

A questão da cor, por ser o mais evidente dos elementos componentes da raça, costuma ser um "calo" não apenas no processo de auto-reconhecimento.

---

14 Mais informações a partir de: <https://www.ibge.gov.br> Acesso em: 22 jun. 2005.

15 Sobre o tema: PENA, Sérgio Danilo. Os múltiplos significados da palavra raça. Disponível, na internet, em: <http://publicacoes.gene.com.br/Imprensa_genealogia/Os%20múltiplos%20significados%20da%20palavra%20raça@Folha%20de%20São%20Paulo@21-12-2002.htm.> Acesso em: 7 jun. 2005.

16 SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. pp. 48 a 50.

17 RODRIGUES, Fernando. Racismo cordial. *In*: VVAA. **Racismo cordial**. Cleusa Turra e Gustavo Venturi (orgs.) São Paulo: Ática, 1995. pp. 32 a 41.

É, também, na classificação do outro que se encontram alguns tabus. Por isso, é comum se ouvir que fulano ou beltrano é pessoa "de cor", como se houvesse pessoas transparentes ou como se branco não fosse uma cor. Nota-se aí, no trato social, uma grande dificuldade em dizer que determinada pessoa é **negra**, em razão da inconsciente carga pejorativa que o termo, usualmente, carrega.

Na sociologia e no senso comum, etnia tem significado semelhante, sempre relativo a um grupo biológico e culturalmente semelhante, dentro de um povo (grupo social). Numa exegese jurídica, também deve ser entendida como uma comunidade, unida por laços de identidade (biológica, cultural, fenotípica etc.), mas não necessariamente concentrada numa mesma localidade ou sob a mesma nacionalidade.

Entretanto, dado o uso indiscriminado desses três conceitos e a grande dificuldade de distingui-los precisamente, tais termos são utilizados, no plano legal, sempre de forma conjunta, visando a evitar a não aplicação do direito, em razão de divergências terminológicas.

Desta forma, ainda que cientificamente a divisão da espécie humana em raças seja discutível, porquanto geneticamente todas as pessoas teriam uma mesma essência, do ponto de vista jurídico, admite-se a prática do crime de discriminação em razão de "raça" (aproximando-se dos significados sociais), quando uma pessoa externa desprezo pelos negros, asiáticos ou judeus etc.

No caso destes últimos, por exemplo, ainda que não haja, biologicamente, entre os membros da comunidade judaica os elementos caracterizadores da raça, mas de etnia (componentes culturais), juridicamente, admitiu-se a prática do **racismo** contra judeus, posto que a divisão dos seres humanos em raças, ainda que não decorra de uma classificação científico-biológica tem forte conteúdo político-social, refletindo-se com forte apelo na sociedade[18].

A fluidez dos conceitos, porém, não pode impedir que o Poder Judiciário atue para evitar e para punir os responsáveis pela reprodução de com-

18 A mais famosa ação sobre a Lei 7.716/89 tratava, exatamente, da impossibilidade do cometimento do crime racismo contra judeus, pois, conforme a defesa eles não seriam uma "raça" e, portanto, não poderiam ser vítimas do delito **racial** (HC 84.424/RS; Relator: Min. Maurício Corrêa; Julgado em: 17/09/2003; Tribunal Pleno). A tese vencedora, no entanto, admitiu o racismo contra os judeus, mesmo reconhecendo que não são biologicamente uma raça, mas a partir da construção social do conceito de raça. No mesmo sentido, adotando um conceito formal ("nominalista") de raça, encontra-se na sociologia: GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: FUSP/Editora 34, 1999. pp. 21 a 37.

portamentos racistas, os quais, muitas vezes, utilizam-se de sofismas terminológicos ou "jogos-de-palavras" para afrontar a dignidade da pessoa humana (valor constitucional fundamental).

4.2. Racismo, discriminação e preconceito e igualdade

O termo racismo, longe de ser um estudo ou uma compilação das várias combinações fenotípicas presentes na raça humana, costuma significar uma ideologia que, fundamentada em razões deterministas e em diferenças raciais supostamente existentes, tenta explicar fenômenos sócio-culturais. Politicamente, serve para tentar legitimar a dominação de um grupo social sobre a raça supostamente inferior[19].

Discriminação significa tratar diferente. Discriminar, portanto, não significa, necessariamente, algo negativo. Por isso, fala-se em discriminação positiva (significando as políticas públicas compensatórias, por exemplo) e em discriminação negativa (aproximando-se da compreensão de racismo). A Lei 7.716/89, porém, adotou esta segunda acepção, abrangendo apenas a discriminação quando praticada sem fundamento, indevidamente, contrária ao direito.

Preconceito, por sua vez, quer dizer idéia (conceito) pré-concebida e bem assim como discriminação não será, necessariamente, algo negativo. Reconheça-se, porém, que, geralmente, representa um conceito pouco refletido, um pré-juízo, manifestando-se, geralmente, como uma opinião suspeita, intolerante e irracional.

É este o sentido que interessa. Juridicamente, essa é a acepção de que trata a Lei, querendo significar uma conduta impensada, que manifesta sentimentos irracionais, pretendendo realizar discriminação negativa, segregacionista, odiosa, enfim, racista.

Em contraposição, igualdade é bem jurídico de grande relevância, elemento da Dignidade da Pessoa Humana, valor constitucional que se intenta preservar (art. 5º, *caput*, da CF).

Destaque-se, desde logo, que não se toma aqui apenas a noção de igualdade formal, vale dizer, apenas de aplicação "cega" da lei para todos. Amplia-se essa compreensão de igualdade para incluir, também, a valoração material do seu conteúdo. Problematizando: costuma-se afirmar que a igual-

19 MATTEUCCI, Nicola. Racismo. *In*: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. vol. II. 5ª ed. Carmem C. Varialle *et al.* (trads.) Brasília: Universidade de Brasília, 2000. pp. 1059 a 1062.

dade estaria em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Mas a questão, fundamentalmente, continua sem solução. Qual é esta medida? Quais as desigualdades juridicamente relevantes que poderiam ensejar a lícita discriminação? Existem proibições de discriminação? Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que se tomam emprestadas, pode-se encontrar algumas respostas:

> *...as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (...)* ***Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.***[20] *(Original sem grifos)*

Assim, percebe-se que não há restrições, *a priori*, quanto aos elementos que podem fundamentar o tratamento desigual, desde que vinculados às lícitas razões e aos preceitos constitucionais de respeito à justiça.

4.3. Honra: dignidade, decoro e reputação

Destaque-se, inicialmente, que muitas vezes apenas uma linha tênue (e, às vezes, bastante confusa) separa, segundo a doutrina, alguns desses conceitos, especialmente, a dignidade e o decoro[21].

A honra é o conjunto de atributos relativos à pessoa, dignificando-a, no seu meio social, e constituindo elemento importante para a auto-estima. Apesar desta compreensão dignificante, já se afirmou ser a honra um fruto do "egoísmo". Isto porque, em verdade, buscar-se-ia a honra "não por um ditame moral ou por espontâneo amor à virtude, mas porque a honra, como *premium virtutis*, nos é útil"[22]. Egoísmo ou não, o fato é que o cidadão

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 17 a 18

21 PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro:** arts. 121 a 183. vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 272.

22 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. VI. (Arts. 137 a 154). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. pp. 24 a 25.

médio muito se importa com sua honra, envaidecendo-se com o reconhecimento do seu valor e provando da mais intensa ferida moral, quando outros não a têm na mais alta conta.

Assim, cuidou o direito de assegurar, desde os mais pretéritos tempos, uma especial proteção[23] à honra, atribuindo-lhe verdadeiramente grande valor.

No Brasil, a Constituição Federal sacramentou o direito à "intimidade, à vida privada, à **honra** e à imagem das pessoas", como direito fundamental inviolável do indivíduo, assegurando-lhe a devida indenização pelo dano material ou moral causado, como garantia de proteção àquele direito.

Esta proteção está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, e, no direito, é tão forte que até mesmo a honra fictícia, fundamentada sobre falsas impressões, não pode ser desconstituída. Assim, traços vexatórios de um indivíduo, ainda que verdadeiros, se pertencerem à intimidade de pessoa comum, não poderão ser indevidamente revelados, devendo permanecer na esfera de proteção da vida privada[24].

Tradicionalmente, a honra, enquanto bem jurídico imaterial, consiste na conjugação de três elementos básicos: dignidade, decoro e reputação. Dignidade é o conceito que fazemos de nós mesmos. Assim, negar dignidade a alguém é negar-lhe amor-próprio, auto-estima, em suma, negar que a pessoa nutra respeito por si mesma.

Já decoro é, no dizer Marcelo Barbosa, "o conceito que nós devemos ter perante terceiros e que imaginamos que os terceiros façam de nós"[25]. Exemplificando, um professor que vai dar aulas sem as calças, apenas de cueca, não se dá ao respeito, **facilitando** ou ainda **possibilitando** o desrespeito dos seus alunos para consigo.

Há quem compreenda de outra forma a dignidade e o decoro, associando à primeira, os valores morais e, ao segundo, os atributos físicos e intelectuais. Desta forma, acusar alguém de desonesto seria uma ofensa à dignidade. Se, por outro lado, a ofensa consistisse em termos como "feio" ou "burro", seria o decoro que estaria sendo atacado[26].

23 Segundo Cezar Bitencourt, na Roma Antiga, por exemplo, honra era considerada direito público do cidadão e os atos a ela lesivos severamente punidos. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 326.

24 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 208.

25 BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 15.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 367.

De uma forma ou de outra, porém, certo é que tais elementos (dignidade e decoro) compõem a honra subjetiva, que consiste na idéia ou conjunto de atributos (morais, físicos e intelectuais) positivos que a pessoa faz de si. Assim, ofender a honra subjetiva seria, em última analise, ofender a compreensão que o indivíduo tem de si próprio, enquanto pessoa, desmerecendo o seu valor. A junção daqueles dois elementos normativos (dignidade e decoro) forma a noção de honra subjetiva[27].

O último daqueles elementos, a reputação, consiste na idéia e na imagem que a coletividade faz do indivíduo. Assim, o conjunto de características, ainda que irreais, associados por terceiros àquele sujeito, será o conteúdo de sua reputação. Esta, pois, a percepção da comunidade sobre aquela determinada pessoa, também é chamada **honra objetiva**.

Em que pese a compreensão de uma honra **objetiva**, não se pode negar, porém, o caráter eminentemente subjetivo da honra, no conjunto de seus elementos, quer-se dizer, a influência da compreensão cultural, portanto, variável entre os sujeitos, dependendo da formação histórico-político da comunidade[28].

Assim, tem-se que uma mesma característica (ou palavra) pode ter, em determinada comunidade, uma significação e ter compreensão diversa noutra sociedade ou momento social. Não há termos "ofensivos absolutos"! Tome-se como exemplo a "perda da virgindade", que outrora maculava a honra da mulher e hoje é encarada sob a mais natural tranqüilidade[29]. A avaliação das circunstâncias em que ocorreram os atos é fundamental para compreensão do caráter injurioso da ofensa, devendo serem avaliadas sempre com prudência, para evitar cair em excessos e hipersensibilidades individuais.

Por fim, essas peculiaridades subjetivas remetem à distinção que a doutrina faz entre honra geral e honra especial. A primeira, também chamada honra comum, é aquela cuja valoração é semelhante (comum) a todas as pessoas num grupo social, ofendendo, pois, qualquer indivíduo no mesmo

27 Observe-se que a necessidade de "valoração de si mesmo" exclui a possibilidade de a pessoa jurídica ter honra subjetiva. Sobre a pessoa jurídica como sujeito passivo nos crimes contra a honra: ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra.** São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 28 a 35.

28 Neste sentido, confira-se: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 15.

29 Saindo, inclusive, o direito penal dessa esfera com a lei 11.106/05, que revogou o crime de sedução (art. 217, do CP), agora conduta atípica, tendo operado a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*.

grau que lesa a honra das demais pessoas da comunidade. A honra especial, ao contrário, é aquela cuja ofensa atinge mais intensamente a vítima, em razão de sua profissão, situação ou qualquer outra condição especial. Assim, por exemplo, atribuir a um juiz a qualidade de corrupto, ou a um militar a covardia ou ainda a um médico o pejorativo apelido de "açougueiro", seria muito mais ofensivo do que se tais agressões fossem direcionadas a outras pessoas (como apontar pouca cultura a um jogador de futebol, se comparada a ofensa que isso seria para um professor). Tal compreensão, porém, não poderá ser ampliada a ponto de se desconsiderar a proporcionalidade entre a agressão proferida e a ofensa percebida, não se podendo confundir com os abusos[30].

5. Um paralelo entre os crimes de racismo e injúria qualificada

Em face das estreitas fronteiras estabelecidas no presente estudo, limitar-se-á à análise do Código Penal (art. 140, § 3º) e da lei 7.716/89 a partir de suas redações atuais[31], alteradas pelas leis 8.081/90 e 9.459/97.

Destaque-se, mais uma vez, que também este tópico se justifica pela necessidade de delimitar precisamente quais os parâmetros de aplicação da norma penal, de modo que possa o cidadão saber o limite que separa o lícito do ilícito.

5.1. Objetividade jurídica e sujeitos dos crimes

Destaque-se, desde logo, que os bens jurídicos protegidos nos crimes de racismo e injúria racial, ainda que muitas vezes caminhem bastante próximos, são diversos.

A objetividade jurídica do crime de injúria qualificada é tutelar a dignidade e o decoro da vítima atacada, com destaques à ofensa que utiliza elementos referentes a raça, cor, etnia, religião origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, para atingir a honra subjetiva alheia.

De outro lado, a Lei Anti-racismo visa a proteger o valor constitucional da igualdade, cuja violação tem maior repercussão social. Noutras palavras, a inobservância da Lei significa a violação ao bem jurídico da igualda-

30 Sobre a definição de honra: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995. pp. 13 a 15. e ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra.** São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 4 a 5.

31 Até 22 jun. 2005, disponíveis, na internet, a partir de: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 jun. 2005.

de, enquanto valor social. Esta diferente compreensão dos bens a que visa proteger leva, reflexamente, a uma segunda distinção, residente no sujeito passivo dos crimes. Essa distinção leva à questão dos sujeitos envolvidos.

Cumpre observar que para a injúria, haverá, necessariamente, uma vítima (pessoa) específica, contra quem se profere a ofensa, que tem violada a sua honra subjetiva. Já nos crimes previstos na Lei Caó[32], o sujeito passivo será sempre a Sociedade, representada pelo Estado. Destaque-se: ainda que manifestada contra (ou perante) uma "vítima" determinada, esta poderá nem mesmo existir, no caso de racismo. Por óbvio, percebe-se que o crime ataca a coletividade, sendo a vítima, se houver, atingida apenas indiretamente (muitas vezes, mero objeto material do crime), enquanto parte integrante da Sociedade.

Discussão interessante diz respeito à determinação de quem pode ser autor do crime de racismo e, neste contexto, bastante freqüente, quando se aborda tal tema, é questionar se um indivíduo, pertencente ao grupo social contra quem comumente se manifesta o preconceito, pode também cometer o crime.

Questiona-se, por exemplo, se a manifestação de concordância, total ou parcial, de 48% dos negros com a frase "negro bom é negro de alma branca" seria, propriamente, racismo ou preconceito penalmente irrelevante[33].

Ainda que sociologicamente, tenha-se a reprodução de uma conduta racista já profundamente interiorizada enquanto valor culturalmente construído e consolidado na repetição de práticas opressoras (preconceito), sob uma perspectiva jurídica, não se pode fazer qualquer restrição. Ou seja: ambos os crimes são comuns. Portanto, não há problema. Podem, ser cometidos por qualquer pessoa, sem a necessidade de esta compor um grupo social distinto daquele contra quem (ou em razão de que) o ato é cometido[34].

---

32 Assim foi apelidada a Lei 7.716/89, em homenagem ao parlamentar e constituinte autor da emenda que gerou o art. 5º, XLII, da CF, e do projeto que originou a Lei 7.716/89, Carlos Alberto Caó (PDT-RJ).

33 Conclusões do estudo: RODRIGUES, Fernando. Racismo Cordial. *In*: VVAA. **Racismo cordial**. Cleusa Turra e Gustavo Venturi (orgs.) São Paulo: Ática, 1995. p. 26.

34 Afirmando comum o crime de injúria, por todos, confira-se: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. vol. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2005. pp. 530 a 531; CAPEZ, MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 234 do CP). vol. 2. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 165. Quanto ao art. 20 da Lei 7.716/89, no sentido afirmado no texto, confira-se: SILVA JR, Hédio. **Direito de igualdade racial**: aspectos constitucionais, civis e penais (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 121 e SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 121.

Quanto ao sujeito passivo ressalte-se: no caso dos crimes da Lei 7.716/89, será sempre a Sociedade (Estado), independentemente da modalidade. Assim ocorrerá em razão da natureza do bem jurídico violado, igualdade, que pertence a toda coletividade[35].

Relativamente à injúria, algumas questões ainda merecem destaque. Relembre-se: apenas as pessoas naturais possuem honra subjetiva, de modo que não poderia uma pessoa jurídica figurar no pólo passivo deste delito. Admite-se a possibilidade de a pessoa jurídica ter reputação, mas não dignidade ou decoro (honra subjetiva), sendo impossível que esta se sinta "ofendida" com adjetivos pouco elogiosos que lhe sejam dirigidos[36]. Em verdade, nestes casos, há quem atribua as ofensas aos responsáveis da empresa, como se contra eles fossem proferidas, ignorando a personalidade jurídica interposta[37].

Não se admite, em regra, a auto-injúria, excetuando-se apenas as hipóteses em que a ofensa "ultrapasse a órbita da personalidade do indivíduo"[38].

Questão interessante ainda é saber se o doente mental e a criança poderão ser vítimas do crime de injúria. A doutrina admite, com ressalvas, tais hipóteses, condicionando-as à necessária compreensão do caráter injurioso da ofensa. "Assim, os doentes mentais podem ser injuriados, desde que haja uma residual capacidade de compreender a expressão ofensiva. De igual modo, os menores podem ser injuriados, dependendo de sua capacidade de compreensão da expressão ou atitude ofensiva".[39]

Observe-se, finalmente, que não se admite, no Código Penal, a prática da injúria contra os mortos. Apenas quando cometida através de veículos de comunicação é que será punível a conduta. O legislador previu expressa-

35 Neste sentido: VVAA. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (orgs.) vol. 2. 7ª ed. rev. e ampl. Jefferson Ninno (atual.) São Paulo: RT, 2002. p. 2669.

36 Neste sentido é farta a doutrina. Por todos, confira-se: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. vol. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2005. pp. 531.

37 Neste sentido: LAURENZO COPELLO, P. *In*: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. et. al. (coord.) Delitos contra el honor. *Apud* PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 272.

38 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 26ª ed. e rev. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (atual.). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 126.

39 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 26ª ed. rev. e atual. (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha). São Paulo: Saraiva, 1994. *Idem. Ibidem*. pp. 126 a 12.

mente, na Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), a possibilidade de a injúria ser cometida contra a memória dos mortos[40].

5.2. Adequação típica: tipos objetivos

É bastante freqüente questionar-se como se consuma, efetivamente, o crime de racismo. Destarte, em que pese a pluralidade de tipos previstos, considera-se, no presente trabalho, todas as condutas especificamente tipificadas na Lei 7.716/89, mais precisamente, do art. 3º ao art. 14 da Lei, como manifestações de um crime essencialmente igual. Ou seja, todas são variações de comportamentos discriminatórios, e sua exaustiva enumeração se mostra, muitas vezes, desnecessária ou excessivamente restritiva, a ponto de não se poder enquadrar outras condutas semelhantes, também racistas[41]. Neste contexto, a Lei 9.459/97, que entre outras coisas alterou a redação do art. 20, veio resolver o problema das condutas à época não previstas, criando um tipo residual, no qual se podem encaixar as demais condutas não especificamente tipificadas.

Grosso modo, portanto, podemos resumir todos os tipos específicos previstos na Lei, como uma manifestação discriminatória negativa, baseada

---

40 Interpretação conjugada dos arts. 22 e 24, da Lei 5.250/67. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 273.

41 Pense-se, por exemplo, na hipótese de um médico recusar-se a atender um paciente por causa da cor deste. Isso não estaria incluído em nenhum dos tipos específicos (arts. 3º a 14, da Lei). Outrossim, já se absolveu, por atipicidade, um réu, mesmo quando reconhecida a prática da discriminação em razão das estreitas margens que a Lei 7.716/89 trazia, confira-se: "*PRECONCEITO DE RAÇA OU DE COR – Negar ou obstar emprego em empresa privada – Descaracterização – Ilícito imputado a síndico de edifício de apartamentos – Condomínio não assimilável como empresa privada – Atipicidade – Absolvição decretada – Inteligência do art. 4º, da Lei 7.716/89. Ementa oficial: Atípica a conduta do síndico do edifício de apartamentos, ao ofertar emprego com discriminação de raça ou cor, na justa medida de inocorrer equivalência conceitual do elemento normativo do tipo – empresa privada – com o aludido condomínio, visto faltar a este o substrato de natureza econômica, bem por isso, sob os auspícios da reserva legal inconcebível de se ampliar exegeticamente o formatizado pela lei repressiva, máxime através de equiparações analógicas em detrimento do réu.* (TJSP; Apelação Criminal 141.820-3/4-01; Rel. Des. Gonçalves Nogueira; Julgada em: 19/03/1996" *apud* SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 64 a 65.

nos elementos do art. 1º, que objetive negar, recusar, impedir ou obstar a qualquer pessoa do grupo social discriminado o acesso a determinadas coisas ou lugares. Assim, como exemplo, tome-se o art. 3º da Lei 7.716/89 no qual se tipifica a conduta de "impedir ou obstar o acesso de alguém devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos". O crime se consuma pelo óbice gerado, por exemplo, pela recusa de receber ficha de inscrição, na mais perfeita ordem, de alguém, em razão dos elementos de "raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

Entretanto, não será qualquer recusa "a atender ou receber cliente comprador" (art. 5º da Lei) que caracterizará o crime. Percebe-se que se faz necessária, para configuração dos tipos específicos da Lei Anti-racismo, ter-se presente a seguinte lógica: a conduta segregadora especificamente tipificada (previstas do art. 3º ao art. 14), vinculada às razões do art. 1º da Lei 7.716/89 ("cláusula geral"). Assim, pensou o legislador para evitar a repetição exaustiva de expressões como "em razão de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

Aqui reside, no entanto, a grande dificuldade para caracterização fática do delito, porquanto ainda que verdadeiramente baseada em preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, poderá o sujeito ativo tentar justificar que negou o emprego, em empresa privada, por exemplo, a determinada candidata porque ela não era tão "simpática" quanto se fazia necessário.

Apesar do freqüente problema de se deparar com uma conduta não tipificada especificamente na Lei, a extensa relação de "manifestações" de racismo serve, em última análise, pelo menos para exemplificar e facilitar sua compreensão.

Assim o tipo principal do art. 20 da Lei, pelo qual se pune, com um a três anos de reclusão e multa, a prática, o induzimento e a incitação à "discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", deverá ser aplicado residualmente aos demais tipos específicos.

Analisando-o, observa-se que os termos **praticar** e **induzir** têm acepção precisamente igual àquelas tradicionalmente utilizadas no direito penal, quais sejam, de significar qualquer ato idôneo a produzir o resultado previsto (de discriminação, de levar alguém, que ainda não tinha tal intenção, a determinada conduta). O termo **incitar** tem seu correspondente no ato de instigar (art. 122 do CP), vale dizer, no sentido de insuflar ou

incentivar uma idéia já existente, ainda que remotamente, na mente do sujeito ativo[42].

Já para a caracterização da conduta delitiva de injúria qualificada, precisará o agente atacar, ofender ou insultar a honra subjetiva da vítima, utilizando-se dos elementos do art. 140, § 3º do CP. Não se faz necessária, assim como na conduta típica principal da Lei 7.716/89 (art. 20), nenhuma forma específica. Basta a atribuição genérica de qualidades negativas (vícios de personalidade moral, intelectual etc.) ou de fatos indeterminados ("que tal pessoa passa cheques-sem-fundos" etc.), podendo a ofensa consistir em agressões verbais, escritas, gestuais ou até mesmo omissivas[43]. Ressalte-se que a ofensa deve **utilizar** os elementos previstos no art. 140, § 3º, do CP. Assim, a injúria proferida contra o negro, o idoso ou o deficiente só será qualificada se aqueles elementos forem usados para vulnerar a dignidade ou o decoro da vítima, não bastando que se lhes ofenda a honra subjetiva apenas.

Destaque-se ainda que ambos são crimes formais, bastando, para tanto a prática do ato racista (art. 20 da Lei 7.716/89) ou da ofensa injuriosa, não se lhes exigindo qualquer resultado naturalístico para consumação.

Critica-se a Lei 7.716/89 por proibir a utilização da cruz suástica[44]. Reconheça-se que a Lei foi incompleta, tendo dito menos do que deveria. Em verdade, para se furtar a aplicação do art. 20, § 1º, bastaria que o agente promovesse a divulgação do nazismo não se utilizando da cruz suástica, podendo sujeitar-se, subsidiariamente, às penas das demais infrações da Lei.

Entretanto, no que proibiu a utilização do símbolo nazista, parece ter agido precisamente, incriminando apenas a reprodução do signo quando, finalisticamente, voltada à divulgação do nazismo. Aqui, realmente, evidencia-se a necessidade de se configurar, nessa utilização, uma específica finalidade de difusão do nazismo para consubstanciar a infração penal.

---

42 Também no mesmo sentido é a expressão contida no art. 286, do CP.

43 Embora difícil de se provar o delito, a doutrina exemplifica a *injúria omissiva* (ou por omissão) com a recusa de alguém em estender a mão, num cumprimento social, como manifestação de desprezo pelo outro. Neste sentido: NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 26ª ed. e rev. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (atual.). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 127. Exemplificando formas de injúria, criativamente: HUNGRIA, Nélson *et al.* **Comentários ao código penal** – Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. vol. VI. (arts. 137 a 154). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. pp. 95 a 96.

44 SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 64.

Por fim, atente-se para existência de outros dispositivos tipificando condutas discriminatórias genéricas (a exemplo do que ocorre com o art. 2º, da Lei 9.029/95). Observe-se que, segundo majoritário entendimento da doutrina, apenas constituem crime de racismo as hipóteses previstas na Lei 7.716/89, ainda que criminosa e discriminatória seja a outra conduta. A importância disto está na aplicação, ou não, das cláusulas de imprescritibilidade e inafiançabilidade previstas no art. 5º, XLII, da CF[45].

5.3. *Adequação típica: tipos subjetivos*

No estudo das condutas humanas, a análise do elemento subjetivo é questão importantíssima para sua definição jurídica. Comportamentos aparentemente idênticos podem ter respostas legais completamente díspares, quando evidenciadas "intenções" diversas. Assim, a distinção entre duas condutas pode residir, justamente, no elemento subjetivo que a motivou. Se, por exemplo, um médico vai examinar uma paciente, é-lhe permitido "tocá-la", até mesmo nas partes íntimas, desde que na conformidade dos interesses profissionais da saúde desta. Se ele, porém, pretendendo satisfazer sua lascívia, abusa da condição de médico, para enganar a paciente, que se submete a um ato libidinoso, pode-se estar diante do crime previsto no art. 216, do CP[46]. Por esta razão, com vistas a configurar ou a afastar a prática de um delito, deve-se sempre investigar as circunstâncias em que o agente atuou, a fim de determinar o liame subjetivo da ação.

Nesta ordem de idéias, nosso sistema penal balizou-se pela regra geral de punir apenas os crimes dolosos. A aplicação de pena a condutas praticadas a título de culpa condiciona-se, portanto, à existência de expressa previsão legal que a autorize, a teor do art. 18, *parágrafo único*, do CP[47].

Deste modo, não havendo, para os crimes raciais, expressa previsão legal que autorize a punição a título de culpa, restará, logicamente, descabida

45 A respeito do que se remete ao item 5.6. (*infra*).

46 Art. 216, do CP: "Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de um a dois anos."

47 Com a seguinte redação: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente". Ainda nesse sentido, é farta a doutrina, podendo-se consultar, por todos: BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69.

tal pretensão, não se podendo falar em "injúria culposa" ou "prática de racismo mediante negligência, imprudência ou imperícia". Nesses casos, portanto, cogitar-se-á de responsabilidade penal apenas se estiver presente o dolo.

No entanto, chama atenção a imensa disparidade com que a doutrina define o tipo subjetivo nos crimes de injúria. Assim, mesmo arriscando-se a iniciar uma discussão que, além de parecer por demais "nominalista", possa resultar improfícua, impõe-se questionar: como, exatamente, apresenta-se o elemento subjetivo do crime de injúria qualificada (racial)? Existe, nesse crime, alguma peculiaridade que o torne **especial**?

Para a configuração da injúria, seja ela simples ou qualificada, a doutrina, majoritariamente, costuma exigir a presença de um elemento **específico**, o chamado "dolo específico"[48]. Aduz-se que a conduta de injuriar alguém só estaria consubstanciada se o agente atuasse com a **especial** finalidade de ofender a dignidade e o decoro da vítima, o que se convencionou chamar de *animus injuriandi vel difamandi*[49].

Contudo, há de se relembrar aqui das lições iniciais. Adotada a teoria finalista da ação, o dolo será a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do tipo penal[50]. Portanto, dois serão os seus constitutivos: um componente intelectual (a consciência) e um componente volitivo (a vontade), mas ambos estarão, reitere-se, voltados à concretização dos elementos objetivos do tipo penal.

Ora, se isso é dolo, o crime de injúria (dolosa), como é óbvio, já traz, em si, os componentes intelectivo e volitivo do dolo. Noutras palavras: quem age dolosamente para injuriar, tem consciência e, destaque-se, **vontade** de ofender a dignidade e o decoro alheios. Não é necessário qualquer elemento **especial** ou finalidade **específica** no agir. Basta, tão-somente, a consciência

48 Em verdade, como destacado anteriormente, encontra-se, na doutrina, uma grande variedade de posições que definem o tipo subjetivo do crime de injúria, para além daquela exposta no texto como majoritária. Para mais detalhes a esse respeito: ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 77 a 93.

49 No sentido do texto: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. pp. 567 a 568; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. vol. 2. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 370 a 371; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 254). São Paulo: RT, 2005. pp. 220 a 221.

50 Neste sentido, confira-se, por todos: BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, p. 69.

e a vontade de realizar a conduta injuriosa, descrita no tipo penal. Vale ainda dizer: se o sujeito ativo agiu com consciência e vontade (dolosamente) de realizar os elementos objetivos do tipo penal (injuriar a vítima), é porque pretendia ofendê-la na sua honra subjetiva ou, no mínimo, assumindo o risco de produzir o resultado, atuou com indiferença em face desta possibilidade (art. 18, I, do CP)[51]. A isso, sem problema, poder-se-ia chamar *animus injuriandi*, sem alterar a configuração de conduta **simplesmente** dolosa.

Reconheça-se, no entanto, que existem dois elementos normativos no tipo, **dignidade** e **decoro**, cuja precisa compreensão apenas imporá uma valoração jurídico-normativa[52], mas que, reitere-se, não têm o condão de exigir uma finalidade **especial** na conduta, já que esta é finalística por si mesma.Com mais ênfase: conduta é um agir finalístico, ou seja, a conduta já é, por si mesma, um comportamento humano[53] voltado para um fim, no caso, o fim constante do tipo penal de injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro.

Claro está, porém, que se uma pessoa não age com finalidade de injuriar, sem consciência ou vontade de ofender, ou seja, sem quaisquer dos elementos do dolo, sua conduta restará atípica, porquanto não houve consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal não sendo possível, nestes casos, a responsabilidade criminal a título de culpa, como já destacado.

Aí, precisamente, reside a importância deste tópico: se o agente atuar com outra intenção (*animus defendendi*, *animus jocandi*, *animus narrandi*, *animus consulendi ou animus corrigendi)*, que não a vontade de ofender, a qual, repita-se, não se confunde com dolo **específico** ou coisa que o valha, atípica também será a conduta, pela ausência de vontade (dolo) de realizar as elementares objetivas típicas.

A intenção do agente, porém, deve ser avaliada com prudência, no caso concreto. Das hipóteses citadas acima, destaque-se o *animus jocandi*, que é a

51 Admitindo, expressamente, a configuração da injúria também pelo dolo eventual: GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte especial. vol. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2005, p. 532; SILVA Jr., Hédio. **Direito de igualdade racial**: aspectos constitucionais, civis e penais (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 99; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**: parte especial. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 53. **CONTRA**, inadmitindo prática pelo dolo eventual: PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 254). São Paulo: RT, 2005. p. 221.

52 A respeito dos quais se remete ao capítulo anterior (tópico 5.3).

53 Tangencia-se a discussão sobre a prática de conduta por pessoa jurídica. Sobre este conceito: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004. pp. 389 a 394.

excludente do dolo mais presente na doutrina. Um raciocínio apressado levaria a crer que todo comportamento jocoso seria atípico. Não pode ser assim. Não é o simples fato de ser jocoso que torna um dizer atípico. Há de se avaliar, concretamente, se o agente, ao menos, não assumiu o risco ofender a vítima.

Essa brecha, pela qual tentam se evadir os ofensores da honra alheia, precisa ser bem delimitada. Não se pode aceitar que essa seja uma excludente absoluta. Desta forma também já pensava Nélson Hungria, para quem era preciso avaliar caso a caso a natureza do ato jocoso, diferenciando-se, assim, o **gracejo** do **ridículo.** Confira-se:

> *...as pilhérias de* **mau gosto**, ***sujeitando a pessoa ao ridículo e à galhofa, não se coadunam com uma intenção inocente. Não é admissível que, por amor à pilhéria, se tolere que alguém se divirta ou faça divertir à custa da reputação ou decoro alheio. Uma coisa é gracejar e outra é ridicularizar. Neste último caso, o dolo subsiste.*** *O ridículo é uma arma terrível. Uma piada malévola pode destruir toda uma reputação. Além disso, não é de se confundir o* animus jocandi *com o objetvo de* humour *a serviço da maledicência. (...)* ***Desde, porém, que é ultrapassada a medida de um são humorismo, expondo-se a pessoa ao escárnio, desaparece a boa-fé*** *e torna-se evidente o* pravus animus.[54] *(Original sem grifos)*

Portanto, é preciso, para exclusão da configuração da conduta típica delitiva, reconhecer-se **ausência total** do dolo de agredir a vítima, subsistindo tão somente o *animus jocandi*. Mais uma vez, "*é preciso reconhecer-se a ausência de dolo, que o animus jocandi seja o único escopo da ação, e que o fato se contenha na órbita do gracejo, de modo a afastar qualquer vontade de ofender*".[55]

Na esteira disso tudo, está o caso da injúria proferida em meio a uma discussão. Posiciona-se a parte majoritária da doutrina pela atipicidade da conduta em razão de os sujeitos, exaltados, não terem o liame subjetivo necessário à configuração da conduta[56].

---

54 HUNGRIA, Nélson *et al.* **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1982. pp. 57 a 58.

55 *Idem, Ibidem*. p. 58.

56 Neste sentido, por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 568; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 254). São Paulo: RT, 2005. p. 221; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**: parte especial. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 54.

Ora, mais uma vez, com isso não se pode concordar. Pretender elidir a intenção de ofender do agente, cujos ânimos estavam acirrados em razão da discussão, significa negar-lhe consciência ou vontade do seu comportamento. Não se pode admitir que as pessoas percam a consciência e tenham viciadas suas vontades pelo simples fato de estarem envolvidas numa discussão, ainda que acalorada. Não se retira do agente, nesses casos, o dolo de atuar, ao contrário, pode-se até vislumbrar uma maior intensidade no agir, demonstrando que, realmente, pretendia ofender a vítima. O "calor" da discussão não exclui o dolo, descaracterizando o crime, como pretendem alguns. Consciência e a vontade de ofender não são abaladas por paixões ou emoções, mesmo que intensas. Ao contrário, mostram-se, talvez, até mais reais[57].

Dessa forma, ter-se-ia amplamente consubstanciada a prática delituosa, podendo-se reconhecer, eventualmente, a atenuante genérica de violenta emoção (art. 65, III, *in fine*, do CP). Atente-se que também assim ocorre com os demais crimes. Se uma pessoa, em meio a uma acalorada discussão, mata outra, não se advoga a elisão da tipicidade da conduta, porque o dolo de matar, representado pela consciência e vontade de agir, estava claramente presente. No máximo, reconhecer-se-ia a minorante prevista no art. 121, § 1º, do CP.

Em face de todo o exposto, observa-se que o tipo subjetivo será mais um elemento na distinção entre os crimes de racismo e de injúria qualificada. Por vezes, uma mesma expressão pode ser classificada como a prática de uma injúria, de um ato de racismo ou ainda como conduta atípica. Nesses casos, será preciso perquirir, a partir das circunstâncias fáticas, a intenção (vontade) do agente, para definir qual (ou se algum) crime foi cometido. Se consubstanciada a intenção de agredir uma pessoa individualizada, para ofender-lhe a honra subjetiva, ainda que sua agressão demonstre forte conotação racista, estar-se-á diante do crime de injúria (qualificada, caso sejam utilizados os elementos do § 3º, do art. 140 do CP). Se, por outro lado, o agente intenta promover a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, vulnerando o bem jurídico da igualdade e atacando, genericamente, todo um grupo de pessoas, ainda que presente uma "vítima", será de racismo o crime praticado.

57 No mesmo sentido do texto: GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte especial. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 544.

5.4. Consumação e Tentativa

A injúria verbal (falada) não admite tentativa. Ou a ofensa permanece na mente do agente (*cogitatio criminis*) ou é manifestada, consumando os atos executórios com a compreensão da ofensa pela vítima, quando o crime se aperfeiçoa.

Apesar da dificuldade prática, a tentativa é admissível nos crimes de injúria escrita e de racismo. Exemplifique-se: um orador que traz consigo o discurso escrito e é, antes de iniciar as ofensas, interrompido por um colega, que o delata.

Para os delitos específicos da Lei 7.716/89, porém, deve-se analisar o núcleo do tipo de cada crime, individualmente, o que não é possível fazer aqui. Como exemplos, no entanto, aponta-se o art. 3º da Lei, na modalidade *impedir acesso (...) a cargos da Administração*, que tem como admissível a tentativa e o art. 8º, na modalidade *recusar* atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais assemelhados abertos ao público, cuja tentativa não é possível.

5.5. Penas e Ação Penal

Destaque-se, que se cuida de bens jurídicos cuja importância foi reconhecida pela Carta Constitucional e cuja incriminação, senão determinada, foi ao menos indicada por aquela Norma.

Mostra-se, contudo, necessário reconhecer que pouco criteriosa a individualização das penas, em seu primeiro plano, na Lei 7.716/89[58]. Prova disso é que delitos de natureza semelhante têm penas consideravelmente diversas, ferindo o princípio da proporcionalidade das penas. Como exemplo, tem-se as sanções cominadas nos arts. 7º e 8º (que tratam ambos de impedir o acesso ou recusar atendimento, distinguindo-se apenas em razão do estabelecimento, referindo-se a "hotéis e hospedarias" e "bares e restaurantes", respectivamente), e que não têm entre si substancial diferença, mas são puní-

58 Quanto à individualização da pena, a doutrina divide o processo em três planos: um primeiro momento, nível legislativo (formal), quando é feita pelo legislador; segundo momento, fase judicial, concretizada pelo juiz criminal e terceiro momento, em nível (judicial) executório, procedido pelo juiz da execução criminal. Sobre o tema: MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10.

veis com penas reclusivas de 3 (três) a 5 (cinco) anos, no primeiro caso, e 1 (um) a 3 (três) anos, no segundo.

De maneira geral, porém, as penas cominadas na Lei Caó são de 1 (um) a 3 (três) anos, como no caso do art. 20 da Lei 7.716/89, podendo variar para 2 (dois) a 5 (cinco) anos, no caso das modalidades qualificadas. Apenas na hipótese do art. 6º, *parágrafo único*, quando o crime é cometido contra menor de 18 (dezoito) anos, é que poderá a pena de reclusão atingir 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, no seu grau máximo[59].

Critica-se, contudo, a Lei 9.459/97, em função do *quantum* de pena estabelecida, quando se compara o crime de racismo simples (art. 20, *caput*) com o delito de injúria qualificada. Argumenta-se que a violação a bens jurídicos diversos, de relevância social distintas, não poderiam ter as mesmas sanções, com igual proteção jurídico-penal. Alega-se ainda que a cominação da pena do crime de injúria racial foi exagerada, violando o princípio da proporcionalidade[60].

Por outro lado, reclama parte da doutrina, das "limitações penais", estabelecidas pela Lei 7.716/89, porquanto possibilitariam, no fim das contas, a aplicação de institutos despenalizadores, o que demonstraria o descaso do Poder Público[61].

Concorda-se que existe descaso do Poder Público, no tocante às demandas sociais (de igualdade) dos grupos a que se visa proteger com as normas em comento. Entretanto, tal não se vislumbra, **em razão** da quantidade de pena cominada na Lei Caó ou **pela** possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores, mas por outros fatores que não cabe analisar nos estreitos limites do presente trabalho.

Relativamente à instrumentalização do direito penal, vale dizer, quan-

59 Art. 6º, da Lei 7.16/89: "Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. Pena: reclusão de três a cinco anos. Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço)".

60 Neste sentido, ampla maioria da doutrina. Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. vol. 2. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. pp 385 a 387 e PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 278. **CONTRA**, alegando razoável e necessária a pena cominada: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. pp. 569 a 571.

61 SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. pp. 148 a 151.

to ao direito processual, uma distinção tem se mostrado o caminho pelo qual escapam os agressores da honra alheia. É na forma da ação ou, mais precisamente, na legitimidade para propositura da ação penal que está um grande óbice à punibilidade da injúria qualificada, porquanto esta, ao contrário dos crimes de racismo, processa-se mediante ação penal privada[62]. Ou seja, na prática, o "pobre preto safado" precisará, de alguma forma, contratar um advogado (ou procurar a Defensoria Pública) para, em seis meses[63], promover a ação (sob pena de ver extinta a punibilidade de seu ofensor, em razão da decadência), o que no sistema jurídico-processual atual, sói ocorrer.

Quanto a este ponto específico, melhor teria sido que se exigisse apenas a representação da vítima, transformando-se a ação penal em pública condicionada à representação evitando-se, desta forma, a extinção da punibilidade pela decadência (art. 107 do CP), quando, ao fim da ação, a conduta fosse, eventualmente, desclassificada do crime de racismo para o delito de injúria qualificada.

5.6. Amplitude de aplicação das cláusulas de imprescritibilidade e de inafiançabilidade

A norma constitucional que considera inafiançável e imprescritível o crime de racismo já é notória[64]. Conquanto as críticas a ela sejam freqüentes, descabe aqui analisar a "justiça" desses mandamentos constitucionais. O fato é que o dispositivo impõe uma maior reprovação ao crime de racismo (feita pelo constituinte originário), de maneira que a norma que determina incriminação das condutas violadoras do direito individual à igualdade, bem como os preceitos punitivos acessórios nela inseridos, foram elevados à categoria de "cláusulas pétreas", cuja extinção é proibida pela própria Norma Constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF), sendo, portanto, "insuprimíveis".

Uma das "garantias de punição", a imprescritibilidade, consiste em não possibilitar a extinção de punibilidade em decorrência da passagem dos anos (prescrição), podendo a ação penal ser proposta e, mais ainda, a pena

62 Em contrapartida, os crimes previstos na Lei 7.716/89, são todos puníveis através da Ação Penal Pública "Incondicionada", cujo titular privativo é o Ministério Público, conforme o art. 129, I da CF.

63 Regra geral da decadência para os crimes de ação penal privada, a teor do art. 103 do CP.

64 O art. 5º, XLII, da CF diz: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

65 LOZANO Jr., José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2002 pp. 21 a 40.

ser aplicada a qualquer tempo. Por óbvio, não se limita, com isso, a persecução criminal às usuais regras de prescrição do Direito[65].

A inafiançabilidade, porém, apesar da "aparente severidade" da Constituição, tem, na prática, conteúdo de aplicação bastante esvaziado. Tornou-se uma norma anacrônica. Isto porquanto, em que pese a existência da proibição constitucional de conceder **fiança**, não é isso que determina a concessão da liberdade ou manutenção da prisão provisória (o que parece ter sido a intenção do constituinte). Assim, se não estiverem presentes os fundamentos de necessidade da prisão preventiva (o *periculum libertatis*, constante no art. 312, do CPP), deverá o juiz conceder a liberdade provisória[66]. Isso levará, em verdade, a uma completa distorção: nem mesmo a fiança o acusado pagará, para obter tal benefício. Ao passo que, para obter a liberdade provisória no crime de injúria qualificada, por exemplo, deverá o acusado pagar fiança, ressalvados os arts. 310 e 350 do Código de Processo Penal[67]. Vê-se, destarte, que a intenção de não "monetarizar" a vulneração à igualdade fica numa posição, no mínimo, assistemática no Ordenamento.

Outra questão ainda toma relevo: as cláusulas de imprescritibilidade e inafiançabilidade aplicam-se a todos os crimes raciais ou sua abrangência exclui o crime de injúria qualificada, restando apenas a Lei 7.716/89?

Posiciona-se a maioria pela restrição da aplicação, de modo que só os crimes de racismo da Lei Caó seriam inafiançáveis e imprescritíveis[68].

Reconheça-se que ambos os crimes têm a mesma essência (mesma ontologia) são, em última análise, atos racistas, que manifestam pensamentos e sentimentos preconceituosos. Mas isso não os confunde. Ainda que pela essência racial seja compreendida a injúria qualificada (como, aliás, é a tendência no projeto de Lei do Sen. Paulo ??? PLS 309/2004[69]), há de se respeitar a opção

66 Interpretação conjugada do art. 310, *parágrafo único*, combinada com o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

67 Neste sentido, por todos, confira-se: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 440 a 441.

68 Por todos, confira-se: SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. 158. **CONTRA**, alegando aplicáveis ao crime de injúria racial, acha-se: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. pp. 569 a 571 e SAMPAIO, Roberto Brayner. Racismo e injúria qualificada – inconstitucionalidade e questões procedimentais – decadência e prescrição. *In:* PERNAMBUCO. Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPPE). **Anais do VI Congresso Estadual do Ministério Público** – A construção dos direitos humanos no estado de pobreza. pp. 24 a 26.

69 Disponivel na internet em:

do legislador que delimitou os crimes de racismo na Lei 7.716/89, não se podendo ampliar, em respeito ao Princípio da Legalidade, a abrangência das cláusulas constitucionais punitivas por simples construção hermenêutica, especialmente, quando *in malam partem*.

Outrossim, mostra-se interessante perquirir: essas cláusulas aplicam-se tão somente aos crimes de **racismo** (enquanto discriminação/preconceito em razão da **raça**) ou a todos crimes previstos na Lei 7.716/89?

Aduz-se, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a Constituição, ao dizer "nos termos da lei" (art. 5º XLII), delegou-lhe a função de definir os crimes de racismo, impondo a esses delitos as Cláusulas Severas. Assim, se a Lei definiu a discriminação vedada (racismo) ampliando os fundamentos da sua proibição para além da compreensão de **raça**, seria lícito também dilatar as cláusulas punitivas acessórias. Destarte, seriam de "racismo" (no sentido do art. 5º, XLII, da CF) todos os crimes previstos na Lei que os define, ainda que não seja de raça o fundamento da discriminação. Dessa forma, incidiria em crime de racismo quem praticasse discriminação por motivos de religião ou procedência nacional (como no caso dos judeus[70]).

Diverge a doutrina, porém, quanto à abrangência da expressão "procedência nacional", constante na Lei. Assim, discute-se se cabe proteção aos nordestinos (que, ao contrário dos judeus, não estariam incluídos na vedação de "discriminação ou preconceito em razão da **religião**"). Embora, preconceito em razão de procedência nacional enseje a idéia **países**, admite-se a prática de racismo, em função de regionalismos, defendendo-se, inclusive, a aplicação das cláusulas constitucionais de imprescritibilidade e inafiançabilidade, quando da discriminação contra regionais[71]. Reconheça-

70 Neste sentido, inclusive, o parecer do Procurador da República, Cláudio Lemos Fonteles, que funcionou como *custos legis* no *Habeas Corpus* de nº. 82.424/RS, processado no STF. Na espécie, o tribunal, por maioria, manteve a condenação, interpretando ampliativamente o conceito de raça como um "grupo social". Assim, aplicou a imprescritibilidade para a discriminação manifestada contra os judeus. A esse respeito, o voto do Min. Maurício Corrêa (relator) do *Habeas* citado. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. pp. 11 a 12. **CONTRA**, inadmitindo a aplicação das cláusulas punitivas a todos os crimes da Lei 7.716/89: SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 158.

71 No sentido do texto: SILVA, José Geraldo da *et al*. **Leis especiais anotadas**. 6ª ed. Campinas: Milennium, 2004. pp. 299 a 300. e SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. pp. 80 a 86.

se, porém, apesar da flagrante injustiça que isso possa representar, o perigo dessa interpretação. Ainda que insuflada pela decisão do Supremo, que ampliou largamente o conceito de raça, no *habeas corpus* já citado, deve-se ter prudência, pois, assim, qualquer aglomerado de pessoas, bastando que tivesse um elemento social em comum que o distinguisse do restante da Comunidade poderia ser, com fundamento na Lei 7.716/89, discriminado. Não parece, por exemplo, que a norma puna a discriminação, ainda que indevida, contra pessoas soropositivas do vírus do HIV, o que, repita-se, geraria, à omissão da Lei, uma grande injustiça[72].

6. Breve Análise de Casos

Considerando os estreitos limites do presente trabalho, não se poderá, por demais, alongar a análise dos casos. Assim, optou-se por tecer considerações tão somente acerca de dois episódios bastante noticiados.

Comece-se pelo talvez mais midiático de todos. O jogador de futebol do São Paulo Futebol Clube, Grafite, cujo nome faz-se questão de declinar, chama-se, em verdade, Edinaldo Batista Libânio. Ele foi agredido verbalmente, numa partida disputada, ironicamente, na **Copa Libertadores da América**, pelo zagueiro do *Quilmes*, Leandro Desábato. Segundo noticiou a imprensa, Desábato, para ofender o atacante teria se utilizado de expressões do mais baixo calão, dentre as quais se destaca: "negro de merda", "negro safado", "macaco sujo" e "negrito"[73].

72 Neste sentido, observe-se: "*CRIME RESULTANTE DE PRECONCEITO DE RAÇA OU DE COR – Diretora de escola que impede a matrícula de aluno, portador do vírus da 'AIDS' – Caracterização – inocorrência – Inteligência: art. 1º do Código Penal, art. 286 do Código Penal, art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 6º da Lei 7.716/89, relativa a discriminações de raça, cor, religião e etnia, na conduta de Diretora de escola que impede a matrícula de aluno portador do vírus da 'AIDS', vez que, o princípio da reserva legal é fundamental e inarredável em matéria de restrição de liberdade, exigindo-se que a Lei seja interpretada sem ampliações ou equiparações analógicas, salvo se for para beneficiar o réu.*" (RJDTACRIM – São Paulo, v. 28, p. 76, out./dez. 1995) *apud* SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82.

73 A respeito: LANCEPRESS, Yahoo Notícias. **Polícia envia inquérito do caso Grafite para Justiça** e **Grafite não perdoa nem se importa caso Desábato seja preso**, ambas da versão online do jornal Folha de São Paulo. Disponíveis, na internet, respectivamente, em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u89230.shtml> e < http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u88563.shtml> Acesso: 5 jun. 2005.

Conquanto se ressalvem as opiniões em contrário[74], não se evidenciam elementos que pudessem caracterizar quaisquer dos crimes da Lei Anti-racismo. Ainda que tais expressões decorram, evidentemente, de um **sentimento** racista e preconceituoso, o que não se confunde com o crime do art. 20 da Lei 7.716/89, não se pode pretender enxergar ali qualquer ato discriminatório que vise a segregar a comunidade negra em geral nem, tão pouco, associar a toda **raça negra** o adjetivo "merda", "sujo" ou "safado". Mais ainda, mostra-se evidente, pelo contexto noticiado, que o argentino queria agredir o brasileiro, individualmente, em razão de um desentendimento do jogo.

Isso não enseja, por outro lado, como já se disse, a atipicidade na conduta do zagueiro argentino, porque não haveria o **dolo específico** e por ter sido a agressão resultante de uma incontinência verbal do calor da discussão[75]. Não se pode querer justificar tão violenta agressão sob pretextos de "forte emoção", pelo que, no máximo, poder-se-ia enxergar a atenuante do art. 65, III, c, *in fine*, do CP (apesar de não se encontrar a prática de um ato injusto da vítima). Por isso, de fato, parece ter sido caso de injúria qualificada (art. 140, § 3º do CP).

Outro fato difundido na imprensa foi o noticiado pelo jornal Hoje em Dia, de Minas Gerais[76], segundo o qual o médico J.S.R., de 54 anos, teria se manifestado, dizendo que "odiava pretos", que "eram uma raça miserável" e que "preto e pobre tinha mais era que morrer", durante o atendimento de plantão no Hospital Maternidade de Vespasiano (região metropolitana de Belo Horizonte). A dona de casa Sueli Rocha Rodrigues, indignada, relatou o caso à Polícia, detalhando ainda, segundo o jornal, que os comentários do médico se seguiram a uma reportagem sobre a viagem do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, à África. Segundo o relato "o médico não estava falando diretamente" com ela, "mas o que ele estava dizendo e a forma

74 Por todos, DUARTE, Rebeca Oliveira. **Caso Grafite**: Injúria Racial ou Crime de Discriminação Racial? Disponível na internet em: <http://www.gajop.org.br/opiniao/26_04_2005.htm> Acesso em: 22 jun. 2005.

75 É comum a afirmação de que "no calor na discussão" ou "no afã da partida" tais agressões seriam admissíveis.

76 Jornal Hoje em Dia, de Minas Gerais, do dia 16/04/2005, disponível na internet em: <http://www.hojeemdia. com.br/hoje.cgi> Acesso em: 22 jun. 2005.

irônica" como teria falado a teriam deixado furiosa. O médico foi autuado como incurso nas penas do art. 140, § 3º do CP, passando a noite na delegacia e sendo liberado no dia seguinte, mediante pagamento de fiança.

Com a necessária *venia*, não se pode concordar com tal capitulação. Acredita-se, em razão dos elementos apresentados, que o crime supostamente cometido, seria o de racismo (e não do de injúria qualificada, pelo qual, segundo o jornal, fora o médico autuado). Assim, a fiança seria indevida, merecendo **cassação**, ou seja, devolução do valor de R$ 2.500,00 e o recolhimento do acusado à prisão.

7. Conclusões

Durante a exposição do presente trabalho, fizemos menção a algumas questões, visando a garantir uma melhoria à proteção jurídica de valores como igualdade e honra. Assim, cabe-se fazer breves apontamentos sobre aquilo que se entende ser imprescindível considerar, em sede de conclusão.

Comece-se pelas questões jurídico-formais, dentre as quais se destaca a necessária mudança dos sujeitos legitimados à propositura da ação do crime de injúria qualificada, tornando-a ação penal pública condicionada à representação, pelo menos, em paralelo aos crimes contra os costumes, para as vítimas pobres (art. 225 do CP). Isto porque, além dos percalços comumente encontrados por aqueles que procuram a prestação jurisdicional, as dificuldades da Defensoria Pública, no país, são notórias e não se vislumbram perspectivas de melhorias, pelo menos a curto prazo.

Quanto aos aspectos materialmente jurídicos, propõe-se uma revisão geral das penas cominadas, visando a (re)equilibrar a proporcionalidade dos delitos cometidos, seus bens jurídicos protegidos e, conseqüentemente, as sanções aplicáveis.

Por fim, mas não menos importante, cada vez mais imprescindível se mostra a necessidade do fortalecimento de espaços de discussão, visando à contribuição jurídica e, sobremaneira, à formulação de políticas públicas sobre um tema, que se mostra tão "espinhoso" e usualmente encarado sob a máscara dos "pudores", relegando a segundo plano necessidades tão urgentes do ser humano que vive em sociedade: a dignidade e a igualdade.

PRESCRIÇÃO VIRTUAL: CONTRIBUIÇÃO PARA A CELERIDADE DO JUDICIÁRIO OU ATROPELO JURÍDICO?

Gustavo Henrique Coêlho Hahnemann
(Aluno do 7º período da graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco).

1. Introdução

Tome-se por inconteste o fato de que o Poder Judiciário brasileiro não consegue responder com a celeridade desejada as demandas que lhe são submetidas e não será surpresa reconhecer o esforço doutrinário e jurisprudencial na adoção de medidas que visem a acelerar o trâmite processual, seja pelo alerta da necessidade de modificações legislativas, seja pela interpretação extensiva de institutos já contemplados na legislação pátria. O tema da morosidade dos tribunais, por demais repisado, ganha contornos ainda mais sérios ao se adentrar na seara do direito penal, onde os interesses exclusivamente patrimoniais cedem espaço no primeiro plano da discussão jurídica à liberdade do cidadão e ao "escândalo" do processo a que é submetido.

De fato, para disciplinar as relações entre os cidadãos, o Estado elenca alguns bens jurídicos e a eles confere proteção especial, valendo-se de meios mais enérgicos para resguardá-los. Quando a proteção conferida por outros ramos do Direito estiver ausente, falhar ou demonstrar-se insuficiente, ficando o bem jurídico exposto a perigo de certa gravidade, sobre ele pousará o manto da proteção penal[1]. Decorre daí o caráter subsidiário do ordenamento penal: tais bens tornam-se tutelados por normas especiais e sua não-violação é compelida por força da severa sanção atribuída ao eventual transgressor. A sanção, denominada pena, "exprime a reprovação que a ordem de Direito faz pesar sobre o fato e reafirma a vontade do Estado em assegurar a validez

1 TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

do preceito. É o complemento necessário da norma, para assegurar-lhe toda a sua força coativa"[2]. Aníbal Bruno destaca que a persistência da pena ao longo da história dos povos demonstra a sua imperiosa exigência como instrumento de defesa social, residindo aí a razão de sua legitimidade.

Nunca é forçoso lembrar que a supressão da liberdade individual não deve ser tomada como regra e a pena, traço distintivo do direito penal, só merece ser infligida quando efetivamente traduzir o sentimento de reprovação médio da coletividade, devendo ser justa, necessária e proporcional ao delito perpetrado. Não é outro o pensamento de Cesare Beccaria, quando ensina que "tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior é a liberdade que o soberano dá aos súditos"[3].

No entanto, sob diversos fundamentos – os quais serão analisados mais detidamente adiante – o poder do Estado em aplicar a sanção penal não permanece incólume aos efeitos do tempo, esvaindo-se quando a máquina oficial não atua em períodos legalmente delimitados. Decorrido o prazo referido sem a efetiva atuação estatal, tem-se a configuração da prescrição, antes um meio de viabilizar a justiça penal do que um condenável estímulo à impunidade ou à criminalidade[4].

O ordenamento jurídico brasileiro alberga o instituto da prescrição penal como causa que extingue a punibilidade do criminoso, caracterizando-se como uma forma de evitar a perpetuidade da persecução penal, ao mesmo tempo em que "pune" o Estado pela sua inércia, seja pela perda do direito de satisfazer sua pretensão punitiva ou do direito de executar a pena imposta.

O instituto encontra-se especialmente regulado nos artigos 107, 109 e seguintes do Código Penal, que, entre outras disposições, esmiúçam as características da prescrição da pretensão punitiva e da executória, bem como das subespécies da primeira, quando, a depender do caso, o prazo aplicado será o da pena prevista em abstrato no tipo penal ou da efetivamente aplicada na sentença condenatória, existindo ainda a possibilidade do intervalo de tempo transcorrer após a prolatação da sentença ou antes desta.

2 BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo 3.

3 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. O autor ressalta inclusive a lição de Montesquieu, quando diz que toda pena que não derive da absoluta necessidade é tirânica.

4 TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Muller. *Do instituto da prescrição penal*. Disponível em: http://www.ius.com.br. Acesso em 12 de janeiro de 2005.

A multiplicidade de possibilidades e fundamentos para a prescrição abre ensanchas para que sua interpretação seja alargada, para além do que parece supor a letra fria da lei. Nesse contexto, a prescrição virtual ou em perspectiva apresenta-se, como se verá, numa alternativa construída pela doutrina e jurisprudência à lentidão do judiciário, através do exercício mental lógico promovido pelo juiz que envolve a antecipação da pena provavelmente aplicada ao réu caso este fosse condenado e a imediata verificação do transcurso do prazo legal, configurando-se a causa extintiva da punibilidade.

2. Conceito, fundamentos e efeitos

Titular do monopólio da jurisdição, o Estado tem o direito de punir *in abstracto*, que se concretizá no momento em que a norma penal incriminadora é violada. Trata-se de direito privativo e indelegável, que não pode ser repassado nem mesmo nas ações penais privadas, quando o particular detém somente a prerrogativa de provocar o início do processo, cabendo à máquina estatal impulsionar-lhe até o final. Configurado o suporte fático do tipo penal, transmuda-se o direito em pretensão, entendida como submissão de um interesse alheio a um interesse próprio. Neste momento, a transformação do direito abstrato imposto indistintamente a todos os cidadãos gera uma pretensão individual e concreta denominada punibilidade[5], possibilitando que seja imposta ao criminoso uma sanção pelo cometimento do ilícito.

Do *jus puniendi* estatal decorrem duas modalidades de pretensão: a punitiva e a executória. A primeira, que versa sobre o papel do Estado de "dizer" a sanção coerente àquela prática delituosa objeto do processo, situa-se entre a conduta do agente e o trânsito em julgado da sentença condenatória. A partir do ponto em que o comando condenatório adquire o status de imutabilidade, não há mais que se cogitar de pretensão de punir no sentido estrito que o termo suscita, mas na pretensão estatal de fazer atuar concretamente a pena arbitrada no provimento jurisdicional.

É de todo razoável, no entanto, que a prerrogativa do Estado de efetivar seu poder de punir, em qualquer das modalidades, não lhe seja conferida *ad eternum*. Para que possa satisfazê-lo, a atuação estatal deve se pautar por prazos legalmente demarcados e que variam de acordo com o *quantum* máximo da pena abstratamente previsto ou o efetivamente imposto pelo juiz.

---

5 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Nesse sentido, Damásio de Jesus define prescrição penal como "a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo"[6].

A prescrição da pretensão punitiva abarca algumas subespécies. No caso da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, toma-se por base de cálculo a maior pena prevista abstratamente no tipo legal. Diverso é o que acontece nos casos de prescrição intercorrente e retroativa, que partem da pena estabelecida *in concreto* na sentença. Diferem quanto ao espaço de tempo que se toma por referência: enquanto que na intercorrente verificar-se-á o transcurso entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa, na retroativa os prazos são cotados "para trás", desde o trânsito em julgado para a acusação até a data da consumação do delito.

Não são poucos os fundamentos que justificam a acolhida da prescrição penal em nosso sistema. Parte da doutrina sobreleva um dado prático: a influência do tempo nas provas necessárias para a condenação. O decurso temporal faz com que testemunhas se esqueçam (ou até mesmo morram), documentos desapareçam e os vestígios criminosos se apaguem, prejudicando a apuração da verdade e dificultando a formação do convencimento do julgador[7]. É a teoria da dispersão.

Analisando-se sob outro prisma, por vezes, anos após o crime, o acusado consegue reintegrar-se à comunidade, não dando mostras de que representa um perigo à convivência harmônica da sociedade, sendo despicienda a aplicação da pena, sob o argumento de correção do comportamento do autor. Seria a consubstanciação da teoria da emenda ou da correção que, como se percebe, peca pela fragilidade, pois parte da presunção *jure et de jure* de recuperação do criminoso sem a participação do Estado.

O tempo também pode empreender mudanças de ordem psíquica no criminoso, abrindo uma lacuna capaz de suprimir o nexo psicológico entre aquele e o fato. Para quem embasa o instituto pela teoria psicológica, a sanção só deve ser infligida quando o delito estiver presente no espírito do réu e da sociedade. É inegável a semelhança com a teoria da emenda, com diferenças quanto à profundidade das mudanças psíquicas sofridas pelo autor, mais acentuadas nesta última, a ponto de eliminar o referido liame que o ligaria ao crime, sendo a pena no caso desprovida de qualquer valor ou finalidade.

6 JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

7 ALFRADIQUE, Eliane. *Prescrição penal e a atualidade de sua aplicação*. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 12 de janeiro de 2005.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli analisam com cautela a posição dos autores que encontram a razão de ser da prescrição fora do direito penal, particularmente em atendimento a necessidades de cunho processual. Para os doutrinadores, a teoria que vaticina que o tempo dificulta a produção probatória nada tem de útil para a prescrição da pena. Segundo eles, a razão fundamental do instituto está em "não ser o homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito, como também não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão de execução"[8].

Do ponto de vista da repercussão social, José Júlio Lozano Júnior relembra a teoria do esquecimento, segundo a qual a sociedade esqueceria os delitos depois de certo tempo[9]. Transcorrido o lapso legal, a reação penal ficaria sem objetivo. Para Damásio de Jesus, a teoria constitui-se em um dos fundamentos do instituto na medida em que, com os anos, perderia toda a eficácia a prevenção genérica e específica advindas da resposta penal[10]. Genérica porque se dirige à sociedade, funcionando como meio de intimidação social para que seus integrantes não se sintam estimulados a transgredir as normas penais. A outro ângulo, é específica porque se direciona ao próprio criminoso, merecendo ser adequadamente particularizada.

Subsidiariamente à teoria do esquecimento, aparece a teoria da piedade, segundo a qual o transcorrer do tempo faz com que a sociedade tenha compaixão para com o delinqüente. Na prática fica difícil mensurar a aplicação da prescrição tendo como baliza o sentimento de dó, sendo desnecessária, inclusive, a fixação de prazos prescricionais variados, porque não há – ou, se houvesse, impraticável imaginar como seria operacionalizada no cômputo prescricional - relação entre gravidade do crime e compaixão[11].

Há que considere castigo suficiente ao criminoso a aflição sofrida por este durante o percurso do processo. A pena seria compensada pelo sofrimento. Para os defensores da teoria da expiação moral ou do remorso, punir alguém nessas condições seria atentar contra o princípio do *non bis in idem*. A corrente recebeu diversas críticas e a pecha de arbitrária por suscitar a falsa idéia de que a função da pena seria impor a aflição ao acusado.

8 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.
9 LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
10 JESUS, Damásio de. *op. cit*. p. 19.
11 FERRARI, Eduardo Reali. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Não apenas do ponto de vista do criminoso e do reflexo de sua conduta no meio social se justifica a prescrição, mas também da própria postura do Estado em não acionar devida e oportunamente a aparelhagem oficial na *persecutio criminis* e no cumprimento da condenação. A teoria do interesse diminuído representa a faceta estatal da teoria do esquecimento. Se a própria sociedade, principal destinatária das normas legais, não mais sofre o impacto da violação legal empreendida pelo criminoso, não haveria razões para que o Estado insistisse na punição. Por outro lado, existem autores que focam a fundamentação do instituto na omissão do Estado, porém não como reflexo da suposta indiferença social. Constituir-se-ia numa forma de punir as autoridades pela má-fé, morosidade ou letargia na execução de suas atividades, encerrando a teoria da presunção da negligência.

Ainda como justificação para o instituto, Magalhães Noronha acrescenta a aplicação da eqüidade, fonte do direito que é, e a correlação com a prescrição aquisitiva do direito civil ("o criminoso adquire o direito de não ser punido pela inércia dos órgãos estatais incumbidos da punição"[12]).

A prescrição penal é matéria de ordem pública e deve ser decretada de ofício ou a requerimento das partes em qualquer fase do processo, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal. A prescrição da pretensão punitiva tem como efeitos impedir o início da persecução penal em juízo - através do trancamento do inquérito policial - ou interrompê-la, afastar os efeitos principais e secundários, penas e extrapenais da condenação e apagar o registro do processo na Folha de Antecedentes Criminais, exceto quando requisitado por juiz criminal. Ao contrário desta modalidade prescricional, a prescrição da pretensão executória apenas extingue a pena principal, mantendo incólumes todos os outros efeitos secundários, penais e extrapenais da condenação, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamento das custas processuais e geração de reincidência.

3. Enquadramento e aplicação da prescrição virtual no ordenamento brasileiro

A prescrição retroativa, da qual deriva a prescrição virtual, adquiriu espaço no ordenamento brasileiro a partir da Súmula 146 do Supremo Tribu-

12 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

nal Federal, em 1964, a qual trazia a seguinte redação: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso para a acusação". Aplicada a pena e não havendo recurso da acusação, serviria de base para o cálculo da prescrição observado em períodos anteriores à sentença. O entendimento representou um avanço não só por considerar que a pena imposta na sentença – e não a cominada - seria mais justa a atuar no caso concreto, mas também por subverter a base temporal sobre a qual se deitaria o cálculo, tomando como referência prazos.

A prescrição retroativa, nos moldes atuais, não se forjou da noite para o dia. Em verdade, a súmula passou por diversas e pequenas variações, que versavam, em especial, sobre a extensão ou não ao período anterior à denúncia e a possibilidade de aplicação quando houvesse recurso acusatório improvido. A Lei nº 7.209/84 forneceu guarida à inovação, assimilando inclusive as interpretações posteriores da súmula[13]. As alterações no Código Penal estipularam que a regulação da prescrição pela pena *in concreto* só se verificaria depois de transitar em julgado a condenação para a acusação, podendo ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa. Assim, ocorrerá a prescrição se o prazo decorrer entre a sentença condenatória e o recebimento da denúncia ou entre este e a data do fato.

Construção ousada de parte da doutrina e da jurisprudência, notadamente na 1ª instância, a prescrição virtual associa com engenhosidade a aplicação da prescrição retroativa ao raciocínio apriorístico por parte do magistrado da condenação no mínimo previsto ou em *quantum* pouco superior do que supostamente seria imposto ao acusado. Seus defensores apregoam que o juiz deve ostentar mentalidade progressista, interpretando as normas de forma lógica e finalística, atitude que se sintoniza com as necessidades do direito penal moderno. Deve se focar antes para a tutela final, a qual soluciona o conflito, do que no instrumento que até ela induz[14].

E a inovação não atribui apenas ao juiz o condão de fazer atuar a prescrição pela pena em perspectiva. O próprio representante do *parquet*, quando da apresentação da denúncia, pode empreender exercício mental semelhante ao do magistrado, furtando-se em oferecê-la, o que implicaria na contemplação do instituto em momento anterior ao que o faria o juiz *ex officio*.

---

13 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

14 MARTINI, Paulo. *Prescrição em perspectiva: questão de bom senso e necessidade*. Disponível na Internet: http://www.ius.com.br. Acesso em 15 de janeiro de 2005.

A prescrição em perspectiva parte do pressuposto de que, no ordenamento penal brasileiro a aplicação da pena não se dá por critérios exclusivamente subjetivos, não recepcionando o sistema da livre apreciação do juiz. Assim, para que na dosimetria se afaste da pena mínima, o magistrado deve mensurar e explicitar uma conjugação de fatores desfavoráveis ao agente e, não sendo estes verificáveis na ocasião, se impõe o reconhecimento do instituto, se já houver decorrido o tempo necessário.

4. Análise principiológica do instituto

O reconhecimento da prescrição virtual desperta a discussão sobre a afronta ou conformação aos princípios do direito penal e processual penal, servindo de suporte tanto para os que a rechaçam quanto para os que a acolhem.

A doutrina resistente à consagração do instituto levanta como uma de suas teses mais pujantes a violação ao princípio da presunção de inocência, inscrito no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. O réu teria direito a uma sentença absolutória, o que não se afiguraria com a sentença prematura a reconhecer a prescrição antecipada. Apesar da não-geração de efeitos jurídicos penais, argumenta-se que não se pode desprezar os efeitos morais e sociais. Quem a abona, entretanto, não enxerga maiores dificuldades nesse ponto. O princípio da presunção de inocência restaria preservado pela inaplicação de sanção em qualquer sentido, implicando na não-condenação do réu[15]. Além disso, não haveria como se adentrar no mérito uma vez que a prescrição da pretensão punitiva deve ser apreciada antes de qualquer outra questão.

Na esteira da inocência supostamente violada restariam maculados os princípios do contraditório e da ampla defesa, devido à impossibilidade do acusado rebater todas as imputações a ele atribuídas, bem como deduzir em juízo as matérias que entender úteis para demonstrar a sua versão dos fatos. O processo penal tem como meta a busca da verdade e ao réu assiste o direito de ser ouvido e atuar para demonstrar essa verdade, ou para dificultar sua tonalização, vez que é a ele que a eventual *sanctio juris* se dirige[16].

15 COUTINHO, Luiz Augusto. *Novas perspectivas para extinção da punibilidade em matéria criminal*. Disponível na Internet: http://www.jus.com.br. Acesso em 12 de janeiro de 2005.

16 PEDROSO, Fernando de Almeida. *O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. RT: São Paulo, 2001.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal seria outro óbice a ser transposto, quando reconhecesse a prescrição em perspectiva antes de ser ofertada a peça acusatória inicial. O postulado ensina que os critérios de oportunidade e conveniência não podem pautar a atuação do Ministério Público, uma vez formada a *opinio delicti*. Ao *dominus litis* se impõe o dever de provocar o pronunciamento jurisdicional. Comprovado o fato típico e a autoria demonstrada, de rigor será a denúncia ou seu aditamento. O reconhecimento da prescrição com o conseqüente não-oferecimento da peça acusatória, retiraria do representante do *parquet* a prerrogativa de fazer valer o princípio, na medida em que contemplaria a prescrição virtual por não dar seguimento à ação penal, cabendo ao magistrado, a seu tempo, cuidar para que a denúncia fosse compulsoriamente oferecida.

Ferir-se-ia ainda o princípio do devido processo legal. A análise e acatamento da prescrição em perspectiva, em momento processual inadequado, colidiriam com o postulado constitucional insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, na medida em que, para que se fale em condenação, ainda que suposta, cabe desenvolver o processo em todas as suas etapas, já que só a sentença gera o status de condenado ou de inocente. Subtrair-se-ia do acusado a possibilidade de ser declarada oficialmente sua inocência. Ricardo Pieri Nunes entende que o princípio resta preservado com o reconhecimento da prescrição antecipada, já que a Constituição apregoa a garantia do devido processo legal em sua faceta substantiva, representada pelo princípio da razoabilidade, o qual não seria atendido ante a submissão de alguém ao trâmite de um processo criminal que jamais desaguaria na imposição definitiva de uma condenação[17]. A teoria do *substantive due process*, que tem na razoabilidade o seu alicerce, procura afrouxar as amarras processuais em nome da garantia dos direitos fundamentais e da relação proporcional entre motivos, meios e fins do processo.

Fábio Machado propõe a mudança do fundamento da prescrição, sintonizada agora com os ditames do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o não-reconhecimento da prescrição afrontaria o princípio do respeito à dignidade humana, que impede a imposição de um processo e uma pena desnecessários[18]. O autor entende que o exercício do mandato imperativo do direi-

17 NUNES, Ricardo Pieri. *Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa*. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano X, n. 119, p. 9-11, outubro/2002.
18 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. RT: São Paulo, 2000.

to penal quando lhe falta o valor simbólico de sua intervenção é ilegítimo, já que somente a danosidade social justifica a legitimação da punibilidade.

A prescrição em perspectiva privilegiaria ainda o princípio da economia processual, através da dispensa da movimentação inútil da máquina estatal para atender a um processo inevitavelmente fadado ao fracasso, propiciando a boa e parcimoniosa utilização dos recursos públicos. Mirabete interpreta de forma diversa o princípio. Para o autor, a economia processual preconiza a escolha, entre duas alternativas possíveis, daquela menos onerosa às partes, o que não implica na supressão de atos processuais legalmente previstos[19]. Luiz Regis Prado condena o privilégio excessivo da celeridade e economia processual quando estas deságuam no que julga ser um "indisfarçável atentado aos princípios e garantias fundamentais"[20].

5. Prescrição virtual como direito do acusado e meio de desobstrução do Judiciário

Além do atendimento aos princípios referidos, razões várias de ordem material e processual, bem como as de natureza prática, estimulam os defensores da prescrição pela pena em perspectiva.

Alegam que o estabelecimento da pena no mínimo legal é direito de qualquer acusado e, para que a sanção seja infligida acima desse patamar, deve conjugar circunstâncias prejudiciais a ele. Tomam como premissa inarredável a possibilidade de se enxergar em várias situações – e em ocasiões anteriores à sentença, muitas vezes ainda na fase inquisitorial - os fatores que poderiam militar em desfavor do acusado, quais sejam, os do artigo 59, 61 e 62 do Código Penal. Em razão disso, "a aplicação da pena traz certa dose de previsibilidade, não podendo o magistrado ir além destes pressupostos, sob pena de prolatar sentença ilegal e abusiva"[21]. Quando esses dados não são vislumbrados, e o tempo decorrido basta para que se configure a prescrição retroativa, imperioso é o reconhecimento da prescrição antecipada. A sentença, nesse caso, tem conseqüências amplas, não caracterizando qualquer responsabilidade penal, maus antecedentes, reincidência e expurga qualquer efeito, principal ou secundário, penal ou extrapenal.

---

19 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

20 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

21 HABIB, Sérgio; PIMENTEL, Fabiano. *Prescrição antecipada: acertos e desacertos.* Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VIII, n. 179, p. 46-47, junho/2004.

Reflexos do acatamento do instituto também são sentidos nas varas judiciais. Advogam que a prescrição virtual representa uma forma de auxiliar a administração da justiça e otimizar recursos humanos e materiais, contribuindo para a rápida solução dos litígios e diminuição do desgaste da imagem do Judiciário junto à população, decorrente da ineficácia de suas decisões[22].

Mas, sem dúvida, o argumento que mais tem alimentado a polêmica sobre o reconhecimento da prescrição virtual é a falta de interesse de agir ou, se se preferir, de justa causa para o início da ação penal. Velar pela observância a esse requisito processual incumbe tanto ao juiz quanto ao Ministério Público, devendo ser aferida no momento da propositura da ação penal e durante todo o seu caminhar. A corrente que proclama o instituto entende que falece a condição da ação pelo comprometimento dos conceitos de utilidade e funcionalidade do processo penal quando se enxerga a impossibilidade da aplicação da pena ao seu final. Ausente o binômio utilidade-necessidade (ou trinômio, para alguns, acrescentando-se a adequação), o processo é natimorto, pela inaplicabilidade do provimento condenatório final.

Eugênio Pacelli de Oliveira limita o interesse de agir no processo penal ao exame da utilidade do processo, dado que sua necessidade é inerente à jurisdição penal, em que somente se impõe a sanção penal por meio do devido processo legal. A condição da ação toca sobretudo à efetividade, que deve ser observada mormente quando se está em disputa a realização dos direitos fundamentais dos jurisdicionados[23]. Nesse ponto, inevitável é conceber a efetividade como um elo entre o direito material e o direito processual, ligando a razão de ser da sanção penal ao meio pelo qual ela é estabelecida.

Acerca da justa causa, há quem a diferencie do interesse de agir, entendendo-a como o suporte probatório mínimo a embasar a acusação ou mesmo como avaliação provisória de mérito sobre a existência do *fumus boni juris*. Qualquer que seja a definição, o fato é que, para que se afigure presente, imprescindível que a acusação se lastreie em provas suficientes para ensejar a condenação, já que nem mesmo a simples instauração do processo pode colidir com o respeito e a dignidade da pessoa humana[24].

22 ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Prescrição antecipada ou trabalho de Sísifo*. Boletim dos Procuradores da República, ano III, n. 29, p. 17-18, setembro/2000.
23 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
24 LEÃO SOBRINHO, Horácio Carneiro. *Justa causa no processo penal*. Temas de Processo Penal. Fortaleza: DIM-CE, 2002.

Machado desloca a questão da ausência de justa causa para o âmbito material. Doutrina que não falta a condição da ação interesse de agir, eminentemente processual, mas o que em verdade existe é a desnecessidade de intervenção do direito penal pelo desaparecimento de sua legitimidade, racionalidade ou até mesmo de sua eficácia[25].

Com base nessas concepções, critica-se o argumento da não-previsão legal da prescrição virtual. Para os autores que abraçam a causa, o respaldo legal, tão combatido pela corrente contrária, está no artigo 43, III do CPP, o qual reza que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Ausente o interesse de agir, a peça acusatória inicial deve ser rejeitada. A inexistência de justa causa daria azo, inclusive, à concessão de *Habeas Corpus*, nos termos do artigo 648, I, do mesmo diploma legal.

6. Da possibilidade de se reconhecer a prescrição através da antecipação de eventual condenação e das conseqüências geradas pelo reconhecimento.

Parte da doutrina e a jurisprudência majoritária refutam a prescrição virtual pela falta de previsão legal do instituto no ordenamento pátrio. Objetam que a prescrição retroativa pela pena concretizada na sentença pressupõe a efetiva existência de sentença condenatória, com o estabelecimento da sanção e o trânsito em julgado para a acusação. Se se quer reconhecer a prescrição antes do trânsito em julgado do comando condenatório, que isso seja feito tomando-se como baliza a pena máxima cominada para o crime. Essa é a disciplina do Código Penal. Não se enquadrando nos parâmetros legais, inadmissível a ocorrência da prescrição, mormente quando, totalmente ao arrepio da lei, se toma como base dados inexistentes, aleatórios e inseguros[26].

Mesmo vencido esse empecilho, a tese resta inconcebível por se afigurar impossível a antevisão, em um prematuro momento processual, das circunstâncias suficientes ao juízo a ser elaborado pelo magistrado para o estabelecimento da pena. Em verdade, na ocasião não seria mais do que esperada a fixação da pena no mínimo contemplado no tipo, pelo simples motivo de que o juiz ainda não dispõe de elementos para emitir uma valoração apropriada. Osvaldo Palotti Júnior lembra que as circunstâncias judiciais, conforme

25 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit.* p. 198.
26 STJ, 6ª Turma, RHC 2.926-PE, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgamento em 17/08/1993.

dispõe o artigo 59 do Código Penal, não se limitam à primariedade e aos bons antecedentes. Nesse sentido, só ao cabo da instrução penal é que o aplicador da lei estará em condições de enfrentar com segurança o tema[27].

Ainda que por pragmatismo o magistrado quisesse dar efetividade ao instituto, encontraria na Constituição outro obstáculo. René Ariel Dotti argumenta que a prescrição virtual vai de encontro à garantia constitucional do acesso ao Judiciário (artigo 5º, XXXV)[28]. Não nega que quando se prestigia a prescrição virtual o crime encontra solução no âmbito formal do próprio Poder, mas entende que não decidir sobre a causa no prazo determinado por lei, bem como a demora ou omissão no atendimento constitui-se em injustiça contra o Direito e o interesse das partes em confronto.

Por mais que, do ponto de vista técnico, seus efeitos sejam semelhantes na prática, incorrem em erro os que tentam equiparar a sentença que decreta a extinção da punibilidade pela prescrição virtual à sentença absolutória. Entre tantas diferenças entre uma e outra espécie, argumentam os detratores da tese que com o reconhecimento da prescrição em perspectiva retira-se do representante do Ministério Público a possibilidade de insurgir-se contra a pena aplicada[29], implicando no retorno do direito processual penal à contemporaneidade de um Estado autoritário[30].

Por outro lado, ainda que se negue efeitos penais à sentença que reconhece a prescrição virtual, não há que se ignorar a aptidão da sentença condenatória para produzir conseqüências jurídicas na esfera cível. Conforme o disposto nos artigos 63 do CPP (*"Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros"*) e 584, II, do Código de Processo Civil (*"São títulos executivos judiciais: ... II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;...*),

27 PALOTTI JUNIOR, Osvaldo. *Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada.* Revista dos Tribunais, São Paulo, ano LXXXIII, v. 709, p. 302-306, nov/1994.

28 DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano III, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995.

29 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Câmara Especial Criminal, Recurso em sentido estrito 70005749221, Relatora Des. Fabianne Breton Baisch, julgamento em 30/04/2003.

30 NASSIF, Aramis. *Prescrição pela pena "in concreto" e projetada: violações constitucionais.* Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 21 de abril de 2005.

o édito condenatório se constitui em título hábil para a propositura da ação de ressarcimento do dano causado pela infração. Desta forma, é interesse do réu que a querela tenha o mérito resolvido no âmbito penal, principalmente porque a sentença penal absolutória, da qual não se pode subtrair-lhe o direito, se se fundar no reconhecimento de causa excludente de antijuridicidade, faz coisa julgada no cível para impedir a referida ação ressarcitória, de acordo com o artigo 65 do CPP. Por fim, ainda que não se tomasse a sentença como condenatória, mas como "declaratória da extinção de punibilidade"[31], seria possível o ingresso da ação, nos termos do artigo 67, II, do CPP.

7. Conclusão

É louvável o sentimento que move os operadores do direito que propalam a consagração da prescrição virtual como forma de impulsionar o trabalho do Judiciário, ao mesmo tempo em que tentam poupar os acusados do *strepitus judicii*, evitando que sejam submetidos à demora injustificada de processos que em grande parte findam sem a imposição da sanção, graças ao acatamento da causa que extingue a punibilidade. O direito penal carece da constante releitura constitucional e são sempre bem-vindas iniciativas do gênero, que em muito contribuem para sua evolução enquanto ciência. Entretanto, merecem uma reflexão as premissas sobre as quais se assenta o fenômeno em estudo bem como as razões que impulsionam sua utilização.

Confrontada com as diversas teorias que dão lastro em tese à prescrição nos ordenamentos penais, por mais unilaterais e suscetíveis de críticas que sejam, a prescrição virtual, em que pese ser uma derivação, não se coaduna com a fundamentação de nenhuma delas. Pois bem, se analisada à luz da teoria da dispersão, a antecipação se mostra incompatível com o argumento de que se tornaria mais difícil a coleta de provas, dado que a lembrança dos fatos e apuração de vestígios do crime são tão mais fiéis à realidade quanto mais próximas do fato se verificarem. O mesmo se diga em relação à teoria da emenda e à psicológica, que por si só pressupõem a fluência temporal razoável para que o acusado possa se corrigir ou apagar o nexo psicológico que o liga ao fato delituoso.

Melhor sorte não assiste à apreciação com suporte na teoria do esquecimento. Longe de extinguir a intranqüilidade, o alarme social e o desejo de

31 ALFRADIQUE, Eliane. *Op. cit.*

satisfação do ofendido, reconhecer a prescrição antecipada é aumentar os sentimentos de medo, impunidade e desconfiança na atuação do Judiciário. Nesse sentido, não haveria como imaginar a sintonia com a teoria da piedade, que preconiza o sentimento de compaixão da comunidade e o conseqüente perdão ao acusado, pela conformação social com os efeitos promovidos pelo tempo na sua recuperação. Nem mesmo a tão combatida teoria da expiação restaria contemplada, vez que não se verifica o extenso desenrolar processual a justificar a desnecessidade de aplicação da sanção penal.

Sob o prisma estatal, ressalte-se que não existe diminuição do interesse do Estado na repressão ao ilícito, porque sua atuação caminha em prazos seguros e encurtar os lapsos temporais inviabilizaria a persecução penal. Seria atribuir injustificadamente mais um obstáculo aos órgãos oficiais, quando melhor seria propor medidas que contribuíssem para o desenvolvimento de suas atribuições, dentro dos limites expressamente previstos pelo legislador. O mesmo se diga em relação à teoria da presunção de negligência. Não bastasse o árduo mister em que se constitui a adequada persecução penal devido a fatores como a demora no conhecimento dos fatos criminosos por parte das autoridades, obstáculos materiais e legais à colheita de provas e a existência de prazos prescricionais exíguos, acatar a prescrição virtual atravessa mais uma pedra no trabalho do Estado.

Questiona-se acerca da real possibilidade de se apreciar em uma precoce fase processual – ou até mesmo quando ainda nem se fale em processo – as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Diz o "caput": *"o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:..."*. Percebe-se que não há justificativa para limitá-las ao registro de maus antecedentes e reincidência juntados aos autos. Sua amplitude ultrapassa a estreita moldura que parece conter a concepção dos abonadores da prescrição pela pena em perspectiva. A culpabilidade, por exemplo, não pode ser presumida. Não se despreza aqui a importância dos dados formais acostados, mas também não há como se relegar os demais elementos necessários à formação da convicção do magistrado, os quais só serão apreendidos com a regular instrução processual, quando serão trazidos ao bojo dos autos após a completa dilação probatória.

Espécie da prescrição retroativa que é, a virtual não lhe pode negar os requisitos. Por se balizar na pena concreta, natural que o primeiro deles seja a existência de uma sentença condenatória. Ademais, exige-se que a decisão

tenha transitado em julgado para a acusação ou que tenha sido improvido seu recurso. Em face disso, a prescrição não pode ser reconhecida antes da condenação, não sendo admissível que o juiz, no próprio comando condenatório, declare a extinção da punibilidade pela prescrição, vez que já se esgotou sua atividade jurisdicional. Dar ao juiz originário a possibilidade de acatar a prescrição retroativa implica em reprovável supressão de instância.

Mesmo o argumento prático não está imune a críticas. A tão festejada celeridade processual, sonho de consumo comum de operadores do direito e sociedade, não pode implicar em pragmatismo cego. Acima do interesse de juízes e serventuários da justiça em desocupar suas prateleiras reside o direito do réu em receber uma resposta satisfatória acerca de sua conduta, para a formação da qual tenha contribuído, alegando os fatos que julgar convenientes à sua defesa. A pressa em sentenciar não pode atropelar os direitos conferidos ao cidadão nem comprometer a seriedade da prestação jurisdicional. Cabe lembrar aqui as palavras do Ministro do STJ Luiz Vicente Cernicchiaro: "A sentença, porque feminina, precisa ser como a mulher de César. Não basta ser honesta; impõe-se apresentar isenta de qualquer dúvida!"[32].

Tem um quê de falaciosa a justificativa de que a prescrição virtual consubstancia a economia processual. A atitude não promove o fim do percurso processual, mas apenas a mudança de estrada, na medida em que transfere a solução dos litígios do âmbito penal para o cível. É certo que o novo caminho é bem menos tortuoso para o acusado, quando a discussão passa a ter repercussões essencialmente patrimoniais, mas improcede a alegação de que a prescrição em perspectiva desafoga o Judiciário.

As alternativas que tentam imprimir celeridade ao processo e poupar a realização de atos supostamente desnecessários guardam preocupação com a impressão provocada no meio social com o trabalho realizado pelo Poder Judiciário. Concluem que quanto mais célere e enxuto o processo, maior o prestígio alcançado. Com razão, o direito penal deve ser receptivo a técnicas que adaptem seu ritual aos novos tempos, encurtando distâncias e descartando o formalismo exagerado, desde que não se afaste da disciplina legal, sob pena de comprometer a utilidade e o benefício trazido pelas inovações. Tecida a observação, o que é mais desprestigioso: a sentença que, levando mais tempo para ser prolatada porque observou estritamente todas as fases pro-

32 CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Prescrição penal: prescrição antecipada*. RJ, n. 229, p. 143-144, nov/1996.

cessuais previstas, reconhece ao final a prescrição ou aquela que aborta prematuramente o processo para culminar no mesmo acatamento ao instituto? Se o argumento é exclusivamente o do prestígio, não há que se falar em vantagem de uma sobre a outra, vez que findam por aplicar a causa extintiva de punibilidade. Ambas militam em desfavor da imagem do Estado por não ter sido capaz de atuar satisfatoriamente no prazo previsto em lei.

Não bastasse a ausência de previsão legal, outros empecilhos existem e parecem ter passado ao largo da observação da corrente minoritária. O primeiro é a hipótese contemplada no artigo 384 do CPP, a denominada *mutatio libeli*. Com o decorrer do processo pode acontecer que o magistrado reconheça ser possível nova definição jurídica do fato em conseqûncia de prova existente nos autos de circunstância elementar não contida na denúncia. Pode mesmo o Ministério Público aditar a denúncia, se entender que a tipificação deveria ser alterada para o crime mais grave. Caso seja acatada a mutação, alterados também poderão ser os prazos prescricionais, o que torna sempre inoportuno e perigoso o juízo apriorístico empreendido pelo juiz.

Ao argumento de que a prescrição pela pena em perspectiva se funda na ausência de interesse de agir contrapõem-se algumas observações. Não se pode perder de vista que o processo penal deve ter como finalidade não a imposição da pena - o que implicaria numa situação inicial desfavorável ao acusado, sobre o qual pesaria a presunção de culpabilidade -, mas a "justa composição da lide", conforme a lição clássica de Carnelutti. Nesse sentido, vencidas com relativa facilidade as preliminares acerca da existência de adequação e necessidade - por ser indiscutivelmente o processo penal o meio adequado para o estabelecimento da justiça -, o cerne da discussão centra-se no requisito da utilidade. Não merece frutificar o pensamento de que somente o processo que implica em efetiva condenação e atribuição de pena pode ser considerado como prestação jurisdicional útil. É o caso de se perguntar: só há interesse de agir quando se obtém na decisão o que efetivamente foi pedido na inicial? Falta utilidade ao processo que julga o pedido improcedente? Se se considerar que a resposta é afirmativa, fatalmente se retira a utilidade até mesmo do processo que finda em sentença absolutória, o que não parece ser uma posição plausível. O que se pretende desde logo com o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada é um resultado que inevitavelmente será alcançado ainda que não se valha do expediente e desde que a instrução probatória não demonstre o contrário, não lhe faltando interesse de agir pela mera circunstância de que seu trâmite será mais demorado.

Diante do exposto, percebe-se que, por mais que se tente atribuir uma multiplicidade de fundamentos, o instituto tem como mola propulsora a intenção de conferir maior celeridade ao Judiciário. A partir daí derivam teses acerca de questões de natureza procedimental, interpretações não-convencionais dos princípios e mesmo das normas dos códigos Penal, de Processo Penal e da própria Constituição Federal. A iniciativa retrata a ancestral característica brasileira de buscar paliativos para solucionar seus problemas. Optando por não encarar as verdadeiras razões que emperram o trabalho de juízes e serventuários, os defensores da prescrição virtual propõem uma alternativa que coloca em jogo as garantias dos cidadãos em nome de uma justiça temerária e experimental.

8. Bibliografia

ALFRADIQUE, Eliane. *Prescrição penal e a atualidade de sua aplicação*. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 12 de janeiro de 2005.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Prescrição antecipada ou trabalho de Sísifo*. Boletim dos Procuradores da República, ano III, n. 29, setembro/2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo 3.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Prescrição penal: prescrição antecipada*. RJ, n. 229, nov/1996.

COUTINHO, Luiz Augusto. *Novas perspectivas para extinção da punibilidade em matéria criminal*. Disponível na Internet: http://www.jus.com.br. Acesso em 12 de janeiro de 2005.

DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano III, n. 11, jul./set. 1995.

FERRARI, Eduardo Reali. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

HABIB, Sérgio; PIMENTEL, Fabiano. *Prescrição antecipada: acertos e desacertos*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VIII, n. 179, junho/2004.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEÃO SOBRINHO, Horácio Carneiro. *Justa causa no processo penal*. Temas de Processo Penal. Fortaleza: DIM-CE, 2002.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. RT: São Paulo, 2000.

MARTINI, Paulo. *Prescrição em perspectiva: questão de bom senso e necessidade*. Disponível na Internet: http://www.jus.com.br. Acesso em 15 de janeiro de 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Manual de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASSIF, Aramis. *Prescrição pela pena "in concreto" e projetada: violações constitucionais*. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 21 de abril de 2005.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUNES, Ricardo Pieri. *Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa*. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano X, n. 119, outubro/2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PALOTTI JUNIOR, Osvaldo. *Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada*. RT, São Paulo, ano LXXXIII, v. 709, nov/1994.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. RT: São Paulo, 2001.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Müller. *Do instituto da prescrição penal*. Disponível em: http://www.jus.com.br. Acesso em 12 de janeiro de 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

AS CONTRADIÇÕES E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.299/96 NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR.

Rodrigo Santana de Souza e Silva
(Aluno do 7º Período Noite do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco).

1. Introdução

A sete de agosto de 1996, foi publicada a Lei 9.299/96 que alterou a competência da Justiça Militar, nos crimes dolosos praticados por militares contra a vida de civis, transferindo-a para a Justiça Comum. Essa transferência afetou princípios do direito penal e processual penal, com guarita na Constituição Federal e afrontou-a de forma direta, em seus artigos 124 e 144 § 4º, configurando flagrante inconstitucionalidade.

Assim será abordado neste artigo acadêmico: as contradições legais da lei 9.299/96, a sua inconstitucionalidade, com o respectivo posicionamento dos Tribunais Superiores a esse respeito, e os objetivos perseguidos sem sucesso por essa lei.

2. Contradições legais

Ao estabelecer que seria de competência da Justiça Comum o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares a Lei 9.229/96, apenas determinou que os inquéritos militares seriam remetidos para a Justiça Comum, sem estabelecer o destino dos processos já em andamento. Dessa forma uma pessoa menos avisada ao tomar contato com a letra da lei poderia supor, com base no art. 2º do Código de Processo Penal, consagrado pelo princípio do efeito imediato, o qual estabelece a imediata aplicação da lei processual, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, a sumária remessa dos autos de processo penal militar no estado em que se encontrem para a Justiça Comum.

Contudo, não se deve aplicar o artigo 2º do CPP, sem levar em consideração o amplo mundo jurídico que separa a Justiça Militar da Comum

pois, a Lei Castrense, possui institutos e procedimentos processuais totalmente diferentes da Justiça Comum.

Primeiro, os Tribunais Superiores Militares (os estaduais e o federal) podem aumentar (ou diminuir a pena), absolver e até condenar os réus julgados em primeira instância pelos Conselhos Militares ao passo que a Justiça Comum não possui competência para rever as decisões do Júri.Só por isso, já se pergunta qual o rito processual deve seguir os processos já instalados, o comum ou o militar.

Segundo, a lei 8.930/94 que considera crime hediondo: os homicídios praticados em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e os homicídios qualificados, acarretando ao réu uma série de penalidades (exemplo: impossibilidade de anistia, graça, indulto, fiança ou liberdade provisória, bem como o necessário cumprimento da pena em regime fechado), não é, por mais incrível que possa parecer, aplicado no Direito Militar.

Terceiro, e último, não existe no Direito Castrense, a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que previu, em seu artigo 263, nova redação ao artigo 121, parágrafo 4º, do Código Penal, o aumento de um terço da pena, caso um o crime fosse praticado contra um menor de quatorze anos.

Dessa maneira, levando-se em consideração os pontos acima expostos, deve-se observar que aplicação imediata dessa lei, provocadora dessa "simples" mudança de competência, levaria o réu a sofrer uma *novatio legis in pejus,*ou seja, ocorreria que o réu seria julgado num sistema processual e material mais severo, afrontando assim, diretamente o princípio da irretroatividade da lei penal em prejuízo do réu, consagrado pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal (a lei penal não retrogiará, salvo para beneficiar o réu).

Dessa maneira também entendem, Renato de Mello Jorge Silveira :' **Admitindo-se que a lei não deve conter palavras inúteis, outra não pode ser a orientação, além de se entender que devam, os atuais processos, ser julgados pela legislação penal e processual penal militar, sendo que os processos futuros deverão, estes sim, ser da competência da Justiça comum'**(grifos e negritos nossos).[1]

1 Silveira, renato de mello jorge. A nova competência da justiça militar.são paulo: revista de direito militar, associação dos magistrados das justiças militares estaduais, nº03, janeiro/fevereiro 97;

3. Inconstitucionalidade

Antes de entrar na seara da inconstitucionalidade da lei 9.299/96, cabe esclarecer que não existe conflito entre as normas constitucionais dos artigos 5º, inciso XXXVIII (é reconhecida à instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos;d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;) e 124 da Constituição(à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.), pois segundo Jorge César de Assis:'**Ora, é certo que a Constituição não contém princípios contraditórios podendo coexistirem princípios gerais e específicos, como no caso, o princípio geral da instituição do júri e de outro, os princípios específicos da justiça Militar, seja Federal, seja Estadual. Por outro lado, a Justiça Especializada, como é cediço, prevalece sobre a Justiça comum.A propósito, art. 79,I, do Código de Processo Penal comum.**'(grifos e negritos nossos)[2].

Dessa maneira, como bem lembra Jorge César de Assis, a Justiça Militar supera a Justiça Comum, em seu Tribunal do Júri, devido à especialidade de sua competência, com o apoio do artigo 79, inciso I, do CPP (artigo 79: A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo: I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;), e da súmula 90 do STJ[3], que tratando da conexão e continência, reconhecem a competência da Justiça Militar separada da Justiça Comum no julgamento dos crimes militar e comum, simultâneos.

Não deixando de esquecer que a competência do Tribunal do Júri coexiste, harmoniosamente, com outras derrogações a sua competência, em razão da função, entre elas:

Primeira, o Supremo Tribunal Federal julga, nas infrações penais comuns, inclusive nos crimes dolosos contra a vida: o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estados, os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, os membros dos Tribu-

2 ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar- Parte Geral/ 5ªEd. 2ª Tiragem.Curitiba:Juruá.2005,p 293;

3 Compete a justiça estadual militar processar e julgar o policial militar pela pratica do crime militar, e a comum pela pratica do crime comum simultâneo aquele;

nais Superiores, os dos Tribunais de Conta da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (Artigo 102, inciso I, alíneas b e c);

Segunda, o Superior Tribunal de Justiça julga: os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (Artigo 105, inciso I, alínea a);

Terceira, os Tribunais Regionais Federais julgam: os juízes federais, inclusive da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os Procuradores da República (Artigo 108, inciso I, alínea a);

Quarta, os Tribunais de Justiça julgam: os juízes estaduais e do Distrito Federal, bem como os membros do Ministério Público (Artigo 96, inciso III), os Prefeitos Municipais (Artigo 29, inciso X), e, quando previsto na Constituição Estadual, os integrantes das Assembléias Legislativas e Secretários de Estado;[4]

Passado isso, se observará a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96, que em seu artigo 1°, acresceu o parágrafo único ao artigo 9º do CPM(Os crimes de que trata este artigo,quando dolosos contra à vida e cometidos contra civil, serão de competência da justiça comum) e em seu artigo 2º acresceu um §2° ao artigo 82 do CPPM (Nos crimes dolosos contra a vida e praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos o inquérito policial militar à justiça comum).

Essa mudança de competência para o julgamento dos crimes militares cometidos contra civil fere o artigo 124 da CF (À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei) pois, segundo leciona José Afonso da Silva:'**A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar. Mas a Constituição já determina que a ela compele processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Vale dizer, portanto, que a lei nada mais pode fazer, quanto à competência, que repetir e desdobrar esse núcleo de competência já constitucionalmente estabelecido: processar e julgar os crimes militares**'(grifos e negritos nossos)[5].

4 Crime doloso contra vida cometido por Deputado Estadual. CE prevendo a prerrogativa de função(STF- HC 58.410-DJU 15.05.1981,p4.429,RTJ 102/54);

5 SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1989, pág. 492;

Assim como leciona José Afonso da Silva, a competência já se encontra presente na Constituição e portanto não pode ser alvo de qualquer mudança infraconstitucional do que confere a esse ponto.

Contudo, difere o STF, o STJ, sendo suas decisões, abaixo transcritas, respectivamente:

> Ementa: Recurso extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar introduzido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996. Improcedência. - No artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que "os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum". - Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 9ª ed., nº 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que "sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina", não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no "caput" do artigo 124 da Constituição Federal. - Corrobora essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o "caput" do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes "a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum". Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código - o Penal Militar - que não é o próprio para isso

e noutro de outro Código - o de Processo Penal Militar - que para isso é o adequado. Recurso extraordinário não conhecido.[6]

Ementa: Penal. Processual Penal. Homicídio Praticado por Policial Militar, contra vítima civil. Competência. Denúncia. Inépcia não reconhecida.Trancamento da ação penal. Exame de Provas. "Habeas Corpus".Recurso.
1. A lei nº 9299/96, transferiu, para a justiça comum, a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil, independentemente do estado de cada caso. Precedentes.
2. Não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia constitui, em tese, crime ou contravenção, ou quando a inocência do acusado só pode ser evidenciada através de aprofundado exame de provas.
3. Recurso em "habeas corpus" conhecido mas, não provido.[7]

Ora, a Constituição é cristalina ao estabelecer a competência da Justiça Militar para julgamento de seus crimes, não havendo qualquer interpretação que possa dizer o contrário, como já asseverou José Afonso da Silva, sendo assim, nesse mesmo sentido o STM (Superior Tribunal Militar) que em decisão abaixo transcrita repudia tal usurpação de competência:

Ementa: Recurso Inominado - Declaração de Inconstitucionalidade 'incidenter tantum' -'exceptio incompetentiae'. I-'exceptio incompetentiae' da Justiça Militar da União, para processar e julgar crime doloso contra vida de civil, em face da Lei número 9.299, de 07.08.96, oposta pelo MPM e rejeitada, sem discrepância de votos, pelo Conselho Permanente de Justiça, para o Exército. II - em decorrência de rejeição da exceção oposta, o 'parquet' militar interpôs recurso inominado. III- declarada, incidentalmente, pelo tribunal, a inconstitucionalidade da lei numero 9.299, de 07.08.96, no que se refere ao parágrafo único do art. nono, do CPM e ao 'caput' do art. 82 e seu parágrafo segundo, do CPPM, na forma do art. 97, da constituição federal, do art. sexto, III, da lei numero 8.457/92 e dos art. quar-

6 STF - RE 260404 / MG, DJ DATA-21-11-2003 PP-00009 EMENT VOL-02133-04 PP-00750;
7 STJ- 10.595 / SP Processo: 2000/0110994-4,Data do julgamento: 07/06/2001 DJ 13.08.2001 pág. 173;

to, III e 65, parágrafo segundo, I, do RISTM. IV - recurso ministerial improvido. v - decisão uniforme.[8]

Outra questão, também inconstitucional, é fato de os inquéritos policiais militares, conduzidos pelas Forças Armadas ou pela Polícia Militar, serem, segundo a lei 9299/96, remetidos para a Justiça Comum, uma vez que a mesma, cria um § 2º ao artigo 82, que assim dispõe: nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a apuração do fato e da autoria será feita em inquérito policial militar (I.P.M.), sendo o mesmo, posteriormente remetidos para a Justiça Comum. Assim, da forma que esta, o referido artigo viola o artigo 144, § 4º da CF (às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares).

De acordo com o dispositivo constitucional ora transcrito, somente se excluem da competência investigatória das policias civis estaduais as infrações penais de competência da polícia federal e os crimes militares.

Ora, como os crimes dolosos contra a vida, cometidos contra civil, tratados no artigo 9º do CPM, passaram a ser crimes comuns, resta evidente que a investigação dos mesmos cabe, por imperativo constitucional, às polícias civis, as quais, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade legal ora apontada, desde já se legitimam a investigá-los, com fulcro em sua atribuição constitucional, que prevalece sobre a legislação ordinária.

Da mesma forma, não há sentido algum de o inquérito policial ser encaminhado à Justiça Militar, para, então, ser remetido à Justiça comum. É forçoso aplicar o artigo 23 do Código de Processo Penal[9], que determina a remessa dos autos do inquérito à Justiça comum, sem a intervenção da Justiça Militar quando usa a expressão: **'Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente'**(grifos e negritos nossos).

Contudo, não pensa assim, o Supremo Tribunal Federal, que se contrapõe a melhor doutrina a respeito:

---

8 STM- Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL Processo:1996.01.006348-5 UF: PE Decisão: 12/11/1996 Data da Publicação: 18/12/1996 Vol: 06296-01 Veículo: DJ;

9 Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado;

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, por militares e policiais militares - CPPM, art. 82, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 9299/96 - investigação penal em sede de I.P.M. - aparente validade constitucional da norma legal - votos vencidos - medida liminar indeferida.O Pleno do Supremo Tribunal Federal - vencidos os ministros Celso de Mello (relator), Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence - entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela lei nº 9299/96, reveste-se de aparente validade constitucional[10].

4. Objetivos da lei 9.299/96

Por fim, ao analisar objetivos perseguidos pela Lei 9.229/96 pode-se fazer observar dois deles em tela:

Primeiro, a de discriminar militares federais e estaduais, com o intuído único e exclusivo de punir estes últimos, em suas ações policias, principalmente, as mais polêmicas (como no caso Carandiru), preservando, assim, os primeiros.

Segundo, a de dar uma satisfação à sociedade, no sentido de uma atitude mais enérgica, no que confere a punição dos crimes cometidos por militares contra civis;

O primeiro objetivo não logrou êxito porque, acertadamente, entende Jorge César de Assis, que: **'Em que pese todos os anteprojetos dirigirem-se aos policiais militares, como se fosse possível fracionar o crime militar praticado por militar federal e o crime militar praticado por militar estadual ou do Distrito Federal, o texto final, ao alterar dispositivos do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, não fez a pretendida distinção (o que seria uma heresia jurídica).Dirige-se pois, a Lei 9.299/96 a todos os militares, cujo conceito, igualmente constitucional, estava originariamente no art. 42 da Carta Magna:"São servidores militares federais os integrantes da Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares".Hoje, com advento da Emenda Constitucional 18, repetiu-se nos arts. 42 e 142, § 3°, da CF'**(grifos e negritos nossos).[11]

10 ADI 1494 MC / DF ,Julgamento: 09/04/1997,Publicação: DJ DATA-18-06-2001 PP-00002 EMENT VOL-02035-01 PP-00101;

11 ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar- Parte Geral/ 5ªEd. 2ª Tiragem.Curitiba:Juruá.2005,p 290;

No que confere ao segundo objetivo, pode ser considerado justo e em benefício da sociedade, tal medida, uma vez que pairai sobre a Justiça Militar acusações de corporativismo e conivência para com seus 'colegas de farda', nos assassinatos de civis, como no caso do Carandiru, em que o processo referente ao massacre de mais 100 presos pela polícia militar se arrastou por mais de 2 anos sem a definição de qualquer responsabilidade para com seus agentes. Contudo, deve-se observar uma situação, justamente oposta, na qual um soldado, para defender o quartel, atira em um civil invasor e, justamente por isso, na defesa da corporação, deva ser julgado pela Justiça comum, com conceitos e valores totalmente diversos da Justiça Militar, como leciona Cláudio Amim Miguel: **'... a sociedade civil tem como base a liberdade, enquanto as instituições militares se fundam na hierarquia e na disciplina, seus princípios basilares'**(grifos e negritos nossos) .[12]

Assim não basta a mudança de competência para um julgamento mais rápido e enérgico dos crimes cometidos por militares contra civis, mas, sim, um maior controle por parte da sociedade, do Ministério Público, do Conselho Nacional de Justiça e dos meios de controle interno Poder Judiciário, no sentido de se ter uma maior presteza jurisdicional e transparência no julgo de tais casos, que tanto envergonham e mancham a imagem das Forças Armadas e Auxiliares perante a sociedade, pois independente do foro de competência, existem acusações de lentidão e corporativismo para ambas as Justiças, Comum e Especial.

Mesmo assim, caso se mantenha tal tendência de mudança do foro de competência, entende-se que o caminho para realizar tal mudança de forma legal, na responsabilização dos militares por seus crimes dolosos contra a vida de civis, deva ser uma emenda constitucional ao artigo 124 da Constituição, nos ditames do artigo 60 da Constituição Federal, excluindo da competência da Justiça Militar à apreciação de tais delitos, como aconteceu com o artigo 125 §4°, alterado pela Reforma do poder Judiciário (Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças) ou uma desnaturação dos crimes militares dolosos contra à vida praticados contra civil,

12 MIGUEL, Cláudio Amin;CRUZ, Ione de Souza. Elementos de Direito Penal Militar. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2005,p 1.

tornando-os crimes de natureza comum, o que poderia ter sido feito pela própria Lei 9.299/96, em face da permissão constitucional que exsurge da expressão "crimes militares definidos em lei", contida nos artigo 124.

5. Bibliografia

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar-Parte Geral.*5ªEd. 2ª Tiragem.Curitiba:Juruá,2005;

ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar Anotado.*5ªEd. 2ª Tiragem.Curitiba:Juruá,2004;

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar.* Rio de Janeiro:RIO,2005;
FERREIRA, Célio Lobão, *Direito Penal Militar.* 2ª Ed.São Paulo:Brasília Jurídica,2005;

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar.* 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001;

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Processo Penal Militar.* 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003;

MENNA,Roberto. *Direito Penal E Processo Penal Militar Vol.1.*São Paulo:Destaque,1998;

MIGUEL, Cláudio Amin;**CRUZ**, Ione de Souza. *Elementos de Direito Penal Militar. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005;

MIGUEL, Cláudio Amin;**CRUZ**, Ione de Souza. *Elementos de Direito Processual Penal Militar.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005;

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1989.

Artigos Consultados:

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei Nº 9.299/96.Revista de Direito Militar, Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, Nº03, JANEIRO/FEVEREIRO 97;

D'AQUINO, Ivo. O Novo Código Penal Militar. Revista de Informação Legislativa.Brasília, Jul/set.1970;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório de seguimento do cumprimento das recomendações da CIDH constante SDO relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil (1997).

LIMA, Fernando Ferrari de; **SILVA JUNIOR**, Walter Waltemberg. Inconstitucionalidade da "Lei Hélio Bicudo". Revista de Direito Militar, Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, Nº03, JANEIRO/FEVEREIRO 97;

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Nova Competência da Justiça Militar.São Paulo: Revista de Direito Militar, Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, Nº03, JANEIRO/FEVEREIRO 97;

TORRES, Antônio Carlos Batista. A Inconstitucionalidade da lei 9299/96. Revista Jurídica, n237, 1997.

DA NÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PRINCÍPIO DA PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL NOS CASOS DE CRIAÇÃO DE NOVAS VARAS JUDICIÁRIAS FEDERAIS (UMA INVESTIGAÇÃO NA DIFERENÇA ENTRE COMPETÊNCIA ABSOLUTA E COMPETÊNCIA RELATIVA NO PROCESSO PENAL).

Fernando Antônio A. de Oliveira Júnior
(Aluno do 8º período da graduação em Direito da UFPE).

1. Intróito: Jurisdição, Direito de Ação e Competência

Desde os primórdios da sociedade, os conflitos de interesse acometem ao homem e atentam contra a estabilidade da paz social. O Estado, preocupado com a solução das lides, não demorou muito para atrair a responsabilidade da solução dos embates entre pretensões resistidas, substituindo, para tanto, uma atividade privada de outrem por uma atividade pública.[1]

---

1 Chiovenda *apud* Marques *in Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 27.

Assim surge a Jurisdição, função do Estado, decorrente de sua soberania, cujo escopo primordial é resolver conflitos, na proporção em que eles sejam apresentados, aplicando-se uma das soluções disponíveis dentro do ordenamento jurídico. Como representa uma forma de poder estatal, a jurisdição é considerada una[2].

Brilhantes são as explanações de Ada Peregrini, ao afirmar "*que a Jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder é a manifestação do poder estatal, conceituado como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que tem os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade, ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)*[3] ".

Fruto da criação da atividade jurisdicional estatal, o Direito de Ação surgiu como meio de garantir o acesso ao Estado-Juiz, sendo hoje reconhecido como um dos pilares das civilizações juridicamente evoluídas. É tanto que a Carta Magna tratou de incluí-lo expressamente no rol dos "Direitos e Garantias Fundamentais", ao afirmar que "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito[4] ".

Na esfera penal, o Direito de Ação guarda ainda maior importância, pois apresenta um aspecto dúplice: ao mesmo tempo em que protege o indivíduo de condenações fortuitas, despidas do exercício regular da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, interessa à sociedade, porquanto todo delito a atinge, senão diretamente, de forma indireta, devendo, portanto, o Estado velar por uma justa e célere aplicação da pretensão punitiva ao delinqüente.

Importante ainda ressaltar que, apesar de una, a função jurisdicional do Estado precisa ser organizada para bem servir aos seus destinatários, sempre buscando uma melhor prestação da justiça. Embora simplista, extremamente

2 TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 141; SOUZA, Gelson Amaro de. *Prorrogação de Competência Absoluta.* Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Ano 50, n. 292, fevereiro de 2002, p. 33;

3 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

4 Constituição Federal, art. 5, inciso XXXV.

feliz foi a comparação feita por Tornaghi[5] ao assemelhar o exercício da Jurisdição a produção de uma fábrica, onde cada funcionário é responsável por parte da linha de montagem. Nesse diapasão, é a Competência que atribui concretamente a parcela da Jurisdição que cabe a cada órgão julgador. Cada magistrado é dotado de *potestas* para exercer a atividade jurisdicional por completo, mas por motivos de organização e conveniência, há a repartição de Competência, restringindo o exercício da Jurisdição concretamente.

Não pretende este trabalho, inclusive pelas limitações formais a que está adstrito, traçar os vários conceitos que permeiam os institutos da Jurisdição, do Direito de Ação e da Competência, até aqui perfunctoriamente abordados. Essas primeiras linhas pretendem apenas traçar um plano de fundo para estabelecer a importância do tema que será exposto adiante, qual seja o da competência para julgamento de ações criminais, mais especificamente na Justiça Federal, quando criadas novas varas no decurso do processo.

Proposta uma ação penal em face de um juízo federal, independentemente da fase em que se encontre a instrução criminal, o que acontecerá se no interregno da propositura da exordial até a sentença for criada uma nova vara que absorva a competência para o julgamento daquele feito? A legislação processual penal silencia quanto ao tratamento específico do assunto. A busca por uma solução legitimamente jurídica, concernente ao sistema processual brasileiro, será o escopo deste trabalho.

2. Entendimentos Jurisprudenciais

A priori, é mister vislumbrar que constitui a Jurisprudência uma importante fonte do Direito, enquanto conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultante da aplicação de normas em casos semelhantes. É, nos dizeres de Miguel Reale, a forma de revelação do Direito processado no dia-a-dia da prestação jurisdicional, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais[6].

A atividade de dizer o Direito (*Juris + dictio)* é um fator de continuidade do ordenamento jurídico, pois realiza os seus princípios e suas normas, até então, guardadas no plano meramente abstrato. Indubitavelmente contém uma função ontologicamente criadora, seja simplesmente subsumindo o fato

5 TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 91.
6 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* São Paulo: Saraiva, 2000, p 167 e 175.

a norma, seja na correção de antinomia, ou, como nos casos aqui estudados, na integração de lacunas.

2.1. Da aplicação da Perpetuatio Jurisdictionis

Apesar do assunto ser parcamente explanado pela doutrina, diversos julgados consentem que se deva aplicar analogicamente o art. 87 do Código de Processo Civil[7], o qual trata da *Perpetuatio Jurisdictionis*, fazendo com que os autos, apesar da criação de um novo juízo competente, continuem para julgamento na vara em que se encontram.

No Direito Processual Civil, o instituto da *Perpetuatio Jurisdictionis* se prende à necessidade de conferir ao processo uma certa estabilidade, ocorrendo, para tanto, a fixação da competência mediante a ligação da causa a um determinado foro (seção) e juízo (vara). Nos dizeres de Carneiro[8], "a competência, determinada no momento em que foi proposta a demanda, não mais se altera, ainda que se modifiquem os 'dados', de fato ou de direito, em função dos quais operou-se tal determinação", exceto nos casos expressamente previstos, quais sejam de supressão do órgão judiciário, alteração na competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Vejamos trechos de decisões que corroboram a aplicação por analogia da Perpetuação da Jurisdição ao Processo Penal:

PROCESSO CRIMINAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INSTALAÇÃO DE NOVA VARA. PERPETUATIO JURISDICIONIS. COMPETÊNCIA[9].

> I - O princípio da perpetuatio jurisdictionis (art. 87 do CPC) é aplicado, por analogia, ao processo penal, por força do artigo 3º do CPP.
> II - A criação de Vara Federal na localidade onde ocorreu o fato, depois de oferecida a denúncia, não abala a competência territorial já firmada.

7 CPC. Art. 87 – "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia."

8 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência: exposição didática: área do direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59.

9 BRASIL. TRF – 1a Região. *Recurso Criminal* n. 199901000151085. Ementa. TERCEIRA TURMA. Data da decisão: 16/12/2003. Publicado no D.J. em 13/2/2004.

III - Recurso criminal provido.

...

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INSTALAÇÃO DE VARA FEDERAL EM VOLTA REDONDA APÓS RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA "PERPETUATIO JURISDICTIONIS". SÚMULA 10 DESTA CORTE. ART. 3º CPP C/C ART. 87 DO CPC[10].

– Omissis

– RECEBIDA DENÚNCIA ANTES DA INSTALAÇÃO DE VARA FEDERAL NO INTERIOR DO ESTADO, FIRMA-SE A COMPETÊNCIA PELO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS.

– APLICAÇÃO, POR ANALOGIA (ART. 3º DO CPP), DO ART. 87 DO CPC.

...

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - INSTALAÇÃO DE NOVA VARA – REDISTRIBUIÇÃO DE FEITO CRIMINAL - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA - PRINCÍPIOS DA "PERPETUATIO JURISDICTIONIS" E DO JUIZ NATURAL - CONFLITO PROCEDENTE[11].

1 - Diante da norma insculpida no art. 3º do CPP, o princípio da "perpetuatio jurisdictionis" encontra aplicação também no âmbito do direito penal, até porque o jurisdicionado está sob o manto da garantia constitucional relativa ao juiz natural, o que justifica a permanência autos no juízo que dele primeiro conheceu.

2 - Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado declarada.

2.2. *Da prevalência da Competência* Ratione Loci

Em outro sentido, também é possível encontrar na Jurisprudência várias decisões que entendem não ser admissível aplicar analogicamente o dis-

10 BRASIL. TRF – 2a Região. *Conflito de Competência* n. 9802133205. Ementa. QUARTA TURMA. Data da decisão: 05/05/1999. Publicado no DJ em 22/06/1999.

11 BRASIL. TRF – 3a Região. *Conflito de Competência* n. 200303000679822. Ementa. PRIMEIRA SEÇÃO. Data da decisão: 04/02/2004. Publicado no D.J. em 20/02/2004.

positivo do CPC que trata da *Perpetuatio Jurisdictionis*, pois, afirmam os julgados, em casos de criação de novas varas, deve prevalecer o critério de competência R*atione Loci*, sendo, destarte, o juiz competente o do local onde o delito se consumou ou, no caso de tentativa, onde o último ato da execução foi praticado[12]. Dessa forma, as ações penais, apesar de já iniciadas, deveriam ser enviadas para os novos juízos instalados. Ainda que, por ventura, a vara criada não seja na mesma cidade do delito, basta que ela abranja o local onde o crime foi consumado para que os autos lhe tenham de ser remetidos.

Vejamos alguns dos julgados:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA NOVA VARA INSTALADA NO LOCAL ONDE SE CONSUMOU A INFRAÇÃO, APÓS O INÍCIO DO PROCESSO CRIMINAL[13].

> "Inexistência de ofensa à Lei Federal. A regra é que o réu seja julgado pelo Juiz onde consumou-se a infração. Se a instalação da Vara nesse local ocorreu após o início do processo, deve o feito ser para lá remetido, dando-se integral aplicação à regra geral de competência."
>
> ...

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MATÉRIA CRIMINAL. CRIAÇÃO DE NOVA VARA FEDERAL. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. COMPETÊNCIA FIXADA PELO LOCAL DE CONSUMAÇÃO DO CRIME. ARTIGO 70, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MERO DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA[14].

1. Omissis
2. Omissis
3. Não se aplicam ao processo penal o princípio da Perpetuatio

12 CPP. Art. 70. – "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

13 BRASIL. STJ. *Recurso Especial* n. 295035. Ementa. QUINTA TURMA. Data da decisão: 20/06/2002. Publicado no D.J. em 19/08/2002.

14 BRASIL. TRF – 3a Região. *Conflito de Competência* n. 200303000006529. Ementa. PRIMEIRA SEÇÃO. Data da decisão: 04/06/2003. Publicado no D.J. em 05/08/2003.

Jurisdictionis, por analogia ao que dispõe o artigo 87 do Código de Processo Civil, e o princípio da identidade física do Juiz.
4. Maior facilidade para colheita de provas a ensejar o processamento e o julgamento do feito no local de cometimento da infração.
5. Conflito julgado improcedente.
...

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIAÇÃO DE NOVA VARA. REDISTRIBUIÇÃO DE AÇÃO CRIMINAL, APÓS O INÍCIO DO PROCESSO[15].

– A teor do que dispõe o art. 70 do CPPB, a fixação da competência, na esfera penal, de regra, é determinada pelo lugar em que se consuma a infração, não sendo, pois, o caso de aplicar-se subsidiariamente a lei adjetiva civil (Art. 87 do CPC).
– Consoante, pois, à regra geral de competência, com a instalação de Vara Federal abrangente do local onde ocorreu o ilícito, a ação criminal a ele pertinente para lá deverá ser remetida, mesmo que o processo já tenha sido iniciado.
– Diferentemente do processo civil, vigora apenas de forma muito mitigada no processo penal o princípio da identidade física do juiz, inexistindo, pois, qualquer óbice no julgamento do feito por magistrado que não tenha recebido a denúncia ou presidido o interrogatório dos réus ou das testemunhas. Precedentes.
– Incidente conhecido para declarar competente o juízo suscitado.

3. Perquirindo a Essência do Problema

A questão, acima exposta como controversa na Jurisprudência, guarda em seu cerne uma discussão que, a primeira vista, pode passar despercebida, mas que é de extrema relevância, qual seja a de investigar se estamos tratando de uma Competência dita como relativa ou uma Competência Absoluta. Isso porque, ao final do art. 87 do Código de Processo Civil, expressamente está preceituado que nos casos de Competência Funcional ou Mate-

15 BRASIL. TRF – 5a Região. *Conflito de Competência* n. 200384000129838. Ementa. Pleno. Data da decisão: 03/11/2004. Publicado no D.J. em 03/01/2005

rial, consideradas absolutas, não se aplicará a *Perpetuatio*, devendo os autos ir para a nova vara.

Esse é a compreensão extraída da leitura do dispositivo, seguida de perto pela melhor doutrina. A título exemplificativo, Athos Gusmão Carneiros em sua obra "Jurisdição e Competência", ao tratar do Princípio da Perpetuação da Jurisdição e da criação de novas varas no Processo Civil, cita Edson Ribas Malachini e concorda que "nos casos de Competência Absoluta devem os processos ser remetidos de imediato à nova vara[16]".

Ora, sabe-se que a Doutrina e a Jurisprudência reconhecem facilmente quais as Competências Absolutas e Relativas no Processo Civil. Afirma-se ser relativa a Competência de Foro e a Competência do Valor da Causa. Quanto à Competência Absoluta, fala-se em razão da matéria e em razão da função, conforme já citado[17].

O problema que aqui nos interessa é enfrentar esta diferenciação no âmbito do Processo Penal, especialmente identificando a natureza da Competência Territorial (*Ratione Loci)* citada nas decisões. Como os manuais processuais penais não enfrentam o tema com grandes digressões, tendo apenas abordado-o *en passant*, é imprescindível partimos dos conceitos esculpidos na Doutrina do Processo Civil para, somente então, aplicá-los à matéria da Competência no Direito Processual Penal.

4. Competência Absoluta e Relativa

É bem verdade que a própria denominação aponta para o sentido dos institutos. A nomenclatura "Competência Absoluta" dá uma idéia de competência inderrogável, inafastável, tendo o vocábulo "absoluto" o significado de algo incontestável, incondicional, irrefutável e evidente. Noutro sentido, "Competência Relativa" indica aquela parcela do exercício da Jurisdição que pode ser derrogada, substituída, porquanto aquilo que é eventual, contingente ou abrange outras possibilidades é relativo.

16 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.*, p. 60.

17 Para boa compreensão do tema, vide obras de Ada Peregrini e Arruda Alvim citadas nas Fontes de Pesquisa.

4.1. Definições da Doutrina no Processo Civil

Parte da Doutrina tende a estabelecer como critério para enquadrar a classificação da Competência em "relativa" ou "absoluta", a possibilidade ou não de derrogá-la. Nesse sentido Moacyr Amaral dos Santos[18] explica que enquanto a incompetência relativa prorroga-se, tornando competente o juiz incompetente, se não for argüida no caso e prazo legais, por meio de exceção de incompetência, a incompetência absoluta é vício insanável, incorrigível, que torna nula a sentença de mérito suscetível de rescisão, mesmo depois de transitada em julgado por meio de ação rescisória. Fala-se ainda em competências modificáveis ou imodificáveis, ou que podem ser violadas e não podem ser violadas.

Semelhante critério aponta Ernane Fidélis dos Santos[19], que é o da possibilidade de derrogação ou não da competência pela vontade das partes. Assim, para o jurista, a Competência Relativa pode ser modificada pelo acordo entre as partes, as quais poderão eleger o foro onde haverão de ser propostas as ações correspondentes. Na Competência Absoluta, as partes não podem interferir. Daí Luiz Rodriguez Wambier[20] falar em "normas facultativas" para as que regem a Competência Relativa e "normas imperativas" para as que prescrevem acerca da Competência Absoluta.

No mesmo sentido compreende Athos Gusmão Carneiros[21], que conceitua as regras de Competência Relativa como as suscetíveis de "serem afastadas pelos litigantes, ou mediante um prévio acordo inserido em cláusula de contrato (cláusula de eleição de foro), ou deixando o réu de opor. Há, pois, uma disponibilidade quando ao foro competente". E continua o doutrinador que "em outros casos, as regras de Competência são motivadas por considerações ligadas principalmente ao interesse público, de uma melhor administração da Justiça. Cuida-se, aqui, de Competência Absoluta, que é indisponível às partes, e impõe-se com força cogente ao juiz".

Ponto imprescindível a ser destacado na distinção aqui estudada é o afirmado *in fine* na definição de Carneiros, que consiste na prevalência do interesse público na Competência Absoluta, enquanto a Competência Relativa é reputada como de interesse privado. Irrefutavelmente a distribuição do exercício da função jurisdicional entre órgãos judiciários atende, às vezes, ao interesse público e outras, ao interesse ou comodidade das partes.

18 SANTOS. Moacyr Amaral dos. *Primeira Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 244-246.
19 DOS SANTOS. Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 5 ed. vol I. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 154.
20 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 90.
21 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 61.

O interesse público pela perfeita atuação da Jurisdição é o que prepondera na distribuição da competência entre justiças diferentes (Competência de Jurisdição), entre juízos superiores e inferiores (Competência Hierárquica), entre varas especializadas (Competência de Juízo) e entre juízes de mesmos órgãos judiciários (Competência Interna). Em princípio, predomina o interesse das partes somente quando se refere à distribuição territorial da competência (Competência de Foro).

Porque as normas processuais não toleram modificações nos critérios estabelecidos, os casos de competência determinada segundo o interesse público (Competência de Jurisdição, Hierárquica, de Juízo, Interna) são tidos como de Competência Absoluta, ou seja, inalterável[22]. Daí os magistrados terem sempre que reconhecer de ofício a incompetência quando esta tiver a natureza absoluta, em qualquer grau de jurisdição, independentemente de exceção de incompetência, instrumento processual destinado a refutar apenas a incompetência relativa.

4.2. Síntese das Definições

Dos vários conceitos dispostos na doutrina e na legislação do Processo Civil, é possível extrair alguns elementos essenciais, que são:

A. As regras de Competência Relativa podem ser afastadas pelos litigantes por acordo (cláusula de foro), enquanto as de Competência Absoluta não.

B. O juiz deve declarar de ofício a incompetência absoluta, ao passo que em hipótese alguma pode o magistrado declarar de ofício a incompetência relativa.

C. Na Competência Absoluta prevalece o interesse público (indisponibilidade). Já na Competência Relativa predomina o interesse particular (disponibilidade).

D. É possível a prorrogação da Competência Relativa, seja de forma necessária ou voluntária; já a Competência Absoluta é improrrogável.

E. A incompetência absoluta do juiz torna nulos quaisquer atos decisórios por ele proferidos. Já as regras sobre competência relativa não provocam nulidades. Se a exceção declinatória é suscitada com êxito, o processo será remetido ao juiz competente.

22 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 241.

5. Competência Territorial no Processo Penal: Competência Absoluta ou Relativa?

Nos melhores manuais nacionais de Direito Processual Penal, os doutrinadores, quase que como de forma uníssona[23], afirmam ser relativa a Competência Territorial. Nos dizeres de Tourinho Filho[24], por exemplo, a incompetência *Ratione Loci* é causa de nulidade relativa, devendo ser argüida oportunamente e, se a parte deixar de argüir, haverá para ela a preclusão. É ainda mais contundente o renomado jurista quando afirma que: "a incompetência em razão do território se reduz à inobservância de uma exigência de maior funcionalidade do processo, o que não acontece com a incompetência *Ratione Materiae*, em que há inidoneidade do juízo".

Da mesma forma entende Fernando Capez[25], o qual, após dividir a competência do Direito Processual Penal em *Ratione Materiae, Ratione Personae e Ratione Loci*, afirma que, no caso de Competência de Foro (territorial), "o legislador pensa preponderantemente no interesse de uma das partes. Costuma-se falar, nesses casos, em Competência Relativa Prorrogável, capaz de gerar, no máximo, se comprovado prejuízo, nulidade relativa. A prorrogação de competência consiste na possibilidade de substituição da competência de um juízo por outro, sem gerar vício processual". E logo em seguida confirma seu posicionamento: "a competência territorial é relativa; não alegada no momento oportuno, ocorre a preclusão. Por conseguinte, é prorrogável".

Contudo, ante as constatações extraídas da forma como a Doutrina civilista trata o assunto, é preciso fazer algumas ponderações.

Primeiro, no Processo Penal não é permitido as partes transigirem o local onde tramitará a ação penal, sendo vedado qualquer acordo que tenha como "cláusula de foro" o local do julgamento do acusado.

Na Justiça penal, o magistrado não está impedido de conhecer de ofício a sua incompetência, mesmo sendo esta de natureza territorial, por força do art. 109 do CPP, o qual, *in verbis,* preceitua:

23 Dentre o material de Direito Processual Penal elencado nas Fontes de Pesquisa, quem apenas afirma categoricamente ser a competência territorial absoluta é Paulo Lúcio Nogueira, na obra "Questões Processuais Penais Controvertidas", quando analisa conflito de jurisdição entre juízes. Deduz o autor: "a incompetência determinada pelo local da infração é de ordem absoluta e determina a nulidade da sentença, assim como a incompetência em razão da matéria e da pessoa" (p. 69).

24 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. II. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 516.

25 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.188/189 e 202/203.

CPP, art. 109. Se, em qualquer fase do processo (grifo nosso) o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.

Isso ocorre porque na instrução do Processo Penal prevalece o interesse público, sendo, nos dizeres de Mirabete, a Competência "matéria de ordem pública, vigendo a regra de que todo juiz é juiz da própria competência".[26] Inclusive ao tratar da Competência *Ratione Loci*, a doutrina processual penal[27] admite um interesse público pungente em estabelecer como foro primeiro para o trâmite da ação penal o local do cometimento do delito. Nos dizeres do mestre Hélio Tornaghi, "nenhum juiz mais indicado para conhecer de um crime do que o da localidade na qual ocorreu a infração (*forum delicti comissi*). Para nenhum outro será tão acessível o corpo de delito e tão fácil a prova. Diante de nenhum se logrará tanta economia. Em nenhuma outra parte se conseguirá melhor o efeito tranqüilizador da distribuição da justiça". Então temos no Processo Penal uma Competência Territorial em que prepondera um interesse público, diferentemente do que ocorre no Processo Civil.

Quem bem explana o que ocorre na seara processualística penal são os ilustres doutrinadores Ada Peregrini, Cândido Rangel Dinamarco e Araújo Cintra que, na célebre obra "Teoria Geral do Processo", expõem: "*no processo penal, em que o foro comum é o da consumação do delito (CPP, art. 70), acima do interesse da defesa é considerado o interesse público expresso no princípio da verdade real: onde se deram os fatos é mais provável que se consigam provas idôneas que reconstituam mais fielmente no espírito do juiz. Por isso, costuma-se dizer que muito se aniquila, no processo criminal, a diferença entre competência absoluta e relativa: mesmo esta pode ser analisada de ofício pelo juiz, o que não acontece no Processo Civil*[28]".

Quando a doutrina penal chama a competência *Ratione Loci* de "relativa", o faz amparada na possibilidade que está tem de ser prorrogada, nos casos previstos em lei de conexão e continência (art. 76 e 77 do CPP), ou ainda de forma voluntária, quando não alegada no momento oportuno (CPP 108), sob pena de preclusão. Entretanto, é inconteste que a Competência Territorial traz consigo uma importância social contundente, qual seja a de facilitar a busca pela verdade dos fatos.

26 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 232.
27 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 184; TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, p. 100.
28 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 242-243.

Em razão do interesse público ínsito na competência *Ratione Loci* do Código de Processo Penal, deve esta prevalecer, ao invés da *Perpetuatio Jurisdictionis* aplicada de forma analógica ao dispositivo do CPC. Na hipótese, resta configurada uma afronta ao próprio art. 109 do CPP, porquanto se instala uma situação um tanto quanto constrangedora ao Juiz que, apesar de saber não ser mais competente para o feito, em razão da criação da nova vara, descumpre o preceito que lhe instrui reconhecer a incompetência de ofício, com base em uma aplicação analógica.

6. Competência Territorial Funcional

Outros argumentos são ventilados pela Doutrina e pela Jurisprudência para solucionar o problema da Competência no caso de novas varas federais criadas no decorrer de ações penais. Em opúsculo bastante didático, a Juíza Federal Vera Lúcia Rocha Souza expõe a tese da Competência Territorial Funcional. Explica a Magistrada que no caso das Justiças Federais, onde muitas vezes as novas varas criadas não são propriamente na cidade onde foi cometido o delito, a Competência será regida pelas normas de organização interna da seção, ou do tribunal a que a seção estará subordinada. Está Competência é de caráter absoluto, em razão do interesse público preponderante nesses tipos de normas, que visam a melhor prestação da justiça aos jurisdicionados.

Assim expõe o tema a doutrinadora: "considerando que o art. 110 da Constituição Federal de 1988 estipulou que cada estado, bem como o Distrito Federal, constituiria uma Seção Judiciária que deveria ter por sede a capital respectiva e varas federais situadas de acordo com a lei, a interiorização da Justiça Federal tomou fôlego, de modo que inúmeras Subseções nas Seções Judiciárias Federais no interior e litoral do país têm sido criadas, ao longo dos últimos tempos. A descentralização da Justiça visou, justamente, facilitar o acesso à Justiça pelos jurisdicionados, estabelecida que foi com vistas ao interesse público, em âmbito mais abrangente. Assim, os juízes federais das Subseções Judiciárias, de cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais, têm determinadas atribuições imperativas, decorrentes do interesse público, existentes, também, para atender à comodidade das partes, como anteriormente foi dito. Objetiva-se, com isso, uma melhor distribuição dos serviços entre órgãos jurisdicionais de uma mesma Seção Judiciária, tendo por fim atender à boa administração da Justiça"[29].

[29] VUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. **Justiça Federal nos países que a adotam**. Disponível na Internet: http://www.cjf.gov.br/revista/seriemon05.htm. Acessado em 04/04/2005 às 17:00h.

É possível encontrar decisões judiciais que guardam semelhante entendimento:

CONFLITO DE COMPETENCIA. VARAS FEDERAIS SITUADAS NO INTERIOR DO ESTADO. PROVIMENTO N. 331/87 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETENCIA TERRITORIAL FUNCIONAL DE NATUREZA ABSOLUTA. DECLINAÇÃO DE OFICIO[30].

– Às varas localizadas no interior do Estado foi cometida competência territorial funcional, de natureza absoluta (provimento n. 331/87, do conselho da justiça federal), podendo o juiz dela declinar de oficio.
– Conflito conhecido para declarar a competência da Juíza suscitada.

Assim, sendo a Competência Territorial acrescida de um *plus*, qual seja o de normas de organização judiciária que indiquem a vara competente, reputa-se a natureza de sua Competência como sendo absoluta e, portanto, impossível de se aplicar a *Perpetuatio Jurisdictionis*.

A Doutrina do Processo Penal também subsidia tal entendimento. Mirabete afirma que, "como na Justiça Federal não há Juízo em todas as comarcas ou distritos, mas apenas nas capitais e grandes cidades, a competência pelo lugar da infração é resolvida nas leis de organização judiciária[31]". Semelhantemente Vicente Greco Filho afirma que, "por falta de regra expressa, há dúvida sobre sua aplicabilidade (*Perpetuatio Jurisdictionis*) nas alterações de direito, como exemplo citado de desmembramento da comarca ou seção judiciária. Diante da omissão da lei federal, os casos têm sido resolvidos pelas leis de organização judiciária[32]".

7. Conclusões

• O Direito de Ação é essencial para o exercício da cidadania nas sociedades modernas. Problemas que suscitem dúvidas quanto à Com-

30 BRASIL. TRF – 1a Região. *Conflito de Competência* n. 9301118491. Ementa. CORTE ESPECIAL. Data da decisão: 1/7/1993. Publicado no D.J. em 19/08/1993.
31 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 186.
32 GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.142.

petência, afetam não apenas a legitimidade da Jurisdição, mas ao próprio Direito de Ação, devendo, portanto, serem prontamente repelidos pela legislação e pelos operadores do Direito.

• Questiona-se no presente trabalho a Competência para julgamento de ações penais na Justiça Federal quando criadas novas varas, após o recebimento da denúncia, que avoquem a competência de julgar o feito.

• O cerne do problema está em investigar a essência da Competência *Ratione Loci* no Direito Processual Penal, dentro da classificação de Competência Absoluta e Relativa, perquirindo pelo interesse público que lhe é próprio.

• Partindo-se de vários conceitos explanados pela doutrina do Processo Civil, foram encontradas as seguintes constatações: enquanto a Competência Relativa pode ser objeto de cláusula de foro, a Competência Absoluta não; o juiz deve declarar de ofício a incompetência absoluta, não pode fazê-lo na incompetência relativa; na Competência Absoluta prevalece o interesse público e na Competência Relativa predomina o interesse particular; é passível de prorrogação da Competência Relativa, seja de forma necessária ou voluntária; já a Competência Absoluta é improrrogável; e, finalmente, a incompetência absoluta torna nulos quaisquer atos decisórios, enquanto as regras sobre competência relativa não provocam nulidades.

• Apesar da Competência Territorial no Processo Penal ser classificada como relativa pela doutrina, guarda em si, pela própria natureza do Processo Penal, um interesse público de extrema relevância. É este que impele o juiz a declarar de ofício nos autos a incompetência territorial quando dela tiver conhecimento.

• Não deve ser aplicado analogicamente a *Perpetuatio Jurisdictionis* do Processo Civil nas ações penais por dois motivos: primeiro porque prevalece a regra da competência *Ratione Loci* (art. 70 CPP), e o juiz, sabendo que há um juízo cuja competência abrange a do feito que, até então, estava sob seu julgamento, deve de ofício declarar a incompetência (art. 109 CPP) e para o novo juízo os autos remeter; e, na Justiça Federal, como não há varas em todas as cidades que a seção abrange, estas têm sua competência territorial definida por regras de organização judiciária, de caráter público, tidas como absolutas e insuscetíveis de sofrerem *Perpetuatio Jurisdictionis*.

8. Fontes de Pesquisa

8.1. Livros e Artigos

1. ALVIM, Arruda. *Anotações sobre o Tema da Competência.* Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70° aniversário, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 77 –138.

2. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

3. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência: exposição didática: área do direito processual civil.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

4. DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil.* vol II. 5° ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

5. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

6. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002.

7. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito Processual Penal.* Volume I. Campinas: Bookseller, 1997.

8. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal.* 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

9. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões Processuais Penais Controvertidas.* 4 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1995.

10. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* São Paulo: Saraiva, 2000.

11. SANTOS. Moacyr Amaral dos. *Primeira Linhas de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1995.

12. SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*: processo de conhecimento, volume I. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

13. SOUZA, Gelson Amaro de. *Prorrogação de Competência Absoluta.* Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Ano 50, n. 292, fevereiro de 2002, p. 32-38.

14. TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

15. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

16. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. II. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

17. VUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Justiça Federal nos países que a adotam*. Disponível na Internet: http://www.cjf.gov.br/revista/seriemon05.htm. Acessado em 04/04/2005 às 17:00h.

18. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

8.2. *Jurisprudências*

19. BRASIL. STJ. *Recurso Especial* n. 295035. Ementa. QUINTA TURMA. Data da decisão: 20/06/2002. Publicado no D.J. em 19/08/2002.

20. BRASIL. TRF – 1ª Região. *Recurso Criminal* n. 199901000151085. Ementa. TERCEIRA TURMA. Data da decisão: 16/12/2003. Publicado no D.J. em 13/2/2004.

21. BRASIL. TRF – 2ª Região. *Conflito de Competência* n. 9802133205. Ementa. QUARTA TURMA. Data da decisão: 05/05/1999. Publicado no DJ em 22/06/1999.

22. BRASIL. TRF – 1ª Região. *Conflito de Competência* n. 9301118491. Ementa. CORTE ESPECIAL. Data da decisão: 1/7/1993. Publicado no D.J. em 19/08/1993.

23. BRASIL. TRF – 3ª Região. *Conflito de Competência* n. 200303000006529. Ementa. PRIMEIRA SEÇÃO. Data da decisão: 04/06/2003. Publicado no D.J. em 05/08/2003.

24. BRASIL. TRF – 3ª Região. *Conflito de Competência* n. 200303000679822. Ementa. PRIMEIRA SEÇÃO. Data da decisão: 04/02/2004. Publicado no D.J. em 20/02/2004.

25. BRASIL. TRF – 5ª Região. *Conflito de Competência* n. 200384000129838. Ementa. Pleno. Data da decisão: 03/11/2004. Publicado no D.J. em 03/01/2005.

* Agradecimento a todos os colegas da Procuradoria Regional da República – 5ª Região. Em especial ao Procurador Regional Dr. Antônio Edílio pelos grandes ensinamentos, e aos nobilíssimos companheiros de labuta Dimitri, Marcelo e Patrícia.

O FUNDAMENTO JUSNATURALISTA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO – O CONSENTIMENTO PERCEPTIVO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

Anamaria Vital Martins de Matos
(Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE).

Sumário: 1. Introdução: juspositivismo x jusnaturalismo no âmbito do Direito Internacional Público. 2. A criação do DIP: O embate entre as Teorias Voluntarista e Objetivista. 3. A posição de Francisco Rezek. 4. O fundamento jusnaturalista do DIP. 5. Referência bibliográfica.

1. Introdução: juspositivismo x jusnaturalismo no âmbito do Direito Internacional Público

A histórica discussão acerca do fundamento jusnaturalista ou juspositivista do Direito trouxe não só inúmeras teses sobre que direito deveria ser legitimamente aplicado na solução dos conflitos intersubjetivos juridicamente relevantes, bem como levou a inúmeras definições da disciplina. Partindo da perspectiva positivo-dogmática defendida por Hans Kelsen[1], Direito é Norma. Não qualquer espécie de norma, mas tão somente aquela posta pelo Estado, dotada de exterioridade, alteridade, heteronomia, coercitividade e bilateralidade, além do atributo da imperatividade. Não se deve aqui, confundir o conceito de positivo com o conceito de dogmático. O Direito positivo é o real, empiricamente comprovado e posto a uma determinada sociedade; opõe-se ao chamado Direito Natural. Já o Direito Dogmático é uma forma particularmente complexa de organização do Direito Positivo.

Partindo-se, portanto, de uma perspectiva juspositivista do Direito Internacional Público, poder-se-ia afirmar que só seriam consideradas normas jurídicas internacionais aquelas postas aos Estados através dos Trata-

[1] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

dos e Acordos Internacionais. No entanto, se o fenômeno jurídico só pudesse ser observado através deste prisma positivista, o Direito Internacional não poderia ser considerado essencialmente, "Direito".

Isto porque, como se sabe, não há uma instituição que esteja acima dos Estados-membros da Sociedade Internacional. Não há um "Leviatã", como no dizer de Hobbes, supranacional, da forma que o é o Estado em relação aos seus representados, o povo. Justamente por serem os sujeitos da norma de Direito Internacional os mesmos que a produziram, a sua soberania impede que tais normas contenham todos os requisitos de que são dotadas aquelas produzidas pelo Estado, para valer perante o seu ordenamento jurídico. Assim, a princípio, constatamos que a norma de Direito Internacional não é dotada de heteronomia, posto que há coincidência entre os seus sujeitos e os seus produtores. Mesmo no caso em que uma organização internacional seja o órgão produtor destas normas, tal organização é formada pelos Estados soberanos que irão se submeter a elas. No mais, na norma dotada de heteronomia, sua adesão não é livre, o que efetivamente não ocorreria no âmbito internacional, uma vez que neste, de acordo com a teoria voluntarista, de que mais adiante trataremos, prevaleceriam as normas autônomas, de livre adesão. Já que a submissão a determinada regra de Direito Internacional decorreria única e exclusivamente da manifestação de vontade, logicamente que tais normas seriam autônomas, de livre adesão.

Muitos autores afirmam, com certa razão, a inexistência da coercitividade como caractere que pudesse reclamar ao Direito Internacional o *status* de Direito, uma vez que não haveria meios de se coagir um Estado a obedecer determinado tratado, posto que, num nível de internacionalidade, não há uma hierarquia, mas sim uma horizontalidade entre os produtores e os receptores da norma, não havendo, portanto a figura do ente coator.

A partir desta observação, acerca da inexistência da coercitividade nas normas do DIP, surgiu o seguinte questionamento: se não é possível se coagir determinado Estado a cumprir uma norma de Direito Internacional, ou o DIP não seria Direito (como para Grotius, que o encarava como uma "moral positiva"), ou era Direito sem coercitividade. Partindo-se, então, de uma perspectiva axiológica do Direito, a coercitividade seria apenas um conceito meramente formal, uma vez que haveria normas situadas acima do pacto jurídico fixado, consideradas jurídicas pelo seu conteúdo material, como por exemplo, o valor "justiça", independentemente de um conteúdo formal, como a necessidade de imposição estatal, ou de serem elas dotadas de coercitividade. O que as classificaria como jurídicas seria justamente este conteúdo valorativo.

De fato, embora afirmem os positivistas seguidores do normativismo kelseniano que só é direito a norma posta pelo Estado, dotada de todos aqueles caracteres essenciais, não importando o seu conteúdo material-valorativo, haveria, para os jusnaturalistas, uma outra ordem jurídica, igualmente válida, mas superior àquela posta pelo Estado. Embora não negue o Direito Positivo, o Direito Natural afirma, entretanto, que ele não se legitimaria por si próprio, mas se fundamentaria em normas perenes, universais, base de todo e qualquer Direito Positivo, e, havendo conflito, tais normas universais prevaleceriam.

A questão torna-se mais clara quando se aborda o tema da defesa dos Direitos Humanos. Seria o seguinte o pensamento jusnaturalista a este respeito: independentemente do tratamento que seja dado à vida e à dignidade humanas por determinado ordenamento jurídico, prevaleceriam as normas que melhor resguardassem tais direitos, sem a necessidade de sua imposição por um determinado ente específico. O respeito à vida e à dignidade da pessoa humana prevaleceria perante toda a Sociedade Internacional, mesmo que não tivessem sido assinados a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de São José da Costa Rica, ou qualquer outro tratado que buscasse resguardar os Direito Humanos, por que estes imperariam *de per si*, independentemente de uma previsão legal, de qualquer nível, nacional ou mesmo internacional, sob a forma de leis universais.

Neste diapasão, várias outras normas de trato jurídico internacional prevaleceriam perante a vontade dos Estados Soberanos, independentemente de previsão legal internacional, por serem perenes, universais. Neste breve trabalho, buscaremos o Fundamento jusnaturalista do DIP, através destas mesmas normas que em oportuno mencionaremos.

2. A Criação do DIP: O embate entre as Teorias Voluntarista e Objetivista

É fato controverso e leva à exasperação diversos internacionalistas a questão do fundamento do Direito Internacional Público. Indagar sobre esse fundamento é tratar até da juridicidade da disciplina. Se vai-se trabalhar com um conjunto de normas, de certa forma universais, que agem sobre os diversos membros da Sociedade Internacional, devendo-se pensar que é o Estado soberano que será sujeito dos direitos e deveres decorrentes dessas normas sob a forma de tratados internacionais, como conciliar a idéia de que são estes mesmos Estados que irão editar tais normas? No plano internacional, nós temos uma participação muito mais direta, uma disposição muito

mais clara que nos mostra a equivalência que há entre a fonte produtora da norma e seu sujeito, o que já não se mostra tão evidente no plano interno, onde a forma mais clara de participação dos cidadãos, sujeitos de direitos e deveres, se dá através plebiscito, referendo e mesmo do Tribunal do Júri. Já no plano internacional temos uma aproximação muito mais direta entre o produtor da norma internacional e o seu destinatário.

Há inúmeras correntes doutrinárias acerca do fundamento do Direito Internacional Público. Destacaremos, no presente trabalho, as Teorias Voluntarista e Objetivista, dando destaque às suas principais características e incongruências, para em seguida buscarmos um fundamento jusnaturalista do direito internacional que, no entanto, não se desvincula completamente nem de uma nem de outra. Exatamente porque se percebe esta grande aproximação entre o Estado-sujeito e o Estado-produtor das normas de Direito Internacional Público é que a posição doutrinária dominante é basicamente voluntarista. A Teoria Voluntarista, surgida a partir do pensamento de Windscheid, afirma que o Direito decorre do senhorio da vontade. No que diz respeito ao Direito Internacional Público, um voluntarista mais radical chega ao ponto de afirmar ser ele conseqüência exclusiva da manifestação de vontade dos Estados (no caso dos Estados mais poderosos, especificamente, determina-se esse império da vontade sobre a vontade dos Estados menos poderosos). Para o voluntarismo, é o Estado que faz a norma internacional, seja de modo costumeiro, seja de modo legal. Do ponto de vista do conteúdo, nós teríamos a adesão à norma pela vontade livre dos Estados, que decidem sobre submeter-se ou não a determinada regra de Direito Internacional, através da firmação ou da adesão a um tratado, acordo ou pacto internacional ou através da prática costumeira de normas internacionais. Do ponto de vista formal, estaríamos, portanto, diante de um contrato, que só vincularia as partes que o assinaram.

Mas, em se tratando de direito costumeiro, consuetudinário, essa vontade apareceria diluída, posto que se acredita que os Estados cumprem as normas costumeiras rotineiramente, sem expressar sua vontade a seu respeito. Mas o simples fato de cumpri-las seria, para os voluntaristas, forma de manifestação de vontade, posto que sua soberania lhes permitia não se submeter, se assim o desejassem, a tais regras. Veja-se, por exemplo, a Convenção de Viena sobre tratados: o Brasil não a assinou, por razões políticas, e, não obstante não ter manifestado sua vontade em aceitar tais normas, as cumpre, costumeiramente, em grande parte. Haveria, assim, normas costu-

meiras às quais o Estado aderiria livremente, e sua positivação seria simplesmente sua reafirmação.

Desta forma, essa idéia de vontade, concorrendo para a formação das normas internacionais, onde o consentimento é o fundamento de validade dessas normas, é a posição defendida pela maior parte da doutrina. A questão levantada seria a seguinte: se a soberania dos Estados lhes faculta obedecer ou não mesmo regras gerais de Direito internacional, não se estaria, com tal postura, dando abrigo a quaisquer formas de arbitrariedades, que se tornariam legítimas por decorrerem da livre manifestação de vontade dos Estados? Acreditamos que, numa visão ampla, a Sociedade Internacional assemelha-se à sociedade humana, onde, sob a ótica kantiana, cada pessoa pode e deve coexistir com os outros segundo uma lei universal de liberdade. Neste sentido, a liberdade de cada Estado, em editar determinada norma deve terminar quando tal norma passe a atingir o círculo de liberdade de outro Estado, que lhe é igual[2].

E no caso de uma nação soberana submeter-se voluntariamente a normas de Direito Internacional, mas depois decidir voltar atrás, ela conservaria esse poder decisório, esse império da sua vontade? A maior parte da doutrina, pelo menos os mais sensatos, considera que, uma vez submetida a vontade a essas normas, essa vontade seria então minimizada. Mas há o procedimento da renúncia, que é possível num Direito Internacional dispositivo, onde no corpo do próprio tratado se admita tal renúncia.

E quanto à Carta da ONU, que é um tratado constitutivo? Como seria ela encarada pelos voluntaristas? Estes diriam simplesmente que a Organização das Nações Unidas existe única e exclusivamente pelo fato de que, em São Francisco, em 1945, 55 países, por livre e espontânea vontade, a instituíram. Os países que desse ato não participaram, ficam de fora do alcance das suas normas, a não ser que desejem posteriormente, submeter-se às suas regras. Embora a Carta da ONU seja um tratado constitutivo, que cria uma organização internacional, o principal fato é que ela se destina a buscar a realização da paz entre os Estados. Logo, mais do que simplesmente criar uma organização internacional, ela traz em seu bojo, normas de regulação da sociedade internacional, estabelecendo uma série de princípios, que, por sua

2 PEREIRA, Rosilene de Oliveira. Os Fundamentos kantianos:Liberdade, Moralidade e Direito. Disponível na Internet em <http://www.ufsj.edu.br/Pagina/anais/Arquivos/rosilene.pdf>. Acesso em: 26.jun.2005

vez, são anteriores a ela. Só que tais princípios são costumeiros e acabam por submeter mesmo os Estados que não a assinaram. Os voluntaristas, contudo, não admitem a existência de normas imperativas e muito menos costumeiras, obrigando países que não se submeteram formalmente a elas, não assinando o tratado que as estabelece. Mas a própria Carta da ONU tem em seu corpo um dispositivo que permite à Organização das Nações Unidas atuar na defesa da paz mundial, mesmo contra países que não participaram do seu tratado.

Surge, por outro lado, a corrente objetivista, que procura sobrepujar o império da vontade como norteadora das relações internacionais, defendendo a existência de princípios dotados de imperatividade, onde não haveria a interferência da vontade como elemento essencial à submissão a determinadas regras de Direito Internacional, posto que elas valeriam por si próprias, uniformemente, sobre todos os membros da Sociedade Internacional.

Desta forma vem o objetivismo afirmar que o elemento volitivo não teria grande importância no processo de criação e submissão às normas internacionais, uma vez que eles decorreriam do reinado da razão humana, comum a todas as sociedades civilizadas. Todas as teorias mais racionalistas e também as jusnaturalistas, tenderiam a esta universalização.

Para o objetivismo, haveria, não obstante a existência do domínio da vontade sob certo aspecto, um determinado elenco de princípios, maiores do que qualquer outra norma estabelecida por um grupo de países, mesmo os dominantes, de conteúdo que lhes fosse contrário, princípios estes que valeriam, mesmo contra a vontade de tais países. É o que determina o dispositivo da Carta da ONU, que prevê a possibilidade de a Organização agir, na defesa da paz, mesmo contra quem não se submeteu às suas regras. Assim, a própria vida e a dignidade humanas deveriam ser consideradas como tais. O uso da força, por exemplo, passou a ser limitado ao caso da legítima defesa. Trata-se de uma evolução, uma vez que tais normas necessariamente deveriam guardar um conteúdo universalmente aceito do que fosse o justo. A partir do momento em que determinado Estado ou grupo de Estados estabelece, por sua vontade, a possibilidade de a força vir a ser usada em outras circunstâncias (como no caso dos Estados Unidos, que defende o uso da força em legítima defesa preventiva) ter-se-ia na verdade, não uma evolução e sim uma regressão.

Os objetivistas defendem uma uniformidade, a existência de um pequeno elenco de normas que superariam as diferenças existentes entre os países, seu povo, sua cultura, seu Direito. Não obstante as nossas diferenças, somos todos humanos e aquilo que é humano deveria ser universalmente protegido. Para os objetivistas, o fundamento do Direito Internacional estaria dentro dos princípios e preceitos que implicariam na consagração de um conjunto de normas dotadas de imperatividade, que sobrepujariam o elemento volitivo. Essas normas constituiriam o Direito Internacional Geral ou o Direito Internacional Comum.O importante é que não se diferencie completamente nem se universalize completamente, chegando ao ponto de se desrespeitar as diferenças até mesmo com o uso da força. A visão do particular merece respeito pelo valor universal, pelo princípio universal do respeito às diferenças.

É neste aspecto que se inicia o grande debate acerca da universalidade de determinadas normas de Direito internacional, posto que, por mais que se negue, os idéias de justiça que conhecemos, até mesmo o respeito à vida e à dignidade humanas são de ordem cultural, decorrentes da moral vigente em determinado território. Na civilização Ocidental, a moral, no que diz respeito à proteção da vida humana, por exemplo, encontra-se de tal maneira difundida, que pode ser encarada num nível hierárquico que a eleve à categoria de norma de Direito Internacional, de caráter Natural e universal. Mas será que essa mesma moral, elevada ao status de norma jurídica, teria força cogente, imperatividade, perante ordenamentos que jurisdicisam uma outra espécie de moral? Em certas regiões da áfrica, por exemplo, a moral vigente justifica que mulheres sejam submetidas à mesma dor e humilhação impostas às suas ancestrais que viveram há 25 séculos, na circuncisão feminina, também chamada de clitoridectomia. E perguntamos: por que a moral ocidental, transformada em direito, seria superior à moral de outros ordenamentos não dogmatizados? É uma questão parece-nos um tanto desprovida de lógica, posto que estamos imbuídos desta moral ocidental, e não há como achar natural uma ofensa aos direitos humanos. Mas a diferença existe e é latente. Até que ponto, portanto, deve-se respeitar tais diferenças e até que ponto se pode impor, sobre tais ordenamentos, uma norma de respeito aos direitos humanos que a nós parece natural, mas que para eles, apresenta-se completamente estranha?

3. A posição de Francisco Rezek

A posição de J. F. Rezek[3], por sua vez, é uma posição conciliatória entre as teorias voluntarista e objetivista. Ao afirmar que o fundamento do DIP, "sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados Soberanos (...) repousa sobre o consentimento" poder-se-ia crer que ele estaria filiado à corrente voluntarista. Mas, segundo Rezek, esse fundamento baseado no consentimento poderia ser visto sob dois ângulos diferentes, uma vez que os Estados, de acordo com sua autodeterminação, se subordinam apenas ao direito que livremente reconheceram ou construíram. Distingue, assim, o autor, este consentimento em duas espécies: Consentimento Criativo e Consentimento Perceptivo.

Criativo, assim, seria aquele consentimento decorrente da criação de normas pelos Estados, para a elas posteriormente se submeter. Relacionamos este consentimento àquele a que se refere a teoria voluntarista, quando o Estado deseja cumprir determinada norma expressamente ou costumeiramente e o faz sem imposição de qualquer espécie. O autor cita como exemplo o caso em que é estabelecida determinada norma a respeito da exata extensão do mar territorial, ou é especificado o aspecto fiscal dos privilégios diplomáticos. O consentimento Perceptivo, por seu turno, seria aquele onde se constataria, se perceberia a norma, mas não se teria força para criar. Segundo Rezek, no Consentimento Perceptivo, "os Estados consentem em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apóiam, em maior ou menor medida, num imperativo ético, parecendo imunes à prerrogativa estatal de manipulação". Observe-se que não haveria aí processo criativo. Tratar-se-ia, a nosso ver, do fundamento jusnaturalista do Direito Internacional. Rezek diferencia, em seguida, pelo menos três categorias de normas internacionais, a partir das quais nos tenderíamos a uma posição voluntarista ou objetivista a depender do tipo de norma.

1. Normas decorrentes do Consentimento Perceptivo. O autor toma como exemplo a regra de Direito Internacional do *"Pacta Sunt Servanda"* – o pactuado deverá ser cumprido. Esta seria de fato uma norma que escaparia ao império da vontade, contra a qual nenhum Estado poderia ser opor. É uma norma costumeira, com condição de imutabilidade.

3 REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 03 e 04.

2. Normas decorrentes do Consentimento Criativo. Predominaria nesta espécie de normas, o império da vontade, e não haveria nelas aquele caráter de imutabilidade condizente à primeira espécie, mesmo que se tratassem de regras costumeiras de Direito Internacional. Segundo o autor, seriam aquelas das quais se poderia prescindir. Um exemplo é a norma que trata da extradição, decorrente única e exclusivamente da livre expressão volitiva dos Estados, que aceitam, ou não, se submeter às regras deste instituto jurídico-internacional, podendo a elas aderir ou renunciar a qualquer momento.

3. Há, por fim, segundo Rezek, um terceiro tipo de normas, que, não obstante desprovidas do atributo da imperatividade, como as demais, teriam um sentido tão certo e irreversível quanto o da evolução da sociedade internacional, pois já estariam consolidadas de maneira tal que não se conceberia que nenhum Estado que as gravou em seu ordenamento, desejasse voltar atrás. Seria o caso das normas que condenam a escravatura, ou que determinam a proscrição do uso da força. (neste caso, diante do atual contexto de guerras em que vivemos, poder-se-ia questionar o caráter de irreversibilidade dessa norma, ponto que melhor abordaremos em momento posterior). A doutrina em parte, defende a existência de normas imperativas internacionais, que independem do consentimento, baseados em princípios maiores. Só que quem defende a existência de tais normas imperativas, também admite a existência de quem não aceite.

Quando se lida com áreas menos protegidas, onde ainda não se verifica o elemento poder plenamente, como é o caso do direito Internacional, onde a imperatividade não implica numa sanção ao descumprimento de normas jurídicas, observa-se uma adesão espontânea às suas normas jurídicas. Acredita-se que o Direito Internacional, quando funciona, é muito mais desenvolvido que o Direito Interno, uma vez que suas regras são cumpridas sem a pressão do poder sancionatório do Estado. De fato, obedecer-se livremente a uma norma geraria uma segurança muito maior do que em relação àquele que obedece, coagido pelo efeito sancionatório decorrente de um possível descumprimento.

E qual o critério para se verificar a imperatividade de uma norma? Seria sua eficácia? A eficácia é importante, mas não só dela depende a imperatividade de uma norma. Por exemplo: É proibido matar. Trata-se de uma norma imperativa que nem por isso deixa de ser violada. Entretanto, sua ineficácia por vezes, não lhe tira o caráter de imperatividade.

O caráter de imperatividade de uma norma internacional se relaciona à sua irreversibilidade, alem da sua aceitação. A regra pode ser aperfeiçoada, mas nunca pode retroagir. É assim com a *Pacta Sunt Servanda*, com o respeito à integridade territorial. Toda teoria acerca da imperatividade das normas de Direito Internacional baseia-se num elenco de valores sociais. Tais valores convertem-se em princípios e estes, em normas.

4. O fundamento jusnaturalista do DIP

No início do presente estudo, buscamos tratar do Direito Internacional em relação à dicotomia juspositivismo x jusnaturalismo. Neste ponto, procuraremos, da maneira que for possível, buscar o fundamento do DIP no Direito Natural, partindo-se de uma visão objetivista das normas de Direito Internacional. Embora ainda presente a dicotomia, a consideramos enfraquecida ante a evolução do conceito de Direito Natural, a partir do jusnaturalismo Democrático e do jusnaturalismo de Conteúdo Variável.

O jusnaturalismo Democrático, segundo o Professor João Maurício Adeodato[4], parte "do princípio de que, por divergirem os homens sobre questões cruciais e 'por serem todos iguais', a maioria detém a legitimidade do direito e deve decidir sobre os conflitos". Afirma ainda o autor que esse jusnaturalismo democrático representaria uma passagem para o juspositivismo, posto que não teria nenhum conteúdo material anterior, cabendo à maioria decidir sobre o que seria legítimo. Já o de conteúdo variável, ainda segundo Adeodato, afirma a existência de uma ordem jurídica justa, que "brotaria espontaneamente – naturalmente – das características da comunidade, por isso mesmo variando no tempo e no espaço" [5]. Não se confundiria com o jusnaturalismo democrático porque se fundaria numa vontade geral, e não na vontade da maioria, que poderia não se comportar de acordo com os preceitos naturais. Critica o autor tal corrente, posto que esta variação no tempo e no espaço levaria à permanência da problemática fixação dos critérios dessa mudança e da fixação do ideal de justo para determinada época e sociedade.

Entra aqui a questão: como um Direito que, pelas suas próprias características, como o é o Direito Natural, que se pretende dotado do atributo da universalidade, admitiria a existência de vários ideais de justiça, por exem-

4 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 192.

5 Ibidem, p. 193.

plo? Tratando-se de Direito Internacional, a questão ganha relevo quando se questiona a prevalência da vontade da maioria dos Estados sobre a vontade de uma minoria, quando se trata de Estados soberanos, em igual patamar no cenário jurídico internacional. Ou em relação à possibilidade de mutação do ideal de justiça, no tempo e no espaço, como no caso do jusnaturalismo de Conteúdo Variável, quando se aceitaria como justas as atrocidades cometidas pelo nazismo, porque naquele momento histórico, os ideais de justiça e igualdade que brotaram "naturalmente" das características da comunidade, eram outros.

Neste exato momento, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, por exemplo, mais referidos aqui por melhor caracterizarem o que se poderia chamar de Direito Natural, estão sendo desrespeitados, na África, por exemplo, naquela mulher que está sendo circuncidada, no Oriente Médio, naquele julgamento em que a mulher acabou de ser condenada à morte por apedrejamento por ter cometido o crime de infidelidade, e pela nação que se considera defensora dos ideais de democracia e liberdade, que mantém prisioneiros de guerra em Guantánamo, sem que se saiba em que condições eles estão vivendo e de que forma serão julgados.

A diferença cultural, que leva a uma multiplicidade de morais vigentes e, consequentemente, a uma multiplicidade de "direitos", torna difícil a averiguação, mesmo em se tratando de Direitos Humanos, de um direito universalmente aceito, porque é questionável se falar em vontade da maioria quando os sujeitos da norma proveniente desta vontade são Estados Soberanos e quando a coercitividade não se encontra plenamente delineada.

Mas a continuidade do já avançado processo de interação global entre todos os ordenamentos jurídicos da Sociedade Internacional, pode, com o tempo, levar a uma uniformização mínima em relação a determinados aspectos éticos, que fugiriam às morais individualmente consideradas e, consequentemente, à aceitação por todos os Estados-membros, de determinada categoria de princípios que regeriam suas ações no âmbito internacional. "O fato de que os seres humanos são capazes de concordar minimamente entre si sobre princípios como justiça, igualdade de direitos, dignidade da pessoa humana, cidadania plena, solidariedade etc., cria chances para que esses princípios possam vir a ser postos em prática" [6].

[6] SENADO FEDERAL, Diário do Senado Federal, 14.05.04 Disponível na Internet em: <http:// www. senado. gov.br/ web/cegraf/ pdf/13052004/14376.pdf>. Acesso em 26.jun.2005

Desta forma, apenas um Consentimento Perceptivo, conforme denominou Rezek, sobre normas que devem naturalmente ser assimiladas pelos diversos ordenamentos jurídicos, componentes da Sociedade Internacional, mediante um "imperativo ético", é que serviria de fundamento ao Direito Internacional Público. Por óbvio que não deixamos de considerar a validade da teoria voluntarista, em relação a determinadas normas de Direito Internacional, mas de forma alguma podemos pretender conferir à simples manifestação da vontade dos Estados, o condão de servir de fundamento do Direito Internacional, posto que a vontade pode se dirigir sobre qualquer conteúdo, ético ou não ético. As normas decorrentes do senhorio da vontade seriam normas procedimentais, de organização básica da Sociedade Internacional, tais os tratados sobre extradição, ou sobre fixação do limite do mar territorial, não tendo a característica de fundamento do Direito Internacional. Fazendo-se uma comparação (oportuna, para denunciar o enfraquecimento da dicotomia jusnaturalismo *versus* juspositivismo) com a pirâmide normativa de Kelsen, poderíamos dizer que as normas decorrentes exclusivamente deste império da vontade estariam situadas na base da pirâmide, enquanto que as normas decorrentes do Consentimento perceptivo estariam situadas no topo, servindo de fundamento das demais.

Decerto que o atual paradigma internacional, Pós 11 de Setembro, coloca em jogo toda uma ética universal que vinha sendo vagarosamente conquistada, quando aquelas regras que, embora, não fossem dotadas da imperatividade, tinham um sentido tão certo e irreversível quanto o da evolução da sociedade internacional, passam a ser desrespeitadas pela nação Norte-americana, que estabeleceu normas que interferem diretamente sobre toda a Sociedade Internacional, buscando justificar o uso da legitima defesa preventiva, onde, ante uma mera suspeita, "são eliminados direitos à privacidade em todos os níveis, prisões sumárias são permitidas, tribunais de exceção podem ser conduzidos em segredo e até em bases militares e navios de Guerra, entre outras medidas na mesma direção" [7]. Mas acreditamos que, em casos como esse, o caminho deve continuar a ser trilhado pelos demais Estados Soberanos e, se o conceito de uma ética universalmente aceita, geradora de normas de Direito Natural, que fundamentam o Direito Internacional, não for naturalmente absorvido por essa nação ocidental, como já o terá sido pelas demais Nações não-ocidentais, então ter-

7 ADEODATO, João Maurício. Op. cit. p. 202.

se-á que admitir a prevalência do Direito Natural Democrático, posto que a vontade da maioria deve prevalecer sobre os desmandos de um só, justificados pelo simples conceito de soberania.

5. Referência Bibliográfica

1. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica:* para uma teoria dogmática jurídica – São Paulo: Saraiva, 2002.

2. KELSEN, Hans. *Teoria Pura Do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

3. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995

4. PEREIRA, Rosilene de Oliveira. *Os Fundamentos kantianos:* Liberdade, Moralidade e Direito. Disponível na Internet em <http://www.ufsj.edu.br / Pagina/anais/Arquivos/rosilene.pdf>. Acesso em: 26.jun.2005

5. SENADO FEDERAL, *Diário do Senado Federal*, 14.05.04 Disponível na Internet em: <http:// www. senado. gov.br/ web/cegraf/ pdf/13052004/ 14376.pdf> Acesso em: 26.jun.2005.

6. SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. *Afeganistão, Guantánamo, Iraque e a suposta defesa de direitos humanos*: reflexões sobre o direito internacional público atual e as lições de Nuremberg. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/ texto.asp?id=3440>. Acesso em: 12 jan. 2005.

OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CURSOS DE ÁGUA INTERNACIONAIS E A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Joana Andrade da Mota Silveira
(Aluna do 10º período da Graduação em Direito da UFPE, pesquisadora do PIBIC/ CNPq).

1. A problemática da água nos dias de hoje

Na última metade do século, o crescimento da população bem mais do que suplantou a disponibilidade de água para consumo. Esta escassez é agravada pela poluição e a salinidade, as quais inutilizam grande parte dos recursos existentes.

O ano de 2004 foi estabelecido pela Organização das Nações Unidas como o Ano Internacional da Água. Tal iniciativa, contudo, não teve grandes repercussões. Não obstante, é crescente a preocupação da sociedade civil com a problemática da água e sua distribuição, como um resultado da divulgação dos trabalhos dos ambientalistas e cientistas. É natural, portanto, que a temática comece a preocupar os juristas, como ocorre com todo fenômeno social que adquire certa repercussão.

As reflexões, cada dia mais freqüentes, acerca do meio ambiente, trouxeram à tona o já difundido conceito de Desenvolvimento Sustentável, aquele que tenha como foco a diminuição das desigualdades sociais como um todo e a responsabilidade para com o meio ambiente. Esta envolve a importância da água em si e dos serviços a ela relacionados.

Isto significa que são necessárias mudanças políticas e institucionais, bem como investimentos em infra - estrutura no setor de águas. Tais investimentos devem ser, por exemplo, no sentido de evitar enchentes e secas, produzir fontes renováveis de energia, fornecer água suficiente para cidades e áreas rurais e desenvolver a irrigação. Estes podem ser considerados fatores muito relevantes para o desenvolvimento econômico e redução da miséria nos países mais pobres.[1]

[1] Relatório do Banco Mundial: Water - A Priority for Responsible Growth and Poverty Reduction. An Agenda for Investment and Policy Change.

São imprescindíveis a existência de instituições (como agências reguladoras) atuantes e transparentes e a anulação de quaisquer formas de desperdícios, tanto por parte dos governos quanto da comunidade. Percebe-se, portanto, que o problema da água depende também da política adotada.

Sabe-se que a água é um bem indispensável para a vida humana, portanto, fundamental para atingir as metas de desenvolvimento global. Na esteira da crescente preocupação com o desenvolvimento sustentável, que resultou em grandes fóruns e conferências mundiais recentes, tais como os Fóruns de Marrocos, Kyoto e a Conferência de Monterrey (2002), surge a problemática da água. O encontro do G8 realizado na França, em junho de 2003, por exemplo, teve como um dos principais pontos de discussão a questão da água nos países em desenvolvimento.

A região do Nordeste Brasileiro, não obstante localizar-se num País absolutamente privilegiado em termos de recursos hídricos – dado que o Brasil detém nada menos que 12% das reservas mundiais de recursos hídricos[2]– lida com grandes dificuldades, que vêm sendo enfrentadas a cada ciclo de secas com medidas emergenciais, paliativas. Notório, portanto, que ainda não se chegou perto de uma solução definitiva. É necessário não só assegurar o uso efetivo da água, mas também alocar os recursos de acordo com as necessidades do local, tendo-se em conta a dificuldade de fornecimento de água e serviços correlatos para as áreas rurais.

No âmbito do Direito Internacional, no que diz respeito ao Direito das águas, não há uma Convenção Internacional que se poderia chamar de global. Existem apenas normas regionais ou "casuísticas" (tratados e convenções internacionais) que regulam as relações entre Estados que possuem um interesse regional em certa fonte de água, não obstante a existência de algumas tentativas de normatização com maior amplitude.

Este artigo pretende realizar um singelo estudo na área do Direito Internacional Ambiental, no que se refere à importância da Cooperação Internacional na gestão dos cursos de água compartilhados entre os países, tais como rios, lagos e bacias hidrográficas. A importância deste estudo reside na atual urgência de medidas de preservação das águas doces no mundo, em vista da conhecida escassez do bem à disposição dos seres humanos.

2 KRAUSE, Gustavo. *A bênção das águas.* Jornal do Commercio. Recife, p.11, 28/02/04. [Coluna "Opinião"]

2. Princípios do Direito das Águas

Em estudo específico sobre o regime jurídico das águas doces, Maria Luiza Machado Granziera explica que os princípios concernentes ao Direito das Águas têm sua origem nos tratados, convenções e declarações internacionais[3]. Em sua obra sobre os recursos hídricos, ela ressalta que esta se refere ao Direito brasileiro, mas que a origem destes princípios, como dito, é o Direito Internacional, pelo que trazemos a esta exposição os princípios pertinentes:

– Princípio do meio ambiente como direito humano: A normatização acerca do meio ambiente e da água é resultado das necessidades experimentadas pela sociedade nas últimas décadas, tendo feito surgir um novo direito de terceira geração - o direito do homem de viver num meio ambiente sadio, sem poluição[4].

Diversos documentos e declarações internacionais expressam esta noção do direito humano ao meio ambiente sadio e equilibrado, como é o caso do princípio 1 da Declaração de Estocolmo de 1972[5].

Este princípio do meio ambiente como um direito humano evoluiu, hoje, para a noção de que o direito a um meio ambiente sadio não é exclusividade do homem. Neste sentido, Michel Prieur enfatiza que a proteção ambiental concerne a todos os seres vivos e à biosfera[6], idéia já expressa em declarações internacionais acerca do tema. Quanto aos recursos hídricos, restou declarado na Conferência de Paris de 1998 que:

> "Os recursos hídricos são essenciais para a satisfação das atividades humanas, tanto as básicas como aquelas vinculadas à saúde, à produção de energia, alimentos e assim como à preservação dos ecossistemas e do desenvolvimento econômico em todas as suas fases: social, política, etc. (...) É imprescindível que os países ribeirinhos compartilhem uma visão comum com miras ao aproveitamento, gestão e proteção

3 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46.
4 BOBBIO, Norberto. In: GRANZIERA, op. cit. P. 46.
5 "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que permita levar uma vida digna, gozar de bem estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras."
6 In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Op. Cit. p. 47.

eficazes das águas de curso sucessivo, de tipo doce e de natureza fronteiriça[7]."

– Princípio do desenvolvimento sustentável: Segundo Granziera, este princípio tem sua origem remota nos anos 70, quando uma equipe de cientistas do MIT (Instituto de Tecnologia de Massachussets) elaborou um relatório intitulado "The Limits of Growth", mais conhecido como Relatório *Meadows*, que teve grande repercussão internacional e teve grande peso nos estudos preliminares da Conferência de Estocolmo (1972). A declaração derivada de Estocolmo, em seu princípio 13, registra a idéia do uso racional e planejado dos recursos, de modo a se compatibilizar o desenvolvimento com a necessidade de proteger e melhorar o ambiente, noção intrínseca ao desenvolvimento sustentável.

No Relatório Bruntland, elaborado pela Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento, da ONU, o desenvolvimento sustentável é assim definido:

> "Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas necessidades".

O conceito de desenvolvimento sustentável consignado no relatório Bruntland é o que hoje está difundido e, inclusive, está presente em praticamente toda a Agenda 21, elaborada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio ambiente e desenvolvimento de 1992, a Rio/92.

A garantia da prática do princípio cabe às leis e ao Estado, através do exercício do seu poder de polícia e fiscalização eficiente.

No que tange aos recursos hídricos, é evidente que tal princípio também deve ser aplicado, o que ficou registrado também na Convenção de Paris, de 1998, que estabeleceu que:

> "É indispensável incentivar o conhecimento e a compreensão dos recursos hídricos em todos os níveis, a fim de melhorar o seu aproveitamento, gestão e proteção, promovendo sua utilização mais eficaz, eqüitativa e sustentável"[8].

7 FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Águas: Aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba: Juruá, 2002. Anexo III, p. 250.

8 FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Op. cit. P. 250.

– Princípio da Prevenção e Princípio da Precaução: Apesar de alguns estudiosos do tema não separarem estes princípios, a maior parte da doutrina os distingue[9]. O princípio da prevenção, assim como o do poluidor-pagador, que será visto mais adiante, já estava presente na Convenção sobre Cursos D'água e Lagos, de 1992. Estes princípios foram formalmente "adotados" na ECO/92. A prevenção consiste em, segundo Michel Prieur:

> "impedir a superveniência de danos ao meio ambiente por meio de medidas apropriadas, ditas preventivas, antes da elaboração de um plano ou da realização de uma obra ou atividade"[10].

O princípio da Precaução, por sua vez, situa-se num âmbito mais avançado que o da prevenção, pois exige que, se houver risco de um dano ambiental irremediável na realização de certo empreendimento, tal obra não seja executada. Nisto difere a precaução da prevenção, pois esta, no caso da realização de certa "obra" que interfira no meio ambiente busca a compatibilização entre a atividade e a proteção ambiental, mas não recomenda que se deixe de executar o empreendimento por conta dos riscos dele decorrentes[11].

O princípio da precaução, contudo, pode ser entendido como um dos mais importantes do Direito Ambiental, senão o seu princípio fundamental, basilar. Ele determina que, sempre que restarem dúvidas sobre a possibilidade de um empreendimento causar danos, este não deve ser realizado. Assim, é uma medida drástica que certamente não favorece o crescimento econômico, mas pende para o desenvolvimento sustentável, que pode permitir este entendimento, para evitar grandes danos futuros. Granziera explica que o risco é inerente à atividade que interfira no meio ambiente; o que vai variar é

9 Soraya Lunardi e Michelle Valenti não diferenciam os dois princípios em artigo intitulado: "Formas de impedir a degradação da água". (LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto e VALENTI, Michelle. Formas de impedir a degradação da água. In: ARAUJO, Luiz Alberto David [Coord.]. A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais. Bauru, SP: ITE, 2002. p. 161-180).

10 In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Op. Cit. p. 51.11

11 Quanto ao que nos referimos como "'obra' que interfira no meio ambiente", significa dizer todas, com diferentes graus de interferência, evidentemente, e com maior ou menor probabilidade conhecida de dano.

a probabilidade de dano, que é o que deve determinar se o empreendimento pode ou não ser realizado[12].

– Princípio do valor econômico da água: Hodiernamente, este princípio se encontra em diversos documentos internacionais, como a Carta Européia da Água, e significa dizer que a água é um bem, tem valor econômico, o qual cresce à medida em que aumenta a sua escassez[13]. Por ser a água um recurso natural limitado, deve ser utilizado com parcimônia, apesar de ser um direito de todos o acesso à água potável e saneamento. Proíbe-se, portanto, aqui, o desperdício deste valioso bem[14].

– Princípio do Poluidor- Pagador e Usuário-pagador: Presente no Princípio 16 da Declaração do Rio/92, estabelecendo que as autoridades nacionais devem promover a internalização dos custos ambientais, o princípio do poluidor-pagador determina que o poluidor deve pagar pelos danos causados, na proporção da quantidade e da qualidade das descargas poluentes que o mesmo efetua. Assim, o agente econômico responsável pelos efeitos de sua ação não pode transferir seu ônus à sociedade (o que, claro, comporta exceções), e sim, deve arcar com tais custos, neutralizando os custos sociais causados pela poluição e preservando ao máximo as finanças públicas.

Já o princípio do usuário-pagador determina que, apesar de a água ser um bem público, em prol do bem comum da população, os usuários devem

12 O princípio da precaução está consignado no princípio 15 da declaração do Rio: "(...) Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando prevenir a degradação do meio ambiente".

13 Muito interessante a observação feita por Luiz Alberto David Araújo em artigo intitulado "A função social da água". O autor observa que a água, segundo o tratamento dado pela Constituição Federal brasileira, é um bem apropriável. Ressalta que nossa Carta Magna não realizou distinções entre a água que se encontra na natureza e a que está em nossas casas. Por isso, deve ser tratada, em princípio, como qualquer objeto do direito de propriedade. Contudo, numa interpretação sistêmica do nosso ordenamento jurídico, a água deve atender à sua função social, através da sua utilização racional e equilibrada, por ser bem fundamental para a dignidade da pessoa humana. (ARAÚJO, Luiz Aberto David. A função social da água. In: ARAUJO, Luiz Alberto David [Coord.]. A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais. Bauru, SP: ITE, 2002. p. 23-36.)

14 A imprensa tem dispensado cada vez mais atenção ao tema, elaborando instigantes artigos sobre a escassez da água, conforme consta nas referências bibliográficas deste trabalho. Também algumas obras podem ser consultadas a título ilustrativo, como a seguinte: BARLOW, Maude e CLARKE, Tony. Ouro azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books do Brasil, 2003.

pagar pelo uso da mesma. Isto porque esta é um bem ambiental limitado, e para o seu uso são necessários diversos serviços até o abastecimento.

– Princípio da Bacia Hidrográfica como instrumento de planejamento e gestão e Princípio da Cooperação: Estes dois princípios estão intimamente relacionados, pois um conduz ao outro. O primeiro recomenda que a gestão dos recursos hídricos deve levar em conta não somente o rio, mas toda a bacia hidrográfica de que faz parte, o que inclui as águas subterrâneas, grandes reservas de água potável de importância estratégica para o ser humano[15].

Isto se deve ao fato de que se trata de um sistema hídrico, e não de um curso d'água isolado. Tal preocupação é muito pertinente no âmbito do direito internacional, visto que as bacias hidrográficas "naturais" não respeitam fronteiras político-administrativas. Inclusive é comum que as margens de um rio sirvam para delimitar as fronteiras de dois ou mais países. Já existem diversos documentos internacionais que dão este tratamento aos cursos d´água compartilhados; tal é o caso da Carta Européia da Água[16]. Este entendimento implica, como veremos mais adiante, a necessidade de cooperação entre os países ribeirinhos na gestão de seus recursos, daí a estreita ligação com o princípio da cooperação, que será mais explorado oportunamente.

– Princípio do equilíbrio entre os diversos usos da água: Este princípio contém uma recomendação acerca do uso da água, frisando que devem ser considerados não só os aspectos técnicos, mas também os sociais, ambientais, econômicos, institucionais e a legislação no que concerne aos recursos hídricos. Assim, deve-se buscar o equilíbrio entre os múltiplos usos dos recursos hídricos, de forma que sejam obtidos os melhores resultados do ponto de vista social.

Neste sentido, este princípio, contido em documentos como a Conferência da Água das Nações Unidas (Mar del Plata, 1977) e uma recomendação da Comissão Econômica da Europa para a ONU, de 1976, ordena que sejam priorizados os chamados aproveitamentos de recursos hídricos para fins múltiplos e objetivos múltiplos (caso do aproveitamento hidrelétrico, ou seja, produção de energia elétrica a partir da água, que tem diversos objetivos).

15 Caso do Aqüífero Guarani, maior reserva mundial de água subterrânea, que se estende do estado de Minas Gerais até a Argentina, passando por mais seis estados brasileiros, pelo Paraguai e pelo Uruguai, o qual não tem recebido o devido tratamento jurídico por estes países.

16 Art. 11: "A gestão dos recursos hídricos deve se inserir no âmbito da bacia hidrográfica natural e não no das fronteiras administrativas e políticas".

Outros princípios relativos ao Direito das Águas podem ser mencionados. Durante a Conferência do Rio de Janeiro (a ECO 92), por exemplo, formou-se o consenso de que o manejo dos recursos hídricos deve ser baseado em três princípios fundamentais, conhecidos como "Os princípios de Dublin"[17]:

– O princípio ecológico: Segundo o qual a administração independente dos recursos, em que os diversos setores de usuários estão desarticulados quanto ao uso da água, não é apropriada. Dispõe ainda que a terra e a água precisam ser gerenciadas em conjunto, assim como se deve analisar a bacia hidrográfica como um todo, e não o rio isoladamente.
– O princípio institucional: Prescreve que o gerenciamento deve reunir o Estado, a sociedade civil e o setor privado, incluindo as mulheres. Este princípio enfatiza ainda que o manejo dos recursos hídricos deve respeitar o princípio da Subsidiariedade, ou seja, as ações devem ser praticadas no nível menos prejudicial possível ao ambiente.
– O princípio instrumental: Afirma que a água é um recurso escasso, donde a sua utilização em grandes quantidades precisa ser feita com cautela, através de incentivos, e seguindo os princípios econômicos segundo os quais se deve melhorar a alocação (distribuição) e a qualidade da água fornecida.

Paulo Affonso Leme Machado, um dos grandes mestres do Direito ambiental no Brasil, menciona em obra específica sobre os recursos hídricos o que ele chama de princípios da utilização e da participação eqüitativa e razoável do curso de água internacional, consignados numa importante convenção da ONU, a Convenção sobre os direitos dos usos dos cursos de água internacionais não destinados à navegação, que atualmente aguarda as ratificações[18].

Assim, a gestão dos recursos hídricos voltados ao consumo humano - para todas as atividades humanas que requerem o uso de água doce - deve ser feita com eficiência, eqüidade na distribuição e sustentabilidade no uso. No entanto, mais de uma década depois da Conferência Rio/92, percebe-se que o progresso tem sido penoso, lento, e que até os países mais "avançados" não se enquadram ainda nos princípios de Dublin.

17 Relatório do Banco Mundial: Op. cit

18 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos Hídricos: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 131-137.

3. Os cursos de água internacionais e a Cooperação Internacional

Para definir os cursos de água internacionais, o professor Paulo Affonso Leme Machado se refere novamente à Convenção sobre os Direitos dos usos dos cursos de água internacionais não destinados à navegação (1997). Assim, seriam estes os cursos de água cujas partes encontrem-se em países diferentes[19]. Também se pode denominar tais cursos de água de "águas transfronteiriças".

Nesta expressão, incluem-se tanto as águas de superfície quanto as subterrâneas, tanto que a alínea "b" do artigo 2º da citada convenção assim dispõe:

> Curso de água é um sistema de águas de superfície e de águas subterrâneas, constituindo, pelo fato de suas relações físicas, um conjunto unitário, terminando normalmente num ponto de chegada comum.

Aqui, Machado explica que a Comissão de Direito Internacional interpretou o artigo, esclarecendo que o sistema hidrológico é formado pelo espaço onde a água corre, seja este na superfície ou no subsolo. Assim, um sistema hidrológico pode ser composto por geleiras, rios, lagos, aqüíferos, reservatórios e ainda canais. Por conseguinte, desde que os elementos presentes (dois rios e um lago, por exemplo) estejam ligados entre si, formam um curso de água que pode ou não ser "internacional".

O mesmo autor então enfatiza que não importa qual a denominação utilizada, ou seja, se "bacia hidrológica", "bacia hidrográfica", "curso de água internacional", "águas transfronteiriças" ou outra, devendo-se observar que a ONU, através da Convenção de 1997, adotou a noção de "sistema". O que é relevante para nosso estudo é que, qualquer que seja a denominação empregada:

> Um sistema de gestão hídrica integrada necessita previamente do percurso da estrada da cooperação internacional, em que os países de água a montante e a jusante consigam aprender a informarem-se e a consultarem-se mutuamente, esforçando-se em diminuir a desconfiança e a competição.[20]

19 Art. 2º, "a" da referida Convenção.
20 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit. p. 129.

Esta cooperação relativa aos recursos hídricos é o que aquele autor entende como "solidariedade hídrica", ressaltando que a mesma deve estar presente não só na gestão das águas de superfície, mas também na administração do território adjacente aos cursos de água, até porque a poluição desconhece fronteiras políticas, conforme já frisamos. Podemos dizer que se está falando, aqui, de uma cooperação internacional em matéria de recursos hídricos.

A cooperação internacional nada mais é, no dizer de Guido Soares, que uma obrigação de natureza formal que o Direito Internacional impõe aos Estados, em todos os seus comportamentos. Trata-se, então, de obrigação de caráter instrumental dos Estados no trato com os outros Estados, as quais podem se sobrepor a outras obrigações. Assim, qualquer atividade, inclusive relativa ao meio ambiente, deve ser executada em atenção ao princípio e dever de cooperação internacional[21].

Soares acrescenta que foi exatamente no campo da prevenção internacional de poluição das águas doces compartidas (como rios transfronteiriços e lagos internacionais) que a cooperação internacional começou a surgir em documentos escritos, já no final do século XIX[22].

Aos poucos, a partir de polêmicas geradas neste âmbito, foi sendo desenolvido o conceito de cooperação internacional relativamente ao meio ambiente compartido. Um dos casos que contribuiu foi o chamado Caso do Lago Lanoux, entre França e Espanha, em 1957, cuja sentença arbitral registrou existir entre os Estados ribeirinhos um dever de se consultarem, através de procedimentos de informações e notificações, no caso de desvio de águas doces transfronteiriças.

Atualmente, diversos documentos registram um "dever de cooperação internacional", e não só no campo do meio ambiente, como bem registra Cristiane Derani, pois "o princípio da cooperação não é exclusividade do direito ambiental. Esse princípio faz parte do Estado Social[23]". O princípio 07 da Declaração do Rio/92 veio a "coroar" o princípio da cooperação em matéria de meio ambiente e desenvolvimento:

> "Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do

21 SOARES, Guido. Direito internacional do meio ambiente. São Paulo: Atlas, 2003. p. 438.
22 Por exemplo, as convenções sobre regime de pesca do Rio Reno, datadas do século XIX.
23 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997. In: GRANZIERA, op. cit. p. 56.

ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. (...)".

Na prática, a cooperação se traduz em ações conjuntas levadas a cabo pelos Estados com vistas a determinado fim, em nível bilateral ou multilateral, sempre concernentes a um dever instituído por uma norma não escrita[24].

Outro exemplo de documento legislativo que consagra a cooperação internacional em matéria de meio ambiente- muito pertinente ao nosso estudo - é a já referida Convenção sobre os Direitos dos usos dos cursos de água internacionais não destinados à navegação (1997)[25].

Com relação ao Brasil, existem dois tratados emblemáticos no Âmbito de cooperação internacional, exemplares ao menos na intenção expressa em seus textos. Trata-se do Tratado de Cooperação Amazônica (o Pacto Amazônico) e o Tratado da Bacia do Prata[26].

Não obstante a maioria dos tratados internacionais estabelecer deveres e direitos dos países com relação à água, em detrimento de incluírem em seu texto as formas de cooperação entre os mesmos na gestão deste recurso, já existem alguns documentos que procedem de maneira diversa.

Assim, entre tratados, convenções e declarações, podemos citar a já referida Carta Européia da Água, que em seu artigo 12 dispõe que "a água é um bem comum que impõe uma cooperação internacional". Por sua vez, a já referida Declaração de Estocolmo, em seu princípio 24, determina que:

> "Os assuntos internacionais relativos à proteção e melhoria do meio ambiente devem ser tratados por todos os países, grandes ou pequenos, com espírito de cooperação, em pé de igualdade. É essencial a cooperação, mediante providências multilaterais, bilaterais e outros

24 SOARES, Guido. Op. cit. P. 493.

25 Artigo 21.2: Os Estados do curso de água, de forma separada, e, se for o caso, de forma conjunta, previnem, reduzem e controlam a poluição do curso de água internacional que apresente o risco de causar dano significativo a outros Estados do curso de água ou a seu meio ambiente, aí compreendida a saúde ou a segurança humanas, ou qualquer utilização positiva das águas ou dos recursos biológicos do curso de água. Os Estados do curso de água tomarão medidas para harmonizar suas políticas com essa finalidade".

26 Assunto que o mestre Guido Soares explora bastante em suas duas obras citadas na bibliografia deste artigo, ressaltando a engenhosidade do Tratado da Bacia do Prata, uma inovação no Direito internacional construída por Miguel Reale.

meios apropriados, para eficazmente limitar, evitar, reduzir e eliminar as agressões ao ambiente, resultantes de atividades exercidas em todos os domínios, tomando todavia na devida consideração a soberania e os interesses de outros Estados".

Neste âmbito, podem ser citadas ainda a Conferência de Mar del Plata sobre Recursos Hídricos, que originou o Plano de Ação de Mar Del Plata (1977)[27]. Também diversos princípios da Declaração do Rio/92 são permeados pela necessidade de cooperação internacional no que concerne ao meio ambiente. Interessante é a idéia posta na Conferência de Paris, de 1998, atualizada com a tendência mundial de formação de blocos econômicos regionais:

"A água é um recurso natural fundamental para a prosperidade e estabilidade futuras, e deve ser reconhecido como um elemento catalisador de cooperação intra-regional".

4. Considerações Finais

Com a evolução da ciência, tornou-se evidente a afirmação de que a interdependência ambiental é transfronteiriça[28]. O meio ambiente é um todo, de forma que uma pequena alteração em um local pode causar danos de menores ou maiores proporções a outro. Assim, a tutela e a salvaguarda do ambiente devem constituir um objetivo estratégico primário para os países.

O que se deve frisar no que concerne à cooperação internacional em matéria de cursos de água compartidos é que as noções hoje adotadas de sistema hídrico deixam para trás a visão de cursos de água isolados, submetidos a administrações também isoladas.

Assim, as novas noções acompanham não só um "imperativo de eqüidade", no dizer de Guido Soares, mas também necessidades de gestão integrada surgidas com a prática. Hoje, pode-se dizer que os rios, por exemplo, quando compartidos, não são direitos soberanos dos Estados, como se fosse possível calcular a "propriedade" do rio pela parte que ocupa em cada território.

Dessa forma, é cada vez mais a cooperação internacional um imperativo a ser posto em prática na gestão dos cursos de água compartidos, sendo

27 V. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Op. cit. p. 55.

28 GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 87.

estes entendidos como um sistema que não se submete a fronteiras políticas. Mais uma vez, resta claro que direito é política, e não se faz somente pela norma jurídica. De nada adiantará a assinatura de tantos tratados se os mesmos não forem postos em prática de maneira adequada, com colaboração mútua entre os signatários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Livros

- ARAÚJO, Luiz Aberto David. *A função social da água.* In: ARAUJO, Luiz Alberto David [Coord.]. *A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais.* Bauru, SP: ITE, 2002. p. 23-36.
- CÁNEPA, Eugênio Miguel, TAVARES, Vitor Emanuel, PEREIRA, Jaildo Santos e LANNA, Antonio Eduardo. *Perspectivas de utilização de instrumentos econômicos na política e gestão ambiental: o caso dos recursos hídricos.* In: HAUSEN, Enio Costa [org.]. *Temas de direito ambiental: uma visão interdisciplinar.* Porto Alegre: AEBA, APESP, 2000. p. 191-200.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas: Considerações gerais. In*: FREITAS, Vladimir Passos de [Coord.]. *Águas: aspectos jurídicos e ambientais.* Curitiba: Juruá, 2002. p. 17- 28.
- GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. *Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces.* São Paulo: Atlas, 2001.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto e VALENTI, Michelle. *Formas de impedir a degradação da água.* In: ARAUJO, Luiz Alberto David [Coord.]. *A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais.* Bauru, SP: ITE, 2002. p. 161-180
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: Direito brasileiro e internacional.* São Paulo: Malheiros, 2002.
- SEITENFUS, Ricardo. *Legislação internacional.* Barueri, SP: Manole, 2004.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, obrigações e responsabilidades.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente.* Barueri, SP: Manole, 2003. - (Entender o mundo; v.2).

2. Outras Publicações

– KRAUSE, Gustavo. *A bênção das águas.* Jornal do Commercio. Recife, p.11, 28/02/04. [Coluna "Opinião"]
– PONTES, Carlos Antonio Alves. *Urbe, água, vida: Ética da proteção aplicada ao estudo das implicações morais no acesso desigual à água potável.* Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2003. [Tese de doutorado em saúde pública apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde pública da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo cruz].
– TAUTZ, Carlos. *Dia mundial da água: nada a comemorar.* O Pasquim 21. São Paulo, nº 103, p. 18, 20/03/04.
– Relatório do Banco Mundial: *Water - A Priority for Responsible Growth and Poverty Reduction. An Agenda for Investment and Policy Change.* 2003. Disponível na Internet: www.worldbank.org/water, 02.09.2004.

A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS DO BRASIL COM O FMI.

Wanilza Marques de Almeida Cerqueira
(Aluna do 9° período da Graduação em Direito da UFPE; Ex-monitora de Direito Constitucional 3; Monitora de Direito Constitucional 2; Ex-pesquisadora do CNPq).

Sumário: 1. Introdução; 2. Os acordos com o FMI: procedimento e natureza jurídica; 3. Dispositivos da Constituição Federal de 1988 relevantes para designação da competência do Poder Legislativo em relação às operações com o FMI; 4. Correntes doutrinárias; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.

1.Introdução

O Fundo Monetário Internacional foi uma das instituições criadas em Bretton Woods, EUA, em 1944. O objetivo das Instituições, FMI e Banco Mundial, criadas em tal ocasião era realizar um acordo que promovesse uma maior cooperação na área econômica internacional. Havia uma tendência liberalizante da economia. Algumas décadas depois, na atualidade, novamente observa-se uma propagação de idéias liberais, mas em um momento histórico marcado pela globalização, multilateralidade do comércio e interligação das economias.

Nota-se que no processo de globalização o poderio dos Estados Nacionais como reguladores da economia diminui e cresce a importância de organismos internacionais, como o FMI.

O FMI é, pois, um organismo internacional que visa auxiliar os Estados no processo de globalização, oferecendo recursos para que estes superem as crises econômicas. Os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, passam a recorrer ao Fundo para financiar seu crescimento.

O intuito do presente artigo é analisar o papel do poder legislativo nas operações financeiras realizadas pelo Brasil com o FMI. Há um entendimento ainda nebuloso, não pacificado, na doutrina em relação ao tema aqui proposto, pode-se afirmar até que há uma escassez de debate sobre o tema, ainda não foi debatido como deveria, tendo em vista sua importância. Serão expostas três vertentes doutrinárias a respeito do papel do Legislativo, uma afirma que o Senado Federal deveria autorizar as operações, outra diz ser competência do Congresso Nacional e a outra entende que não deve haver participação nenhuma do referido Poder.

Preliminarmente, O procedimento e a natureza jurídica de tais acordos serão objeto de ponderações, depois serão analisados os dispositivos constitucionais a respeito das competências do Congresso Nacional e do Senado Federal relevantes para o deslinde da questão dos acordos com o FMI. Por fim, será defendido o posicionamento que confere ao Congresso Nacional a competência para apreciar as operações com o FMI.

2. Os acordos com o FMI: procedimento e natureza jurídica

Para que haja um socorro financeiro por parte do FMI, é necessário que o Estado interessado em receber os recursos assuma o compromisso de cumprir as *condições* impostas pelo Fundo. Só assim há, do ponto de vista do FMI, uma garantia de que os pagamentos externos serão realizados no futuro. O FMI atua, também, na formulação de programas de reforma econômica no Estado Membro.

O FMI solicita, então, que o Estado elabore uma *Carta de Intenções*, contendo os compromissos políticos do governo solicitante de auxílio para o período do programa de financiamento. O Fundo possibilita uma linha de crédito ao Estado interessado, o qual irá efetuar saques durante um determinado período, sobre o montante negociado entre a Instituição e o Estado. Para isso, é necessária a elaboração de dois documentos: as *condições de saque* e o *Memorando do Ministro da Fazenda*, que versa sobre a política monetária a ser seguida.

O procedimento formal de manutenção do auxílio do FMI, então, é o seguinte: os representantes do Estado, que no Brasil são o Ministro da Fazenda e o Presidente do Banco Central, encaminham ao Diretor Administrativo do FMI um Memorando de Políticas Econômicas e um Memorando Técnico de Entendimentos, nos quais constam dados relativos à recente situ-

ação econômica do Estado, assim como os objetivos que deverão ser alcançados para que se mantenha a linha de crédito.

A *Carta de Intenções* não seria um Tratado Internacional, segundo o FMI, mas sim um *stand-by arrengement*, o que exclui a necessidade de ratificação por parte do Poder constitucionalmente destinado para tanto. Tais arranjos seriam destituídos de caráter jurídico, porque não há um vínculo obrigacional juridicamente válido, podendo o Estado abandonar as intenções descritas na Carta em conseqüência de fatos imprevisíveis ou incontroláveis, o programa expresso na Carta, então, não adquire caráter jurídico.

Os *stand-by arrengement* são considerados, conforme explica Feliciano de Sá Guimarães,[1] "um certo tipo de normatização que se convencionou chamar de *soft law*. De acordo com Guido Soares, a *soft law* nasceu da necessidade dos Estados em resolver de maneira rápida e eficaz determinadas situações sem se preocupar com a roupagem jurídica internacional de suas decisões. Ao invés dos Estados se preocuparem com a feitura das fontes tradicionais do Direito Internacional Público, procuraram encaminhar os problemas de maneira menos burocrática e, conseqüentemente, eficaz".O autor ainda, em seu artigo, cita uma passagem da obra de Guido Soares, que afirma ser a *soft law* "um domínio entre a política internacional, em que prevalece a inventividade dos Estados e de seus negociadores, em que se releva a parca preocupação com legalidade, ou mesmo em que pode ser nula a preocupação formal (...) Trata-se de um campo nebuloso no qual incidem as necessidades de lege ferenda, pelo menos do ponto de vista da tipificação dos fenômenos, os quais, por todos seus elementos, têm aparência de possuírem todas os característicos clássicos de uma fonte do Direito Internacional."

A afirmativa de que os acordos são destituídos de caráter jurídico, pois não vinculam juridicamente as partes merece uma análise crítica. O que ocorre é que o FMI é imune a qualquer responsabilização, contra processos judiciais, pois há uma cláusula de imunidade que o exime. Não poderá ser objeto de discussão jurídica, então, as *sugestões* do programa do Fundo que não tenham sucesso na prática. Vale relembrar algumas *sugestões* desastrosas do FMI, como a recomendação de fechamento de 16 bancos na Indonésia, que culminou na crise do mercado financeiro mundial, assim como a reco-

1 GUIMARÃES, Feliciano de Sá. O Congresso Nacional e o Fundo Monetário Internacional. Revista Autor. Disponível na Internet em: http://www.revistaautor.com.br/artigos/2004/35fel.htm (25.06.2005).

mendação de manutenção da paridade entre o Peso argentino e o dólar, apesar do aumento do déficit público interno.[2] Por outro lado, se o FMI entender que o país ajudado não está cumprindo com a Carta, poderá paralisar os empréstimos, o que não é considerado uma sanção internacional propriamente dita, mas que na prática funciona como tal.

Os programas formulados pelo FMI tratam de temas importantes como o crédito interno, déficit público, reservas internacionais, o débito externo, sistema de preços e taxas de juros. Percebe-se a abrangência do programa do FMI para a economia brasileira ao ler os tópicos que constam do Memorando de Políticas Econômicas de 2002: mercado de trabalho; crise energética; inflação; conta corrente e balança comercial; aporte de capitais; reservas internacionais brutas e líquidas, dívida externa; performance fiscal; déficit público; taxas de juros – Selic; créditos bancários; reformas estruturais; políticas e perspectivas para 2002. No Memorando Técnico de Entendimento, celebrado em 4 de dezembro de 1998, o governo brasileiro assumiu, por fim, cumprir as seguintes metas:[3] a)Aumentar a alíquota da CPMF para 0,38% (zero vírgula trinta e oito por cento) a partir de 1999; b)Promulgar Emenda Constitucional da reforma da previdência, tanto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) como do sistema previdenciário do setor público (RJU – Federal); c)Proporcionar aos técnicos do Fundo dados diários sobre as reservas internacionais no BC, no conceito de liquidez; os dados serão fornecidos no dia útil subseqüente.

As reformas estruturais empreendidas nos últimos anos pelo Brasil, muitas por emendas constitucionais, foram recomendadas pelo FMI, e visam preparar o país para abertura da economia por meio da liberalização do comércio e da circulação de capitais, por meio de um programa de privatizações, a desmonopolização e desregulação de setores estratégicos da economia. As reformas na administração, nos tributos e na previdência social são exemplos.

Outra faceta preocupante dos acordos, tão abrangentes, com o FMI é que eles são realizados de forma sigilosa em seus termos, faltando transparência, também, pois são realizados em inglês, sem tradução para o português, dificultando em muito seu entendimento.

2 SILVA, Roberto Luiz Silva e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Brasil e os acordos econômicos internacionais - perspectivas jurídicas e econômicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

3 GUBERT, Pablo Andrez Pinheiro. Aspectos jurídicos do acordo Brasil - FMI. Disponível na Internet em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2537 (25.06.2005).

3.Dispositivos da Constituição Federal de 1988 relevantes para designação da competência do Poder Legislativo em relação às operações com o FMI

"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

(...)

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;"

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;"

"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;"

A Carta Magna de 1988 estabeleceu no art. 52, V que o Senado Federal deverá aprovação de operações externas de qualquer natureza, não só de tratados. O Senado, então, deve autorizar previamente a operação. Não se trata de um "referendo" em que a manifestação é posterior às negociações, mas de *autorização prévia.* A necessidade da aprovação parlamentar de tais acordos decorre historicamente do fato do Poder Executivo sob a égide de Constituições anteriores, ter discricionariamente celebrado acordos e contratos com bancos e entidades estrangeiros, agravando a dívida externa do país. O constituinte de 1988 lembrando dessa experiência resolveu atribuir ao poder legislativo o dever de controlar e limitar tais atos do Poder Executivo, para evitar o uso abusivo do patrimônio nacional.

É importante notar a diferença dos art. 49, I e do art. 52, V. O primeiro dispositivo trata da competência do Congresso Nacional, confirmada pelo o art. 84, VIII. As operações externas de natureza financeira poderiam enquadrar-se na categoria "atos internacionais"? Valério Mazzuoli [4] ensina que o entendimento majoritário da doutrina é que na prática a expressão atos internacionais é somente um sinônimo para designar tratados internacionais,

[4] SILVA, Roberto Luiz Silva e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit., p. 115

não se tratando de atos que não consistam tratados ou acordos. O autor enfatiza que já no caso do art. 52, V, o constituinte atribuiu a competência ao Senado Federal de autorizar *quaisquer* contratos ou transações de natureza financeira, como os acordos com o FMI, foi dada preferência ao Senado, pois este representa com igualdade os Estados Federados, evitando influência política desigual entre os Estados (o que ocorre com a Câmara, onde a eleição obedece ao sistema proporcional, podendo a bancada de um estado diferir dos outros).

Discorda-se do referido autor este artigo, pois se acolhe o entendimento de que os acordos com o FMI, que não têm a roupagem de acordos ou tratados internacionais, mas que se enquadram dentro do quadro de competências do Congresso Nacional, pois é um ato internacional que acarreta encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

4. Correntes doutrinárias

No tópico anterior já foram comentados alguns aspectos decorrentes do problema da competência para apreciar os acordos com o FMI. Serão, agora, expostos cada um dos entendimentos da doutrina: se cabe privativamente ao Congresso Nacional, ao Senado ou se não deve haver a participação do Poder Legislativo.

1) *O Poder Legislativo não deve participar dos acordos com o FMI*

Alguns afirmam, alguns agentes do Poder Executivo, da Fazenda Nacional, por exemplo, que não há necessidade de autorização do Senado para levantamento de recursos do FMI, pois a autorização advém de tratado aprovado pelo Parlamento. Os *stand-by arrangements* seriam meros atos de execução do Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional, *tratado-quadro* cujo texto foi regularmente aprovado pelo Parlamento. Em 1990, o Executivo deixou de apresentar uma Carta ao Senado utilizando tal posicionamento.

Tal posicionamento é perigoso e indevido, porque as operações financeiras com o FMI repercutem na economia nacional, e atribuir tal dispensa seria conceder liberalmente caráter executório e dar elasticidade inexistente no art. 52, V da CF que não faz menção nem remotamente à dispensa para operações de execução de tratados internacionais[5]. O poder executivo não

5 SILVA, Roberto Luiz Silva e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit., p 127.

pode dar uma interpretação com base doutrinária, diga-se de passagem, duvidosa a um artigo da CF, principalmente um artigo que trata das competências, privativas, do poder legislativo. Estaria-se ferindo frontalmente a tripartição de poderes, princípio e cláusula pétrea da Lei Maior.

a) A competência é do Senado Federal

Um argumento apresentado conduzindo à dispensa da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional, mas apenas do Senado é de que os acordos com o FMI são *stand-by arrangements,* que consistem em uma linha de crédito cuja modalidade de abertura e utilização foi previamente discutida entre o Fundo e o Estado solicitante. Os *stand-by arrangements* não são qualificados, como visto, de acordos internacionais, não sendo nem sequer levados a registro no Secretariado das Nações Unidas, são composição ou arranjo, que não apresentam aspecto contratual, não são acordos em sentido estrito, prescindindo, portanto, do referendo do Congresso Nacional, pois "atos internacionais" não denota outros acordos sem a roupagem de tratados ou acordos internacionais. O Senado Federal sim, por expressa disposição no art. 52, V, deve autorizar *quaisquer* operações externas de natureza financeira, englobando aí os acordos com a referida organização internacional.

3) *O Congresso Nacional é o competente*

Muitos entendem, e aqui se concorda, que o Congresso deve autorizar os acordos firmados com o FMI por entenderem que são gravosos ao patrimônio público. Há inclusive uma emenda à constituição em tramitação no CN que tem por intuito dirimir tal dúvida sobre a abrangência do art. 49 da CF. É o PEC n. 28, de 23.08.201, e incluiria no art 49 o seguinte parágrafo único: *"na competência prevista no inciso I, inclui-se a apreciação de todos os acordos, entendimentos, contratos ou atos internacionais firmados por entes da administração pública direta e indireta com organismos financeiros internacionais, quando a República Federativa do Brasil figurar na qualidade de parte, avalista, fiadora ou garantidora".*

Celso D de Albuquerque de Mello argumenta que o Congresso Nacional deve apreciar e autorizar a questão porque a Câmara dos deputados é o órgão de representação popular e as cartas de intenções são muito mais amplas nos seus efeitos do que uma simples operação de crédito, vez que nelas

os Estados se obrigam a cumprir uma política econômica que tem repercussão em vários setores. Paulo Roberto de Almeida concorda afirma que incide o art. 49, I, pois tal ato obriga financeiramente o Tesouro Nacional e cria compromissos a serem inscritos nos encargos gerais da União.[6]

Alguns se posicionam no sentido de que a apreciação do Senado não exclui a posterior apreciação pelo Congresso Nacional, devendo ser ouvida a comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para que esta determine se o ato é considerado gravoso ou não ao para o patrimônio nacional, caso o parecer seja afirmativo, o Congresso deveria apreciar a questão. Entendo, no entanto, que o Constituinte estipulou competências privativas para o Congresso e para o Senado, sendo excludentes, portanto, se o Congresso for competente para referendar, não cabe, então, análise do Senado, muito menos que uma comissão deste diga o que deve ser entendido como gravoso ou não, isto deve, portanto, ser estipulado previamente para o órgão competente cumprir com seu papel constitucionalmente designado.

5. Considerações finais

Do que foi escrito depreende-se que compete ao Congresso Nacional apreciar os acordos empreendidos pelo Poder Executivo com o FMI. A previsão constitucional do art. 49, I, incide em tal caso, pois os acordos com o FMI são por demais abrangentes, envolvendo exigências de mudanças estruturais da economia brasileira, acarretando compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Reformas até mesmo na Constituição foram efetivadas para atender às exigências do Fundo Monetário Internacional.

A apreciação pelo Congresso Nacional possibilitará uma participação do povo, através de seus representantes, os deputados federais, nos acordos com o FMI. Quem irá sentir as repercussões do acordo econômico é mesmo a população. Desta forma, emprestar-se-ia uma legitimidade e credibilidade maior aos acordos, que nada têm de democráticos.

6 SILVA, Roberto Luiz Silva e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit., p. 123

6. Bibliografia

SILVA, Roberto Luiz Silva e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Brasil e os acordos econômicos internacionais - perspectivas jurídicas e econômicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Feliciano de Sá. *O Congresso Nacional e o Fundo Monetário Internacional*. Revista Autor. Disponível na Internet em: http://www.revistaautor.com.br/artigos/2004/35fel.htm (25.06.2005).

GUBERT, Pablo Andrez Pinheiro. *Aspectos jurídicos do acordo Brasil – FMI*. Disponível na Internet em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2537 (25.06.2005).

OLIVEIRA, Gesner. Brasil - FMI: realidades e mitos. Disponível na Internet em: www.relnet.com.br (20.06.2005)

O DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

Rivaldo Frias Júnior
(Pesquisador Pibic CNPq/Facep; monitor de Direito Administrativo I)

Sumário: 1. Conceito e adequação do tema; 2. Teorias econômicas; 3. Estrutura de mercado e a concorrência instrumental; 4. A concorrência perfeita; 5. Concorrência imperfeita; 6. Regras aplicáveis no Brasil; 7. A atuação estatal; 8. Conclusão; 9. Referências Bibliográficas.

1. Conceito e adequação do tema

A acepção mais vulgar do termo concorrência é a de competição, que segundo Celso Pedro Luft, pode ser entendida como luta, disputa. Não podemos esquecer, porém, da utilização do vocábulo em outro sentido, referindo-se a concorrência como meio para angariarem-se objetivos comuns, quando então passa a ter significado totalmente diverso.

Na ciência jurídica e do direito econômico, a concorrência agrega-se mesmo ao sentido mais ordinário do termo, aludindo à disputa entre distintos agentes econômicos. A delimitação do tema nos permite concluir que ao direito econômico interessa apenas as altercações pertinentes às relações comerciais conspurcadas entre entidades empresariais e estatais no âmbito das atividades mercantis por elas desempenhadas.

Deve-se salvaguardar que, diferente das instituições privadas, as estatais não desempenham diretamente atividades econômicas a serem regulamentadas pela ciência jurídica. O Estado, contemporaneamente, não é mais tido como agente das atividades econômicas; porém, permanecendo como figura de grande importância, servindo como instrumento definidor das diretrizes eleitas politicamente como ente normatizador e fiscalizador. Um dos meios utilizados pelo Estado que bem demonstram esta adequação fática à realidade econômica é a instituição de subsídios fiscais, atribuídos pelo ente federal, estadual ou municipal à empresas de determinados setores. Exemplo

recente desta faceta pode ser encontrada na disputa entre vários estados brasileiros pela instalação de uma fábrica de automóveis da Ford, que devido às vantagens oferecidas, foi alojada no estado da Bahia.

Embora não seja de grande pertinência ao tema proposto, apesar de correlato, e por isso nele não nos teremos, válido nos referimos aos benefícios trazidos por estes subsídios. Consideramos que apenas serão adequados à economia local se houver uma séria política de implementação, que deve apoiar-se nas necessidades das empresas que se fixam na localidade, bem como da sociedade ali presente, tendo em vista que, por muitas vezes, o que se nota é o esvaziamento da atividade econômica tão logo encerrado o prazo do benefício fiscal oferecido.

O governo federal há muito tem se utilizado de subsídios para definir metas fiscais. Estas metas cingem-se não somente à questões de ordem fiscal, mas muitas vezes referem-se a implementação de programas de natureza econômica e social. Habitual a alusão à regulamentação econômica através do imposto de importação, que por vezes flutua segundo os interesses momentâneos expressos pelo Executivo. Com o ingresso no *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) e na Organização Mundial de Comércio, os Estados têm cada vez menos liberdade no que se refere à instituição de auxílios que afetem a economia internacional. A OMC proíbe uma política de incentivos mais agressiva, procurando manter o equilíbrio comercial entre as diversas nações. Porém, muitos países procuram outros meios de limitação à entrada de produtos estrangeiros em suas fronteiras, burlando as regulamentações da OMC ou de outros acordos comerciais. Um dos meios mais difundidos hoje é a aplicação de barreiras fitosanitárias, que tendem a obstruir o ingresso de produtos oriundos de outros países em decorrência de prováveis inadequações à regras de saúde sanitária. Como a contenda originária em virtude desse tipo de justificação exige uma avaliação muito mais rebuscada da OMC, as nações que a utilizam acabam sendo privilegiadas, no mínimo pela demora da resolução do impasse.

Estas implicações remetem diretamente à defesa comercial, sempre que configurem a prática anticompetitiva, quando o produto é vendido abaixo do preço de custo local, ou o dumping, que se conforma com a exportação de um produto abaixo de seu valor normal no mercado exportador.

A defesa da concorrência nem sempre foi tratada como instituto que merecesse a atenção dos legisladores, nem mesmo existindo, durante muito tempo, qualquer interesse na sua regulamentação. Uma breve divagação histórica é pertinente a este respeito.

O administrativista JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO leciona que "*O processo histórico sempre demonstrou a associação entre a política e a economia. Em cada fase da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas que oferecem seus axiomas para compatibilizar as formas de direção do Estado com os interesses econômicos. Quando alguma construção doutrinária é alterada quanto aos fatores políticos, são irremediáveis os reflexos que provocam na ordem econômica. E a recíproca é verdadeira*"[1].

2. Teorias econômicas

Nesse diapasão, duas teorias fundamentais servem de base na explicação da atuação do Estado no domínio econômico: o liberalismo e o protecionismo.

O liberalismo defende a total liberdade de circulação dos meios de produção, com a plena possibilidade de compra e venda. Esta teoria foi difundida por Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*, de 1776 que buscava defender os interesses da burguesia, que ascendia ao poder. Smith propagava a idéia de um Estado absenteísta aos interesses econômicos, que deveriam ser adequados às necessidades da comunidade através de seu próprio empenho; para ele a mola propulsora dos sistemas baseados na livre iniciativa é o interesse individual. "*Ao Estado não caberia a interferência nem a regulação da economia; limitava-se apenas a uma postura de mero observador da organização processada pelos indivíduos. O 'laissez faire, laissez passer' dava bem a idéia da passividade do Estado diante dos fenômenos econômicos e sociais*[2]".

Assim como Smith, outros defensores do liberalismo econômico, como Jean Batptiste Say, Thomas Robert Malthus, Stuart Mill e David Ricardo argumentavam que a livre concorrência baseada no individualismo era o melhor método para se assegurar o maior desempenho industrial possível, cabendo ao Estado interferir apenas em setores que não despertassem o interesse da iniciativa privada.

Os efeitos do liberalismo mostraram-se trágicos, disseminando cada vez mais as desigualdades sociais, passando a alastrarem-se novas teorias

1 José dos Santos Carvalho Filhos. Manual de Direito Administrativo; p 749.
2 Idem.

que adotavam uma posição do Estado perante a sociedade mais ativa e participativa. Com o abandono da posição de indiferença, e a influência de Karl Marx e John Maynard Keynes, o Estado passa a uma atuação fiscalizadora e intervencionista. A intervenção estatal dá origem ao dirigismo econômico, com a supremacia do interesse público ao regime econômico capitalista.

GASPAR ORINO ORTIZ[3], em análise sobres as razões que determinaram a intervenção do Estado no setor econômico, traz a baila três motivos determinantes. O primeiro diz respeito ao fracasso do mercado e a necessária intervenção estatal para garantir a livre competição. Em seguida teríamos o desenfreado desnível social, em decorrência da insuficiência dos critérios capitalistas, requerendo novos meios de distribuição com um mínimo de equidade. A terceira razão "*consiste na obtenção rápida de determinados objetivos de política econômica e na luta contra o ciclo da economia. O Estado passa a exercer a função empresarial com o fim de conseguir mais prontamente metas que só demoradamente seriam alcançadas pelos particulares*"[4].

Como conseqüência das razões acima aduzidas, a atuação do Estado na economia passou a ser constatada através de quatro modalidades possíveis: a de regulação econômica, a de atuação fiscal e financeira, a de iniciativa pública e a de reserva ao setor público. Contemporaneamente podemos verificar uma grande ênfase na adoção do modelo da regulação econômica, dando-se a atividade estatal através da normatização e fiscalização dos agentes econômicos. No Brasil podemos avaliar este fenômeno através da criação, na última década, de inúmeras agências reguladoras, principalmente a nível federal.

Citando VILFREDO PARETO, o professor cearense JOSÉ WILSON NOGUEIRA DE QUEIROZ afirma que *"atualmente predomina a conciliação das duas posições através da planificação, consoante observação do economista John Maynard Keynes. '... a mais marcante característica dos planos é que representam a primeira compreensiva e elaborada tentativa de combinar as vantagens da liberdade de comércio com salvaguarda contra as conseqüências desastrosas ao sistema 'laissez faire[5]'"*.

3 Gaspar Orino Ortiz. Economia y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público; apud João Bosco Leopoldino da Fonseca. Direito Econômico; p. 240.
4 João Bosco Leopoldino da Fonseca. Direito Econômico; p. 241.
5 José Wilson Nogueira de Queiroz. Direito Econômico; p. 161.

3. Estrutura de mercado e a concorrência instrumental

O mercado constitui-se como o alicerce da economia capitalista, baseada na exploração da propriedade privada dos meios de produção e nas relações de consumo destes meios.

SIMÕES PATRÍCIO, em sua obra Direito da Concorrência, traz-nos a conceituação de mercado em termo das ciências econômicas, como sendo "*o conjunto das ofertas e das procuras dum certo bem, postas em contato em determinado momento para gerar a troca na base dum preço*"[6].

Com a superação do liberalismo desenfreado e as modificações sociais que passaram a exigir uma intervenção do Estado na economia, o abuso do poder econômico passou a ser considerado como conduta anti-social e acoimado pelo Estado. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[7] referindo-se ao poder econômico como acúmulo de riquezas, considera que nem sempre será prejudicial à ordem econômica, podendo mesmo trazer-lhe resultados positivos, no sentido do aperfeiçoamento dos produtos e serviços e das condições de mercado.

Nesse sentido, a regulação do mercado segue um caminho oblíquo, tendo em vista que o abuso perfilha um tênue limite entre o pretenso aperfeiçoamento dos fatores de produção e a quebra da liberdade mercadológica. EROS ROBERTO GRAU, seguindo esta ordem de fatores, busca na liberdade econômica e na livre iniciativa pressupostos para a repressão ao abuso do poder econômico, fazendo perspicaz observação. "*Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao que tal acesso é sonegado – aí a acessibilidade*".

6 Simões Patrício. Direito da Concorrência, apud Dylle Campello. O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul; p. 7.
7 Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Curso de Direito Administrativo; p. 426.

A Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, consagra a repressão ao abuso econômico, dispondo que "*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*".

Desta forma, o texto constitucional enumera as formas de abuso do poder econômico intoleráveis na ordem jurídica brasileira, sejam elas: dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. A eliminação da concorrência é a forma de abuso que maior relevância tem nesse trabalho, restando como efeito direto da dominação dos mercados.

A concorrência é, como bem preceitua DYLE CAMPELLO[8], a pedra angular da economia capitalista, que se coaduna com o livre funcionamento do mercado e a das forças da oferta e da procura. Nesse sentido a dominação de mercados gera a concentração econômica, que vai de encontro ao instituto da concorrência. Pedimos vênia para transcrever excerto de artigo de AURÉLIO WANDER BASTOS, em que bem expressa essa noção:

"*Por esta razão, a regra de funcionamento do mercado não é a da concentração, mas a da concorrência: a participação concorrencial leva as empresas a buscarem padrões cada vez mais qualificados para os bens ou serviços que oferecem aos consumidores. Todavia, a medida que buscam oferecer produtos e serviços de melhor qualidade no mercado, tendem a restringir as possibilidades de negociação da concorrente que, ou melhora o seu padrão de oferta, ou sucumbe diante da pressão concorrencial, falindo ou buscando novos aliados. Esta aliança pode se manifestar através da simples fusão ou incorporação de uma empresa por outra (truste), ou através de acordos ou compromissos (que em geral não tem natureza jurídica) para resistir à concorrência (cartéis).*"[9]

O objetivo da concorrência é, portanto, a proteção ao mercado, que é um bem juridicamente protegido como bem coletivo, "*pertencente à todos, inclusive àqueles que não exercem atividades comerciais diretas , mas que tem o direito de exigir ou de buscar proteção legal e institucional para se alcançar o seu funcionamento equilibrado*"[10].

8 Dylle Campello. O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul; p. 7.

9 Aurélio Wander Bastos. Cartéis e Concorrência: Estudo da Evolução Conceitual da Legislação Brasileira Sobre Abuso do Poder Econômico in Estudos Introdutórios de Direito Econômico; p 16.

10 Idem; p. 22.

Funcionando desta forma, a concorrência adota um caráter instrumental, que se configura pela adequação de comportamentos restritivos à concorrência ao sistema anti-concorrencial. Sopesando-se os resultados da conduta, que pode advir em abuso de poder econômico, o Estado posiciona-se pela supremacia do interesse no aumento da produtividade ou ainda pela melhoria na qualidade dos bens.

Servimo-nos de um exemplo para fomentar a discussão. Suponhamos que duas empresas, "A" e "B", sejam as principais concorrentes no mercado de detergentes. Em decorrência da competição pelo mercado consumidor as duas companhias tentam inovar seus produtos, buscando meios tecnológicos que lhes permitam oferecer diferenciais ao público. A empresa "A" cria um novo lava-louças, que além de ter características muito superiores frente ao detergente da concorrente, custa apenas 30% do valor deste. Consequentemente haveria um descompasso na competição pelo mercado, tendo em vista que o novo produto da empresa "A" desbancaria o da concorrente, passando a haver um verdadeiro monopólio no ramo de detergentes.

Em decorrência da quebra do equilíbrio causado pela inovação tecnológica angariada por uma das empresas, caberia ao Estado intervir na economia, com a finalidade da manutenção da concorrência?

EDWARD H. CHAMBERLIN aduz que *"a concorrência e o monopólio não são antagônicos, podendo a concorrência subsistir na presença do monopólio, numa possível interação de forças"*. Argumenta que *"a noção de 'pureza', elaborada pelos teóricos como sendo a ausência de elementos monopolísticos, leva a falácia de que a concorrência só existirá onde não existir o monopólio*[11]*"*.

Desta forma, a concorrência deve ser vista como um meio, e não como um fim, devendo-se sopesar os efeitos de certos atos passiveis de limitar a competição, já que, estarão fazendo cumprir interesses econômicos nacionais e do próprio mercado, que exige produtos de melhor qualidade por menores preços. Os atos que eliminam a concorrência desta maneira não devem ser vistos como abuso do poder econômico, porém ao Estado caberá intervir se, em decorrência do monopólio surgido, o empresário aumentar consideravelmente seus lucros, ofendendo a razoabilidade e praticando atos de usura.

11 Edward H. Chamberlin. The Teory of monopolistic competition; apud Dylle Campello. O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul; p. 11.

No Brasil, acordos que restrinjam a concorrência são permitidos pela legislação, desde que aumentem a produtividade, melhorem a qualidade dos bens e serviços ou propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

No cenário atual, porém, nova dificuldade a ser enfrentada é erigida em decorrência dos fenômenos da globalização e do regionalismo. ONOFRE CARLOS DE ARRUDA SAMPAIO, membro do Instituto Brasileiro de Estudos e Relações de Concorrência e Consumo, servindo-se do exemplo da Comunidade Européia, paradigma de qualquer estudioso do fenômeno da integração, prolifera:

"A experiência da comunidade européia nos tem mostrado que, uma vez adotada a idéia de concorrência instrumental, onde muitas vezes se irá sacrificar a concorrência em benefício de outros valores, como aqueles que na lei brasileira, ora vigente, estão consignados nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 54 (aumento da produtividade; melhora na qualidade de bens e serviços; eficiência e desenvolvimento tecnológico; exigência da economia nacional e do bem comum) ter-se-á, de agora em diante, que levar em conta tais valores no seu significado comunitário e não mais no seu aspecto estritamente nacional."[12]

Surge então a necessidade de uma legislação comum nas comunidades integradas economicamente, não apenas no que se refere a defesa da concorrência, mas em muitas outras áreas.

4. A concorrência perfeita

As idéia de competição é pressuposto básico do sistema capitalista, que tem como fundamento a concorrência entre os diversos agentes econômicos.

FERREIRA DE SOUZA[13] considera para a verificação da concorrência a coexistência de três "identidades": de tempo; de objeto; e de mercado.

DYLE CAMPELLO[14], citando classificação concorrencial de JEAN MARCHAL, remete-nos as três formas de oferta e procura, necessárias à compreensão do fenômeno da concorrência perfeita:

12 Onofre Carlos de Arruda Sampaio. As Regras da Competição no Mercosul in Estudos Introdutórios de Direito Econômico; p 80.

13 Ferreira de Souza. União de Empresas Concorrentes apud Isabel Vaz. Direito Econômico da Concorrência; p. 24.

14 Dylle Campello. O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul; p. 8.

Atomizadas: elevado número de produtores e de consumidores, não sendo capaz a nenhum deles, em decorrência da atomicidade, distorcer o equilíbrio do sistema econômico;

Moleculares: oferta e procura exercidas por poucos, porém com a existência de concorrência;

Monopolíticas: existência de monopólio, com a oferta e a procura exercidas por apenas um agente econômico.

A concepção ideal de concorrência perfeita pressupõe a atomização do mercado, com um elevado número de produtores e consumidores, em que, a retirada de um deles em nada influiria na ordem econômica. Essa diversidade também requer uma semelhança na qualidade e valor dos produtos oferecidos, com uma conseqüente padronização; desta forma, nenhum produtor ou consumidor teria condições de distorcer o justo equilíbrio do sistema. As formas moleculares e monopolíticas estabelecem formas de concorrência imperfeitas.

Os economistas consagraram algumas denominações referentes às hipóteses de concorrência imperfeita. São elas: monopólio, oligopólio, monopsônio e monopólio bilateral. A cada uma destas formas nos ateremos, após considerações sobre a concorrência perfeita.

Como referido acima, a maior característica da concorrência perfeita é justamente a existência de um grande número de competidores, atuando livremente no mercado pela disputa de um mesmo produto, além do elevado número de compradores, de modo que nenhum comprador ou vendedor tenha condições de influir no preço dos bens ou serviços. As condições para a existência de concorrência perfeita são as seguintes:

a) Atomicidade do mercado – elevado número de produtores e de compradores;
b) Homogeneidade dos produtos – identidade entre os produtos e serviços ofertados, sem que os consumidores tenham razões para preferir o produto de uma empresa em preterição ao de outra;
c) Livre entrada no mercado – inexistência de barreiras para o ingresso de novas empresas, bem como para a sua saída do mercado;
d) Perfeita transparência do mercado – completo conhecimento dos fatores condicionantes do mercado, com a conseqüente impossibilidade de atitudes ou manobras isoladas alterarem as condições vigentes;
e) Perfeita mobilidade dos fatores de produção[15].

15 Dyle Campello e Isabel Vaz enumeram da mesma forma estas condições, fazendo referência ao criador desta teoria: Raymond Barre. Économie Politique, 1º vol; p. 578.

Todas estas condições reunidas configuram a concorrência pura, livre de qualquer elemento de monopólio, podendo também ser chamada de pura e perfeita. Já para a caracterização da concorrência perfeita, são suficientes os três primeiros requisitos: atomicidade do mercado, homogeneidade dos produtos e livre entrada no mercado.

FRANÇOIS PERROUX, de forma exemplar, diferencia a concorrência pura e a concorrência perfeita:

"*... a concorrência é pura quando não comporta qualquer mistura, isto é, quando não se mistura com nenhuma força de monopólio. É perfeita quando exerce, sem falhar, as suas funções econômicas e nomeadamente a principal de todas elas: a melhor colocação para todos os recursos*".[16]

Em termos práticos esta teoria constitui uma falácia, tendo em vista a improbabilidade da regulação do mercado através do livre jogo dos interesses individuais e sobretudo da atomicidade dos mercados modernos, que caracterizam-se cada vez mais pela existência de monopólios ou cartéis.

5. Concorrência imperfeita

As hipóteses possíveis de concorrência imperfeita são: monopólio, oligopólio, monopsônio e monopólio bilateral. Debrucemo-nos sobre cada uma delas.

5.1. O monopólio

O termo monopólio deriva do latim *monopolium*, significando "venda por um só". Este o sentido do monopólio, que se dá quando um único produtor ou vendedor concentra a produção ou venda de determinado bem sem similares no mercado, impondo as condições de venda e o valor do produto unilateralmente.

GINO ARIAS define-o como "*o regime econômico, no qual o detentor único de uma qualquer mercadoria ou serviço, numa quantidade qualquer, mas determinada, é livre para realizar, através do preço ou do sistema dos preços, o máximo de utilidade, ou como se diz por outra forma, de 'ofelimidade', em substancia de gozo*"[17].

16 François Perroux. A economia do século XX; pp. 317-318 apud Isabel Vaz. Direito Econômico da Concorrência; p. 28.

17 Gino Arias. Monopólio; p. 16, apud Isabel Vaz. Direito Econômico da Concorrência; p. 35.

A característica fundamental do monopólio para as ciências econômicas é a possibilidade da influência do agente econômico no arbitramento do valor dos bens ou serviços. O monopólio estatal, porém, foi durante muito tempo defendido pelos doutrinadores das ciências econômicas, que nele viam uma maneira da manutenção dos interesses sociais em áreas de grande relevância para a sociedade; no Brasil várias monopólios estatais subsistiram até a década de 1990, como os da exploração de telefonia, energia elétrica, água encanada, dentre tantos outros.

Em consideração à instrumentalidade da concorrência, já referenciada em outro tópico, não podemos tomar o monopólio como um fenômeno odioso por si. DYLE CAMPELLO assevera que "*A tendência do progresso técnico para elevar o custo total dos seus investimentos em bens de capital e o alcance da respectiva amortização em curto prazo fizeram perder o valor que antes tinha a concorrência. Daí falar-se em uma 'non-price competition'*". Para em seguida afirmar que "*Na análise econômica moderna, concorrência e monopólio não excluem um ao outro e a situação ocupada por uma empresa no mercado não constitui, portanto, um indicador relativo de seu poder econômico. Estes princípios têm sido acolhidos por vários sistemas jurídicos, haja vista, acórdãos do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia*[18]".

5.2. *Oligopólio*

Caracteriza-se o monopólio pela existência de reduzido número de agentes econômicos produzindo bens ou serviços idênticos ou muito semelhantes. A noção fundamental do oligopólio é a interdependência entre produtores, já que, em decorrência de seu pequeno número, todos têm importância, possuindo uma significativa faixa do mercado. Como conseqüência, a decisão de qualquer produtor interfere no comportamento econômico dos outros, não existindo também facilidade do ingresso de novos produtores no mercado.

O oligopólio pode ser perfeito ou diferenciado. Será perfeito quando o produto for plenamente substituível, no sentido em que todos os vendedores produzem um produto idêntico, sem que haja diferenciação pela escolha de qualquer um deles. No oligopólio diferenciado os poucos vendedores não

18 Dylle Campello. O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul; pp. 13-14.

produzem um bem idêntico, havendo pequenas variações que possibilitam a escolha e preferência do consumidor pelo produto de um deles, é o que ocorre, por exemplo, com o mercado de cigarros.

5.3. O monopsônio

No monopsônio existem vários vendedores, que oferecem desorganizadamente um mesmo produto a um único comprador.

5.4. Monopólio bilateral

O monopólio bilateral caracteriza-se pela existência de um único vendedor e um único comprador. É uma combinação entre o monopólio e a monopsonia.

6. Regras aplicáveis no Brasil

A Constituição Federal de 1934 era carreada de princípios garantidores de uma plena liberdade econômica, permitindo uma geral competição entre os agentes econômicos sem preponderância de qualquer regra que visasse impor a superioridade de algum deles sobre os demais. Este fato deveu-se a pusilânime da economia do mercado interno e a existência de um fraco parque industrial, com uma economia baseada na exportação de bens agrícolas.

A doutrina se refere como primeira regulamentação condizente ao campo da concorrência no Brasil ao Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que previa normas de defesa da economia popular. Este decreto, que tinha natureza penal-econômica, foi baseado em um projeto de autoria de Nelson Hungria, sendo carreado de fundamentos penalistas, devido, principalmente, a inspiração no Código Penal Argentino. Os crimes contra a economia popular eram equiparados a crimes contra o Estado, com penas de dois a dez anos de prisão, além de pesadas multas, sendo assim considerado todo fato que representasse um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas.

O Decreto-Lei nº. 7.666, de 22 de junho de 1945[19] definiu as mais importantes formas de abuso de poder econômico e instituiu a "Comissão

19 Citando interessante texto de Magalhães Martins, Isabel Vaz colaciona um dos motivos fáticos ensejadores da criação do Decreto-Lei nº 7.666/45: "Inúmeros estudiosos da evolução das leis antitruste no Brasil destacam a forte impressão causada em Agamenon

Administrativa de Defesa Econômica" (CADE), a qual incumbia a função de verificar a existência de atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas envolvidas e interromper as práticas abusivas, sob pena de intervenção. Foi responsável ainda pelas primeiras disposições explícitas acerca da legislação brasileira antitruste, fazendo referência aos principais elementos caracterizadores do abuso econômico. Este decreto valorizou a liberdade da ação empresarial, combinando os sistemas de repressão administrativa e judicial, continuando a conferir um caráter penal e repressivo ao controle estatal, objetivando apenas prevenir as atitudes abusivas. Como professado por WALTER DOUGLAS STUBER e LIONEL PIMENTEL NOBRE[20], "*na prática, essa postura diminuiu a efetiva aplicação das normas, pois implicava verificar pressupostos de dogmática penal, como a tipificação de atos da atividade empresarial e a análise de elementos subjetivos*".

A Constituição Federal de 1946 trouxe ínsita ao seu texto norma de grande relevância sobre a matéria, responsável pela consagração do princípio da repressão ao abuso do poder econômico e a eliminação da concorrência:

Magalhães (Ministro da Justiça que encaminhou o decreto ao Parlamento) pelos episódios ocorridos no começo do século no Nordeste, envolvendo a luta de um industrial pioneiro, Delmiro Gouveia, contra uma poderosa companhia inglesa. Gouveia implantara, na localidade de Pedra, região do São Francisco, uma fábrica de linhas para coser, entrando em competição com a poderosa Machine Cotton, que até então dominava o mercado, através de uma subsidiária situada em São Paulo. Após resistir a todas as pressões para vender sua fábrica à empresa transnacional, Gouveia foi morto em circunstâncias não esclarecidas, em 1917,. Seus herdeiros lutaram para manter a indústria, contado com o apoio de um decreto do presidente Artur Bernardes - Decreto-Lei nº 17.383, de 19.07.1926 - que elevara a taxa de importação sobre linhas de costura de 2.000 réis para 10.000 rés por quilo.

Este decreto de cunho protecionista, editado a favor das indústrias nacionais, acabou sendo revogado dois anos mais tarde. Segundo F. Magalhães Martins, fez-se a revogação para a tender a solicitação do embaixador da Inglaterra e dos banqueiros londrinos, que classificaram a elevação da tarifa aduaneira como um 'ato de hostilidade comercial'. O governo de Washington Luis cedeu às pressões. A tarifa voltou aos 2.000 réis; os herdeiros de Delmiro Gouveia, encontrando-se em uma situação comercialmente difícil, capitularam. Venderam a fábrica de Pedra, em Serra Talhada, à Machine Cotton, que, após desmontar todas as suas instalações, atirou os equipamentos no São Francisco." Isabel Vaz. Direito Econômico da Concorrência; p. 248.

20 Walter Douglas Stuber e Lionel Pimentel Nobre. A atual atuação do CADE no Brasil; p. 31.

"Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros."

Com a Constituição de 1946, tem-se iniciada uma nova fase no direito da concorrência brasileiro, conhecida por principiar o sistema brasileiro antitruste e de repressão ao abuso do poder econômico, deixando de atentar-se apenas à defesa da economia popular. Outra característica desse sistema é a acentuação do caráter preventivo e de orientação da conduta dos agentes econômicos. Nesse lamiré, foram editadas duas leis de grande relevância: a Lei 1.521/51 e a Lei 1.522/51. A primeira estabeleceu as formas de punição para os crimes e contravenções penais contra a economia popular, regulando o seu julgamento, determinando a observância das normas processuais penais em caráter subsidiário. De relevo a proibição de retenção de matérias-primas, mercadorias ou qualquer bem de produção ou de produto necessário ao consumo do povo, com a finalidade de dominação de mercados ou de provocar alta nos preços; de venda de bens abaixo do preço de custo para impedir a concorrência, dentre tantas outras disposições que visavam a ampla defesa da concorrência.

Já a Lei nº. 1.522/51 autorizava o governo federal a intervir no domínio econômico, comprando, distribuindo ou vendendo produtos; fixando preços ou controlando o abastecimento e até mesmo desapropriando bens por interesse social, necessários à realização dos objetivos previstos na Lei.

Como norma de natureza programática, o preceito do art. 148 da Constituição de 1946 necessitava da produção legislativa ordinária, para o atendimento de sua real eficácia. Esta regulamentação foi formulada através da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, considerada a primeira lei antitruste brasileira, sob grande inspiração da Lei *Sherman*. Com o seu advento, o CADE passou a ser designado por "Conselho Administrativo de Defesa Econômica", tendo como funções o exame dos atos capazes de propiciar abuso econômico, e intervir, quando necessário, no acervo das empresas. O mandamento legal, embora baseado na legislação norte-americana, acolheu a doutrina européia do abuso do poder econômico, alterando o caráter eminentemente penal atribuído às normas econômicas, que passaram a ter características de normas civis, de âmbito precipuamente administrativo.

A Constituição Federal de 1988 também estabelece normas de defesa da concorrência, arraigadas nas bases constitucionais da ordem econômica brasileira, imergidas no Titulo VII do Texto Maior, "*Da Ordem Econômica*

e Financeira". As normas programáticas condenam o abuso do poder econômico e dispõem sobre os monopólios nacionais, consagrando um sistema capitalista de economia de mercado, dando, porém, prioridade aos valores do trabalho humano sobre os valores do mercado. De acordo com o texto constitucional, a liberdade de mercado apenas será legítima se exercida nos interesse da justiça social, cabendo ao Estado intervir todas as vezes que a liberdade comercial contrarie os interesses sociais. Leciona DYLE CAMPELLO que "*A Constituição brasileira agasalha a doutrina do 'abuso do direito', não condenando de 'per se' determinadas práticas monopolistas ou oligopolistas, fenômeno natural do capitalismo, mas o abuso das práticas comercias que possam impedir a iniciativa dos outros ou que possam levar a um aumento arbitrário dos lucros*[21]". A Constituição garante um intervencionismo Estatal sobre a economia, lembrando a jurista citada, que este intervencionismo deve ser feito não contra o mercado, mas sempre a seu favor.

Dentre os princípios da ordem econômica, explicitados no art. 170 da Constituição, encontra-se o da livre concorrência, corolário da livre iniciativa. Podemos ainda referir-nos a outros princípios correlatos, como o da propriedade privada e da função social da propriedade, da defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades sociais, busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Em 08 de janeiro de 1991, foi promulgada a Lei 8.158, modificando o regime de competência do CADE e instituindo uma ação conjunta deste com a Secretaria de Direito Econômico, competindo a SDE apurar os distúrbios em certos setores econômicos e empresas, e propor as medidas cabíveis ao CADE; que recebia o processo remetido para julgamento e aplicação das medidas preventivas. Tal inovação foi vista com bons olhos por toda a doutrina, tendo em vista que "*essa repartição de competências, no âmbito da legislação antitruste, revitalizou o controle governamental, já que fora criado um sistema procedimental e processual simétrico aos sistemas do Poder Judiciário, assegurando uma melhor composição de provas e documentos na fase investigatória, e julgados eivados de melhor certeza e critério*"[22].

---

21 Dylle Campello. O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição

22 Walter Douglas Stuber e Lionel Pimentel Nobre. A atual atuação do CADE no Brasil; p. 33.

7. A atuação estatal

A Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, disciplina a atividade administrativa de repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica. A lei estimula a concorrência, reprimindo qualquer prática que possa eliminá-la ou impedi-la. Com a sua publicação, o CADE obteve maior autonomia, vinculando-se ao Ministério da Justiça na forma de autarquia federal, centralizando maiores poderes e passando a não mais depender dos pareceres técnicos da SDE para propor judicialmente a execução de suas decisões ou a efetivação das penalidades por ele impostas.

Com a reestruturação atribuída pela nova lei antitruste brasileira, o CADE passou a atuar de forma preventiva e repressiva, respectivamente, proibindo certas negociações e intervindo nos possíveis efeitos maléficos da atuação empresarial, além de fiscalizar e punir os responsáveis por constatados malefícios à ordem econômica. "*As decisões do* CADE *configuram verdadeiros laudos técnicos especializados, que podem ser submetidos ao crivo da autoridade judiciária*[23]". Suas decisões têm caráter de deliberação administrativa superior com competência julgadora, delas não havendo recurso.

O sistema de defesa da concorrência é então baseado na atividade de dois órgãos: o CADE e a SDE. A Secretaria de Direito Econômico acompanha e monitora as práticas econômicas, apurando a existência de práticas ilícitas para a instrução de processos, podendo adotar medidas preventivas em caráter de urgência. Já o Conselho Administrativo de Defesa Econômica decide pela existência ou não de ilícitos contra a concorrência, aplicando multas. Nas questões relativas à concentração econômica aprova ou rejeita os atos dos agentes econômicos. O sistema conta ainda com a participação da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, que auxilia na instrução de processos administrativos emitindo pareceres. O trâmite processual pode ser superficialmente traçado da seguinte maneira, de acordo com o campo de atuação especificado:

1 - Condutas ilícitas contra a concorrência:

– SDE = averiguação da existência da infração (processo administrativo).

– CADE = julgamento ou arquivamento.

23 *Idem*; p. 35.

2 - *Concentrações econômicas:*

– SDE = apresentação dos atos de concentração[24].

– SEAE = emissão de parecer.

– SDE = emissão de parecer.

– CADE = julgamento.

Em seus arts. 20 e 21, a Lei 8.884 enumera os atos caracterizadores das infrações à ordem econômica a partir de seus efeitos, quando possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. E embora não exista discricionariedade para optar-se pela caracterização ou não de determinada conduta de empresa como contrária a ordem econômica, o CADE tem autonomia para sancionar ou não o empresário incurso na prática infracional, quando sua conduta importar efeitos benéficos à economia, assim como infligir multa inferior ao limite mínimo referido na lei, sempre que entender compatível essa medida com a política econômica do governo.

Para a efetiva demonstração dessa discricionariedade, é de salientar-se a regra contida no art. 54 da Lei 8.884, que assim dispõe *in litteris*:

"Art. 54 - Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o "caput", desde que atendam as seguintes condições:

I- tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

24 Os agentes econômicos podem apresentar à SDE os atos de concentração que tendencionem o domínio de mercado antecipadamente ou no prazo posterior de 15 dias à sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação.

II- os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Se os atos têm como objetivo aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, poderão ser autorizados. O legislador supôs que estas finalidades angariadas pelo agente econômico são suficientes para que, num sopesamento dos bens jurídicos envolvidos, superem a legítima atuação do mercado, tendo em vista que estes fatores acabam por reverterem-se para toda a sociedade, inclusive a partir da exigência de que os benefícios decorrentes sejam distribuídos para os consumidores ou usuários finais. *"Ainda assim, ao decidir o CADE deverá avaliar se a realização do ato, na forma em que pretendido, é a única alternativa para a obtenção dessas eficiências, se há proporcionalidade entre os ganhos e as perdas decorrentes dos efeitos anticompetitivos, se há possibilidade de reduzir o grau de nocividade e se os ganhos privados serão apropriados eqüitativamente entre empresas e os consumidores ou usuários finais"*[25].

Outro modo de validar a atuação do empreendedor é através do § 7º do art. 54, que garante a aprovação automática dos atos submetidos ao CADE e não apreciados no prazo de trinta dias. No caso de não aprovação destes atos, o Conselho deverá regulamentar as situações fáticas decorridas no período do trâmite processual.

A Lei nº. 8.884 já sofreu várias alterações, dentre as quais a Lei nº. 9.021/95 e a Lei nº. 10.149/2000, sem que ocorresse desvirtuamento de sua natureza.

25 Cynthia Nascimento e Magali Klajmic. Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória; p. 4.

8. Conclusão

Percebemos que o legislador brasileiro adotou a teoria da concorrência instrumental, seguindo o critério adotado pela União Européia, em que se admite a razoabilidade de algumas ações que possam configurar restrições à concorrência. JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA[26] considera que a análise econômica do direito deve levar à verificação do confronto entre os prejuízos e os benefícios causados pelos acordos formalizados pelas empresas e submetidos à apreciação do CADE. Desta forma, as normas de defesa da concorrência devem se flexíveis o bastante para que não constituam entraves às empresas e à concorrência, devendo permitir o natural desenvolvimento comercial, não se constituindo em obstáculos à própria concorrência, que se pretende assegurar.

A livre concorrência tem como finalidade melhorar as condições de competitividade das empresas, impelindo-as a um constante aperfeiçoamento que ensejará maiores opções de bens ou serviços, com melhor qualidade e a preços mais justos, beneficiando o consumidor. A prevalecerem condições monopolísticas, o privilégio desloca-se para o produtor em detrimento da coletividade.

Ao Estado cabe garantir aos agentes econômicos condições para a existência de um mercado protegido de ações abusivas da parte de grupos econômicos poderosos, garantindo opções de liberdade de escolha ao consumidor, principal beneficiário de uma séria política de defesa da concorrência.

9. Referências Bibliográficas

1. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *A Economia da Política Externa: a ordem internacional e o progresso da Nação*. Revista Brasileira de Política Internacional, São Paulo, v. 39, n° 1, p. 110-119, jan-jul 1996.

2. BASTOS, Aurélio Wander (org). Estudos *Introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

3. CAMPELLO, Dyle. O *direito de concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

4. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual *de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

26 João Leopoldino da Fonseca. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência; p. 20..

5. COSTA E SILVA, Eugênio da. *A concorrência no Mercosul: considerações preliminares.* Revista de Direito Econômico. Brasília, Ano XXIII, nº. 1, p. 22-43, 1997.

6. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998: interpretação e crítica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

7. LAFER, Celso. *Nova Ordem Internacional, globalização e o mundo pós 11 de setembro* In: Fórum Nacional Instituto Nacional de Altos Estudos, XIV, 2002, Rio de Janeiro. Sumário Executivo. Rio de Janeiro: INAE, 2002.

8. *LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco.* Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

9. ____*Admissibilidade de atos que limitam a concorrência.* Revista de Direito Econômico. Brasília, Ano I, nº. 1, pp. 6-27, 1975.

10. MAGALHÃES, José Carlos de. *Defesa da concorrência no Mercosul.* Brasília, Revista de Direito Econômico. Ano XXIII, nº. 1, pp. 43-59, 1997.

11. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

12. QUEIRÓS, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

13. STUBER, Walter Douglas & NOBRE, Lionel Pimentel. *A atual atuação do CADE no Brasil.* Revista de Direito Econômico. Brasília, Ano I, nº. 1, pp. 29-39, 1975.

14. VAZ, Isabel. Direito *Econômico da Concorrência.* Rio de Janeiro: Forense, 1993.

15. ____*As três vertentes do direito da concorrência.* Revista de Direito Econômico. Brasília, Ano I, nº. 1, pp. 25-34, 1975.

DA LEGALIDADE DO ENUNCIADO N° 331 IV DO TST: A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO NO PAPEL DE TOMADORA DE SERVIÇOS

Eduardo Luiz Bezerra de Souza
(Aluno do 10º período noite da graduação do curso de Direito da UFPE; ex-monitor da disciplina Direito Civil 1 – Teoria Geral; ex-monitor da disciplina Direito Administrativo 1).

Sumário: 1. Introdução ao tema; 2. Histórico da disciplina da Terceirização no Brasil; 3. A subcontratação de mão-de-obra e suas características contratuais; 4. O Enunciado Nº 331, inciso IV, do TST: dificuldades e soluções para a aplicação contra a Administração Pública; 5. Das culpas *in vigilando* e *in eligendo*; 6. Limites à responsabilidade estatal; 7. Conclusões; 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução ao tema

Apesar de existir desde o princípio do processo histórico da humanidade, é inegável que o processo de globalização obteve avanços significativos a partir do século XIX, com a Revolução Industrial, e, em especial, no final da década de 80 do século XX, devido à queda da dicotomia socialismo *versus* capitalismo e à expansão deste último e à Revolução Tecnológica ocorrida na década de 90.

Este processo teve reflexos profundos nas relações de trabalho existentes em todo o mundo com o advento do fenômeno da *Terceirização*, principalmente a partir da década de 90 do século passado. Esta técnica, cuja origem se encontra no âmbito da economia, significa "uma estratégia econômica que proporciona qualidade, agilidade, simplicidade e competitividade, mediante um processo de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio, permitindo às empresas concentrarem-se no seu objetivo fi-

nal"[1]. Seja como for, tal fenômeno implica numa grande reformulação axiológica dos conceitos de empregador e de responsabilidade contratual no âmbito do Direito do Trabalho.

O Estado, ainda importante figura na sociedade contemporânea, não poderia ficar alheio a esta realidade, seja pela sua atuação enquanto ente regulamentador de situações jurídica e socialmente relevantes, seja como ator no cenário social. Prova disto é que a cada dia a Administração Pública utiliza-se de mais contratos com empresas prestadoras de serviço para a execução das suas mais diversas atividades.

Embora também atue na esfera privada, o Estado, por ser pessoa jurídica de direito público, goza de prerrogativas próprias não usufruídas pelos demais sujeitos de direito quando celebra contratos com particulares, em razão de seus papéis de provedor e pacificador do ambiente coletivo. Pode ocorrer, contudo, destas prerrogativas se chocarem com a proteção que o ordenamento jurídico pátrio dá ao trabalho e aos trabalhadores. Este estudo visa a tecer algumas considerações acerca deste choque de interesses.

2. Histórico da disciplina da Terceirização no Brasil

A regulamentação da terceirização no Brasil é feita de maneira esparsa e carece de uma disciplina genérica. Até o momento só está regulada em nível legal a subcontratação de algumas modalidades de trabalho (como o serviço de vigilância), restando à jurisprudência a maior parte do balizamento dos efeitos deste instituto na prática.

Apesar da sua difusão ter sido acelerada principalmente a partir de 1990, a terceirização começou a se delinear tal como é conhecida hoje a partir década de 1970. Antes deste marco, a contratação de mão-de-obra por pessoa interposta era admitida no Direito brasileiro apenas pelo artigo 455 da CLT, que dispõe sobre a responsabilidade do empreiteiro e do subempreiteiro, respectivamente, nos contratos civis de empreitada e subempreitada - contratos estes de caráter nitidamente eventual.

Um marco importante neste processo de criação jurisprudencial foi a edição da Lei nº 6.019, de 31 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o *trabalho temporário*.

1 QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares in ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994, p. 236.

Em linhas gerais, o Contrato de Trabalho Temporário importa num acordo entre a empresa contratante e a empresa fornecedora de mão-de-obra a fim de que esta delegue à primeira, por um espaço de tempo pré-estabelecido, o *poder de comando* que detém sobre os seus empregados.

A delegação do poder de comando da fornecedora significa que a execução do serviço seguirá as diretrizes da empresa contratante, enquanto a responsabilidade trabalhista permanece com a contratada. Para evitar a contratação definitiva de empregados por pessoa interposta – chamada de *marchandage*, como será estudado adiante -, a validade do acordo está condicionada a hipóteses taxativas contidas nesta lei: o *suprimento da força de trabalho normal e permanente às atividades operacionais da empresa cliente*, em caráter de substituição efêmera de empregado ou *de atendimento a uma demanda suplementar de bens a serem produzidos ou de serviços a serem prestados*[2].

Da redação da lei mencionada nota-se que o objeto deste contrato pode ser a execução de qualquer atividade da empresa contratante (atividade-meio ou atividade-fim). A lei não faz restrições quanto a natureza do serviço a ser executado pelo trabalhador temporário, apenas menciona no art 4º que os trabalhadores devem ser "devidamente qualificados".

Apesar destas grandes diferenças, o contrato de trabalho temporário em muito influenciou a concepção do contrato de terceirização como é conhecido hoje. Registra Evaristo de Morais Filho que esta espécie contratual "surpreendeu e chocou a princípio, rompendo com a tradicional e cômoda simetria entre empregador e empregado, individual e permanentemente considerados. Entre um e outro colocou-se um novo organismo, a empresa fornecedora de mão de obra temporária. A relação contratual, de bilateral, passou a ser trilateral, com novas e originais características econômicas, sociais e jurídicas"[3]

Anos após, em 20 de junho de 1983, foi promulgada a Lei nº 7.102, que inicialmente regulamentava a subcontratação permanente de trabalhadores para os serviços de vigilância bancária. A Lei nº 8.863/94 alterou-a posteriormente, estendendo a autorização legal aos serviços de vigilância, segurança e transporte de valores de entidades públicas ou privadas (§2º do artigo 10).

---

2 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, vol. 1. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 277: Trabalho Temporário.

3 MORAES FILHO, Evaristo de. Temas Atuais de Trabalho e Previdência, São Paulo: LTr, 1976, p. 77.

No âmbito jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho editou, em 30 de setembro de 1986, o Enunciado nº 256, que assim dispunha: "Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços". Da redação do enunciado de súmula se vê a timidez e a resistência do direito nacional em aceitar esta nova forma de contratação.

Este enunciado foi revisado em 21 de novembro de 1993, oportunidade em que houve o seu cancelamento e a edição do Enunciado nº 331, que disciplina mais amplamente a matéria. Outra ampliação foi feita em 2000 pela Resolução nº 96, que estendeu expressamente sua aplicação às pessoas jurídicas de direito público.

Também releva destacar duas normas que tratam da "execução indireta" de tarefas executivas pela Administração Pública: a primeira é o §7º do artigo 10 do Decreto-lei nº 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal; a segunda é o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 5.645/70, cujo texto estabelecia que "as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acôrdo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967", mas que foi revogado pela Lei nº 9.527/97.

3. A subcontratação de mão-de-obra e suas características contratuais

O primeiro elemento caracterizador desta espécie contratual é a *presença obrigatória de três sujeitos distintos*, quais sejam, a *empresa tomadora de serviços*, a *empresa prestadora de serviços* e o *empregado*. Entre eles se formam três vínculos de naturezas jurídicas diferentes, a saber: vínculo entre tomadora e prestadora de serviços; vínculo entre prestadora de serviço e empregado; e vínculo entre tomadora de serviços e empregado.

O segundo elemento caracterizador a se destacar é o *objeto do contrato*. Não obstante haver doutas opiniões em contrário[4], é amplamente majoritário o entendimento de que as atividades objeto da subcontratação são apenas as atividades-meio da tomadora de serviços, e nunca suas atividades-fim. Maurício Godinho Delgado assim se refere a respeito de ambas:

4 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op.Cit.

"*Atividades-fim* podem ser conceituadas como as *funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.* São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Por outro lado, *atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo.* São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços"[5] (grifos constantes no original).

A Lei nº 5.645/70 trazia um rol exemplificativo de atividades-meio – limpeza, manutenção de elevadores, segurança e outros -, que foi revogado pela Lei nº 9.527/97.

O terceiro elemento diz respeito às *obrigações* assumidas por cada uma das partes e às prestações devidas por cada um dos envolvidos pelo trabalho contratado, que configuram a característica mais importante e que explica a finalidade deste contrato.

O contrato de terceirização de mão-de-obra é o que se pode chamar de contrato misto, pois resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando uma nova espécie contratual não esquematizada na lei[6].

Nesta espécie contratual temos a junção de duas relações jurídicas de naturezas distintas, quais sejam, uma relação de trabalho entre a contratada e os empregados e uma prestação de serviços entre as empresas contratante e contratada.

A primeira é uma relação empregatícia típica, com todos os seus elementos caracterizadores (a *continuidade*, a *subordinação*, a *onerosidade*, a *pessoalidade* e a *alteridade*).

Já a segunda configura um contrato de prestação de serviço *stricto sensu*. Diz Orlando Gomes que "sob esta denominação, designa-se o contra-

5 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direto do Trabalho. São Paulo: LTR, 2004, p. 436-437.

6 GOMES, Orlando. Contratos. 25ª ed. Atual: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104.

to mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço à outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando-os com *independência técnica* e *sem subordinação hierárquica*"[7]. Por independência técnica entenda-se que o material e as condições de trabalho não são propiciados pelo contratante e sim pelo contratado, que inclui o valor de sua utilização e desgaste no preço do serviço. A ausência de subordinação hierárquica está ligada à ausência do poder de direção do contratante.

A principal obrigação da empresa tomadora de serviços é pagar uma prestação pecuniária à prestadora de serviços pela execução de um serviço em nome próprio. As nuances desta relação são as de um contrato de prestação de serviço *stricto sensu*.

Os trabalhadores são obrigados a executar um serviço em favor da tomadora de serviços, mas sob as ordens diretas da empresa prestadora de serviços, que lhes remunera. Em outros termos, é uma relação jurídica trabalhista por excelência.

Merece exame mais acurado a situação jurídica da empresa prestadora de serviços, em razão da duplicidade de obrigações a que ela deve se submeter: a primeira, sua obrigação para com a tomadora; a segunda, para com os seus empregados.

Sob o primeiro ângulo, a empresa subestabelecida tem o dever de executar um serviço em seu próprio nome, mediante pagamento desta.

No segundo aspecto, há a obrigação de pagar os salários aos seus empregados como contraprestação do serviço executado em favor do tomador de serviços sob suas ordens.

Em princípio não há vínculos diretos de natureza jurídica entre os empregados terceirizados e a empresa tomadora de serviço, visto que o estabelecimento de todas as regras de execução do serviço é feito pela empresa contratada.

Importa, por fim, frisar alguns aspectos deste contrato.

É incorreto afirmar que ao tomador de serviços é vedado intervir na execução do serviço que contratou: é-lhe garantida a possibilidade de contatar a prestadora de serviços e solicitar a mudança de empregados que não estejam executando o serviço de maneira satisfatória.

Admite-se a substituição por se tratar de uma obrigação de fazer fungível - com conseqüente mitigação do requisito da pessoalidade - e porque o principal dever da prestadora de serviços é adimplir a obrigação aventada da melhor maneira possível para ambas as partes.

7 Idem. Ibidem, p. 202.

No entanto, é importante destacar que esta mudança não pode ser realizada diretamente pelo tomador, haja vista que o serviço não é executado sob sua responsabilidade: apenas a prestadora, que é quem assume os riscos da atividade exercida pelos seus empregados, é que pode determiná-la. Esta mesma justificativa também autoriza a prestadora de serviços a alterar o quadro dos funcionários que executarão os serviços nas instalações da empresa tomadora sem necessidade de consulta ou aquiescência desta.

Ainda sobre a prerrogativa da tomadora de solicitar a substituição de empregados subcontratados, sói enfatizar que isto não significa subordinação hierárquica entre as contratantes. O contrato de terceirização de mão-de-obra tem como pressuposto a ausência de subordinação por parte do fornecedor de mão-de-obra. Logo, o dever de substituir um empregado advém, como já visto, da obrigação de adimplir as prestações contratuais de maneira a satisfazer ambas as partes.

Também é possível que a tomadora especifique diretamente questões menores relativas à execução do serviço como, por exemplo, recomendar aos vigilantes que redobrem a atenção sobre um determinado portão da fábrica, comumente visado por assaltantes. Estas especificações, óbvio, não podem ultrapassar o objeto do contrato, por exemplo, o gerente da tomadora não pode determinar aos funcionários de limpeza interna terceirizados que também limpem o pátio e o estacionamento da fábrica.

Outro ponto importante é a questão da eventualidade que caracteriza a relação entre tomador e prestador de serviços neste contrato. À primeira vista, poder-se-ia alegar a ausência de eventualidade nesta espécie contratual por causa da sempre presente necessidade de força humana que uma empresa necessita para poder realizar suas atividades.

No entanto, a eventualidade deste contrato não repousa na desnecessidade de mão-de-obra, e sim *na não-obrigação de firmar contrato com outra empresa para a obtenção de recursos humanos*. Ao contrário dos contratos firmados para obtenção de matéria-prima, a atividade empresarial não se torna inviável caso não se terceirize o quadro de funcionários da empresa, pois sempre haverá a opção – economicamente viável – da contratação direta de empregados.

4. O Enunciado Nº 331, inciso IV, do TST: dificuldades e soluções para a aplicação contra a Administração Pública

Como mencionado no item 2, a omissão legislativa em matéria de terceirização fez com que a jurisprudência se incumbisse de disciplinar os seus efeitos jurídicos. Assim, o TST inicialmente editou o Enunciado nº 256,

que sofreu revisão em 1993, tornando-se o Enunciado nº 331 - posteriormente alterado pela Resolução nº 96/2000 - cuja redação hoje é a seguinte:

> "Enunciado nº 331:
> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03-01-74).
> II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
> *IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)."*
> (sem grifos no original).

A aplicação do Enunciado nº 331 sempre foi tormentosa, mas ficou ainda mais controvertida após a alteração ocorrida em 2000, que estendeu os efeitos da responsabilidade trabalhista aos órgãos da Administração Pública. Não obstante o entendimento já se encontrar sumulado, os defensores dos órgãos públicos ainda suscitam vários argumentos contra a aplicação do enunciado, a saber[8]:

> a) Ao contrário dos particulares, que têm a faculdade de decidir subcontratar ou não mão-de-obra, a Administração tem o dever legal fazê-lo, por força do §7º do artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/67 e do

8 PIMENTEL, Desireé de Araújo. O Enunciado nº 331, IV, do TST e o regime próprio da Administração Pública. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 315, mai. 2004, p. 9.

parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 5.645/70. Além disto, o §6º do mesmo dispositivo do decreto-lei determina que ao poder público cabe a atividade fiscalizadora e controladora da execução, o que o eximiria da responsabilidade trabalhista;

b) o segundo argumento indica uma contradição no próprio enunciado: se, de acordo com o inciso II, não se forma vínculo de emprego entre o terceirizado e a Administração Pública, o contrato indireto de trabalho não poderia obrigar a Administração a pagar os encargos trabalhistas;

c) o terceiro argumento diz respeito ao órgão competente do Poder Judiciário para processar e julgar este tipo de lide, posto que o Estado não é pólo da relação trabalhista entre prestadora de serviços e empregado, e este não é parte na relação locatícia entre a Administração e a prestadora.

d) o último argumento remete ao §1º do artigo 71 da Lei de Licitações, que impede a transferência da responsabilidade da prestadora de serviços em pagar os encargos trabalhistas à Administração Pública;

Em que pesem os argumentos acima expostos, estes são insuficientes para elidir a responsabilidade trabalhista da Administração. Vejamos.

O Decreto-lei nº 200/67 não institui para a Administração Pública uma obrigação de terceirizar. Trata-se, antes de tudo, de uma norma diretiva do comportamento estatal, que tem por objetivo - expresso na lei - *evitar o "crescimento desmesurado da máquina administrativa"*. Prova de que se trata de uma norma diretiva foi a revogação do parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 5.645/70, que enumerava algumas atividades e determinava a sua "execução indireta" pelo Poder Público.

Mesmo se tratando de norma anterior à Constituição de 1988, este dispositivo é um corolário do princípio da eficiência, contido hoje no artigo 37, *caput*, da Carta Magna. A eficiência de um ente estatal não é medida pela quantidade de empregados terceirizados que nela trabalham, e sim pelo balanceamento entre a prestação efetiva das atividades que ele deve prestar, a quantidade de mão-de-obra disponível e o custo para a realização destas atividades e a manutenção da estrutura pública. Um ente estatal pode não terceirizar sua mão-de-obra e ainda assim ser considerado eficiente.

Quanto ao argumento de que haveria uma inversão de valores entre os tratamentos dados ao empregado terceirizado e o empregado contratado di-

retamente pelo Estado com inobservância ao requisito objetivo do concurso público, cumpre lembrar que o inciso II do enunciado menciona *vínculo empregatício*, enquanto o inciso IV faz referência ao *pagamento de verbas trabalhistas*, que são dois conceitos distintos e inconfundíveis.

O vínculo empregatício com a Administração Pública só é possível, a partir da Constituição de 1988, mediante aprovação em concurso público, com a única ressalva dos cargos de comissão e das funções de confiança (inciso II do artigo 37). Hoje não é mais admitida outra forma originária de provimento em cargo público além desta, ao contrário da Constituição anteriormente vigente.

A hipótese do inciso IV do enunciado, no entanto, não visa à efetivação do empregado no serviço público, mas sim a recompensá-lo pelo serviço executado, *obrigando o empregador ou, subsidiariamente, a Administração apenas ao pagamento das verbas trabalhistas devidas*. Visa, portanto, impedir a retenção dolosa do salário, em respeito ao disposto no inciso X do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Em relação à competência para o processamento e julgamento das causas relativas à terceirização, bem assinala Maurício Godinho Delgado que o processo correrá na Justiça do Trabalho (artigo 114 CF/88) em decorrência da relação empregatícia existente entre o trabalhador e a empresa terceirizante[9].

O texto final da Reforma do Poder Judiciário, aprovado no dia 23 de novembro de 2004, e que é hoje o Projeto de Emenda à Constituição nº 29/00, alterou o artigo 114 da Carta Magna, trazendo de forma cristalina, no inciso I, a competência da Justiça do Trabalho nos casos "[*d*]as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação".

Merece especial atenção o último argumento, que invoca um dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) que exclui a responsabilidade trabalhista da Administração Pública. O artigo 71 encontra-se no capítulo na Seção IV do Capítulo III daquela lei, que trata da execução dos contratos administrativos, e tem a seguinte redação: "O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas,

9 DELGADO, Maurício Godinho. Op.Cit, p. 457.

previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato". Já o seu parágrafo único dispõe que "a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis".

Pois bem, *o contrato de terceirização firmado entre o Poder Público e uma empresa prestadora de serviços não é um contrato administrativo, e sim um contrato da administração*, não podendo ser-lhe aplicada, portanto, a regra deste artigo. Quando a Administração Pública os celebra deve ser aplicada a disciplina do inciso I do §3º do artigo 62 deste mesmo diploma legal, que regula os contratos celebrados pela Administração "cujo conteúdo seja regido, predominantemente, pelo direito privado".

O instituto da terceirização foi criado no intuito de horizontalizar o processo produtivo dentro da empresa privada, propiciando melhor desempenho com menores custos, embora não haja regras que proíbam sua utilização pelo Poder Público.

A subcontratação de mão-de-obra é uma modalidade contratual cujo conteúdo é regido predominantemente pelo Direito Privado, mais precisamente pelas normas dos ramos do Direito Civil e Trabalhista. Isto é facilmente constatável, pois, a uma, não há uma disciplina legal específica para a contratação de recursos humanos na Lei nº 8.666/93; a duas, o principal meio estabelecido para a Administração obter recursos humanos é o concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da Constituição, ao contrário das empresas privadas, que estão autorizadas a contratar livremente.

É bem verdade que o §3º do artigo 62 também traz uma fórmula genérica, na qual diz que serão aplicadas as demais normas gerais da lei "no que couber", porém note-se que não cabe aplicar a estes contratos a disciplina do §1º do artigo 71. Vejamos o porquê.

Este parágrafo primeiro diz que os encargos fiscais, comerciais e trabalhistas não serão transferidos para a Administração no caso de inadimplemento da contratada. Os encargos tributários não podem ser transferidos porque estaria o Poder Público tributando a si próprio (auto-tributação) ou outro ente da federação, o que fere o disposto no inciso II do artigo 151 e artigo 152 da Constituição; os encargos comerciais não podem ser transferidos porque o Estado estaria intervindo na Ordem Econômica de modo indevido, ofendendo o disposto no artigo 173 da Carta Magna. Não há, no entanto, justificativa legal que impeça a assunção da responsabilidade traba-

lhista pela Administração quando esta celebra contratos regidos pelo Direito Privado. Pelo contrário, a Constituição Federal protege o trabalho humano e a sua proteção em diversos dispositivos.

Em síntese, só se aplicam à Administração-tomadora de serviços as prerrogativas inerentes à Administração Pública enquanto pessoa jurídica de direito público (§3º do artigo 62 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos), mas não todas as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos (§1º do art. 71 da mesma lei).

5. Das culpas *in Vigilando* e *in Eligendo*

Ainda a favor da responsabilização da Administração Pública há um instituto oriundo do Direito Civil – e aplicável ao Direito do Trabalho por força do parágrafo único do artigo 8º da CLT -, qual seja, o instituto da *culpa*, assim definida no artigo 186: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". O artigo 187 complementa este conceito, estipulando que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Duas modalidades de culpa são especialmente importantes no estudo da matéria: a culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*.

Silvio de Salvo Venosa as conceitua, respectivamente, como "a que decorre da má escolha do representante ou preposto" e como "a que decorre da ausência de fiscalização sobre outrem, em que esta fiscalização é necessária ou decorre de lei"[10].

A aplicação destas duas modalidades de culpa com fins de responsabilizar a Administração Pública não só é possível, como também respeita a finalidade precípua do procedimento de terceirização de mão-de-obra.

Terceirizar significa horizontalizar o processo produtivo, vale dizer, retirar da pessoa jurídica tomadora do serviço a preocupação e os encargos advindos de atividades que não estão relacionadas com suas atividades-fim e entregá-los a uma outra empresa, que os administrará, possibilitando que a empresa terceirizada concentre seus esforços no atendimento de seus objetos.

10 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Parte Geral, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 596.

Acontece que este procedimento pressupõe uma relação de *confiança, coordenação* e *cooperação* entre as empresas envolvidas, e não uma simples cessão das responsabilidades da tomadora para a prestadora de serviços - e nem poderia ser desta maneira porque, como visto, os recursos humanos são pressupostos da atividade empresarial. A confiança, em especial, antes de ser requisito dos contratos regidos pelo Direito do Trabalho, é pressuposto da Teoria Geral dos Contratos, visto que, sem ela, a associação entre pessoas para a obtenção de determinados fins seria impossível. É um dado empírico, e não jurídico.

A contratação de uma empresa para gerir a execução de uma atividade acessória do ponto de vista do objeto da atividade empresarial, mas essencial para seu funcionamento, não pode ser realizada visando apenas à redução de despesas com estas atividades: deve visar também à *capacidade da contratada de executar do serviço adequadamente*, além da *análise das suas condições de assumir os ônus de uma eventual inabilidade em executar o serviço pelo qual foi contratada e dos riscos referentes à sua própria atividade-fim*, sob pena de desestruturar totalmente a contratante. Em outros termos, uma empresa que terceiriza sua mão-de-obra apenas com o intuito de cortar despesas assume para si, na prática, os riscos da atividade da empresa contratada.

O mesmo raciocínio se aplica quando é o Poder Público o contratante, que deve verificar as condições acima expostas durante o procedimento licitatório. Poder-se-ia argumentar que haveria ofensa ao Princípio da Impessoalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição) caso a Administração utilizasse critérios subjetivos como confiança na empresa contratada nas licitações, principalmente nas de "menor preço". No trato com a máquina pública, a confiança para que possa ser possível a cooperação numa relação de terceirização é substituída por outros dois critérios objetivos, já presentes na Lei de Licitações: a *qualificação técnica* (inciso II do artigo 27) e a *qualificação econômico-financeira* (artigo 31).

Importante notar que, apesar da lei limitar – irresponsavelmente – a análise da qualificação técnica (artigo 30, *caput*, e §1º), ela também traz a possibilidade de criação de requisitos especiais mediante lei especial (inciso IV, do mesmo artigo). Uma aplicação séria e compromissada destes parâmetros pelo Poder Público poderia ter evitado a criação jurisprudencial da sua responsabilização no âmbito trabalhista.

6. Limitações à responsabilidade estatal

De acordo com a redação do enunciado, a responsabilidade do Poder Público é *subsidiária* à da prestadora de serviços. Isto porque, como já visto, não subsiste vínculo jurídico entre ela e o empregado. Diferentemente do contrato de trabalho temporário, não há nesta espécie contratual sequer a delegação do poder de comando dos trabalhadores temporários para a empresa contratante, ficando a prestadora de serviços, em princípio, totalmente responsável por todos os aspectos que envolvam os seus empregados.

Não é preciso que a prestadora seja insolvente para haver a responsabilização nem que o serviço seja de fato comandado pela empresa tomadora (*marchandage*[11]).

Na verdade esta última hipótese é uma forma ilícita de terceirização, posto que a empresa prestadora de serviços transfere ao poder público-tomador de serviço o seu poder de comando[12]. Caso reste constatada nos autos do processo esta cessão do poder de comando, é declarada a relação empregatícia entre a tomadora de serviços e o empregado (se a tomadora for a Administração Pública, será reconhecido apenas o direito às verbas relativas ao período já trabalhado, conforme a leitura do inciso II do mesmo enunciado), em nome do princípio da primazia da realidade.

---

11 A marchandage (também chamada de subcontratação de mão-de-obra por interposta pessoa), ou seja, a contratação de empregado que trabalha sob os desígnios do tomador de serviço na execução das suas atividades-fim, é combatida há muito em todo o mundo e pela OIT, pois seu principal intuito não é otimizar a produção empresarial com o enxugamento das estruturas da empresa, e sim elidir o tomador de serviços do pagamento dos encargos trabalhistas, que são muito inferiores caso a empresa contratante seja de menor porte. Basta um simples cálculo para se constatar este fato: a empresa tomadora de serviços não é responsável pelo pagamento de verbas de natureza trabalhista e previdenciária dos trabalhadores que prestam o serviço em seu favor, nem custeia o treinamento, a capacitação ou os materiais de proteção à saúde destes. Todas estas despesas são arcadas pela empresa prestadora de serviços.

12 O poder de direção é composto por outros dois poderes, o regulamentar e o disciplinar. O poder regulamentar autoriza o empregador a dar ordens genéricas de serviços via instruções, enquanto o disciplinar se traduz na possibilidade do empregador aplicar penalidades aos empregados em decorrência da má execução do trabalho. Orlando Gomes ensina que "é este direito de direção geral que revela, claramente, o estado de subordinação do empregado e constitui o elemento característico do contrato de trabalho" (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Curso de Direito do Trabalho. Atual: José Augusto Rodrigues Pinto, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 62).

Além disto, é necessário ainda que os dois requisitos contidos no enunciado sejam preenchidos: *a participação da tomadora de serviços na relação processual e no título jurídico judicial.*

A Administração só pode vir a ser compelida a pagar encargos trabalhistas após sentença condenatória, observado o *due process of law*. Não é possível a execução fundada em título extrajudicial face à subsidiariedade da responsabilidade do poder público. Na mesma esteira, não basta que a condenação seja genérica, é preciso que esteja expressa na condenação judicial a responsabilidade da Fazenda Pública caso a prestadora de serviços não pague os encargos.

Por outro lado, não é preciso o trânsito em julgado da sentença condenatória para iniciar a sua execução, que pode ser iniciada via execução provisória, em razão da natureza alimentícia das verbas reclamadas.

7. Conclusão

O fenômeno da globalização teve reflexos em vários segmentos das relações humanas, tanto positivos quanto negativos. Dentre os positivos estão o crescimento da produção industrial e a difusão do acesso a bens antes não acessíveis por boa parte da população mundial. No entanto, no que diz respeito às relações de trabalho, a terceirização - principal manifestação da globalização nesta área - surtiu efeitos muito negativos para a classe trabalhadora, como aumento nos índices de desemprego e de subemprego, e redução das condições favoráveis de trabalho. O direito do trabalho, ramo do Direito responsável pela regulamentação das relações trabalhistas e da proteção ao trabalhador, teve que se insurgir contra este novo cenário mundial desfavorável ao trabalhador.

Apesar do Enunciado nº 331 do TST suprir algumas das lacunas decorrentes da falta de regulamentação legislativa sobre a matéria no Brasil, existem ainda lacunas, como nos casos de subcontratação de mão-de-obra por concessionárias de serviços públicos ou subcontratação com cooperativas de mão-de-obra.

Se por um lado é certo que a Administração Pública em prerrogativas especiais, tanto em decorrência do tipo de atividade por ela exercida quanto pela sua natureza jurídica, é preciso sempre lembrar que o contrato de terceirização foi elaborado para ser aplicado, primordialmente, à iniciativa privada. Portanto, a (parca) disciplina da matéria deve ser utilizada observando-se os princípios do direito privado, mesmo que o Estado figure no pólo

passivo da demanda, com o cuidado, apenas, de observar algumas derrogações de ordem pública decorrentes da sua natureza jurídica do poder concedente.

Ainda em âmbito constitucional, é preciso que a aplicação de seus preceitos esteja em consonância com os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV) e da ordem econômica brasileira (art. 170 *caput*). Ambas colocam o trabalho humano num patamar de proteção que transcende qualquer tentativa infraconstitucional de piorar ou desestabilizar a situação dos trabalhadores.

Não obstante o trabalho aqui realizado de interpretação das normas existentes sobre terceirização e sua adequação aos princípios constitucionais, faz-se necessária uma regulamentação legal de todo o instituto, pretendendo este estudo servir de subsídio para tanto.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8.1. LEGISLAÇÃO

1. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1º mai 1943;

2. BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 25 fev. 1967;

3. BRASIL. Lei n. 5.645, de 10 de Dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 dez. 1970;

4. BRASIL. Lei n. 6.019, de 31 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 jan. 1974;

5. BRASIL. Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 20 jun. 1983;

6. BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988.

7. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 21 jun. 1993;

8. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 jan. 2002.

8.2. *LIVROS*

1. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direto do Trabalho. São Paulo: LTR, 2004;

2. GOMES, Orlando. Contratos. 25ª ed. Atual: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

3. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Curso de Direito do Trabalho. Atual: José Augusto Rodrigues Pinto, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

4. MORAES FILHO, Evaristo de. Temas Atuais de Trabalho e Previdência, São Paulo: LTr, 1976;

5. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994;

6. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, vol. 1. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000;

7. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Parte Geral, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

8.3. *ARTIGOS*

1. PIMENTEL, Desireé de Araújo. O Enunciado nº 331, IV, do TST e o regime próprio da Administração Pública. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 315, 18 mai. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5187>. Acesso em: 17 jan. 2005.

A DISTORCIDA INTERPRETAÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 7º, INCISO XXIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – UMA AFRONTA AOS DIREITOS SOCIAIS OUTORGADOS AOS TRABALHADORES

Juliana de F. Rangel Guedes Alcoforado
(Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE).

Sumário: 1. Introdução; 2. A relação tutelada pelo Direito do Trabalho; 3. A interpretação das normas trabalhistas; 3.1. Os princípios que devem ser observados na interpretação de normas trabalhistas; 3.1.1. Princípio da Proteção; 3.1.2. A regra in dubio, pro operario; 3.1.3. O Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas – Caráter de Ordem Pública; 4. Da prescrição; 4.1. A prescrição no Direito do Trabalho – artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal e artigo 11 da CLT; 4.2. A interpretação comumente conferida pela doutrina e pela jurisprudência ao artigo 7º, inciso XXIX da Carta Constituinte; 5. A interpretação que deve ser conferida ao artigo 7º, inciso XXIX da CF; 5.1. A situação de submissão do empregado; 5.2. O desemprego estrutural; 5.3. A pouca instrução dos trabalhadores; 5.4. Créditos decorrentes da relação de trabalho – um Direito Social; V.V. A necessidade de se interpretar a norma de forma mais benéfica ao trabalhador; 5.6. O sentido jurídico dos prazos prescricionais; 6. As decisões judiciais e os doutrinadores que acompanham o entendimento ora esposado; 7. O prejuízo causado à sociedade pela atual pacificidade do entendimento sobre a matéria; 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Carta Magna promulgada em 1988 foi a primeira a trazer um Capítulo exclusivamente direcionado à concessão de Direitos Sociais aos Trabalhadores. Dentre esses direitos, o constituinte previu a ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos, até o limite de dois anos, após a extinção do contrato de trabalho.

Como facilmente se depreende, a redação do dispositivo permite dupla interpretação, com conclusões totalmente díspares: uma que se mostra benéfica ao empregador, permitindo que se locuplete às custas das obrigações por ele devidas aos seus operários; outra que, de fato, permite ao trabalhador exercer, em justo prazo, os direitos que lhe foram outorgados constitucionalmente.

Este estudo pretende, pois, contribuir para a disseminação da segunda corrente, minoritária e quase inexpressiva num ambiente onde os aplicadores do direito parecem ter esquecido os princípios basilares do Direito do Trabalho e a própria idéia de justiça social.

2. A RELAÇÃO TUTELADA PELO DIREITO DO TRABALHO

A partir do reconhecimento formal das iniqüidades existentes no seio das relações capitalistas de produção, sobressaiu-se o Estado como aparelho regulatório essencial para estabelecer o mínimo ético em sociedade, seja de forma intervencionista, seja de forma pactual entre os interesses de trabalhadores e empregadores[1].

É com esse propósito que nasce o Direito do Trabalho, um conjunto de normas impostas pelo Estado, não apenas como agente conciliador, mas principalmente como protetor dos trabalhadores, que representam o pólo hipossuficiente da relação jurídica. A lei trabalhista deve prestigiar valores do trabalho que não podem restar entregues ao alvedrio das regras de mercado.

Como assevera o mestre uruguaio Américo Plá Rodriguez,[2] enquanto no direito comum uma constante preocupação é assegurar a igualdade jurídica entre as partes em litígio, no Direito do Trabalho a preocupação central deve ser proteger uma das partes - o trabalhador - com o objetivo de alcançar uma igualdade substancial e verdadeira entre elas.

3. A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Em razão da natureza da relação que tutelam, as normas trabalhistas têm caráter de ordem pública. Isso significa que o legislador preferiu confe-

1 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A Transformação do Direito do Trabalho - Da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr,

2 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

rir especial proteção às disposições legais que regulam os contratos de trabalho, de modo que, salvo em raríssimos casos, como nos acordos coletivos, elas não possam ser suprimidas ou nem mesmo alteradas pela vontade das partes, ainda que de comum acordo. Dizer que uma determinada norma é de ordem pública é basicamente reconhecê-la como norma princípio, e sua observância é fundamental para a coerência do Ordenamento Jurídico.

Ensina Américo Plá Rodriguez[3] que adotar o caráter de ordem pública para as normas do trabalho implica uma combinação de normas - e de interpretações, portanto - num sentido favorável aos trabalhadores, que são os destinatários da proteção legal. Daí porque, ao tutelar interesses públicos, as leis reguladoras das relações de trabalho exigem uma profunda distinção na forma de extrair-lhes o conteúdo mandamental.

No Direito do Trabalho revela-se ainda mais importante a busca dos valores protegidos pelo legislador quando do ato de positivação da norma e, se às próprias partes interessadas não cabe barganhar sobre os direitos na lei estabelecidos, muito menos ao intérprete caberá conferir a tais normas uma interpretação que lhes restrinja o sentido.

Essa orientação é bem mais importante do que parece em uma primeira análise. Tomá-la como premissa verdadeira é aceitar que qualquer técnica interpretativa utilizada para apreensão do sentido da norma trabalhista deverá sempre se concatenar com a hermenêutica teleológica, visto que jamais poderá o intérprete se afastar do sentido pretendido pelo legislador e do sentido máximo do próprio Direito do Trabalho, que é a proteção dos economicamente débeis.

O mesmo raciocínio tem sido adotado em outros ramos do Direito dirigidos a um mister igualmente protetivo de determinada classe. Não se entenda com isso que pretende o direito privilegiar um determinado grupo em detrimento de outros. O que ocorre é que o interesse social se revela maior do que o interesse do próprio grupo protegido pela norma, seja pelo grande número de indivíduos por ela atingidos, seja pela grande disparidade, geralmente econômica, entre os sujeitos da relação, o que reclama uma ação protetora do Estado para que seja possível proporcionar uma igualdade jurídica entre ambas.

É o que ocorre no Direito do Consumidor, onde a força imperativa dos contratos tem sido relativizada em prol da parte mais fraca economicamente.

---

3 Ibidem. p. 155.

Aduz a mestra Cláudia Lima Marques[4] que a doutrina brasileira tem destacado a proteção do consumidor como direito fundamental, cuja origem reside no princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Trata-se, segundo a autora, de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, constitucionalmente estabelecido, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito vulnerável, mais fraco. Daí porque essas leis especiais, as do Consumo e as do Trabalho, devem ser interpretadas sempre a favor do indivíduo por elas protegido, principalmente quando seu texto permitir ambígua interpretação.

3. 1. OS PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS NA INTERPRETAÇÃO DE NORMAS TRABALHISTAS

Os princípios são a parte mais duradoura de um corpo normativo, e é de sua interpretação e integração que devem ser extraídas todas as soluções para uma boa compreensão do direito. Essas diretrizes informam as normas e inspiram uma série de soluções, pelo que podem promover e embasar a aprovação de novas normas ou orientar a interpretação das já existentes[5].

O multicitado autor uruguaio Américo Plá[6], visando conferir autonomia ao Direito do Trabalho, arrola, em sua obra Princípios do Direito do Trabalho, uma série de princípios-fundamento que considera indispensáveis à boa formação e compreensão das normas trabalhistas. Esses princípios por ele elencados são adotados não apenas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas também em diversos outros países, já que as relações de emprego, embora resguardadas as idiossincrasias locais, têm caráter de universalidade, pois presentes em todo o mundo, e em todas se revela patente a fragilidade do trabalhador.

Os mais especiais princípios pelo mencionado autor apontados são os da proteção, que inclui a regra in dubio, pro operario, e o da imperatividade das normas trabalhistas, ambos com profunda influência sobre as regras de interpretação da norma do trabalho.

4 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 214 - 218.

5 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 36.

6 Ibidem. p. 56.

3.1.1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O Princípio da Proteção é aquele que deve orientar os legisladores e intérpretes no sentido de buscar o estabelecimento de uma inicial situação de igualdade na relação jurídico-trabalhista.

Como já salientado, essa igualdade só é possível a partir do estabelecimento de novas desigualdades, as quais deverão proporcionar uma vantagem jurídica para o trabalhador, enfraquecido economicamente, de forma a protegê-lo, permitindo que recupere juridicamente a desvantagem sofrida economicamente. Isso porque, resta evidente, o Direito do Trabalho busca oferecer um amparo preferencial a uma das partes, o trabalhador, fugindo do propósito da igualdade de direitos, tão almejado nos demais ramos jurídicos. Daí porque é comum ouvir dizer que o princípio em análise está inserido na própria razão de ser do Direito do Trabalho.

Essa proteção ao trabalhador encontra duplo fundamento de ordem prática. O primeiro é sua situação de inteira subordinação às ordens emanadas do empregador, o que o coloca em posição de submissão, tendo em vista que necessita do emprego. O segundo é a sua dependência econômica em relação ao salário para que possa prover sua manutenção e de sua família, especialmente se considerada a atual circunstância do panorama mundial do mercado de trabalho, onde se percebe um crescimento astronômico do número de desempregados.

A conclusão lógica a que se pode chegar é a de que o Princípio da Proteção é meio de eliminar discussões e equívocos em torno das normas, e busca defender um interesse social - proteção dos hipossuficientes economicamente -, e, como tal, ocorrendo dúvidas quanto ao sentido da norma, a interpretação adotada deverá ser, indubitavelmente, a favor do protegido pelo Ordenamento, que é o economicamente enfraquecido perante o empregador, visando o fim último de atingir a solidariedade social.

3.1.2. A REGRA IN DUBIO PRO OPERARIO

Esta regra constitui-se num critério segundo o qual o intérprete, especialmente o magistrado, deverá optar sempre pelo sentido da norma que mais beneficie o trabalhador, caso haja mais de uma forma de interpretação.

É, de certa forma, regra contraposta à existente no direito privado, mas com o mesmo fundamento jurídico, segundo a qual em casos duvidosos deve-se interpretar a favor do devedor - in dubio pro reo, o que é absolutamente justificável, já que nas relações civis é o devedor quem geralmente integra a parte mais fraca da relação jurídica.

A distorcida interpretação conferida ao artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal – uma afronta aos direitos sociais outorgados aos trabalhadores

Ressalte-se que a regra em tela pressupõe a ocorrência de uma dúvida quanto ao sentido da norma pretendido pelo legislador, ou seja, não seria, como pretendem os críticos, uma simples defesa inexorável e sem fundamento lógico dos operários, mas sim uma verdadeira regra hermenêutica quando o legislador não tiver sido claro quanto ao objetivo almejado pela norma ou mesmo quando, ainda que clara a lei, os operadores do Direito insistam em lhe conferir diferentes interpretações, de acordo com o que melhor convém aos seus interesses.

3.1.3. O PRINCÍPIO DA IMPERATIVIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS - CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA

A desigualdade social gerada pela autonomia da vontade nas relações de trabalho obrigou o Estado a intervir para garantia de condições dignas de vida aos operários. Essa obrigatória intervenção torna imperativas as normas trabalhistas. Não tal como ocorre com todas as normas jurídicas, como mandamentos legais que são, mas uma imperatividade que não lhes permite subordinação à vontade das partes, seja dos patrões, seja dos empregados.

Presume-se que o operário, ainda que concorde em ver seus direitos restringidos pelo arbítrio do empregador, o faz por necessidade, por dependência em relação ao emprego e ao salário, é um vício de consentimento presumido, daí porque tão imprescindível a atuação do Estado como agente fiscalizador. Parte-se da presunção de que o empregado pode renunciar seus benefícios legais por falta de liberdade, coibido pela posição de superioridade do empregador.

É, de certa forma, uma limitação à autonomia da vontade, mas com o intuito de coibir abusos da força laboral alheia, impondo-se a irrenunciabilidade dos direitos por parte dos operários com o objetivo precípuo de promover sua própria proteção. A renúncia é considerada lesiva ao interesse tutelado pela lei.

Resta evidente que o princípio em tela se dirige também e principalmente ao Estado, ao qual cabe constitucionalmente assegurar sua aplicação nas relações entre o capital e o trabalho. É também desse controle estatal que decorre a afirmação de que as normas trabalhistas são de ordem pública.

Na lição de Maria Helena Diniz,[7] normas de ordem pública ou cogentes são aquelas cuja imperatividade é absoluta.Tutelam interesses fundamentais, relações humanas de grande importância, diretamente ligadas ao bem comum.

7 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 28-29.

No caso das leis do trabalho, a imperatividade se baseia no interesse e na necessidade de se organizar a economia e de proteger os economicamente débeis[8]. Classificam-se as normas do trabalho como de ordem pública porque o Ordenamento Jurídico excluiu a possibilidade de acordo, entre empregador e empregado, sobre a regulamentação de sua conduta de forma diversa dos dispositivos legais. As negociações poderão ser meio hábil para somar direitos aos operários, mas não para lhes conferir obrigações ou restringir prerrogativas.

4. DA PRESCRIÇÃO

Limongi França classifica a prescrição como a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em conseqüência do não uso delas durante um determinado espaço de tempo[9]. Com a sua incidência, esse direito entra em perplexidade, não podendo ser executado.

Pontes de Miranda entende a prescrição como a "exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que a rega jurídica fixa, a sua pretensão ou ação"[10] . Explica o autor que a prescrição serve à segurança e à paz públicas, já que impõe um limite temporal à eficácia das pretensões e das ações, evitando a inconveniência de que tal exigibilidade perdure por demasiado tempo.

É pacífico o entendimento segundo o qual o prazo de cinco anos estabelecido no artigo 7º, inciso XXIX da Carta Constituinte é de prescrição e não de decadência, já que se trata de um direito subjetivo lesionado ao qual corresponde um dever jurídico de outrem, e não de faculdade, à qual não corresponde um dever jurídico alheio. Além disso, o próprio texto constitucional é incisivo em afirmar o caráter prescricional de tal prazo, pondo fim às discussões sobre o assunto.

---

8 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 150.

9 FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 193-195.

10 MIRANDA, Pontes de.Tratado de Direito Privado. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 2000. p. 135.

4.1. A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO - ARTIGO 7º, INCISO XXIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 11 DA CLT

Arion Sayão Romita[11] adverte que a Carta Magna de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a contemplar a prescrição dos créditos trabalhistas. E só alude à prescrição da ação trabalhista, silenciando sobre as demais ações.

O aspecto finalístico da norma conduz à conclusão de que houve claro intento do constituinte em reduzir a inadimplência do devedor-empregador e de elastecer as garantias do credor-empregado. Certo é que o legislador originário pretendeu conferir maior segurança aos créditos resultantes da relação de trabalho, erigindo ao patamar da Lei Maior a norma em questão, e a inserindo dentre os Direitos Sociais.

Tal Capítulo inclui, dentre outros direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com os prazos prescricionais que especifica.

Reza o dispositivo em debate:

"Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

a) Revogada. Emenda Constitucional nº 28, de 25.5.2000.

b) Revogada. Emenda Constitucional nº 28, de 25.5.2000."

O dispositivo colacionado, cuja redação é idêntica a do artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, enseja, em sua aplicação, diversas controvérsias quanto ao alcance e à interpretação de seus preceitos normativos, tema objeto do presente estudo.

O alcance prático da matéria em análise é de indiscutível relevância, já que uma errônea interpretação é capaz de tolher os direitos outorgados constitucionalmente aos trabalhadores, ao arrepio de todo arcabouço protetivo, principiológico e normativo, estabelecido no Direito do Trabalho.

---

11 ROMITA, Arion Sayão. A prescrição dos Créditos Trabalhistas na Constituição. Rio de Janeiro, Folha Carioca, 1989. p. 9.

4.2. A INTERPRETAÇÃO COMUMENTE CONFERIDA PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA AO ARTIGO 7º, INCISO XXIX DA CARTA CONSTITUINTE

Com raríssimas exceções, a doutrina e a jurisprudência atuais têm conferido ao artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal uma interpretação que gera situação de imensa vantagem para o empregador, em detrimento daquele a quem o ordenamento jurídico pretende proteger, o empregado.

O entendimento que se tem conferido a tal dispositivo, completamente contraditório e em desacordo com o Capítulo da Constituição em que está inserido e com o próprio Direito do Trabalho, como adiante se verá, é no sentido de que, o prazo prescricional, no curso da relação de emprego, é de 5 anos, e, uma vez extinto o contrato, o prazo é encurtado para 2 anos. Ou seja, esse prazo de 5 anos corresponde aos anos antes do ajuizamento da reclamatória, e não antes da extinção do contrato de trabalho.

Em outras palavras, tem-se entendido que tais prazos não se somam, ao contrário, são excludentes, não havendo como o trabalhador lesado pelo empregador invocar créditos residuais de 3 anos após o decurso de um biênio do desfazimento do contrato, como assevera João de Lima Teixeira Filho[12].

Essa orientação é extremamente prejudicial à classe operária, já que, sem qualquer justificativa lógica, reduz o prazo prescricional para as ações trabalhistas sem que, em contrapartida, qualquer vantagem seja conferida ao empregado. Além disso, entender dessa forma significa tolher duplamente o direito à ação de cobrança dos créditos resultantes da relação de trabalho, já que o prazo de 5 anos fica reduzido para 2 e, ao final desses 2 anos, não pode o trabalhador pleitear os 3 anos restantes de créditos a que fazia jus.

O absurdo reside em que se o empregado, demitido e com família para prover o sustento, resolve procurar um novo emprego antes de buscar junto ao Poder Judiciário seus créditos relativos à extinta relação de trabalho, terá ele que arcar com o ônus de ver esse período de busca por novo trabalho reduzido do prazo prescricional a que está submetido. Isso porque a interpretação predominante do inciso em exame determina que cada dia posterior ao término do contrato de trabalho sem que o ex-empregado ingresse em juízo seja um dia a menos de créditos a que tem direito, equiparando a relação jurídica de emprego a qualquer outra relação creditícia, quando é notório que o legislador lhe quis dispensar maior proteção.

12 MARANHÃO, Délio, SÜSSEKIND, Arnaldo, TEIXEIRA FILHO, João de Lima, VIANA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. Vol. II. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 1.456.

Até mesmo nas relações jurídicas comuns, sujeitas ao Código Civil, cada prestação sucessiva constitui um crédito independente, ao qual corresponde uma ação autônoma, cujo prazo encontra início em cada prestação. No entanto, contradizendo todos os princípios protetivos consagrados no Direito do Trabalho, tem-se determinado que qualquer verba salarial ou indenizatória devida ao trabalhador, embora de trato sucessivo, tem prazo limite certo e unificado para ser cobrada, ou seja, até dois anos após a extinção do contrato.

Isto praticamente elimina o caráter de independência entre as ações, segundo o qual o prazo prescricional de cada uma encontra início no dies a quo em que é devida cada prestação, sem que tal restrição traga qualquer sorte de vantagem ao trabalhador.

5. A INTERPRETAÇÃO QUE DEVE SER CONFERIDA AO ARTIGO 7º, INCISO XXIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Considerando os princípios aplicáveis ao Direito Laboral, especialmente o da proteção, que inclui a regra in dubio, pro operario, e o da imperatividade das normas trabalhistas, que exercem profunda influência sobre as regras de interpretação do texto legal em exame, a compreensão do artigo 7º, inciso XXIX da CF não pode ser outra senão a que busque favorecer o trabalhador.

Deve-se interpretar a norma teleologicamente, buscando o sentido impingido pelo legislador. Essa interpretação deve visar o motivo pelo qual o Constituinte tenha incluído, num capítulo destinado aos direitos derivados da relação de trabalho, uma séria restrição ao exercício desses mesmos direitos.

O que ocorre é que se trata não exatamente de uma simples restrição ao exercício dos Direitos Sociais em Juízo. Constitui, mais propriamente, uma espécie de troca, o legislador restringiu o prazo prescricional para 2 anos após o término do contrato de trabalho para, em contrapartida, permitir ao trabalhador que, ingressando em Juízo dentro desse período, possa requerer os créditos trabalhistas referentes aos últimos 5 anos da relação laboral.

O raciocínio é bastante simples: O prazo em exame constitui um acréscimo ao prazo legal de 5 anos para que ocorra a prescrição do direito de ação quanto aos últimos 5 anos de trabalho. Este direito foi conferido ao trabalhador para que tenha tempo de se reorganizar após sua demissão, buscar uma forma de prover seu próprio sustento e de sua família, enquanto não encontra novo emprego, até que possa se preparar para enfrentar um conflito judicial, além de inúmeras razões outras que serão mais adiante abordadas.

Isto posto, o inciso em questão deve ser compreendido da seguinte forma: persistindo a relação empregatícia, o trabalhador lesado terá o prazo de 5 anos para o ingresso em Juízo contra seu empregador; porém, extinta a relação de trabalho, o ex-empregado terá o período de 2 anos subseqüentes à data em que ocorreu a extinção para pleitear os créditos não pagos correspondentes aos 5 últimos anos de relação de subordinação.

Deve-se ter em mente que o prazo de 2 anos após a extinção do contrato de trabalho é o limite dado pelo legislador ao empregado para que proponha ação contra seu ex-empregador em que reivindicará seus créditos correspondentes aos 5 últimos anos de relação de subordinação, quando se sentia impedido de fazê-lo. Incluir esse biênio no lapso dos 5 anos prescricionais significaria reduzir esse período para 3 anos, se o ingresso em Juízo ocorre ao final dos 2 anos, contrariando, dessa forma, a vontade expressa do constituinte.

Muitos doutrinadores sustentam posição contrária a ora esposada aduzindo que o prazo de 2 anos após a extinção do contrato é excessivamente longo para a manutenção do crédito, o que é claramente uma interpretação pro empregador, totalmente contrária aos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Entender dessa forma o inciso em epígrafe é diminuir o prazo estabelecido constitucionalmente, e não conferir um direito ao operário, como pretendeu o legislador constituinte.

Cabe aqui a lição deixada em acórdão proferido pelo TRT da 3ª Região[13]:

> "Ao intérprete não é dado limitar a eficácia ou abrangência de normas constitucionais de tutela do emprego através de exegese restritiva, principalmente quando se trata de prescrição de créditos provenientes da relação de trabalho, de natureza alimentar e considerado por ela própria como valor fundamental da República Federativa (art. 1º, item IV), base da ordem econômica (art. 170) e primado da ordem social (art. 193)."

5.1. A SITUAÇÃO DE SUBMISSÃO DO EMPREGADO

Além dos princípios que regem o Direito Laboral, de ordem teórica, vários outros motivos de ordem prática conduzem à exegese ora esposada.

13 TRT/3ª Região, RO 1.848/92, Ac. 3ª T., Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva, DJU. 21.01.1993, p. 410.

O primeiro deles é a relação de subordinação existente entre empregador e operário. Na atividade subordinada, tem-se o poder unilateral do empregador de dirigir as atividades de seus empregados, que lhe devem obediência.

Aduz Amauri Mascaro Nascimento que subordinado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário. "Trabalho subordinado é aquele no qual o trabalhador volitivamente transfere a terceiro o poder de direção sobre o seu trabalho, sujeitando-se, como conseqüência, ao poder de organização, ao poder de controle e ao poder disciplinar deste".[14]

É mister ressaltar que tal situação de submissão praticamente impede que o operário acione seu empregador em Juízo, sob pena de pôr em risco seu emprego, e esse é um aspecto cuja observância pelo intérprete é de suma importância.

Sobre o assunto, assim discorreu Américo Plá[15]:

> "O trabalhador, enquanto dura a relação de trabalho, sente-se inibido em iniciar a ação judicial. Com razão ou sem ela, teme a represália do empregador, que, mesmo que não chegue à despedida, pode expressar-se de diversas formas durante o trabalho."

Esse o motivo pelo qual grande parte da doutrina entendeu, nos primórdios da Carta Constituinte, que o termo inicial da prescrição em exame só poderia ser a data em que, efetivamente, o empregado pudesse usar o direito de ação sem risco da perda do emprego, ou seja, a partir da rescisão contratual.[16]

Veja-se a bem formulada opinião de Solano Sobrinho[17]:

> "Se o empregado, por definição legal, é dependente do empregador e essa dependência, afora ser jurídica, se apresenta mais econômica, a ponto de o empregado tudo fazer para garantir o emprego; se assim, inclusive,

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 376.

15 RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 223.

16 ROMITA, Arion Sayão. A prescrição dos créditos trabalhistas na Constituição. Rio de Janeiro, Folha Carioca, 1989. p. 14-15.

17 SOLANO SOBRINHO, Genésio Vivanco. Prescrição - um estudo da questão em matéria trabalhista. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, n. 33, setembro/outubro, 1981, p. 86.

admite a lei, no art. 468, da CLT, tanto que torna nula de pleno direito qualquer alteração que lhe seja prejudicial, mesmo quando tenha estado ela de acordo, é evidente que tal dependência se mostra de maneira a viciar sua vontade a ponto de impedir possa agir contra o empregador (para não perder o emprego). Logo, por se tratar de um hipossuficiente, o prazo para o início da contagem do prazo para a prescrição, a que se refere o art. 11, da CLT deve ser a partir da data em que tal dependência desaparece, ou seja, a partir da rescisão do contrato de trabalho."

Embora o legislador não tenha concedido ao empregado prazo prescricional contado apenas a partir da rescisão contratual, como acontecia com os trabalhadores rurais antes da Emenda Constitucional nº 28, de 25.05.2000, procurou atenuar o prejuízo dos operários lhes conferindo o prazo de 2 anos para propositura ação de cobrança dos créditos devidos nos 5 últimos anos de relação contratual.

Por consistir num lapso temporal por demasiado grande, contar a prescrição a partir da rescisão contratual pareceu gerar desconforto da segurança jurídica, já que o operário poderia pleitear créditos devidos há mais de 20 anos, embora se saiba que no decorrer de todo esse período seu psicológico não permitiria exercer o próprio direito. Daí porque o legislador, numa solução para a controvérsia, determinou que, findo o contrato, o operário somente poderia pleitear os créditos relativos aos 5 últimos anos de relação empregatícia, mas, em contrapartida, teria o prazo de 2 anos para ajuizar a ação competente.

Se assim não fosse, pleitear a integralidade desses 5 anos de créditos em Juízo seria quase impossível, já que no decorrer do contrato laboral o empregado não está plenamente livre para exercer seu direito e, rescindido o contrato, teria que ajuizar a ação no dia seguinte, sob pena de perder um dia do prazo, comprometendo o próprio acesso à Justiça, direito de todos.

5.2. *O DESEMPREGO ESTRUTURAL*

Mascaro relembra o impacto causado pela escassez de empregos sobre o comportamento dos trabalhadores aduzindo que vivemos uma fase de desemprego estrutural, ou seja, essa situação ultrapassa as meras barreiras nacionais e atinge o mundo inteiro, com conseqüências severas sobre a situação social dos trabalhadores.[18]

18 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44-46.

É generalizada a diminuição do número de postos de trabalho sem perspectivas de reaproveitamento do trabalhador reciclado para novas atribuições, já que a substituição dos operários pelos softwares tem demonstrado a desnecessidade cada vez maior de um quadro numeroso de empregados, em virtude do crescimento da produtividade das empresas que aplicam alta tecnologia em lugar de trabalhadores.

Esse desemprego atuou também no sentido de conter os empregados numa posição mais defensiva, temendo as demissões em massa. No cenário social atual, mais vale suportar descontos indevidos na folha de pagamento do que se ver sob o risco de não mais estar empregado no mês seguinte.

Ocorre que o Direito existe justamente para proteger os que se encontrem sob tais circunstâncias, hipossuficientes em sua condição econômica e incapazes de enfrentar judicialmente seus empregadores sem risco de perderem seus empregos. Com base nesse raciocínio foi que o legislador de 1988 erigiu ao nível constitucional a norma que prevê a prescrição da ação trabalhista, e o fez no intuito de conferir ao ex-operário a oportunidade de, finda a relação contratual, reaver boa parte dos valores que lhe eram devidos e não puderam ser cobrados em virtude da situação de submissão sob a qual se encontrava.

O intérprete deve ter em vista que os trabalhadores muito dificilmente acionarão seus patrões quando da vigência do contrato laboral, e, caso o façam, correrão fundado risco de perderem seus empregos, o que vicia suas vontades, obrigando-os a aceitar, por longos períodos, situações de injustiça.

Relembre-se também que é bastante comum determinados operários ficarem mal vistos por outros empregadores por terem acionado judicialmente seus antigos patrões, o que dificulta conquistar um novo emprego. Daí também porque o legislador conferiu esse prazo de 2 anos após o término da relação laboral, livre da prescrição, para que o operário consiga novo emprego, antes de seu ingresso em Juízo.

5.3. A POUCA INSTRUÇÃO DOS TRABALHADORES

O Brasil é um país no qual o analfabetismo já alcançou níveis impressionantes até para nações mais pobres. Interessante notar que, embora os índices oficiais revelem um número expressivo de analfabetos, na realidade, o que observa é que, mesmo os considerados alfabetizados enfrentam, em sua grande maioria, um problema tão significativo quanto a completa falta de instrução: a falta de informação.

O legislador não pode se afastar da realidade social que pretende regular, e foi pensando nessas condições que o constituinte de 1988 concedeu esse prazo livre de 2 anos sem prescrição para o ingresso em Juízo pelos trabalhadores.

O contrário seria presumir que um trabalhador comum brasileiro, cuja escolaridade muitas vezes não alcança o nível primário, saberia que, demitido, deve procurar o Poder Judiciário no dia seguinte sob pena de perder um dia para a prescrição. De acordo com o raciocínio que se repudia neste estudo, cada dia que o operário perde procurando novo emprego após a extinção de seu contrato de trabalho é um dia a menos a quem tem direito dentro do prazo prescricional. Ou seja, parte-se do pressuposto que o cidadão comum brasileiro tem informação suficiente para tanto e o pior, que deixará de buscar um novo trabalho, com o qual sustente a si e a sua família, para providenciar uma ação de cobrança de créditos os mais sagrados, os alimentares, que devem ser protegidos primordialmente pelo Ordenamento Jurídico.

Além disso, relembre-se que o acesso à Justiça pelo cidadão de baixo poder aquisitivo é muito mais complicado, na prática, do que para o cidadão mais abastado. Basta observar as filas que se formam diariamente às portas das Defensorias Públicas, onde se aguarda, em média, 6 horas para ser atendido - quando se consegue atendimento - e onde, geralmente, o grande volume de ações impede o desempenho satisfatório dos que postulam em nome do lesado.

Todos esses fatores apontam para a inviabilidade de o desempregado reivindicar seus créditos antes que se empenhe em conseguir novo emprego, daí porque o tempo decorrido, para o exercício desse direito, não poderá ser subtraído das parcelas a que o mesmo faz jus.

5.4. CRÉDITOS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO - UM DIREITO SOCIAL

O art. 7º, inciso XXIX foi incluído na Magna Carta num Capítulo denominado "Dos Direitos Sociais". Este Capítulo discorre sobre direitos conferidos aos trabalhadores, são os chamados "Direitos de Segunda Geração".

Alexandre de Moraes leciona sobre o tema[19]:

19 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 203.

"Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamento do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal."

Resta claro, pois, que o legislador constitucional, ao inserir o dispositivo em exame no rol de Direitos Sociais, tencionou conferir um direito-garantia ao trabalhador, e constitui um contra-senso interpretar tal regra de forma prejudicial àquele a quem o Capítulo pretende proteger.

Esses Direitos Sociais exigem do Estado uma participação ativa para que sirva de motor à sua concretização. O Estado tem, pois, a obrigação jurídica de proporcionar os meios para que os destinatários da norma possam exercitar seus direitos. Não cabe, sob nenhuma hipótese, o próprio Estado Juiz dificultar o exercício de tais prerrogativas pelos cidadãos, muito menos restringir seu alcance, daí porque a manutenção do entendimento predominante sobre a prescrição trabalhista é uma verdadeira teratologia.

5.5. A NECESSIDADE DE SE INTERPRETAR A NORMA DE FORMA MAIS BENÉFICA AO TRABALHADOR

Dentre os princípios que regem o Direito do Trabalho, já ventilados, reza o in dubio, pro operario que, em caso de dúvida sobre o sentido de dispositivo legal, deve-se adotar a interpretação que seja mais benéfica ao trabalhador.

Sustenta o mexicano Mario de La Cueva, que essa necessidade de interpretação mais benéfica existente no Direito do Trabalho consiste em julgá-lo de acordo com sua própria natureza, ou seja, como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social de obter melhoria em suas condições de vida. É indubitável que os propósitos do Direito Laboral traduzem um ideal de justiça, uma idéia moral, expressos no dever de satisfazer as necessidades que poderiam se chamar vitais de uma classe social. As normas jurídicas do trabalho, segundo o autor, têm como finalidade consignar vantagens econômicas em benefício dos operários, e, em se tratando de decidir qual é o alcance de uma garantia social, é preciso garantir toda a amplitude exigida pela natureza do Direito do Trabalho.[20]

20 DA LA CUEVA, Mario, apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 287.

Além desse argumento, já mais que suficiente para entender a norma contida no inciso XXIX da forma que ora se expõe, deve-se atentar para o fato de que versa o dispositivo sobre o tema da prescrição e, como é sabido, deve-se interpretar a prescrição, seja ela trabalhista ou não, da forma mais restritiva possível, já que é meio de extinção de obrigações.

A propósito, assim entende Washington de Barros Monteiro[21]:

> "Em primeiro lugar, é de se advertir que, na matéria em exame, as disposições são sempre de aplicação restrita, não comportando interpretação extensiva, nem analogia; a exegese será sempre restritiva. Na dúvida, deve julgar-se contra a prescrição, meio talvez antipático de extinguir-se a obrigação."

No mesmo sentido versa Américo Plá Rodriguez[22]:

> "Dada a difícil harmonização desses institutos com os princípios do Direito do Trabalho, tanto a prescrição quanto a decadência devem ser interpretadas com critério restritivo: admitir-se o menos possível e estritamente dentro dos limites indispensáveis."

Da mesma forma, Pontes de Miranda entende que "as regras jurídicas sobre prescrição hão de ser interpretadas estritamente, repelindo-se a própria interpretação analógica."[23]

5.6. O SENTIDO JURÍDICO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Urge que se tenha em vista que o instituto da prescrição não é forma de privilegiar o devedor, in casu, o empregador, mas sim, meio de estabelecer a paz social, a certeza jurídica nas relações.

Novamente merecem destaque as palavras de Pontes de Miranda, tratando sobre o conceito de prescrição no Código Civil[24]:

21 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 289.

22 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 216.

23 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo 6. Campinas: Bookseller, 2000. p. 162.

24 Ibidem. p. 162.

"Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. (...). O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida."

A prescrição constitui pena para o negligente, ou seja, para aquele que, podendo, não exerceu seu direito de ação no certo prazo, daí porque é considerada medida de ordem pública, para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado.[25]

Isto posto, resta evidente que a orientação majoritariamente adotada quanto à prescrição dos créditos trabalhistas se revela contrária não somente aos princípios do Direito do Trabalho, mas também aos princípios do Direito Civil e à natureza do próprio instituto. Defender-se a prescrição pro empregador, como se tem procedido, não é orientar-se em busca da paz social, conforme deve ser; não representa o espírito da norma trabalhista, mas sim caracteriza uma injustiça legitimada juridicamente pelo intérprete magistrado, já que deixa de observar as peculiares condições do operário, cuja situação de submissão não permite o ajuizamento da demanda.

A prescrição, costuma-se dizer, é pena para quem "dorme", e o empregado não descura de seus direitos, apenas não pode exercê-los em virtude das circunstâncias, e todas elas foram sopesadas pelo legislador quando lhes conferiu o prazo de 2 anos livres da prescrição para o exercício do direito de ação, que não pode ser afastado pelo intérprete.

6. AS DECISÕES JUDICIAIS E OS DOUTRINADORES QUE ACOMPANHAM O ENTENDIMENTO ESPOSADO

Não obstante a robustez dos argumentos que implicam a interpretação do artigo 7º, inciso XXIX da CF tal como ora se faz, a jurisprudência brasileira é contumaz em delinear o marco inicial da prescrição de forma diferente, contando os 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, e não à extinção do contrato, restringindo a eficácia da norma, que tem nítido caráter tutelar.

25 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. I. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 202.

Isto posto, o inciso em questão deve ser compreendido da seguinte forma: persistindo a relação empregatícia, o trabalhador lesado terá o prazo de 5 anos para o ingresso em Juízo contra seu empregador; porém, extinta a relação de trabalho, o ex-empregado terá o período de 2 anos subseqüentes à data em que ocorreu a extinção para pleitear os créditos não pagos correspondentes aos 5 últimos anos de relação de subordinação.

Deve-se ter em mente que o prazo de 2 anos após a extinção do contrato de trabalho é o limite dado pelo legislador ao empregado para que proponha ação contra seu ex-empregador em que reivindicará seus créditos correspondentes aos 5 últimos anos de relação de subordinação, quando se sentia impedido de fazê-lo. Incluir esse biênio no lapso dos 5 anos prescricionais significaria reduzir esse período para 3 anos, se o ingresso em Juízo ocorre ao final dos 2 anos, contrariando, dessa forma, a vontade expressa do constituinte.

Muitos doutrinadores sustentam posição contrária a ora esposada aduzindo que o prazo de 2 anos após a extinção do contrato é excessivamente longo para a manutenção do crédito, o que é claramente uma interpretação pro empregador, totalmente contrária aos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Entender dessa forma o inciso em epígrafe é diminuir o prazo estabelecido constitucionalmente, e não conferir um direito ao operário, como pretendeu o legislador constituinte.

Cabe aqui a lição deixada em acórdão proferido pelo TRT da 3ª Região[13]:

> "Ao intérprete não é dado limitar a eficácia ou abrangência de normas constitucionais de tutela do emprego através de exegese restritiva, principalmente quando se trata de prescrição de créditos provenientes da relação de trabalho, de natureza alimentar e considerado por ela própria como valor fundamental da República Federativa (art. 1º, item IV), base da ordem econômica (art. 170) e primado da ordem social (art. 193)."

5.1. A SITUAÇÃO DE SUBMISSÃO DO EMPREGADO

Além dos princípios que regem o Direito Laboral, de ordem teórica, vários outros motivos de ordem prática conduzem à exegese ora esposada.

13 TRT/3ª Região, RO 1.848/92, Ac. 3ª T., Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva, DJU. 21.01.1993, p. 410.

O primeiro deles é a relação de subordinação existente entre empregador e operário. Na atividade subordinada, tem-se o poder unilateral do empregador de dirigir as atividades de seus empregados, que lhe devem obediência.

Aduz Amauri Mascaro Nascimento que subordinado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário. "Trabalho subordinado é aquele no qual o trabalhador volitivamente transfere a terceiro o poder de direção sobre o seu trabalho, sujeitando-se, como conseqüência, ao poder de organização, ao poder de controle e ao poder disciplinar deste".[14]

É mister ressaltar que tal situação de submissão praticamente impede que o operário acione seu empregador em Juízo, sob pena de pôr em risco seu emprego, e esse é um aspecto cuja observância pelo intérprete é de suma importância.

Sobre o assunto, assim discorreu Américo Plá[15]:

> "O trabalhador, enquanto dura a relação de trabalho, sente-se inibido em iniciar a ação judicial. Com razão ou sem ela, teme a represália do empregador, que, mesmo que não chegue à despedida, pode expressar-se de diversas formas durante o trabalho."

Esse o motivo pelo qual grande parte da doutrina entendeu, nos primórdios da Carta Constituinte, que o termo inicial da prescrição em exame só poderia ser a data em que, efetivamente, o empregado pudesse usar o direito de ação sem risco da perda do emprego, ou seja, a partir da rescisão contratual.[16]

Veja-se a bem formulada opinião de Solano Sobrinho[17]:

> "Se o empregado, por definição legal, é dependente do empregador e essa dependência, afora ser jurídica, se apresenta mais econômica, a ponto de o empregado tudo fazer para garantir o emprego; se assim, inclusive,

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 376.

15 RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 223.

16 ROMITA, Arion Sayão. A prescrição dos créditos trabalhistas na Constituição. Rio de Janeiro, Folha Carioca, 1989. p. 14-15.

17 SOLANO SOBRINHO, Genésio Vivanco. Prescrição - um estudo da questão em matéria trabalhista. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, n. 33, setembro/outubro, 1981, p. 86.

admite a lei, no art. 468, da CLT, tanto que torna nula de pleno direito qualquer alteração que lhe seja prejudicial, mesmo quando tenha estado ela de acordo, é evidente que tal dependência se mostra de maneira a viciar sua vontade a ponto de impedir possa agir contra o empregador (para não perder o emprego). Logo, por se tratar de um hipossuficiente, o prazo para o início da contagem do prazo para a prescrição, a que se refere o art. 11, da CLT deve ser a partir da data em que tal dependência desaparece, ou seja, a partir da rescisão do contrato de trabalho."

Embora o legislador não tenha concedido ao empregado prazo prescricional contado apenas a partir da rescisão contratual, como acontecia com os trabalhadores rurais antes da Emenda Constitucional nº 28, de 25.05.2000, procurou atenuar o prejuízo dos operários lhes conferindo o prazo de 2 anos para propositura ação de cobrança dos créditos devidos nos 5 últimos anos de relação contratual.

Por consistir num lapso temporal por demasiado grande, contar a prescrição a partir da rescisão contratual pareceu gerar desconforto da segurança jurídica, já que o operário poderia pleitear créditos devidos há mais de 20 anos, embora se saiba que no decorrer de todo esse período seu psicológico não permitiria exercer o próprio direito. Daí porque o legislador, numa solução para a controvérsia, determinou que, findo o contrato, o operário somente poderia pleitear os créditos relativos aos 5 últimos anos de relação empregatícia, mas, em contrapartida, teria o prazo de 2 anos para ajuizar a ação competente.

Se assim não fosse, pleitear a integralidade desses 5 anos de créditos em Juízo seria quase impossível, já que no decorrer do contrato laboral o empregado não está plenamente livre para exercer seu direito e, rescindido o contrato, teria que ajuizar a ação no dia seguinte, sob pena de perder um dia do prazo, comprometendo o próprio acesso à Justiça, direito de todos.

5.2. *O DESEMPREGO ESTRUTURAL*

Mascaro relembra o impacto causado pela escassez de empregos sobre o comportamento dos trabalhadores aduzindo que vivemos uma fase de desemprego estrutural, ou seja, essa situação ultrapassa as meras barreiras nacionais e atinge o mundo inteiro, com conseqüências severas sobre a situação social dos trabalhadores.[18]

18 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44-46.

É generalizada a diminuição do número de postos de trabalho sem perspectivas de reaproveitamento do trabalhador reciclado para novas atribuições, já que a substituição dos operários pelos softwares tem demonstrado a desnecessidade cada vez maior de um quadro numeroso de empregados, em virtude do crescimento da produtividade das empresas que aplicam alta tecnologia em lugar de trabalhadores.

Esse desemprego atuou também no sentido de conter os empregados numa posição mais defensiva, temendo as demissões em massa. No cenário social atual, mais vale suportar descontos indevidos na folha de pagamento do que se ver sob o risco de não mais estar empregado no mês seguinte.

Ocorre que o Direito existe justamente para proteger os que se encontrem sob tais circunstâncias, hipossuficientes em sua condição econômica e incapazes de enfrentar judicialmente seus empregadores sem risco de perderem seus empregos. Com base nesse raciocínio foi que o legislador de 1988 erigiu ao nível constitucional a norma que prevê a prescrição da ação trabalhista, e o fez no intuito de conferir ao ex-operário a oportunidade de, finda a relação contratual, reaver boa parte dos valores que lhe eram devidos e não puderam ser cobrados em virtude da situação de submissão sob a qual se encontrava.

O intérprete deve ter em vista que os trabalhadores muito dificilmente acionarão seus patrões quando da vigência do contrato laboral, e, caso o façam, correrão fundado risco de perderem seus empregos, o que vicia suas vontades, obrigando-os a aceitar, por longos períodos, situações de injustiça.

Relembre-se também que é bastante comum determinados operários ficarem mal vistos por outros empregadores por terem acionado judicialmente seus antigos patrões, o que dificulta conquistar um novo emprego. Daí também porque o legislador conferiu esse prazo de 2 anos após o término da relação laboral, livre da prescrição, para que o operário consiga novo emprego, antes de seu ingresso em Juízo.

5.3. A POUCA INSTRUÇÃO DOS TRABALHADORES

O Brasil é um país no qual o analfabetismo já alcançou níveis impressionantes até para nações mais pobres. Interessante notar que, embora os índices oficiais revelem um número expressivo de analfabetos, na realidade, o que observa é que, mesmo os considerados alfabetizados enfrentam, em sua grande maioria, um problema tão significativo quanto a completa falta de instrução: a falta de informação.

O legislador não pode se afastar da realidade social que pretende regular, e foi pensando nessas condições que o constituinte de 1988 concedeu esse prazo livre de 2 anos sem prescrição para o ingresso em Juízo pelos trabalhadores.

O contrário seria presumir que um trabalhador comum brasileiro, cuja escolaridade muitas vezes não alcança o nível primário, saberia que, demitido, deve procurar o Poder Judiciário no dia seguinte sob pena de perder um dia para a prescrição. De acordo com o raciocínio que se repudia neste estudo, cada dia que o operário perde procurando novo emprego após a extinção de seu contrato de trabalho é um dia a menos a quem tem direito dentro do prazo prescricional. Ou seja, parte-se do pressuposto que o cidadão comum brasileiro tem informação suficiente para tanto e o pior, que deixará de buscar um novo trabalho, com o qual sustente a si e a sua família, para providenciar uma ação de cobrança de créditos os mais sagrados, os alimentares, que devem ser protegidos primordialmente pelo Ordenamento Jurídico.

Além disso, relembre-se que o acesso à Justiça pelo cidadão de baixo poder aquisitivo é muito mais complicado, na prática, do que para o cidadão mais abastado. Basta observar as filas que se formam diariamente às portas das Defensorias Públicas, onde se aguarda, em média, 6 horas para ser atendido - quando se consegue atendimento - e onde, geralmente, o grande volume de ações impede o desempenho satisfatório dos que postulam em nome do lesado.

Todos esses fatores apontam para a inviabilidade de o desempregado reivindicar seus créditos antes que se empenhe em conseguir novo emprego, daí porque o tempo decorrido, para o exercício desse direito, não poderá ser subtraído das parcelas a que o mesmo faz jus.

5.4. CRÉDITOS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO - UM DIREITO SOCIAL

O art. 7º, inciso XXIX foi incluído na Magna Carta num Capítulo denominado "Dos Direitos Sociais". Este Capítulo discorre sobre direitos conferidos aos trabalhadores, são os chamados "Direitos de Segunda Geração".

Alexandre de Moraes leciona sobre o tema[19]:

19 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 203.

"Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamento do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal."

Resta claro, pois, que o legislador constitucional, ao inserir o dispositivo em exame no rol de Direitos Sociais, tencionou conferir um direito-garantia ao trabalhador, e constitui um contra-senso interpretar tal regra de forma prejudicial àquele a quem o Capítulo pretende proteger.

Esses Direitos Sociais exigem do Estado uma participação ativa para que sirva de motor à sua concretização. O Estado tem, pois, a obrigação jurídica de proporcionar os meios para que os destinatários da norma possam exercitar seus direitos. Não cabe, sob nenhuma hipótese, o próprio Estado Juiz dificultar o exercício de tais prerrogativas pelos cidadãos, muito menos restringir seu alcance, daí porque a manutenção do entendimento predominante sobre a prescrição trabalhista é uma verdadeira teratologia.

5.5. A NECESSIDADE DE SE INTERPRETAR A NORMA DE FORMA MAIS BENÉFICA AO TRABALHADOR

Dentre os princípios que regem o Direito do Trabalho, já ventilados, reza o in dubio, pro operario que, em caso de dúvida sobre o sentido de dispositivo legal, deve-se adotar a interpretação que seja mais benéfica ao trabalhador.

Sustenta o mexicano Mario de La Cueva, que essa necessidade de interpretação mais benéfica existente no Direito do Trabalho consiste em julgá-lo de acordo com sua própria natureza, ou seja, como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social de obter melhoria em suas condições de vida. É indubitável que os propósitos do Direito Laboral traduzem um ideal de justiça, uma idéia moral, expressos no dever de satisfazer as necessidades que poderiam se chamar vitais de uma classe social. As normas jurídicas do trabalho, segundo o autor, têm como finalidade consignar vantagens econômicas em benefício dos operários, e, em se tratando de decidir qual é o alcance de uma garantia social, é preciso garantir toda a amplitude exigida pela natureza do Direito do Trabalho.[20]

20 DA LA CUEVA, Mario, apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 287.

Além desse argumento, já mais que suficiente para entender a norma contida no inciso XXIX da forma que ora se expõe, deve-se atentar para o fato de que versa o dispositivo sobre o tema da prescrição e, como é sabido, deve-se interpretar a prescrição, seja ela trabalhista ou não, da forma mais restritiva possível, já que é meio de extinção de obrigações.

A propósito, assim entende Washington de Barros Monteiro[21]:

> "Em primeiro lugar, é de se advertir que, na matéria em exame, as disposições são sempre de aplicação restrita, não comportando interpretação extensiva, nem analogia; a exegese será sempre restritiva. Na dúvida, deve julgar-se contra a prescrição, meio talvez antipático de extinguir-se a obrigação."

No mesmo sentido versa Américo Plá Rodriguez[22]:

> "Dada a difícil harmonização desses institutos com os princípios do Direito do Trabalho, tanto a prescrição quanto a decadência devem ser interpretadas com critério restritivo: admitir-se o menos possível e estritamente dentro dos limites indispensáveis."

Da mesma forma, Pontes de Miranda entende que "as regras jurídicas sobre prescrição hão de ser interpretadas estritamente, repelindo-se a própria interpretação analógica."[23]

5.6. *O SENTIDO JURÍDICO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS*

Urge que se tenha em vista que o instituto da prescrição não é forma de privilegiar o devedor, in casu, o empregador, mas sim, meio de estabelecer a paz social, a certeza jurídica nas relações.

Novamente merecem destaque as palavras de Pontes de Miranda, tratando sobre o conceito de prescrição no Código Civil[24]:

---

21 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 289.

22 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 216.

23 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo 6. Campinas: Bookseller, 2000. p. 162.

24 Ibidem. p. 162.

"Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. (...). O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida."

A prescrição constitui pena para o negligente, ou seja, para aquele que, podendo, não exerceu seu direito de ação no certo prazo, daí porque é considerada medida de ordem pública, para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado.[25]

Isto posto, resta evidente que a orientação majoritariamente adotada quanto à prescrição dos créditos trabalhistas se revela contrária não somente aos princípios do Direito do Trabalho, mas também aos princípios do Direito Civil e à natureza do próprio instituto. Defender-se a prescrição pro empregador, como se tem procedido, não é orientar-se em busca da paz social, conforme deve ser; não representa o espírito da norma trabalhista, mas sim caracteriza uma injustiça legitimada juridicamente pelo intérprete magistrado, já que deixa de observar as peculiares condições do operário, cuja situação de submissão não permite o ajuizamento da demanda.

A prescrição, costuma-se dizer, é pena para quem "dorme", e o empregado não descura de seus direitos, apenas não pode exercê-los em virtude das circunstâncias, e todas elas foram sopesadas pelo legislador quando lhes conferiu o prazo de 2 anos livres da prescrição para o exercício do direito de ação, que não pode ser afastado pelo intérprete.

6. AS DECISÕES JUDICIAIS E OS DOUTRINADORES QUE ACOMPANHAM O ENTENDIMENTO ESPOSADO

Não obstante a robustez dos argumentos que implicam a interpretação do artigo 7º, inciso XXIX da CF tal como ora se faz, a jurisprudência brasileira é contumaz em delinear o marco inicial da prescrição de forma diferente, contando os 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, e não à extinção do contrato, restringindo a eficácia da norma, que tem nítido caráter tutelar.

25 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. I. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 202.

Inicialmente, era bastante divergente o entendimento sobre a matéria, e havia diversos magistrados que determinavam, em seus julgados, o início do prazo prescricional a partir da rescisão contratual. Porém, pacificando as discussões em torno do problema, o TST editou a Orientação Jurisprudencial nº 204, da Seção de Dissídios Individuais 1, cuja redação se transcreve:

> "Prescrição. Contagem de Prazo. Art. 7º, XXIX, da CF. A prescrição qüinqüenal abrange os cinco anos anteriores ao ajuizamento da reclamatória e não os cinco anos anteriores à data da extinção do contrato."

A partir de então, tornaram-se raras as decisões em sentido oposto, mesmo naquelas Cortes que defendiam assaz o entendimento contrário, causando um enorme prejuízo aos trabalhadores. Merecem reprodução algumas dessas decisões:

> "A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIX, prevê, a prescrição dos direitos anteriores a cinco anos da extinção do contrato de trabalho. Interpretação teleológica esta que atende aos princípios basilares do Direito Material, qual seja, na dúvida sobre o alcance da norma, deve a mesma ser aplicada no sentido mais favorável ao obreiro, 'in dubio pro operario'". (TRT-PR RO 00011/95, Ac. 3ª T- 00404/96, Rel. Juiz Mário Antônio Ferrari, DJPR 19.01.96).

> "A prescrição na Justiça do Trabalho é contada a partir da rescisão contratual. Note-se inclusive, que a Carta Magna, em seu art. 7º, inciso XXIX, não fez a menor referência à data do ajuizamento da ação para a contagem do prazo prescricional, fazendo referência tão somente à data da extinção contratual. Assim, resta indene de dúvida que o marco prescricional é a data da rescisão contratual". (TRT-PR RO 4.791/95, Ac. 1ª T. 12.997/96, Rel. Juiz Wilson Pereira, DJPR 05.07.96).

Quanto à doutrina, são igualmente escassos os autores que permaneceram firmes na defesa da contagem prescricional a partir da rescisão contratual. Dentre eles, além de Américo Plá Rodriguez, sobejamente cita-

do, destaca-se o professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito do Recife, e membro do Ministério Público do Trabalho, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, autor de diversos estudos sobre a matéria, que defende[26]:

> "Promovida a ação no prazo legal de dois anos e tratando-se de direitos adquiridos e violados até a data da rescisão do contrato, resguardados estão todos eles, até a data da demissão, ao limite de cinco anos. (...). Havendo o trabalhador ajuizado a ação, no prazo legal, o tempo decorrido, para o exercício desse direito, não será subtraído das parcelas a que o mesmo faz jus, cujo limite será sempre 5 anos."

7. O PREJUÍZO CAUSADO À SOCIEDADE PELA ATUAL PACIFICIDADE DO ENTENDIMENTO SOBRE A MATÉRIA

A quase uniformização do entendimento sobre a prescrição da ação trabalhista, no sentido de se incluir o prazo de 2 anos após o encerramento do contrato laboral dentro do cômputo da prescrição, tem gerado incontáveis prejuízos aos trabalhadores e à própria sociedade brasileira.

Isto porque tal compreensão sobre a matéria limita expressivamente o exercício do direito de crédito do ex-empregado, fazendo com que cada dia em que não intente a demanda de cobrança perante o Judiciário represente um dia a menos dentro do prazo de 5 anos, estabelecido constitucionalmente.

O intérprete não pode se afastar da realidade fática que caracteriza a relação de trabalho, assim como não pode se desviar da natureza dos créditos protegidos pelo legislador constitucional no art. 7º, inciso XXIX.

Trata-se de créditos de natureza alimentar, decorrentes do maior bem que possui o ser humano, sua força de trabalho. Diz respeito, pois, à própria dignidade da pessoa humana, e sua não observância, pelos aplicadores do Direito, é o mesmo que negar a própria razão de ser do Poder Judiciário: solucionar os conflitos que lhe são postos, proporcionando igualdade jurídica às relações desiguais, sempre em busca da Justiça social.

Perpetuar esse entendimento é estimular a inadimplência do devedor empregador, consciente de seu débito, porém sabedor da facilidade que existe em permanecer inadimplente e acostar-se à prescrição para não quitar

26 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do Trabalho. Itinerários da Dominação. São Paulo: LTr, 1994. p. 105-106.

com seus empregados o que lhes é devido.

8. CONCLUSÃO

O presente estudo não pretende esgotar a exploração do tema da prescrição trabalhista. Tenciona deixar bem clara uma interpretação do art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal que melhor se coaduna com a idéia de justiça social tão perseguida pelos filósofos do Direito, e cuja observância deve ser primordial para os jus aplicadores.

A interpretação aqui esposada é a única que se harmoniza com os princípios basilares do Direito Laboral, que buscam conferir maior proteção ao hipossuficiente na relação trabalhista, e, portanto, apregoam a aplicação da exegese das normas que lhe seja mais favorável, o que torna mister repudiar o entendimento que ora se ataca.

Espera-se, enfim, que o presente trabalho sirva de fundamento para novas petições em Juízo, além de, quiçá, seja estimulador de outros estudos sobre o tema, que possam promover uma incipiente, mas promissora, mudança orientação dos magistrados.

REFERÊNCIAS

1. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do Trabalho. Itinerários da Dominação. São Paulo: LTr, 1994.
2. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
3. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A Transformação do Direito do Trabalho. Da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.
4. FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
5. MARANHÃO, Délio, SÜSSEKIND, Arnaldo, TEIXEIRA FILHO, João de Lima, VIANA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. Vol. II. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.
6. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
7. MIRANDA, Pontes de.Tratado de Direito Privado. Tomo VI. Campinas:

Bookseller, 2000.
8. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
9. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
10. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
11. RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
12. ROMITA, Arion Sayão. A prescrição dos Créditos Trabalhistas na Constituição. Rio de Janeiro, Folha Carioca, 1989.
13. SOLANO SOBRINHO, Genésio Vivanco. Prescrição - um estudo da questão em matéria trabalhista. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, n. 33, setembro/outubro, 1981.

EI(S) A RIMA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA TUTELA DOS INTERESSES AMBIENTAIS[1]

Bárbara Nascimento de Melo
(Aluna do 7º período do curso de graduação em Direito da UFPE).

Sumário: 1 Tutela preventiva dos interesses ambientais. 2. Preventividade e cooperação ambiental na constituição Federal. 3 Educação Ambiental. 4. Conclusão.

1. TUTELA PREVENTIVA DOS INTERESSES AMBIENTAIS

A tutela dos interesses metaindividuais, via de regra, dá-se eficazmente, quando dotada de preventividade. Tal assertiva se justifica, porque um dano a essa espécie de interesses, geralmente, é de difícil reparação ou até mesmo de impossível reposição ao *status quo ante*, reclamando, assim, ações urgentes que objetivem, não apenas a recomposição de um dano ocasionado, mas, precipuamente, impedir a sua ocorrência.[2]

Nesse diapasão, é o magistério de Barbosa Moreira, *in verbis*: "Em grande número de hipóteses é irreparável a lesão consumada ao interesse coletivo: nada seria capaz de reconstituir a obra de arte destruída, nem de restaurar a rocha que aformoseava a paisagem; inexiste, ademais, prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano, insuscetível de medida por padrões econômicos. Em poucas matérias se revela de modo tão elo-

1 Para melhor compreensão do titulo, remetemos o leitor para o cordel constante no final deste trabalho. Também, imperioso se faz esclarecer, inicialmente, que "EIA-RIMA" é uma expressão utilizada para designar o estudo de impacto ambiental (EIA) e seu respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA), importantes instrumentos da proteção ambiental.

2 CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. "O ministério público e a tutela preventiva dos interesses metaindividuais". Revista de Direito Ambiental, ano 8, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun. 2003, p. 201.

qüente como nesta a insuficiência da tutela repressiva, exercitada mediante a imposição de sanções e, quando necessário, pela execução forçada da condenação. O que mais importa é *evitar* a ocorrência da lesão; daí o caráter preventivo que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional".[3]

Dentre os interesses metaindividuais, destacamos para o presente trabalho os interesses ambientais.

Meio ambiente[4], conforme dicção do inciso I do art. 3° da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal n.° 6.938, de 31 de agosto de 1981)[5], consiste no "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Observe-se que a definição legal de meio ambiente é bastante ampla – como não poderia deixar de ser, em face da extensão extraordinária do meio ambiente[6] –, abarcando "tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e a rege"[7]. Em que pese a amplitude da definição, a mesma não se manteve imune a críticas, vez que está mais voltada para os aspectos biológicos, físicos e químicos do meio ambiente, não conjugando, como fez a Carta Magna[8], os conjuntos técnicos com conceitos sociais.

José Afonso da Silva sugere, em face dessa crítica, que o meio ambiente seja definido como a "interação do conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais, que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais".[9]

---

3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A proteção jurisdicional dos interesses coletivos e difusos". IN: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 102.

4 Alguns doutrinadores, a exemplo de José Afonso da Silva, concebem a expressão "meio ambiente" como redundante, porquanto "ambiente" significa o âmbito que nos cerca, em que vivemos; assim, de certa forma, a palavra "meio" se insere na definição de "ambiente". Todavia, seguiremos a nomenclatura utilizada pelo legislador, qual seja, "meio ambiente".

5 Até a edição dessa Lei, inexistia no ordenamento jurídico brasileiro uma definição legal de meio ambiente.

6 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 270.

7 MACHADO, Paulo Affonso de Lemos. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 92.

8 Doravante, analisaremos o tratamento dispensado pela Carta Magna ao meio ambiente.

9 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

Assim, por ser o meio ambiente um bem híbrido, formado pela conjunção tanto de elementos naturais quanto artificiais, a sua tutela eficaz demanda a utilização de soluções diferenciadas, capazes de atender às exigências peculiares, oriundas da singularidade do objeto.[10]

Na tutela dos interesses ambientais, deverá o aspecto preventivo prevalecer sobre o repressivo, conforme leciona Nogueira da Cruz, em referência aos ensinamentos de Paulo de Bessa Antunes, nos seguintes termos: "Os danos aos interesses metaindividuais, dentre os quais o dano ambiental é um bom exemplo, são, via de regra, irreparáveis. A irreparabilidade dos danos ambientais provém do fato de que, como os bens ambientais se traduzem em requisitos para o gozo do direito à vida, qualquer lesão a eles fere, em última análise, este direito, do qual, por óbvio, decorrem de outros direitos".[11]

Canotilho e Moreira, outrossim, defendem tal posicionamento quando afirmam que "as ações incidentais sobre o meio ambiente devem evitar, sobretudo, a criação de poluições e perturbações na origem e não apenas combater posteriormente os seus efeitos, sendo melhor prevenir a degradação ambiental do que remediá-la *a posteriori*".[12]

Desta feita, enquanto possível seja evitar a ocorrência do dano ambiental, incumbe ao implementador do direito ambiental tomar a prevenção como paradigma de suas ações, sob pena de responsabilidade criminal e civil solidária, ainda que busque uma posterior reparação.[13]

2. PREVENTIVIDADE E COOPERAÇÃO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A tutela preventiva ambiental coaduna-se com o espírito da Carta Magna. A Constituição Federal reserva, no Título VII, o Capítulo VI, composto apenas pelo art. 225, para regramento do meio ambiente[14]. Referido

10 FAZOLLI, Silvio Alexandre. "Princípios ambientais tributários e extrafiscalidade". Revista de Direito Ambiental, ano 9, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 34, abr.-jun. 2004, p. 78.
11 CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Ob. cit., p. 203.
12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 348.
13 SOUZA, Matauri Ciocchetti de. Interesses difusos em espécie, São Paulo: Saraiva, 2000, p.38.
14 Ressalte-se que encontramos, outrossim, normas ambientais esparsas na Constituição. A exemplo, tem-se o inciso VI, do art. 170, que consagra a defesa do meio ambiente como um dos princípios a serem observados na Ordem Econômica.

artigo pode ser vislumbrado em três partes: "1. apresentação de um direito fundamental – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; 2. descrição de um dever do Estado e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações; 3. prescrição de normas impositivas de condutas, inclusive normas-objetivos, visando assegurar a efetividade do meio ambiente ecologicamente equilibrado".[15]

Vejamos, sucintamente, essas três partes do art. 225. Inicialmente, o Constituinte conferiu status de direito fundamental de 3ª geração, fundado, portanto, na fraternidade e na solidariedade, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. "Este direito é explicitado como sendo simultaneamente um direito social e individual, pois, deste direito de fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado não advém nenhuma prerrogativa privada. Não é possível em nome desse direito, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para consumo privado. O caráter jurídico do "meio ambiente ecologicamente equilibrado" é um bem de uso comum do povo. Assim, a realização individual desse direito fundamental está intrinsecamente ligada a sua realização social".[16]

O direito de fraternidade em comento, todavia, não é absoluto; deve ser exercido proporcionalmente ao direito ao desenvolvimento. Isto porque "o direito ao meio ambiente se encontra no mesmo patamar que o direito ao desenvolvimento, devendo ambos caminharem lado a lado, uma vez que é no ambiente e com os recursos que ele oferece que o homem executará suas potencialidades de evolução".[17]

Num segundo momento, como forma de execução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que baseado na fraternidade, erigiu o Constituinte, como princípio magno, a cooperação, quando atribui, conjuntamente, ao poder público e à coletividade a defesa do meio ambiente, tanto para as gerações presentes quanto para as vindouras. Esse princípio "é uma decorrência da propriedade coletiva do meio ambiente, pois, uma vez sendo ele bem de uso comum do povo, cabe a toda coletividade a responsabilidade por seu zelo".[18] O princípio da cooperação, como bem esclarece

15 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997, p. 256.

16 Derani, Cristiane. Ob. cit. , p. 256.

17 TAPIASSU, Lise Vieira da Costa. "O Direito ambiental e seus princípios informativos". Revista de Direito Ambiental, ano 8, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun. 2003, p. 164.

18 TAPIASSU, Lise Vieira da Costa. Ob. cit., p. 174.

Cristiane Derani, determina que o Estado e a coletividade atuem, em conjunto, "na escolha de prioridades e nos processos decisórios. Ele está na base dos instrumentos normativos criados com o objetivo de aumento da informação e de ampliação de participação nos processos de decisão de política ambiental, bem como de estabilidade no relacionamento entre a liberdade individual e necessidade social".[19]

Estabelecida a importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (ao consagrá-lo como direito fundamental), e imposta à coletividade e ao poder público a tutela desse direito, a Constituição traça o perfil da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[20], consagrando, dentre outros, a prevenção e a educação ambiental (a qual analisaremos minuciosamente no ponto 3) como princípios balizadores. Nessa seara, mais uma vez nos reportamos a excerto da célebre obra "Direito Ambiental Econômico", de autoria da Professora Cristiane Derani, *ad litteram*: "É de se remarcar que o artigo 225 vem integrar o ordenamento, trazendo uma nova abordagem dos recursos naturais interferindo na orientação da economia de mercado. Pode-se inferir dos incisos I, II, III diretamente o princípio da precaução[21] subjacente, na busca de evitar danos ecológicos. Mais especificamente, o desdobra-

19 Ob. cit., p. 157.

20 No § 1º, do art. 225, da Constituição Federal, estão presentes deveres do Poder Público, no que concerne à garantia da efetividade da proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por assim dispor:

"Art. 225 - (omissis)

§ 1º Para assegurar a efetividade (grifos nossos) desse direito, incumbe ao poder público:

I. preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II. preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III. definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedado qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

21 Há autores que diferenciam os princípios da prevenção e da precaução. Milaré (Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário, p. 102) assim os define: "Prevenção é substantivo do verbo prevenir, e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes, induz uma conotação da generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do Latim prae= antes e cavere= tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação que não venha a resultar em efeitos indesejáveis. A diferença

mento desde princípio através da preocupação com a efetividade ecológica, a reversibilidade de dano decorrentes de atividades, a possibilidade de se flexibilizar o seu exercício(...)".[22]

Ainda pode-se trazer à baila, a título de exemplo da guarida do princípio da prevenção no texto da Lei Maior, a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalações de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, prevista no inciso IV, § 1°, do art. 225. Tal afirmativa corrobora com o ensinamento de Paulo de Bessa Antunes de que o princípio da prevenção informa os estudos de impactos ambientais.[23]

3. EDUCAÇÃO AMBIENTAL

O Constituinte, ao insculpir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, conferiu à coletividade vários mecanismos para seu zelo. "Pelo texto do art. 225 da Constituição visualiza-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. Põe de um lado o poder do sujeito afetado no seu direito à sadia qualidade de vida de voltar-se contra o poder público ou contra o poluidor para fazer respeitar esse direito, por exemplo, através da atuação em juízo. Uma outra faculdade colocada à disposição do cidadão é a participação nas decisões administrativas, seja em discussões durante audiências públicas, ou por outros caminhos, como fazendo valer seu direito de representação e o de informação sobre os atos administrativos.

---

etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que prevenção é mais ampla do que precaução e que, por seu turno, precaução é atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para casos concretos". Neste trabalho, adotamos o magistério de Milaré, tomando a prevenção como gênero, do qual a precaução é espécie.

IV. exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V. controlar a produção, a comercialização, e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida , a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI. promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII. proteger aa fauna, a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade".

22 DERANI, Cristiane. Ob. cit., p. 266.

23 Ob. cit., p. 37.

Por outro lado, esse direito se desdobra no dever do Poder Público, no âmbito de sua competência legislativa ou executiva, de atuar com o objetivo de criar condições para sua efetivação. Neste sentido, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se revela também numa norma-objetivo. Sua efetividade está ligada ao desenvolvimento dos objetivos elencados nos incisos do artigo 225, ou seja, a realização deste direito tanto mais efetiva será quanto maior a eficiência das práticas de políticas públicas coordenadas com as atividades privadas". [24]

Vê-se que, para se efetivar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio da cooperação deve ser exaltado, eis que, como acima transcrito, a realização deste direito tanto mais efetiva será quanto maior a eficiência das práticas de políticas públicas coordenadas com as atividades privadas.

Por sua vez, a concretização do princípio da cooperação é necessidade premente do princípio da prevenção. Este assume, fundamentalmente, o sentido de linha orientadora dos objetivos da política de proteção do direito de 3ª geração ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, caracterizado pela solidariedade e pela fraternidade; logo, para a sua observância, "coloca-se na estrutura do Estado Social, a prática indispensável do princípio da cooperação".[25]

Neste talante, para a eficiência da participação popular na tutela ambiental (efetividade do princípio da cooperação, pois) e para observância do princípio da prevenção, a educação ambiental é instrumento fundamental, no que se refere à conscientização da sociedade.

Nessa ordem de idéias, é o entendimento de Ana Paula Nogueira da Cruz, em referência ao magistério de Fiorillo e Abelha Rodrigues, quando assim se expressa: " (...) O princípio da educação ambiental, **como forma de efetivar a participação**, encontra seu campo maior de aplicação por via da informação ambiental. Educar Ambientalmente, dizem eles [Fiorillo e Abelha Rodrigues], é reduzir custos ambientais, na medida em que a população atuará como guardiã do meio ambiente. **Mas é principalmente efetivar o princípio da prevenção**".[26] (grifos nossos).

24 DERANI, Cristiane. Ob. cit., p. 229-230.
25 DERANI, Cristiane. Ob. cit., p.16
26 CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Ob. cit., p. 210.

Outro não é o entendimento de Paulo de Bessa Antunes[27], ao escrever que:

"(...)A correta implementação de amplos processos de educação ambiental é a maneira mais eficiente e economicamente viável de evitar que sejam causados danos ao meio ambiente".

" A educação ambiental é o instrumento mais eficaz para a verdadeira aplicação do princípio mais importante do direito ambiental, que é exatamente o princípio da prevenção".

A educação ambiental, como instrumento para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, consoante dantes mencionado, encontra guarida na Carta Magna, a qual consigna no inciso IV, § 1°, do Artigo 225, a incumbência do Poder Público de promover, em todos os níveis de ensino, a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação ambiental. Prescreve, outrossim, *ex vi* do art. 209, que "incumbe ao Poder Público promover a educação ambiental a todos os níveis de ensino, de maneira integrada e multidisciplinar, inclusive a educação ambiental da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente".

Depreende-se dos retro mencionados dispositivos que o Constituinte consagra a ordem de idéias exposta no presente trabalho de que a educação ambiental configura ferramenta imprescindível de participação da coletividade na defesa ambiental, e, conseguintemente, da tutela preventiva do meio ambiente.

O processo educativo exsurge como indispensável meio de participação na defesa ambiental, em face da complexidade da questão ambiental, que exige que a população seja educada ambientalmente para que possa adquirir conhecimentos, habilidades e desenvolver atitudes para poder intervir de forma participativa nos processos decisórios.[28] .

Segundo Pelicioni e Foceli, "cabe à educação ambiental, como processo político e pedagógico, formar para o exercício da cidadania, desenvolvendo conhecimento interdisciplinar baseado numa visão integrada de mundo. Tal formação permite que cada indivíduo investigue, reflita e aja sobre efeitos e causas dos problemas ambientais que afetam a qualidade de vida e

27 Ob. cit., p. 249.

28 LOBAS DE CASTRO, Mary; CUNHEDO JR., Sidnei Gancia. Educação Ambiental como Instrumento de Participação. In: PHILIP JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Foceli, editores. Educação Ambiental e Sustentabilidade. Rio de Janeiro: Manole, 2005, p. 405.

a saúde da população. A interdisciplinaridade visa à superação da fragmentação dos diferentes campos do conhecimento, buscando pontos de convergência e propiciando a relação entre os vários saberes".[29]

No ordenamento jurídico brasileiro, a definição de educação ambiental foi elaborada pelo legislador infraconstitucional no art.1°, da Lei Federal n.º 9.795, de 1999 (dispõe sobre educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências), nos seguintes termos: "Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes, competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade".

Esse conceito normativo é importante, porque respeita a linha constitucional de educação ao meio ambiente e não de educação meramente ecológica[30]. Assim, o homem deverá ser educado com o desiderato de ser capacitado para compreender adequadamente as implicações ambientais do desenvolvimento econômico e social.[31]

Ainda prescreve a Lei Federal em comento, no art. 2°, que a educação ambiental se dará, permanentemente, sob duas espécies: formal e não formal. Esta, na Lição de Paulo de Bessa[32], consiste na educação "constituída por um conjunto de práticas e ações de natureza educativa, cujo objetivo é a sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente (...)".

A educação formal, ainda no dizer de Bessa, é "aquela desenvolvida" no âmbito dos currículos ", das instituições de ensino públicas e privadas e que se estendem por todos os níveis e modalidades de ensino". "Este, aliás, é o anseio da grande maioria dos brasileiros, como revela pesquisa realizada pelo Ibope/Iser em janeiro de 1997, com 2 mil pessoas, a pedido do Ministério do Meio Ambiente. Nesse estudo, 94% dos entrevistados defendem a inclusão da educação ambiental nos currículos escolares".[33]

29 LOBAS DE CASTRO, Mary; CUNHEDO JR., Sidnei Gancia. Ob. cit., p. 406.
30 Consoante ensinamento de Paulo Affonso de Lemos Machado, em referência ao magistério do Professor Michel Despax (MACHADO, Paulo Affonso. Ob. cit. p. 90), o termo " ambiente " é mais amplo do que o " ecológico". Aquele faz referência a tudo que está em volta do homem, o seu entorno, enquanto o meio "ecológico" diz respeito apenas aos elementos naturais, com exclusão dessa forma, de tudo aquilo que o homem construiu ou remodelou.
31 ANTUNES, Paulo de Bessa. Ob. cit., p. 251.
32 Ob. Cit., p. 256-257.
33 MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 225.

Ressalte-se, por fim, que não há exigência legal de a educação ambiental constituir uma disciplina autônoma, ela deve ser, em respeito a sua interdisciplinaridade, uma constante em todo o processo educativo.

4. CONCLUSÃO

Desta feita, podemos destacar três vetores básicos na tutela dos interesses ambientais: a prevenção, a cooperação e a educação. A prevenção, como princípio-mor do Direito Ambiental, apenas se efetiva mediante a participação da sociedade e a adoção de políticas públicas coordenadas com a privada. Por sua vez, essa cooperação só é possível através da educação ambiental, eis que, conforme princípio fundamental do Direito Ambiental brasileiro "o homem tem direito fundamental a condições de vida satisfatórias, em ambientes saudáveis, que lhe permita viver com dignidade e bem–estar, em harmonia com a natureza, sendo **educado para defender-se e respeitar esses valores**".[34] (grifos nossos).

Corroborando com a ordem de idéias exposta, destacamos passagens do cordel, de autoria de Bartolomeu Leal de Sá, intitulado de "Educação Ambiental – E(I)S A RIMA"[35], que serviu de base não só para o título, como também para a elaboração de todo o presente trabalho , *in verbis*:

"(...)

Educação Ambiental
É o mais recomendado
Já que "stamos interessados
Na inclusão social
Pois sem ter adesão
De toda a comunidade,
Que com plena consciência
Queira a prosperidade,
Vamos ter a experiência do que viu Tião Salgado
Onde há deficiência
O lugar está degradado!
(...)

34 MACHADO, Paulo Affonso de Lemos. Ob. cit., p. 8.

35 O cordel na integra pode ser encontrado em: <http://www.cprh.pe.gov.br/frme-index-secao.asp?idsecao=33>.

Para garantir os direitos
De seres tão desiguais,
Pra preservar a paisagem
E os recursos naturais,
O governo brasileiro
Editou leis geniais
Que aplica duras penas
A crimes ambientais.
Definiu Meio Ambiente
Com bastante precisão,
Como se o suficiente
Fosse só a legislação

Mas de pouco adianta
Uma lei tão rigorosa
Com punição onerosa
Pra servir de instrumento.
Temos de conscientizar
O povo desta nação,
De que temos de parar
De jogar lixo no chão
De derrubar, de queimar
Resíduos, vegetação,
De consumir sem parar,
De excluir nosso irmão.
(...)

Educação Ambiental
É processo permanente,
Tem definição legal.
Criativo, consistente,
Do homem em comunidade,
Ou mesmo isoladamente,
Criar valor social,
Saberes habilidades,
Atitudes competentes,
De agir freqüentemente

Ei(s) a rima da educação ambiental como instrumento de efetividade da tutela dos interesses ambientais

Não de forma eventual
Tudo pró Meio Ambiente.
(...)

Se o nosso comportamento
Em nado for alterado,
Vamos ter esgotamento,
Pois o mundo é limitado.
Todos são de opinião
Que o mundo tem que mudar
Mas com acomodação
Nada pode melhorar.
Mudança tem de existir,
E num tempo bem veloz,
Cada um mudando a si,
Que o mundo começa em NÓS!(...)".

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A proteção jurisdicional dos interesses coletivos e difusos". In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos.* São Paulo: Max Limonad, 1984.

BRASIL. *Código penal, Código de processo penal, Constituição Federal.* Anne Joice Angher (Coord.). 3. ed. São Paulo: Rideel, 2003.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília – DF, 31 ago. 1981. Disponível em: <http://www.cprh.pe.gov.br/frme-index-secao.asp?idsecao=36> Acesso em: 26 jun., de 2005.

BRASIL. Lei n. 9.795 de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Brasília – DF, 27 abr., 1999. Disponível em: <http://www.cprh.pe.gov.br/frme-index-secao.asp?idsecao=36> Acesso em: 26 jun., de 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. "O ministério público e a tutela preventiva dos interesses metaindividuais". *Revista de Direito Ambiental*, ano 8, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 30, p. 198-213, abr./jun. 2003.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico.* São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. "Princípios Ambientais Tributários e Extrafiscalidade". *Revista de Direito Ambiental,* ano 9, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 34, p. 78-83. abr.-jun.2004.

LAFENDRI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca da efetividade de seus instrumentos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ "A educação ambiental como instrumento de participação da sociedade na defesa do meio ambiente". *Revista de Direito Ambiental,* ano 8, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 26, *p.*297-304, abr.- jun, 2002.

LOBAS DE CASTRO, Mary; CUNHEDO JR., Sidnei Gancia. *Educação ambiental como instrumento de participação.* In: PHILIP JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Foceli, editores. Educação ambiental e sustentabilidade. Rio de Janeiro: Manole, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso de Lemos. *Direito ambiental brasileiro.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

_____ *Direito do ambiente.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

Á, Bartolomeu Leal de. *Educação ambiental – e(i)s a rima.* Disponível em: <http://www.cprh.pe.gov.br/frme-index-secao.asp?idsecao=33> Acesso em Acesso em: 26 jun., de 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Matauri Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie.* São Paulo: Saraiva, 2000.

TAPIASSU, Lise Vieira da Costa. "O direito ambiental e seus princípios informativos". *Revista de Direito Ambiental*, ano 8, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 30, p. 155-178, abr./jun. 2003.

Estudantes-Caderno Acadêmico, criou-se um intercâmbio constante na área de Filosofia e Teoria Geral do Direito entre alunos e professores das duas Instituições

Além disso, a Estudantes-Caderno Acadêmico serve de estímulo para o desenvolvimento de grupos de pesquisa e projetos de Iniciação Científica na Faculdade de Direito do Recife. E um bom currículo acadêmico é formado pelas publicações, já que são o espaço para a divulgação das teses e hipóteses de estudo de cada pesquisador. Outro ponto positivo da Revista é que os artigos envolvem vários temas específicos, mostrando o ambiente plural no embate doutrinário e acadêmico que é a Faculdade de Direito do Recife.

E as publicações, parafraseando Peter Sloterdijk, são "cartas escritas aos amigos", e muitas vezes amigos que nem nós conhecemos, já que essas "cartas", quando ganham o mundo, podem fazer (re)produzir discussões e, claro, aprofundar o debate em outros Centros por "amigos invisíveis" que "farão rebentar a Terra", nas palavras de Émile Zola.

Parabéns a todos aqueles que fazem o NEA por manter, com muito custo, um espaço para que as cartas de nossos alunos criem asas. Longa vida e longos vôos à Revista Estudantes-Caderno Acadêmico.

Recife, por entre as "águas de março fechando o verão" de 2007.

Prof. Dr. Alexandre da Maia
Professor de Introdução ao
Estudo do Direito e
Vice-coordenador de graduação da
Faculdade de Direito do Recife

POIO CULTURAL:

Tabelionato Figueiredo
Uma referência em segurança jurídica
www.tabelionatofigueiredo.com.br