ESTUDANTES

Caderno Acadêmico

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

A comunidade jurídica é presenteada, mais uma vez, com o lançamento da Revista ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO. Neste novo número, destaca-se o estudo de temas atuais e controvertidos, como a responsabilidade civil por dano médico-hospitalar, o poder normativo das agências reguladoras, os crimes de Internet, a perspectiva ambiental diante do desenvolvimento econômico, entre tantos outros.

A atividade realizada pelos jovens que integram o Núcleo de Estudos Acadêmicos - NEA, e que se traduz no esforço para manter a publicação da Revista, alimenta a esperança que depositamos na Universidade Pública, comprometida com a produção do conhecimento científico e com a divulgação de boas idéias. Hoje, a Revista Estudantes – Caderno Acadêmico – ocupa, por mérito, espaço privilegiado entre as publicações especializadas, servindo como importante fonte de consulta para os operadores do direito.

Resta-nos estimular, cada vez mais, esse vigoroso empreendimento e desejar que, no próximo século, os nossos estudantes continuem iluminando a história da velha Faculdade de Direito do Recife.

Larissa Medeïros
Professora da UFPE

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

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 4 - Número 7
Julho de 2000 a Dezembro de 2000

2000

170 anos da Biblioteca da Faculdade de Direito de Recife

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA FDR

AE. 298766
Ex. 1
8926104

Estudantes Caderno Acadêmico a.4 No. 7
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito - Periódicos
340.05

ENTIDADES MANTENEDORAS

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

Diretoria

Gustavo Carneiro Leão - Presidente
Geraldo Vilar - 1º Vice-Presidente
Luiz Felipe Vieira - 2º Vice-Presidente
Augusto Maia- Secretário-Geral
Carlos Alberto Vieira - 1º Secretário
Alessandro Pereira - 2ª Secretária
Marconi Arani Melo - Secretário de Extensão
Carlos Roichman - Secretário Administrativo
Ana Monteiro - Secretária Acadêmico
Gustavo Amorim - Tesoureiro
Maria Isabel da Silva - Vice-Tesoureiro

Representação Estudantil

Maximiliano de Sá - Conselho Departamental
Cláudia Nóbrega - I Departamento
Pedro Jorge da Costa - II Departamento
Lorena Bravo - III Departamento

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Diretoria

André Melo Gomes Pereira - Presidente
Sílvia Regina Pontes Lopes Secretária-Geral
Raíssa Maggi e Gabriela Maciel - Tesoureiras

CONSELHO DIRETOR

Eduardo Valadares de Brito
Flávia Danielle Santiago Lima
Marcelo Casseb Continentino

INFORMAÇÕES, CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ENVIO DE TRABALHOS:
ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO
Praça Dr. Adolpho Cirne, S/N - Faculdade de Direito do Recife - Sala do DADSF
Recife - Pernambuco

CONSELHO EDITORIAL

Anamaria Campos Tôrres
Professora de Direito Processual Penal da FDR/UFPE

Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Professor de Direito Constitucional da Pós-graduação da FDR/UFPE

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

José Gláucio Veiga
Professor de Direito Econômico da Pós-graduação da FDR/UFPE

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

Maria Regina Montenegro Rosa e Silva
Professora de Direito Internacional Público da FDR/UFPE

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

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

Raimundo Juliano Rêgo Feitosa
Professor de Direito e Cidadania da Pós-graduação da FDR/UFPE

Sérgio Torres Teixeira
Professor de Direito Processual do Trabalho 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

Edital

Trabalhos Científicos

➢ *Teoria Geral do Direito*
Direito autopoiético: uma análise crítica a respeito da aplicabilidade epistemológica deste conceito ao contexto brasileiro (13)
Fabiano de Melo Pessoa
A impossibilidade do imparcial axiológico no direito (29)
David Ricardo Colaço Bezerra

➢ *Direito Civil*
Direito real de superfície (41)
Bruno de Albuquerque Baptista
A responsabilidade civil por dano médico-hospitalar e o Código de defesa do consumidor (57)
André Melo Gomes Pereira
Navegando na Internet "sem lenço e sem documento"? (73)
Gabriela Tavares Miranda Maciel e Raíssa Maria Barbosa Maggi

➢ *Direito Comercial*
A proteção à minoria e o direito de recesso na lei n.º 9.457/97 (85)
Maria Carolina Scheidgger Neves

➢ *Direito Ambiental*
A perspectiva ambiental diante do desenvolvimento econômico (97)
Glauberson Aquino Oliveira

➢ *Direito Constitucional*
Direito adquirido constitui cláusula pétrea ?
Catarina Vila-Nova Alves de Lima
Breve estudo acerca dos direitos fundamentais (123)
David Ribeiro Dantas
Alguns aspectos do controle abstrato da constitucionalidade das normas: possibilidade e necessidade de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no direito brasileiro (139)
Marcelo Casseb Continentino

➢ *Direito Administrativo*
O poder normativo das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro (157)
Maria Isabel Cesário Régis Fazio
Estabilidade e concurso público perante a Constituição de 1988: breves apontamentos (169)
Tamise Schwambach
Proibição de bombas de auto-serviço em postos de gasolina e de catracas eletrônicas em ônibus: limites e possibilidades da ingerência estatal na empresa privada (175)
Luiz Fernando Bandeira

➢ *Direito Tributário*
O encargo de 20% instituído pelo Decreto-Lei nº 1025/69 e as execuções fiscais da união (191)
Henrique Tróccoli Júnior
O papel exercido pela lei complementar tributária dentro da perspectiva do estado federal brasileiro (203)
Camila Militão de Carvalho

➢ *Direito Processual*
O cabimento do agravo de instrumento para impugnar o ato através do qual o juiz deixa para apreciar o pedido de liminar após a formação do contraditório (211)
Lílian Elisabeth Cordeiro Tenório de Miranda
Efeitos do descumprimento da transação penal (219)
Roberta Costa Resende

➢ *Direito Penal*
A responsabilidade criminal dos menores infratores e a problemática de sua redução (229)
Bruno Macedo Mendonça & Thiago de Oliveira Andrade
Crimes de Internet (241)
Eduardo Valadares de Brito

➢ *Direito do Trabalho e Econômico*
Sistemas de garantia no emprego (257)
Raissa Saldanha Menezes

Dívida externa: um entrave ao nosso crescimento (273)
Clístenes Leite Patriota e Mariana de Carvalho Milet

➢ *Contribuição*
Aspectos históricos na determinação das dimensões de direitos humanos (287)
Flávia Santiago

APRESENTAÇÃO

A revista *Estudantes – Caderno Acadêmico*, em quatro anos de existência, está em seu sétimo número. Ao longo desse período, nada orgulha mais o Conselho Diretor do que o crescimento e a acolhida da mesma, não só dentro da nossa Casa, mas em diversas searas científicas e profissionais alhures onde o direito é discutido. Trata-se de um reflexo da união de forças de professores e estudantes, juntos na vontade do desenvolvimento da pesquisa e de debates científicos, ousados e inovadores.

O corpo discente da velha Faculdade de Direito mostra-se interessado e compromissado com a construção de um direito dinâmico, justo e contemporâneo. O mesmo alunado diz "*não*" à estagnação cultural e científica, ao formalismo petrificante que insiste em entravar a justiça. O periódico é isto. É o reflexo dos pensamentos do estudante da Casa, é a vontade de uma "*justiça justa*" e a gênese da renovação.

Ao DADSF, o nosso sincero agradecimento, pois ao apoiar a revista *Estudantes – Caderno Acadêmico*, apoia o estudante na luta por ter seu pensamento expressado e difundido nos anais acadêmicos e jurídico-profissionais.

Os nossos agradecimentos aos professores da Faculdade de Direito do Recife, mestres presentes e companheiros. Assim como farol litorâneo guia o destemido marujo que navega por entre águas desconhecidas, eles guiam-nos por entre os meandros do direito, apontando o caminho de pedras a ser seguido na eterna jornada do aprendizado. Neste número, agradecemos especialmente à professora Larissa Medeiros. Ativa docente, incansável na formação de novos profissionais e no desenvolvimento das ciências jurídicas, esteve sempre presente dando a sua essencial contribuição à revista em grande parte dos exemplares já lançados.

Congratulamos, na oportunidade, a histórica biblioteca da nossa Faculdade de Direito de Recife, que comemora 170 anos de existência. Intrépida e gloriosa frente a longos anos que insistem em castigá-la, resiste heroicamente. As suas obras, muitas delas seculares, são referências para discentes e pós-graduados no aprendizado diário.

Por fim, gostaríamos de exaltar importância do periódico. Ele é a prova inequívoca de que o fomento à produção científica deve iniciar-se no radier da formação profissional: na graduação. Os estudantes são, destarte, figuras fundamentais neste momento.

Assim, como acadêmicos da FDR, temos algo mais. Algo forte o bastante que nos faz seguir e acreditar. Este algo mais são os nossos ideais e a nossa fé.

Para a graduação de direito da FDR, um periódico é vital na quebra de dogmas, na criação e desenvolvimento da ciência jurídica. Se todos acreditarem e fizerem a sua parte, não temos dúvida do triunfo de uma justiça que imperará e empunhará sua espada no cumprimento da lei.

Acreditamos que estamos fazendo a nossa parte.

Eduardo Valadares de Brito
Membro do Conselho Editorial

EDITAL Nº. 01/2001

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

Os trabalhos deverão ser entregues até 10 de março de 2001 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/n, Faculdade de Direito do Recife – Sala do DADSF – Recife – PE.*

A ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) de autoria de alunos da graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre duas e quinze laudas, fonte Times New Roman – 13 (WORD 97), margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior, 2,5 cm; Esquerda, 3 cm; Direita, 3 cm; Mediatriz, o cm; Cabeçalho, 1,25 cm; Rodapé, 1,25 cm; Tamanho do Papel, A4; Retrato), Espaçamento Simples e parágrafo (recuo da primeira linha) com 2cm de distância da margem, em texto todo Justificado;
2. Notas devem vir ao pé de página (Times New Roman – 11) e devidamente numeradas. As citações devem seguir o seguinte modelo: Para livros: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título da Obra, Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 263. Para Coletânea de Estudos: Autor do Artigo (sobrenome em letras maiúsculas), Título do Artigo, *in*, Coordenador - ou organizador ou diretor etc. – da obra (sobrenome em letras maiúsculas), Título da obra (sublinhado), Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: ROSAS, Roberto. Controles das empresas públicas e sociedades de economia mista *in* WALD, Arnoldo (coord.). O Direito na Década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 184. Para textos retirados da Rede Mundial de Computadores - INTERNET: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título do texto, *Homepage*, Data do *download*. Ex: REMIRO BROTONS, Antonio. Cumplimento de Obligaciones y Solucion de controversias en la Comunidad Europea.

3. Http://www.cefir.org.uy/docs/dt04/15remir2.htm. 20 de abril de 1998. Para Artigos de revistas: Autor do artigo (sobrenome em letras maiúsculas), Título do Artigo, Título da Revista (sublinhado), Cidade em que a revista foi editada, Volume (se houver), Número, Ano e página. Ex.: VEIGA, Gláucio. Teoria do Ensino e Avaliação Docente. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife. No. 7, 1995, p. 121.
4. Os trabalhos artístico literários devem conter entre uma e dez laudas (seguindo o mesmo padrão dos itens 1, 2 e 3);
5. Os originais devem ser encaminhados ao Conselho Diretor, digitados em duas vias (acompanhados do respectivo disquete);
6. Na primeira página deve constar informação sucinta sobre a formação e vinculação meramente acadêmicas do autor;
7. Os trabalhos entregues fora do prazo acima referido, serão submetidos ao conselho editorial apenas para o próximo número da Estudantes-Caderno Acadêmico.

Obs: 1. Resultará prejudicado o trabalho que não siga estritamente os padrões definidos no presente Edital, que de acordo com a complexidade da desconformidade do artigo com as especificações formais exigidas, poderá ser excluído de plano pelo Conselho Diretor.

2. Os disquetes que apresentarem problemas serão substituídos pelos seus respectivos autores ou pessoa por eles indicada, o que deverá ser feito no prazo inderrogável de 24 horas.

3. O autor deverá enviar apenas um artigo em reposta a um edital. Caso envie mais de um, o Conselho Diretor decidirá qual será submetido ao Conselho Editorial.

Eduardo Valadares de Brito
Membro do Conselho Diretor

DIREITO AUTOPOIÉTICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA APLICABILIDADE EPISTEMOLÓGICA DESTE CONCEITO AO CONTEXTO BRASILEIRO

Fabiano de Melo Pessoa (Aluno do 6º período da graduação em Direito da UFPE; ex-monitor da cadeira de Introdução ao Estudo de Direito I; pesquisador PIBIC/CNPq)

Sumário: 1. Introdução: modernidade x teoria dos sistemas; 2. Da sociedade enquanto sistema ao direito como complexo sistêmico nela inserido; 3. Da autopoiese dos sistemas; 4. Da autopoiese dos sistemas sociais; 5. Da possibilidade da existência de um direito autopoiético dentro de um contexto de modernidade periférica; 6. Conclusão: da ineficácia epistemológica da aplicação da concepção de um direito autopoiético ao caso brasileiro; 7. Bibliografia.

1. Introdução: modernidade x teoria dos sistemas

O conceito de modernidade no direito implica uma análise qualitativa do complexo jurídico vigente em determinado tempo e espaço e uma vez determinado possui grande valor do ponto de vista epistemológico. A expressão **direito moderno**[1] quer identificar, portanto, uma realidade onde as condutas sociais são reguladas por uma ordem pré-estabelecida, erigida sob o manto de um Estado Democrático de Direito, o qual pretende possuir, em nome da segurança e da previsibilidade das relações sociais, o monopólio na produção do direito, num contexto tal, em que as diversas ordens ético-normativas se encontrem devidamente emancipadas uma das outras através de processos auto-referentes de constituição.

[1] ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e Direito*. Revista da ESMAPE. Recife: [s.n.], v. 02, n. 06, 1997, p. 266-270. O conceito de direito dogmático moderno, como salienta o Prof. Dr. João Maurício Adeodato, pressupõe a existência de algumas condições, quais sejam: pretensão de monopólio por parte do Estado na produção das normas jurídicas; a supremacia das fontes estatais do direito em detrimento das fontes espontâneas e extra-estatais e a emancipação do direito das demais ordens normativas (auto-referência).

Modernidade quer então significar, dentre outras coisas, a existência de uma estrutura jurídica que possa vir a garantir uma convivência pacífica numa sociedade em que coexistem pessoas tão diferentes e com objetivos tão distintos, sem que isto possa significar, entretanto, a sobreposição dos interesses de uns sobre os outros. Do ponto de vista da teoria dos sistemas, uma **organização autopoiética**.

A análise sistêmica do social não é algo novo e portanto tal perspectiva já se encontra bastante difundida no campo das ciências sociais[2], entretanto a **percepção sistêmica da modernidade**, ou seja, de uma sociedade mundial **hipercomplexificada** e **funcionalmente diferenciada** implementada por **Niklas Luhmann** tendo por base os pressupostos da **teoria da autopoiese** veio, sem dúvida, a imprimir grande impulso a então em crise teoria dos sistemas.

Entretanto é bastante acirrada a discussão a respeito da possibilidade da aplicação (e por conseguinte o seu valor epistemológico) da teoria da autopoiese no campo das ciências sociais, especialmente no direito. Tal discussão torna-se ainda mais acalourada quando se tem por objeto de análise o contexto sócio-estrutural dos países da chamada **modernidade periférica**[3].

O estudo que se desenvolve nos parágrafos seguintes tem por objetivo analisar os elementos basilares da **teoria de um direito autopoiético** a fim de que se possa aferir o grau de eficiência da aplicação de seus postulados nos estudos que tenham por base um contexto de **modernidade periférica** tal qual o que se desenrola no cenário brasileiro, ou seja, qual o grau de **aplicabilidade epistemológica** alcançado com a utilização de tais conceitos.

---

[2] LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoria general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p.27-35.

[3] O Prof. Dr. Marcelo Neves faz uso dos termos *modernidade central* e *modernidade periférica* para diferenciar as duas realidades distintas estruturadas ambas sob o advento da modernidade, entretanto em espaços sócio-geo-políticos completamente distintos, quais sejam a realidade dos países centrais (desenvolvidos) e periféricos (subdesenvolvidos). Faremos uso destes conceitos durante todo este trabalho como forma de precisar nossas assertivas. Cf. NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 06, 1993, p.319-321.

2. Da sociedade enquanto sistema ao direito como complexo sistêmico nela inserido

2.1. Da sociedade enquanto sistema

A sociedade é um todo complexo onde indivíduos e grupos interagem constantemente, apresentando-se tal interação sob formas peculiares de acordo com o local e a época na qual se concretiza. A sociedade não se constitui de mera justaposição de indivíduos, mas sim da interligação existente entre os mesmos. Analisada do ponto de vista estrutural, a sociedade pode ser caracterizada como um **sistema**.

Dentre as diversas definições do termo, podemos entender como sistema um **conjunto de elementos interligados através de relações específicas guardando entre si íntima conexão**. Um sistema não se confunde com um amontoado ou um mero agregado de partes justapostas, muito pelo contrário, diferencia-se um sistema destes agrupamentos pela importância delegada a sua organização interna e pelo modo como são mantidas as relações entre os seus elementos constituintes. Estes, uma vez juntos, passam a formar um todo interarticulado e interinfluente, uma unidade.

2.2. Dos sistemas sociais como sistemas especificamente estruturados

Os sistemas sociais, ou seja, aqueles compostos através das relações provenientes do convívio do homem com o seu semelhante num todo denominado sociedade, constituem tipo especial de sistema. Diferentemente dos chamados sistemas formais (sistemas numéricos, matemáticos, etc.), os sistemas sociais não possuem como fundamento estrutural relações fixas, simetricamente dispostas, pelo contrário, "sua estrutura sistêmica resulta da implicação dialética de situações de cooperação e conflito"[4].

Dado a diversidade dos indivíduos e grupos, os quais se encontram muitas vezes em defesa de pontos de vista francamente antagônicos, não há como se falar de uma fundamentação única da unidade social. Assim, dentro de situações específicas, é que, ora por semelhança, ora por necessidade, ora devido a interesses específicos compartilhados (no caso de grupo composto basicamente por dessemelhantes) é que se mantêm unidos os sistemas sociais.

[4]NEVES, Marcelo. *O direito positivo enquanto subsistema social.* Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. Caruaru: [s.n.], n. 16,a. XXII, 1985, p. 300

Estes complexos de relações intersubjetivas (sistemas sociais) que se desenvolvem em determinado tempo e espaço não se apresentam de forma **unidimensional**, ou seja, dentro de um mesmo plano, de modo a formar agrupamentos estanques; pelo contrário, devido ao processo bastante heterogêneo pelo qual estes constróem sua unificação estrutural, são eles marcadamente **pluridimensionais**.

2.3. Da pluridimencionalidade do sistema social à constituição dos seus diversos subsistemas integrantes

No seio do convívio em sociedade, surgem inúmeros complexos de relações que, ao passo que vão aumentando o grau de autonomia no que diz respeito ao meio-ambiente no qual estão inseridos, vêm a consubstanciar, eles próprios, verdadeiros subsistemas relacionais.

Assim, como já devidamente frisado acima (item 2.2.), num mesmo grupo social podem ser formados diversos complexos relacionais que darão origem a sistemas distintos os quais interpenetrar-se-ão de modo a criar uma estrutura pluridimencional[5].

Deste modo, temos, por exemplo, as relações específicas estabelecidas entre os homens na busca do suprimento de suas necessidades com relação aos recursos escassos que, quando analisadas em conjunto, vêm a caracterizar um subsistema específico denominado **subsistema econômico**[6], ou as relações constituídas no embate pela imposição de uma determinada ideologia sobre as demais existentes no tocante ao rumo a ser tomado pela coletividade que, como um todo, distingue-se do meio ambiente circundante e constituem o **subsistema político**.

2.4. Do direito como subsistema social

Ao estabelecer regras que impõem limites a liberdade de agir dos indivíduos em sociedade, ou ao instituir sanções ao descumprimento dessas regras, ou mesmo ao se proceder a constituição de uma estrutura jurisdicional a fim de apurar os fatos da vida, à luz de regras pré-

[5] "uma sociedade não é somente um sistema social, mas também uma rede muito complexa de subsistemas inter-relacionados e inter-dependentes, cada um dos quais constitui de per si um outro sistema social autêntico". PARSONS, Talcott *apud* NEVES, Marcelo. *O direito positivo enquanto subsistema social*. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. Caruaru: [s.n.], n. 16, a. XXII, 1985, p. 302.

[6] ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p.60.

estabelecidas, criam, também, os homens, um outro complexo de relações específicas ao qual denominamos **subsistema jurídico**.

O subsistema jurídico é um complexo relacional que se destaca do meio-ambiente circundante por possuir características próprias as quais garantem ao mesmo uma certa autonomia. Tal especialização tem uma finalidade específica sobre a qual tece Marcelo Neves o seguinte comentário: "o direito positivo, em sentido amplo, é o sistema de ordenação coercitível da conduta humana em interferência intersubjetiva, ou melhor, o subsistema social que tem por função regular coercitivamente as relações inter-humanas"[7].

Constituem, portanto, as normas jurídicas, os atos jurídicos, os processos jurídicos, a doutrina e as estruturas jurisdicionais (juízes, tribunais, etc.), quando analisados em conjunto, um complexo relacional peculiar, um verdadeiro subsistema social, que se distingue do todo tal qual o fenômeno econômico ou o político.

3. Da autopoiese dos sistemas

3.1. Da inter-relação entre os sistemas sociais

Não se pode conceber de maneira clara um fato socialmente integrado, levando-se em consideração apenas uma de suas perspectivas estruturais uma vez que é este fruto da interação, nem sempre simétrica nem tão pouco uniforme dos subsistemas que compõem o todo.

Apesar de atingirem um grau de especialização capaz de diferenciá-los dos demais complexos sócio-relacionais os subsistemas sociais continuam a receber e a exercer influência de e sobre o meio-ambiente em que se encontram inseridos. Isto porque se apresentam, todos eles, insculpidos sobre uma mesma base, cuja "matéria-prima" de formação é a mesma vista de ângulos distintos, qual seja: o corpo social.

Não se pode conceber uma análise que tenha por objeto um fato social e que não leve em consideração o dado de estar este inserido num complexo pluridimencional e não apenas unidimensional, no qual os subsistemas se apresentam intimamente ligados uns aos outros.

Assim, uma análise do desempenho econômico de um país, por exemplo, só será completa se levar em consideração o quadro político vigente durante o período em análise; pelo mesmo motivo será imprecisa

[7]NEVES, Marcelo. *O direito positivo enquanto subsistema social.* Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. Caruaru: [s.n.], n. 16, a. XXII, 1985, p. 306.

a análise da estrutura de um certo ordenamento jurídico que não leve em consideração o contexto sócio-político-econômico-cultural no qual este se insere.

O direito também se encontra inserido neste contexto de constante inter-influência, não podendo este, portanto, ser entendido como algo imune às circunstâncias envolventes. É o direito, antes de tudo, um produto do homem, um dado cultural e como tal deve ser entendido, ou seja, como uma unidade que, apesar de distinta do contexto na qual se insere é o resultado de um complexo de relações que recebe influências da moral, da religião, da economia e principalmente da política. Deste modo, podemos concluir que, estão todos os subsistemas sociais, constantemente expostos à influência recíproca um do outro.

3.2. Sistemas abertos: do apogeu à sua decadência

A teoria dos sistemas, a qual temos dedicado o conteúdo dos parágrafos acima, encontrou grande avanço quando nos seus domínios fora introduzida a idéia de **abertura dos sistemas** ao meio ambiente circundante[8].

Deixando-se para traz a concepção clássica de clausura hermética dos sistemas, tornou-se possível proceder a grandes avanços nos estudos sobre a interação entre os complexos relacionais e os meios que os envolvem, alcançando assim grande êxito as ciências sociais[9].

Entretanto, junto com a idéia de abertura, vieram também as críticas a respeito da possibilidade de se compatibilizar tal concepção com a idéia de um sistema realmente distinto de seu meio ambiente[10]. Diversos teóricos preconizaram o fato de que, em um sistema aberto, seria impossível destacar este do seu meio envolvente, deixando de existir nesses casos, portanto, o próprio sistema.

Contudo, tais críticas eram rebatidas sob o argumento de que a abertura ao meio ambiente não significaria, necessariamente, uma confusão entre sistema e meio-circundante, mas, antes de tudo, uma condição indispensável para sua adaptação às novas realidades e conseqüentemente para sua própria sobrevivência/manutenção[11].

---

[8]TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. e prefácio por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 27-34.
[9]Idem, p. 28.
[10]Idem, p. 29.
[11]Idem, p. 28.

A concepção de sistemas abertos, apesar de consistir em grande avanço para a teoria dos sistemas, veio acompanhada de uma nova problemática, qual seja: a introdução de métodos de controle e regulamentação da interação do sistema com seu meio ambiente. Isto porque tais métodos poderiam, muitas das vezes, seja através do excesso, seja através da escassez de regulamentação, chegar a inviabilizar a própria idéia de abertura do sistema uma vez que tais disfunções, quando existentes, descaracterizariam o próprio conceito em tela.

Diante do exposto, a introdução de uma nova tese que minimizasse tal problemática e trouxesse de volta ao campo da teoria dos sistemas uma maior estabilidade, seria, sem dúvida, bastante fértil.

3.3. Teoria dos sistemas autopoiéticos: uma resposta para crise

Diante de um período de crise da teoria dos sistemas abertos muito se especulou sobre sua viabilidade teórica. Neste contexto, surgiu, primeiramente no campo das ciências biológicas, pelas mãos de Maturana e Varela, mas que logo veio a alcançar todo campo de atuação das teorias sistêmicas, a **teoria dos sistemas autopoiéticos**.

Autopoiese, do grego "autós" (por si próprio) e "poiesis" (criação, produção) significava, dentro da análise biológica, manutenção e desenvolvimento de um sistema por meio de elementos do próprio sistema. Um complexo diferenciado dos demais seria formado de modo que suas partes integrantes fossem produzidas através dos elementos pertencentes ao próprio complexo, **auto-produção**.

A teoria dos sistemas autopoiéticos vem, portanto, introduzir a concepção de **auto-referência** e **fechamento operacional** segundo as quais os elementos do sistema são compostos através de operações e processos que obedecem às regras produzidas pelo próprio sistema.

Entender-se-ia, portanto, por fechamento operacional de um sistema, os complexos processos sistêmicos que viessem a conduzir, de uma forma circular, à produção das suas próprias condições originárias de produção, tornando-se desta maneira independentes do respectivo meio envolvente[12].

Teubner, analisando a teoria em tela tece os seguintes comentários: "a teoria dos sistemas autopoiéticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade das suas operações e

[12]Idem, p. 32.

processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio"[13].

A teoria dos sistemas autopoiéticos foi desenhada para os sistemas biológicos, tendo como objeto precípuo a interpretação e explicação dos processos elementares da vida, em particular a nível da célula e do sistema nervoso central[14], para que se pudesse, desse modo, explicar a sua reprodução permanente e diferenciada do meio circundante.

Veio a teoria da autopoiese dos sistemas, permitir que se continuasse a construir uma teoria sistêmica com base no paradigma da abertura dos mesmos, excluindo da questão, entretanto, a problemática dos métodos de regulamentação e controle do intercâmbio sistema/meio ambiente, uma vez que, esta nova teoria prescindia desta problemática já que tinha por base conceitos como auto-produção, auto-referência e fechamento operacional.

De um modo geral podemos concluir que a teoria da autopoiese dos sistemas utilizou aquilo que havia de positivo na teoria anterior, a saber, a concepção de sistemas abertos, sem entretanto dar continuidade ao seu maior alvo de críticas, qual seja: a problemática dos métodos de regulamentação e controle do intercâmbio sistema/meio ambiente, uma vez que propunha uma nova sistemática de reprodução dos sistemas.

Devido ao caráter inovador de seus pressupostos, veio, logo, a teoria dos sistemas autopoiéticos, a ser aplicada em campos distintos da ciência biológica. Isto porque a riqueza de suas analogias e a grande utilidade das conclusões a que aquelas encaminhavam, tornavam sua aplicação em campos outros bastante atraente do ponto de vista epistemológico. Não demorou, portanto, para que essa teoria fosse aplicada ao contexto dos sistemas sociais, alcançando, logo em seguida, o direito.

A aplicação da teoria da autopoiese aos sistemas sociais proporcionou, todavia, grandes discussões entre os teóricos das diversas áreas do saber no que diz respeito à viabilidade deste "transplante conceitual". No direito tal discussão é bastante acirrada haja vista a grande interação existente entre este (direito) e outros subsistemas sociais, principalmente o subsistema político.

[13]Idem, p. 31.
[14]Idem, p. 59.

4. Da autopoiese dos sistemas sociais

4.1. Autopoiese social como uma realidade diferenciada

Niklas Luhmann, à luz da teoria dos sistemas autopoiéticos, incorporou o conceito de autopoiese às ciências sociais o qual fora empregado inicialmente, como acima referido, por Maturana e Varela em seus estudos biológicos. Grande resistência exerceram os biólogos para aceitar a aplicação do conceito de autopoiese no campo das ciências sociais. Isto porque a concepção por eles defendida estava bastante arraigada à idéia de vida. Para os biólogos a teoria da autopoiese estava necessariamente vinculada a idéia de auto-produção dentro de um meio ambiente biológico, tendo como base reprodutiva a vida.[15]

No entanto, Luhmann defendeu a existência de uma autopoiese específica do social, insistindo na autonomia entre sistemas sociais e sistemas biológicos. Para ele "os sistemas sociais não constituem meros bio-sistemas autopoiéticos de segundo grau, desenvolvidos a partir dos indivíduos humanos (enquanto bio-sistemas autopoiéticos por excelência ou de primeiro grau), mas verdadeiramente sistemas animados de uma autopoiese própria e particular. Ao passo que os indivíduos constituem sistemas biológicos cuja base reprodutiva é constituída pela vida, os sistemas sociais constituem sistemas noéticos, cuja base reprodutiva é o sentido: isto significa que os seus elementos constitutivos não são assim os seres humanos individuais, mas comunicações"[16].

Conclui Luhmann, portanto, pela existência de uma **autopoiese específica do social** a qual se reproduziria, nos termos por ele propostos, sobre o complexo sistema de comunicação estabelecido pelos homens enquanto interagem uns com os outros, e não sobre uma projeção de sistemas biológicos.

---

[15]ANTUNES, José Engrácia. *Prefácio à edição portuguesa de o direito como sistema autopoiético. O direito como sistema autopoiético.* Trad. e prefácio por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. XI.

[16]LUHMANN, Niklas *apud* TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético.* Trad. e prefácio por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. XI-XII.

É justamente através da criação de um **código diferenciador específico** dentro desse complexo de comunicação geral, que se procede ao fechamento operacional de parte de um sistema social, formando-se assim um novo subsistema. Deste modo, nos sistemas autopoieticamente estruturados a interferência de um elemento externo só se processaria através da "transcodificação" do elemento exógeno aos padrões vigentes no sistema, determinados pelo código diferenciador específico do mesmo. Tal interferência funcionaria, portanto, como fator de oxigenação dos sistemas, impedindo que os mesmos se distanciassem totalmente do meio ambiente circundante.

Como se vê, dentro desse novo sistema, as relações passarão a ser norteadas por um **modelo específico de comunicação**. Deste modo, por exemplo, de acordo com esta teoria, a especialização de comunicação procedida pelas relações do subsistema jurídico acarretará na utilização de um único código diferenciador específico, em detrimento dos demais, que nesse caso será o binômio **lícito/ilícito**.

Assim, segundo a teoria em tela, os sistemas da maneira acima descrita estruturados não serão nem sistemas totalmente fechados nem sistemas completamente abertos, mas, sistemas autopoiéticos, os quais apresentam como características diferenciadoras a **auto-referência** e o **fechamento operacional**. Portanto, mesmo fechando-se operacionalmente (auto-referência) o sistema, o que impede a ação direta de elementos externos, mantém-se uma abertura cognitiva, ou seja, um contato com o meio envolvente.

4.2. Do direito como sistema autopoiético

4.2.1. Da autopoiese do sistema jurídico como produção auto-referencial dos componentes sistêmicos

Consubstanciando o direito ele próprio, dentro da análise da teoria dos sistemas, um subsistema social específico, estaria o mesmo também passível a ser classificado como sistema autopoiético. Para tanto, bastaria atingir o estágio de auto-produção, seguido da conseqüente auto-referência e do fechamento operacional respectivos.

Luhmann no que diz respeito especificamente ao subsistema jurídico esclarece: "o direito constitui, com outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto (...). A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do meio ambiente. A qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o meio ambiente do sistema (...). O controle das

possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu meio ambiente (abertura adequada) "[17].

Entende Luhmann, como descrito acima, constituir o **direito dogmático moderno**[18], além de um subsistema autônomo, também um sistema autopoiético, ou seja, um sistema dotado de uma auto-referência no que diz respeito aos processos de produção de seus **componentes sistêmicos** e um fechamento operacional, com relação às interferências externas.

Componentes sistêmicos podem ser caracterizados como os elementos que integram o interior do sistema, ou seja, consubstanciam o produto obtido com a aplicação do código diferenciador específico do sistema ao campo de comunicação geral no processo de especialização, passando a interagir no ambiente do sistema. Assim temos os **processos** de integração, os **elementos** de comunicação, a **estrutura** que delimita o campo de atuação destes elementos e a **identidade** que o próprio sistema constitui sobre si mesmo, todos como componentes sistêmicos.

No direito, tendo por base o binômio **lícito/ilícito**, temos, respectivamente, a produção dos seguintes componentes sistêmicos: **processos**, **atos**, **normas** e **doutrina jurídica**. Deste modo, entende Luhmann, perfazer o direito uma organização autopoiética na medida em que dispõe da capacidade de produzir seus próprios elementos, tendo por base apenas o critério lícito/ilícito[19].

4.2.2. Da autopoiese do direito como conceito gradativo

Diferentemente de Luhmann, que parte de uma concepção inflexível de autonomia (ou se é autopoiético, e portanto autônomo, ou não se é autônomo), entende, **Gunther Teubner**, poder o direito dispor de graus distintos de autonomia, correspondentes ao nível de auto-estruturação apresentado por ele no que diz respeito ao processo de produção de seus componentes sistêmicos.

---

[17]LUHMANN, Niklas *apud* NEVES, Marcelo. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 05, 1992, p. 281.

[18]ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e Direito*. Revista da ESMAPE. Recife: [s.n.], v. 02, n. 06, 1997, p. 266-270.

[19]LUHMANN, Niklas *apud* TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. e prefácio por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 57.

Partindo-se do complexo de comunicação geral da sociedade (base comum para a constituição inicial de todos os sistemas sociais), dá-se início a uma série gradativa de procedimentos auto-estruturantes, tais quais a auto-observação, a auto-constituição e a auto-reprodução, os quais, à medida em que vão se efetivando, garantem uma progressiva autonomia ao complexo relacional jurídico.

Deste modo, de acordo com o grau de autonomia alcançado perante o meio ambiente circundante, o direito poderá se apresentar ora como um **direito socialmente difuso**, ora como **um direito semi-autônomo**, ora como **direito autopoiético**.

Assim, apresentar-se-ia o direito como **direito socialmente difuso** quando seus componentes sistêmicos fossem socialmente produzidos, ou seja, constituídos diretamente a partir do sistema geral de comunicação antes da efetivação de qualquer processo de auto-estruturação.

Por outro lado, estaríamos diante de um **direito semi-autônomo**, quando os processos de auto-estruturação procedidos pudessem garantir uma constituição auto-referencial dos componentes sistêmicos.

Por fim, estaríamos falando de um **direito autopoiético** todas as vezes em que os componentes sistêmicos além de auto-referencialmente constituídos estivessem hiperciclicamente articulados[20].

Teubner, implementando a teoria da autopoiese do social criada por Luhmann, exige, portanto, para que se tenha um direito autopoiético, além da constituição auto-referente dos componentes sistêmicos sua interação hipercíclica. Ou seja, ademais da constituição individualmente circular (auto-referente) dos componentes do sistema (processos, atos, normas e doutrina jurídica), devem os mesmos estarem articulados de maneira que haja uma interferência constante de um sobre o outro, criando-se, deste modo, um segundo grau de circularidade ao qual ele denomina de **enlace hipercíclico**.

5. Da possibilidade da existência de um direito autopoiético dentro de um contexto de modernidade periférica

Entretanto, a idéia de fechamento operacional é questionada quando aplicada à realidade dos chamados **países subdesenvolvidos**[21] ou

[20]TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. e prefácio por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 78.

[21]ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 05, 1992, p. 215-221.

de **modernidade periférica**[22]. Dentro deste complexo sócio-cultural específico, questiona-se a possibilidade de formação de subsistemas autopoiéticos.

Isto porque, em tais países ainda se apresenta bastante acentuada a interligação direta entre as diversas ordens ético-normativas tais quais a moral, a religião, a política e o direito[23], o que vem, sem dúvida, a constituir obstáculo à constituição auto-referente dos sistemas que compõe este meio-ambiente.

O alto grau de concentração de riqueza ali verificado contribui profundamente para a construção de uma realidade marcada pelo embate permanente entre aqueles que tudo detêm (dinheiro, poder, "status") contra aqueles que, apesar de constituírem maioria, devido às condições extremamente adversas, vivem à mercê dos primeiros.

O domínio do poder econômico leva esta parcela diminuta da população a exercer grande influência dentro do subsistema político o qual passa, deste modo, a não refletir a verdadeira conjuntura de forças existentes na sociedade. Em um contexto de tal forma desigualmente estruturado, vem a sofrer, inevitavelmente, também o direito quebras no seu processo de auto-constituição.

Deste modo, apesar de se ter alcançado um certo grau de complexificação social, ou seja, apesar de os complexos de relações sociais terem até certo ponto se especializado, torna-se extremamente escassa a possibilidade de se vir a observar um processo auto-referente de constituição do direito dentro de um contexto de **modernidade periférica**[24], onde, como se vê, a interferência direta de um sistema sobre o outro ainda é marcante.

6. Conclusão: da ineficácia epistemológica da aplicação da concepção de um direito autopoiético ao caso brasileiro

Ao contrário do que acontece nos países desenvolvidos ou de modernidade central, na modernidade periférica, os diversos subsistemas

[22]Cf. NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 06, 1993, p.319-321.

[23]ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e Direito*. Revista da ESMAPE. Recife: [s.n.], v. 2, n. 6, 1997, p.258-262.

[24]NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 06, 1993, p.320.

sociais interferem diretamente um nos outros sem que haja, portanto, a constituição de verdadeira autonomia entre os mesmos, a qual só se poderia garantir com o respeito aos processos de produção e reprodução auto-referencial dos subsistemas.

No contexto brasileiro, especificamente, em diversos momentos podemos verificar ingerências diretas de sistemas outros como o subsistema político ou o subsistema econômico sobre o subsistema jurídico, tanto no que concerne à **produção dos seus componentes sistêmicos** quanto no que diz respeito à constituição de um **enlace hipercíclico** entre eles.

Assim temos, a título de exemplos, inúmeros casos em que diante das evidências as normas jurídicas não são aplicadas durante o curso do processo, ou seja, omite-se a aplicação do código diferenciador **lícito/ilícito**, para que se possa utilizar critério outro como por exemplo o **ter/não ter** ou o **poder/não poder**.

Não se constitui, portanto, nestes casos o enlace hipercíclico proposto por Teubner, uma vez que outro componente sistêmico distinto do componente norma jurídica entrou em interação com o componente processo jurídico.

Tem-se desta feita caracterizado a ruptura, ou em muitos dos casos a não constituição do **enlace hipercíclico entre os componentes sistêmicos**, proposto por Teubner como condição essencial para que se possa alcançar o "status" de um **direito autopoiético**.

Entretanto, verifica-se que não só o **enlace hipercíclico** mas também a própria **constituição auto-referencial dos componentes sistêmicos** se encontra comprometida num contexto de modernidade periférica como o nosso. Ou seja, muitas das vezes os próprios elementos sistêmicos não se constituem auto-referencialmente.

Tomemos como exemplo para tanto o caso da implementação de muitas das **emendas à constituição** efetivadas por iniciativa do governo Fernando Henrique Cardoso, as quais, para grande parte dos juristas extrapolam o poder de reforma do poder constituinte derivado[25]. Ou, de um modo ainda mais evidente, as inúmeras **reedições das medidas provisórias** por parte deste mesmo governo, as quais não atendem claramente aos requisitos da relevância e urgência estabelecidos pela Constituição Federal em seu artigo 62[26].

[25] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 263-267.
[26] Idem, p.75

Deste modo entendemos que apesar da possibilidade da existência de uma autopoiese do social tal qual preconizam Luhmann e Teubner, a nível de uma modernidade central, este modelo teórico não pode ser aplicado a um contexto de modernidade periférica tal qual o brasileiro. Isto por que sob tais circunstâncias não se observam nem uma **constituição auto-referencial dos componentes sistêmicos** nem o **enlace hipercíclico** entre os mesmos.

Deste modo, apesar dos grandes resultados alcançados no campo da epistemologia da ciência jurídica através da aplicação dos postulados da teoria de um direito autopoiético num contexto de [s.n.] modernidade central, a aplicação dos mesmos a um complexo social tipicamente periférico como o brasileiro se apresenta pouco produtiva, ou até mesmo "ineficaz", uma vez que as conclusões porventura alcançadas e que tenham tomado por base tal modelo teórico aplicado à realidade brasileira, não nos poderá conduzir a resultados efetivamente condizentes com o contexto da "práxis" jurídica nacional.

7. Bibliografia

1. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 05, 1992, p. 207-242.
2. _____. *Uma nova Ótica da Praxis Jurídica*. Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. Vitória: Conselho Federal da OAB, 1992, p. 404-419.
3. _____. *Modernidade e Direito*. Revista da ESMAPE. Recife: [s.n.], v. 02, n. 06, 1997, p. 255-273.
4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
5. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
6. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoria general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
7. _____. *Sociologia do Direito*. Trad. port. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.
8. NEVES, Marcelo. *O direito positivo enquanto subsistema social*. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. Caruaru: [s.n.], n. 16, a. XXII, 1985, p. 295-355.
9. _____. *A Crise do Estado: Da modernidade Periférica à Modernidade Central – Anotações a partir do Pensamento Filosófico e*

Sociológico Alemão. Anais do 16º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, v. 1. Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 1991, p. 157-172.

10. _____ . *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 06, 1993, p. 313-357.
11. _____ . *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n. 05, 1992, p. 273-298.
12. ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
13. SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora da Universidade de São Paulo, 1981.
14. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. e prefácio por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

A IMPOSSIBILIDADE DO IMPARCIAL AXIOLÓGICO NO DIREITO

David Ricardo Colaço Bezerra (Aluno da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Concepções Axiológicas ao longo da História; 2.1. As Escolas Filosóficas; 2.2. As Escolas Jurídicas; 3. A Interpretação; 4. A Ontologia Dinâmica; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo mostrar que os valores no direito não podem ser cristalizados e colocados numa lógica rígida, ou seja, a busca pela coisa em si do valor é uma empreitada sem ponto de chegada, isto é, o elemento ideológico é inerente às posições tomadas pelos juristas[1]. No entanto, isso não nos faz cair no relativismo ingênuo pois, como veremos, podemos dizer que os valores têm um mundo objetivo no significado convencionado.

A nossa argumentação é construída considerando primeiramente as problemáticas gnoseológica e ontológica e, a partir daí, preocupando-se com a questão axiológica. Na verdade, a questão axiológica é um subconjunto da questão ontológica. Note bem, não estamos dizendo que os valores são parte do ser, mas que o estudo sobre eles remete necessariamente ao estudo sobre o ser.

No item 2 descrevemos as escolas filosóficas e jurídicas principais que influenciaram e influenciam os fazedores de direito de várias épocas, incluindo a atual. Por questões óbvias apenas evidenciamos os pontos mais relevantes de cada pensador ou escola considerados.

No item 3 apresentamos as escolas interpretativas no ambiente jurídico, mostrando a impossibilidade de se indicar um caminho correto para a tomada de decisão pelo aplicador do direito.

Na quarta parte do trabalho chegamos ao foco da nossa argumentação quando vislumbramos a ontologia dinâmica do direito preconizada por Adeodato (1996). Veremos que o ser em expansão do direito nunca abarca critérios de valor, pois vai sempre "empurrando-os".

Na última parte concluímos que a parcialidade é um fator inerente às decisões tomadas pelo jurista. Isso se deve a uma não ontologia do valor, dada a impossibilidade de uma teoria axiológica científica.

[1] Entenda-se por jurista o estudioso ou aplicador do direito.

É interessante observar que os itens 2 e 3 servem apenas como "nariz de cera" para o núcleo da argumentação sobre a parcialidade do aplicador do direito, desenvolvido nos itens 4 e 5. Assim sendo, aqueles primeiros dois itens além de não mencionar todos os filósofos ou escolas, atêm-se apenas à mensagem principal de cada uma das linhas de pensamento.

Em geral, partimos da problemática ontológica para, então, penetrarmos nas conseqüências axiológicas, pois, como teremos oportunidade de vislumbrar, o problema axiológico decorre do ontológico.

2. Concepções Axiológicas ao longo da História

2.1. As Escolas Filosóficas

As primeiras preocupações ocidentais com as questões humanas vieram à tona com os sofistas, que na acepção original significava "especialista do saber". Foi com eles que a filosofia deixou de se preocupar exclusivamente com a *physis*, ocupação dos naturalistas pré-socráticos, e passou a considerar também o ser humano e a sociedade. No entanto, foi com Sócrates que começou a eterna busca pela essência do homem, pois diferentemente dos naturalistas que perguntavam "qual é a realidade última das coisas?" e dos sofistas, defensores do relativismo do conhecimento, perguntava "qual é a realidade última do homem?". A resposta à sua questão foi "o homem é a sua alma", enquanto é a alma que o distingue do resto. O substantivo alma é entendido por Sócrates como razão e sede de nossa atividade pensante.

Quando Sócrates coloca a razão de ser do homem na alma faz com que a *areté* (virtude) humana encontre-se naquilo que torna a alma como a sua natureza determina que seja, e esse encontro se dá na bondade e na perfeição. Essa bondade, conforme nosso filósofo, repousa na "ciência", pois o estudo desta é que aprimora o intelecto, que é a essência do homem. Desse modo, Sócrates além de interiorizar os valores verdadeiros, transforma o problema ético num problema do conhecimento. Assim a ignorância é que traz o vício, o homem só erra em decorrência do seu não saber. Uma crítica que se faz a essa posição socrática é que ela implica numa falta de livre arbítrio por parte daquele que conhece. Contudo, é importante ressaltar que é nesse momento da história ocidental, que se inicia a tradição pela busca do ser do homem, ou seja, a questão ontológica e conseqüentemente axiológica do ser humano.

Em Platão, temos a fundação da "meta-física" que se dá através do que ele denomina de segunda navegação ou descoberta do mundo

das idéias. Esta segunda navegação é o caminho trilhado pelo filósofo, timoneiro intelectual, rumo ao mundo supra-sensível. E é somente realizando essa viagem que o homem consegue fugir do domínio da opinião (*doxa*), da verossimilhança e adentrar na casa da ciência (*epistéme*), da verdade. Surge então a pergunta: como realizar essa navegação? Platão resolve esse problema com a sua teoria da anamnese. De acordo com esse filósofo as idéias existem por si mesmas, independentemente da mente humana, no hiperurânio ou mundo das idéias. Acontece que a alma antes de entrar no corpo vislumbra esse mundo, de forma que todas as idéias ficam gravadas nela. Ora, o conhecimento seria apenas a recordação dessas idéias. Assim, o homem não obtém nada de novo neste mundo físico, que também é uma cópia imperfeita do hiperurânio. Este pensamento é ilustrado por Platão no seu famoso "mito da caverna".

A conseqüência axiológica do pensamento ontológico de Platão é a de que os verdadeiros valores estão objetivados no mundo supra-sensível das idéias e só o filósofo que consegue ascender a esse mundo pode comunicar os rumos que o homem deve seguir. Para Platão as idéias são múltiplas e há uma hierarquia entre elas, de modo que ascendendo na hierarquia existe a idéia suprema e única, que se traduz no Bem. Com esta concepção Platão identifica o ser do homem no Uno, no Bem.

Aristóteles defende que a virtude do homem repousa na felicidade. O pensamento axiológico deste filósofo é dividido entre a "ética" e a "política". A primeira teria por objeto a realidade primeira do homem individual e a segunda teria como motivação a realidade última do homem como parte de uma sociedade.

Em sua ética o estagirita coloca que o fim último do homem é aperfeiçoar o intelecto, que é o elemento caracterizador do homem. Para tal aperfeiçoamento é necessária, no que diz respeito às paixões do homem, a virtude da mediania, ou seja, nem a ausência nem os excessos são virtudes éticas, mas o justo meio entre as duas. Em relação à parte racional propriamente dita, a perfeição deve ser perseguida pela virtude dianoética. Esta consiste em duas partes: 1) *phronésis* (sabedoria): dirigir bem a vida, isto é, deliberar da melhor forma aquilo que é bem ou mal para o homem e 2) *sophia* (sapiência): o conhecimento das realidades que estão acima, esta é a forma mais sublime de se obter a felicidade, pois é na atividade contemplativa que o homem tangencia o divino.

Quanto à parte política o bem e a felicidade da sociedade têm a mesma natureza do bem individual. No entanto, o bem da cidade é "mais belo e mais divino", pois se aumenta a dimensão do privado para o social. É na política, ou seja, é no âmbito da justiça social que Aristóteles coloca duas notas que serão importantes no direito, a de igualdade e a de alteridade.

Adiantando-nos mais no tempo é de importância capital o pensamento de Emanuel Kant. De acordo com Kant não se pode conhecer a essência das coisas, ou seja, a coisa em si. Só podemos manter contato com o fenômeno através de nossas categorias, isto é, o ser humano só pode ter certeza daquilo que aparece para ele. Ora, com a impossibilidade ontológica da Razão Pura, que se refere ao problema do conhecimento, Kant recorre à deontologia para resolver o problema dos valores, ou seja, ao dever ser. Neste sentido, temos o que Kant denomina de Imperativo Categórico, que é o que guia a Razão Prática. Assim, Kant traz a segurança da certeza para o campo moral, pois o dever ser deve estar de acordo com a consciência, com a vontade e com as atitudes humanas. Em relação ao Direito Kant acrescenta a nota de coercitividade.

Voltemos agora nossa atenção para Nicolai Hartmann. Este filósofo constrói seu pensamento a partir da reflexão sobre a fenomenologia husserliana, que o direciona para a ontologia.

Para Hartmann há um objeto, a ser compreendido, pré-existente e independente ao conhecimento. Assim, independente da intencionalidade do pensar humano as coisas têm um ser, isto é, uma essência. No entanto, o conhecimento é fenomenológico.

Esta atitude gnoseológico-ontológica de Hartmann repercute na sua teoria dos valores. Nosso filósofo defende a existência de um mundo objetivo dos valores sobre o qual a vontade não influi, ao contrário esta é que é influenciada por aquele. Como diz Adeodato "*Ele equipara os valores às essências fenomenológicas e ao que chama entidades matemáticas, todos objetivamente ideais em seu modo de ser*". Desse modo, Hartmann propõe uma ética material dos valores, que são objetivos.

2.2. As Escolas Jurídicas

Neste item nos restringiremos principalmente às escolas jusnaturalista e juspositivista, dado que elas são as que têm uma maior influência na ciência jurídica atualmente. Eventualmente falamos da escola histórica na medida em que ajudou à ascenção do positivismo.

Uma escola que teve, e ainda tem, relevante influência no ambiente jurídico é a chamada escola jusnaturalista, que preconiza que: 1) os princípios do direito são válidos para todo tempo e todo lugar, isto é, são imutáveis; 2) os princípios do direito são fundamentados em alguma coisa superior ao homem e este não pode modificá-lo. Essa coisa superior pode ser Deus (jusnaturalistas católicos), a natureza humana (protestantes clássicos) ou a razão (racionalistas) e, 3) o direito natural não estaria sujeito às variações da história.

Nota-se que o direito naturalista é um direito ideal, ou seja, acredita que existem valores objetivos em algum lugar (Deus, natureza humana, razão) e que o homem deve respeitá-los como entes superiores e inquestionáveis. Desse modo, a tarefa de um jusnaturalista seria estudar o direito feito pelos homens e detectar onde este direito está se afastando do direito natural, de forma a que este afastamento seja dirimido e o direito aproxime-se o máximo possível do "direito verdadeiro".

Diferentemente dos jusnaturalistas, tem-se a escola juspositivista, nascida a partir dos questionamentos feitos ao direito ideal e defensora de um método embasado no direito real, entendendo como realidade as normas postas. O juspositivismo não questiona a justiça ou a motivação da existência de uma norma, sua tarefa é determinar a posição dela dentro do ordenamento de forma lógica.

Um movimento que deu impulso ao positivismo no direito foi historicismo. Esta escola questionou veementemente as bases do naturalismo e deixou de lado a existência dos valores como algo absoluto. Essa posição adotada pelos historicistas no direito recrudesceu o positivismo que, a partir do século XIX, ganha a proeminência no cenário jurídico.

Note-se que essas duas últimas escolas apartam-se dos valores e, conseqüentemente, não consideram a problemática axiológica dentro dos muros do castelo teórico que tentam construir.

A filosofia do direito teve como reformador moderno o jurista Rodolfo Stammler. Seguidor da corrente neokantiana de Marburgo, ou seja, do neocriticismo logicista, ele inova por prescindir do objeto e centrar-se no conceito. Baseado na distinção kantiana entre conceito e idéia, nosso jurista afirma que os problemas da filosofia do direito são:

1. O conceito de direito – que nos permite separar o direito do que não é direito. Para Stammler a noção de causalidade não é adequada ao conhecimento do direito, este deve dar-se pela forma teleológica, pelo finalismo do querer humano.
2. A idéia de direito – que se ocupa do problema dos valores, investigando a legitimidade do querer à luz do conceito de direito. A idéia de direito, segundo Stammler, coincide com a justiça, no sentido da "possibilidade de harmonizar em nossa mente, de um modo absoluto, todas as aspirações possíveis", assim teríamos a vontade pura. Assim, a idéia de direito vem da noção de vontade pura aplicada à alçada jurídica, ou seja, ao vinculatório do querer.

É importante assinalar que os problemas citados anteriormente são referentes à filosofia do direito, que se preocupa com aquilo que pode

ser afirmado de forma universal. A ciência do direito, de acordo com Stammler, trata somente de reproduzir e ordenar os dados que passam a fazer parte dogmaticamente do ordenamento jurídico positivo. Desse modo, a grande contribuição da teoria stammleriana foi proporcionar uma organização sobre o pensar jurídico, de forma a se colocar os problemas no lugar certo, ou na filosofia ou na ciência.

Vemos então que, apesar de não abandonar o questionamento axiológico, Stammler o coloca fora da ciência jurídica e, destarte, fora da preocupação do aplicador do direito.

Outro importante teórico no âmbito jurídico foi Radbruch. Este pensador diz que, em última instância, não existe racionalidade na decisão. A justiça seria, assim, a escolha de um caminho, dentre vários possíveis, advinda do abismo da alma. O máximo que a filosofia do direito pode fazer é aclarar as conseqüências resultantes de cada possibilidade que o jurista pode seguir, e desta forma, busca-se o justo caminho, que é o da igualdade, para o bom desempenho da aplicação do direito.

Segundo Radbruch existem três possibilidades cujos elementos sempre estarão na base de todas as decisões tomadas pelos juristas, a saber:

1. A Teoria Individualista: os valores individuais são tomados, *a priori*, como supremos;
2. A Teoria Supraindividualista: os valores comunitários são tomados, *a priori*, como supremos;
3. A Teoria Transpessoal: os valores individuais ou comunitários são tomados *a posteriori* como valores supremos, ou seja, o comportamento humano e o contexto é que vai determinar os valores a serem seguidos.

Assim, todos os caminhos possíveis que se apresentam para a escolha de uma decisão são combinações lineares dessas três teorias.

Radbruch diz que a idéia do direito é composta de três elementos, necessários e contraditórios:

1) O princípio formal de justiça, a igualdade;
2) A adequação a um fim;
3) A segurança jurídica, ou seja, uma ordem positiva. Cuja existência, para ele, é mais importante que sua justiça ou finalidade.

Temos, desse modo, que a ontologia jurídica de Radbruch é, ou tenta ser, naturalista e positivista. O problema é a coerência interna no

argamassamento dessa estrutura teórica.

3. A Interpretação

No campo interpretativo temos a posição dos que dizem que os aplicadores do direito interpretam as condutas através das leis, que seriam esquemas de interpretação, e os que preconizam que o direito é nada mais nada menos do que os textos legais, devendo-se se ater aos sentidos das palavras. No primeiro caso podemos identificar a teoria egológica de Cóssio, no segundo temos a linha do positivismo dominante, mais recrudescido pela Teoria Geral de Kelsen. Ora, no primeiro caso vemos que a própria teoria coloca a necessidade da interpretação, no segundo temos o problema da variação dos significados das palavras com o deslizar do tempo, juntamente com a questão sobre o que o legislador quis dizer com determinada lei. Desta forma, já começamos a notar que a interpretação é um fator inerente a qualquer atividade no campo judicial.

Vejamos rapidamente as principais idéias de alguns paradigmas interpretativos:

- Método Gramatical: procura ater-se às palavras escritas, muito utilizado pelos glosadores;
- Escola da Exegese: para esta escola tudo é signos ou sinais a serem interpretados. A interpretação seria uma compreensão dos sentidos valiosos. A lei não tem um ser, a lei não é;
- Escola Dogmática: aqui a tarefa interpretativa deve utilizar a lógica formal como método, pois a lei é uma significação lógica. Considera o ordenamento jurídico como a totalidade sistematicamente estruturada cujas partes (as normas) vinculam-se entre si e recebem seu sentido do todo a que se inserem;
- Jurisprudência dos Conceitos: decorre da radicalização da lógica colocada pelos discípulos de Savigny;
- Jurisprudência dos Interesses: parte do pensamento de Jhering de aplicar a idéia de finalidade ao direito, colocando o direito subjetivo como um direito juridicamente protegido;
- O Direito Livre: François Geny desencadeou um processo de luta contra o positivismo legalista, pregando um direito vivo, enraizado na vivência concreta. Ele não discorda que a lei seja a mais importante das fontes, no entanto ela não seria a única, pois existe um mundo jurídico, aparte o direito legal escrito, que se desenvolve nas entranhas do povo com as mudanças sociais.

Um caráter inerente a todas essas linhas interpretativas é a tentativa de obter um método infalível para sugar da lei uma única e correta decisão, utilizando um processo exclusivamente intelectual. Ora, é legítimo desconfiar de que essas tentativas não chegarão a um porto seguro, ainda mais quando não há a preponderância de nenhuma delas, pois os juristas, de acordo com as suas decisões, penduram-se nas conclusões obtidas pelos mais diversos métodos de interpretação.

Diante do exposto, vemos a necessidade do procedimento interpretativo na atividade do jurista. Isso fica claro nas palavras de Hans Kelsen, o maior representante do positivismo-lógico-dogmático, "*uma norma superior prevê não só o procedimento para a produção de uma norma inferior, mas também, em alguma medida, o conteúdo da norma a produzir-se. Porém essa determinação nunca é completa, pois sempre a norma superior deixa uma margem de interpretação mais ou menos ampla, o que faz com que essa norma superior seja considerada como um conjunto de possibilidades dentro do qual o aplicador da norma pode mover-se sem sair da legalidade. O juiz, ao optar dentro da margem de possibilidades que lhe permite a lei, exerce um ato de vontade e é, neste sentido, criador de direito, criador de normas individualizadas*"[2].

Para preencher esse espaço da interpretação Kelsen defende a atuação despsicologizada do aplicador. Cóssio já tenta preencher essa lacuna teórica com os costumes vigentes na sociedade, ou seja, ter-se-ia que indagar sobre os objetos reais aos quais a lei se refere. Assim, o aplicador não formularia seus julgamentos de acordo com as suas convicções pessoais, caindo num relativismo, mas sim conforme os valores intrínsecos à sociedade em que vive. Desse modo, para Cóssio o jurista preocupar-se-ia com as condutas.

Ora, nem Kelsen nem Cóssio, nem nenhuma escola, conseguem sistematizar um caminho seguro que vá dar na existência e unicidade da decisão. Cóssio, então, para sair desse dilema e dar um teor de cientificidade ao direito utiliza o objetivo intersubjetivo transcendental da fenomenologia husserliana, argumentando que o aplicador do direito é protagonista, e não simples espectador, dos atos de interpretação. E nesse ato interpretativo o ângulo pelo qual um jurista contempla algo seja contituído pela **possibilidade** de ser contemplado por todos os outros. Veja que ele não diz que todos terão o mesmo ponto de vista, mas que o ponto de vista de um deve ser de tal natureza que seja **possível** a todos os demais colocar-se nele, coisa prévia ao fato de que todos tenham o mesmo ponto

[2] KELSEN, Hans *apud* AFTALION, Henrique; OLANO, García; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 5. ed. Buenos Aires: El Ateneu, 1956.

de vista. Assim, afirma ele, "***se queremos saber como é o saber o saber dos juristas, devemos considerar o modo de ser dos próprios juristas***"[3].

4. A Ontologia Dinâmica do Direito

A possibilidade do conhecimento verdadeiro sobre as coisas é um problema que fascina o homem desde tempos imemoriais. Ora, qualquer coisa percebida pelo homem é expressa em forma de linguagem, resta saber se essa linguagem tem algum vínculo efetivo com a realidade percebida ou é independente dela. Assim, a expressão lingüística serve como intermediária em relação a um mundo real, ou não consegue sair de si mesma e não conhecemos nada além dela? Às escolas gnoseológicas que adotam essas duas posições Adeodato denomina respectivamente de teorias ontológicas (essencialistas) e teorias retóricas (nominalistas).

É interessante observar que a posição retórica não leva necessariamente ao relativismo subjetivista individual, pois a atribuição significativa à linguagem presenteia-a com um mundo objetivo, apesar de convencional. Desta maneira, o eixo do problema gnoseológico desloca-se da questão de saber se existe ou não a coisa em si para a de saber como podemos dar um significado às nossas percepções de forma não contraditória. Destarte, a problemática resume-se à delimitação e sistematização do nosso mundo percebido.

Abandona-se, então, a questão ontológica considerada irrelevante, que é o problema do conhecimento da coisa em si, estática, parada, imutável. Mas será que isso significa o abandono da ontologia de uma forma geral? Ora, a atitude ingênua de negar a ontologia, corresponde também a uma ontologia, pois a negação de algo é a afirmação do não algo, que necessariamente tem que está apoiada em alguma coisa já pressuposta. Assim, qualquer linha gnoseológica adotada necessariamente pressupõe uma ontologia. Temos, então, que a procura por um contexto significativo para o mundo percebido pressupõe algo que serve de apoio, caso contrário seria impossível atribuir significação a qualquer coisa.

Chegamos agora a um estágio em que é clara a refutação tanto do ontologismo estático, como da linha de pensamento que nega uma ontologia. Resta-nos, então, procurar uma ontologia dinâmica. É neste ponto que Adeodato dá sua maior contribuição na obra "***Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência***". Neste trabalho ele afirma que a realidade jurídica vai sendo formada a partir de decisões

[3] AFTALION, Henrique; OLANO, García; VILANOVA, José. *Op. cit.*

efetivas que vão preenchendo à estrutura descritiva, ou seja, o ser do direito é dinâmico e não faz sentido procurar um ser como o fazia a ontologia tradicional.

Vejamos que: se o ser do direito é construído, como preconiza Adeodato, por decisões efetivas, isto é, pelo que **já foi decidido**, então não faz parte desse ser questões futuras, o que implica que o direito não compreende ontologicamente considerações sobre a qualidade dos possíveis caminhos a serem trilhados. Destarte, o "bom caminho", a "boa decisão", "o justo" são questões além do direito. Ora, se considerações sobre a decisão mais justa está fora dos domínios jurídicos, não se pode inferir que determinada decisão foi imparcial. E mais, pode-se afirmar que ela foi parcial, já que o aplicador não possuindo uma teoria científica da justiça recorrerá a valores por ele adquiridos ao longo da vida.

Dessa maneira, o direito tem sua ontologia *a posteriori* e é incapaz de fornecer critérios imparciais *a priori* para as decisões a serem tomadas. No entanto, a aceitação do fato dos juristas optarem parcialmente não nos obriga a aceitar o relativismo ingênuo, pois essas opções fazem parte de um contexto significativo ao qual o jurista está inserido. É lógico que o fato de dois juristas estarem no mesmo contexto significativo não implica uma mesma posição tomada pelos dois, mas a posição tomada por cada um tem que ser comunicada e justificada dentro de um sistema de significação comum, de modo a ser entendida e oferecer a possibilidade de colocação de qualquer outro jurista sob o mesmo ponto de vista.

Pode-se considerar que a teoria da ontologia em crescimento de Adeodato aproxima-se da de Cóssio no tocante à contextualização dos significados relevantes sob os quais o jurista exerce sua atividade. Porém, afasta-se dela quando coloca que o ser do direito vai se expandindo de acordo com as decisões judiciais; enquanto que Cóssio, apesar de considerar os costumes cambiantes da sociedade e da adequação das decisões a eles, ainda cai na tentativa de uma ontologia tradicional estática.

Fica então evidente que, o que caracteriza o direito ontologicamente é o seu ser permanentemente construído por decisões já efetivadas e, conseqüentemente, sem questionamentos de valor.

5. Conclusão

Como vimos ao longo do trabalho a posição gnoseo-ontológica de cada pensamento implica diferentes posições axiológicas. Diante do abandono da ontologia tradicional e do relativismo ingênuo, utilizamos como tronco de nossa argumentação a ontologia dinâmica de Adeodato, que desconsidera totalmente o problema axiológico. E é justamente por

isso, que podemos afirmar que a imparcialidade é um fator impossível no fenômeno jurídico, pois não há como teorizar sobre critérios de valor que sirvam de guia para a "melhor" decisão.

A essência do direito abarca as dimensões do ser (o que já foi descrito) e do dever ser, no entanto esse dever ser, ao contrário do ser, é apenas os vários rumos possíveis que podem ser tomados pelo aplicador do direito. Assim, a verdade no direito é composta pelo que já foi decidido e pelas várias possibilidades do que se vai decidir, e é só. De modo que, não adianta querer inserir em sua ontologia argumentos para a escolha da melhor possibilidade. É lógico que na prática utilizam-se critérios para justificar o melhor caminho a ser tomado, no entanto poder-se-ia argumentar de forma diferente, e assim tomar outro caminho. Assim sendo, é impossível convidar esses critérios para adentrar no terreno da ontologia jurídica.

Desse modo, fica evidente que a educação, a religião, a história de vida de um jurista influenciarão em suas posições ao longo da profissão, de forma que elementos ideológicos estarão sempre presentes na construção do direito. Isso não quer dizer, como já vimos, que se caia num relativismo ingênuo, pois há a convenção adotada pelos significados. Portanto, não existe a verdade ontológica dos valores, mas sim a verdade axiológica convencional, como cita Adeodato (1996) "*Assim, uma ontologia jurídica é imprescindível, mas os dilemas axiológicos do direito não podem, no que respeita a seu conteúdo em constante realização, ser descritos como se os ditos valores fossem as entidades ideais de Hartmann, tão palpáveis à descrição ontológica quanto anatomias ou análises. É objeto da descrição ontológica o fato de que o direito precisa efetivar-se nesta ou naquela direção, é também parte de tal descrição observar que esta escolha é feita segundo um jogo de interesses. O que não se pode defender é que o conteúdo de tais opções obedece a "emanações superiores" e que há uma intuição "correta" e outra "incorreta" dos "valores" jurídicos. Uma ontologia pode tentar mostrar que o homem é um ser movido por impulsos que não se adaptam exatamente ao que os zoólogos denominam instintos e que até parecem prevalecer sobre os impulsos instintivos, a depender da situação; pode teorizar sobre a procedência desses móveis da conduta humana, pode dizer que o direito é um fenômeno onde eles estão irremediavelmente presentes. Isso porque os chamados valores jurídicos, embora criados e não descobertos pelo homem, são objetivos em certa medida, dentro de seu contexto significativo. Mas daí a dizer qual sua hierarquia, qual sua identidade, qual o certo e qual o errado, querendo atribuir a esta ideologia o caráter de descrição ontológica, vai uma grande distância.*"

6. Bibliografia

1. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann).* São Paulo: Saraiva, 1996.
2. AFTALION, Enrique; OLANO, García; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho.* 5. ed. Buenos Aires: El Ateneu, 1956.
3. BOYER, Carl Benjamin. *História da Matemática.* São Paulo: Edgard Blücher, 1974.
4. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas, 1994.
5. FULLER, Lon L.. *O Caso dos Exploradores de Cavernas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
6. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Antigüidade e Idade Média,* São Paulo: Paulinas,v.I, 1990.
7. _____ . *História da Filosofia: Do Humanismo a Kant,* São Paulo: Paulinas,v.2. 1990.
8. _____ . *História da Filosofia: Do Romantismo até nossos dias,* São Paulo: Paulinas,v.3. 1990.
9. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE

Bruno de Albuquerque Baptista (Aluno da Graduação em Direito da UFPE e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco)

Sumário: 1. Introdução ao Tema; 2. Direito de Propriedade e Acessão; 3. Conceito e Noções Iniciais; 4. Natureza Jurídica; 5. Breve Notícia Histórica do Instituto; 6. Conteúdo do Direito de Superfície; 6.1. Elementos Subjetivos; 6.2. Objeto; 7. Constituição, Transmissão e Extinção do Direito de Superfície; 8. A Reintrodução da Superfície no Direito Brasileiro: Uma Análise Crítica; 9. Conclusão: Utilidades e Vantagens do Direito Real de Superfície; 10. Bibliografia.

1. Introdução ao Tema

Está tramitando na Câmara dos Deputados um projeto de Código Civil, já aprovado preliminarmente pelo Senado Federal, que traz, em seu bojo, profundas alterações no arcabouço normativo civil brasileiro. Dentre estas podemos destacar, por ser o tema do presente trabalho, o ressurgimento do direito de superfície, após mais de cento e trinta anos afastado do ordenamento jurídico pátrio.

Importante analisar o que fez ressurgir das cinzas este velho instituto do Direito Civil. O direito de propriedade tem sido constantemente alvo de profundos questionamentos, principalmente depois do advento da Constituição de 1988, que consagrou o princípio da função social da propriedade e do surgimento de movimentos sociais cuja principal reivindicação tem sido a luta pela terra e pela moradia.

Há um árduo e constante trabalho, tanto da legislação como da doutrina e jurisprudência, para redefinir a propriedade, tornando-a um instrumento para o desenvolvimento do homem, e não um fim em si mesma. Exemplos claros desse fenômeno são as limitações ao direito de propriedade, tanto no plano do Direito Administrativo, como no Direito Civil. A noção individualista da propriedade tem perdido terreno com o advento do princípio da função social da propriedade, conforme consagrado pela Magna Carta em seu artigo 5º, inciso XXIII. Porém, a legislação ordinária não oferece ainda os instrumentos necessários para que essa moderna concepção da propriedade seja colocada em prática.

O direito de superfície é uma das novidades propostas pelos juristas com o escopo de contribuir para a formulação de uma nova política de uso racional e socialmente adequado do solo urbano e rural.

2. Propriedade e Acessão

Inicialmente, antes de adentrar na análise do tema propriamente dito, é de bom alvitre elaborar uma breve notícia sobre o direito de propriedade e mais especificamente sobre uma das formas de aquisição da propriedade imobiliária, a acessão.

Este intróito é de suma importância, visto que o direito de superfície é justamente a negação provisória, enquanto dura a concessão, do princípio da acessão.

O direito de propriedade é o mais amplo dos direitos reais e pode ser conceituado como "um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto".[1] As únicas limitações impostas ao titular do direito de propriedade são o interesse público e a coexistência do direito de propriedade de outros titulares.

A propriedade pode recair sobre bens corpóreos móveis ou imóveis (neste caso denominada domínio) ou sobre bens incorpóreos (propriedade intelectual).

Destacaremos, a partir de agora, as formas de aquisição da propriedade imobiliária. Segundo De Page[2], a aquisição do domínio pode ser originária, quando o indivíduo faz seu bem sem que este tenha sido transmitido por alguém, ou ainda derivada, quando há transmissibilidade do domínio por ato *causa mortis* ou *inter vivos*. O Código Civil, em seu artigo 530 destaca as formas de aquisição derivada (direito hereditário e transcrição do título no registro do imóvel) e originária (usucapião e acessão).

A acessão é, segundo definição de Clóvis Beviláqua, "o modo originário de adquirir, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto se une ou se incorpora ao bem".[3] Existem duas formas de

[1] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 85.
[2] *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, v.4. 1994. p.102.
[3] *Ibidem*, p.108-109.

acessão: a) natural, que se dá quando a união ou incorporação advém de acontecimento natural, como a formação de ilhas, o aluvião, a avulsão e o abandono de álveo; b) artificial, que ocorre quando resulta de trabalho do homem, como no caso das plantações e construções.

Especificamente, é a acessão artificial que interessa ao presente estudo. O Direito brasileiro adotou o princípio romano do *superficies solo cedit*, pelo qual há uma presunção relativa (*juris tantum*) de que tudo aquilo que está no solo é de propriedade do dono do terreno. Dizemos que esta presunção é relativa, pois existem no Código Civil Brasileiro regras jurídicas que prevêem os casos em que o dono das sementes ou da construção é indenizado pelo proprietário do solo e vice-versa, em virtude da boa ou má-fé com que agiram. É cediço observar que, em momento algum, o legislador prevê uma forma de separar o domínio do solo do domínio da plantação ou construção, restando comprovada a não opção pelo direito de superfície, como será visto a seguir.

3. Conceito e Noções Iniciais

Antes de conceituar o direito de superfície, é preciso delimitar claramente o que é superfície. Na linguagem coloquial, superfície é a camada mais superficial do solo. Não obstante, no sentido jurídico tradicional, proveniente do Direito Romano, superfície é tudo o que está acima do solo, que aflora deste. Como adverte Messineo[4], "superfície não é o solo que está em contato com o espaço atmosférico, um extrato finíssimo e, em rigor, sem espessura, mas o que emerge do solo".

Outrossim, é importante não confundir o direito de superfície com a propriedade superficiária. Esta surge daquele e o tem como o seu suporte jurídico. A propriedade superficiária é o domínio da construção ou da plantação separado do solo.

Conceituar o direito de superfície é tarefa das mais árduas, visto que a sua noção e extensão são variáveis de acordo com a legislação de cada país que o adotou. Alguns ordenamentos jurídicos só aceitam o direito real de superfície sobre edificações, outros só aceitam sobre plantações, enquanto a maioria aceita sobre ambos. Da mesma forma, alguns países aceitam que pode haver direito de superfície sobre o subsolo, enquanto que outros não aceitam, com a justificativa de que a aceitação subverteria o próprio conceito técnico do vocábulo superfície.

[4] *Apud* DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Direito de Superfície*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: [s.n.], v. 26, 1979, p.337-328.

A doutrina civilista tradicional brasileira, ao conceituar o direito de superfície, não consegue refletir o estado hodierno que o instituto atingiu nos países que o adotaram recentemente, em face até da ausência de estudos sobre o tema neste longo período afastado da legislação nacional. Clóvis Beviláqua, que não incluiu o direito de superfície no rol dos direitos reais no Anteprojeto de Código Civil, define o direito de superfície como "o direito real de construir, assentar qualquer obra, ou plantar em solo de outrem".[5] Orlando Gomes define-o como "o direito real de ter uma construção ou plantação em solo alheio".[6] Já Carlos Maximiliano o concebe como "um direito real, consistente em ter edifício próprio ou plantações sobre terreno alheio".[7]

Acompanhando a evolução que o direito de superfície vem atingindo hodiernamente, o jurista espanhol Ramón Maria Roca Sastre, citado por Arditi[8], define-o analiticamente da seguinte forma: "é o direito real de ter ou manter, temporal ou indefinidamente, em terreno ou imóvel alheio, uma edificação ou plantação em propriedade separada, obtida mediante o exercício do direito anexo de edificar ou plantar ou por meio de um ato aquisitivo da plantação ou edificação preexistente".

Outras fontes importantes para a perfeita compreensão da extensão deste importante instituto são as definições extraídas dos diplomas legais dos países que adotam o direito de superfície. O Código Civil português, em seu artigo 1524°, afirma que "o direito de superfície consiste na faculdade de ter ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações". Já o diploma legal mexicano, no artigo 55, define o direito de superfície como "o direito real de natureza temporal que o proprietário de um imóvel constitui em favor de outra pessoa denominada superficiário, em forma onerosa ou gratuita, para que este o use e goze com fins de edificação, que se reverterá ao término do prazo estabelecido ao proprietário sem nenhuma obrigação para este". Impende neste ponto destacar que a temporariedade do direito de superfície é caractere essencial deste instituto no Direito mexicano, ao contrário da legislação portuguesa, que admite a superfície temporária ou perpétua.

---

[5] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 307.

[6] GOMES, Orlando *Apud* CHALHUB, Melhin Namem. *Direito de Superfície*. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. [s.n.], a. 19, v. 53, 1995, p.76.

[7] *Ibidem*. p.76.

[8] ARDITI, A. B. *El Derecho de Superficie*. Santiago: Editorial Andres Bello, 1972, p.62.

Desta forma, é possível conceituar genericamente o direito de superfície como o direito real, transmissível, temporário ou perpétuo, que o proprietário de um imóvel confere, de forma onerosa ou gratuita, a um terceiro, denominado superficiário, para que este possa plantar ou edificar no terreno pertencente ao primeiro, criando assim uma propriedade distinta da propriedade do solo, denominada propriedade superficiária.

4. Natureza Jurídica

Os autores não se mostram concordes no que concerne à natureza jurídica do direito de superfície. É possível identificar três correntes mais importantes na doutrina: a da tese unitarista, que equipara o direito de superfície a diversos outros institutos do Direito Civil, a dualista, que concebe a superfície como uma manifestação do domínio dividido e a da superfície como direito autônomo. Vejamos cada uma destas posições:

a) *Tese unitarista:* Seus defensores conferem à superfície natureza idêntica a de outros direitos reais limitados como o arrendamento, o usufruto, a enfiteuse e a servidão predial. Os que consideram a superfície semelhante ao arrendamento pecam quando se considera a própria relação jurídica dos dois institutos. Enquanto o direito de superfície é uma relação indiscutivelmente real, o arrendamento tem caráter estritamente obrigacional. O arrendatário nunca é dono da coisa arrendada, enquanto que o superficiário é dono da propriedade superficiária. Além disso, a onerosidade é caractere essencial do arrendamento e é opcional no direito de superfície. Também existem semelhanças entre o usufruto e a superfície, no entanto o direito real de gozo tem a temporariedade e, sobretudo a intransmissibilidade como sua essência. Já o direito de superfície é transmissível e pode ser temporário ou perpétuo. Com relação à enfiteuse, as semelhanças entre os dois institutos são ainda mais acentuadas. Afinal, ambos nasceram praticamente juntos no Direito Romano. Mas também existem diferenças conforme anota Artur Oscar de Oliveira Deda, *in verbis:* "As duas figuras jurídicas diferenciam-se profundamente no tocante à extensão dos direitos do superficiário e do enfiteuta, em relação ao solo. Enquanto aquele dispõe, apenas, do direito real limitado de gozo sobre o solo, o enfiteuta – conforme acentua Guilarte – tem das mais amplas faculdades de gozo sobre a totalidade do fundo, incluindo as coisas que estão situadas sobre o próprio solo".[9] Além disso, no direito moderno o

[9] DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Direito de Superfície*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: [s.n.], v. 26, 1979, p.339-340.

cânion ou *sollarium* (pensão onerosa) não é da essência da instituição superficiária, diferentemente do que ocorre na enfiteuse. Por fim, existem aqueles que equiparam o direito de superfície à servidão predial. A servidão exige a existência de prédios distintos pertencentes a donos diversos (prédio dominante e serviente). Além disso, o direito de superfície pode se constituir antes mesmo da edificação.

b) *Tese dualista:* Atribui ao superficiário a qualidade de titular do domínio útil, assumindo o proprietário do solo a condição de titular do domínio direto ou eminente. Esta posição sofreu inúmeras críticas, pois muitos doutrinadores entendem que a propriedade do superficiário não sofre limitações que procedam dos direitos do dono do solo. Para J. Machado Carpenter, citado por Arditi[10], a doutrina do domínio dividido "é um equívoco do ponto de vista jurídico e uma monstruosidade do ponto de vista dogmático".

c) *A superfície como direito autônomo:* A constituição do direito de superfície consiste, como já foi explicado, na suspensão, enquanto dure a concessão, do efeito aquisitivo da propriedade pela acessão. Assim, deixa de vigorar o axioma *superficies solo cedit* e a regra geral de que o acessório segue o principal. Os doutrinadores que defendem a superfície como um direito real, imobiliário, limitado e autônomo acreditam que a propriedade da superfície é algo isolado da propriedade do terreno. Inclusive, é concedida ao superficiário uma proteção *erga omnes* sobre sua propriedade.

Outra questão inerente ao direito de superfície que merece uma abordagem é quanto ao tratamento jurídico dado a este instituto hoje no Direito pátrio. Pontes de Miranda afirma taxativamente "no direito brasileiro, não há o direito de superfície, não há edifício que exista, juridicamente, sem o terreno".[11] Não obstante, alguns autores defendem a aplicação atual do direito de superfície em casos como linha férrea assentada em solo de outrem, quiosques em terreno alheio, direito ao sepulcro, viaduto sobre o solo de outrem, pavilhões nos recintos das exposições, cadeiras cativas em estádios de futebol e finalmente a concessão de uso, prevista no artigo 7° do Decreto-Lei n.° 271 de 28.02.1967.

Os casos concretos apresentados configuram, como o direito ao sepulcro, por exemplo, muito mais uma matéria típica de direito público. Já no tocante à figura da concessão de uso, assim dispõe o supracitado dispositivo legal: "É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou

[10] ARDITI, A. B. *El Derecho de Superficie*. Santiago: Editorial Andres Bello, 1972, p.131.
[11] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. XI. 1977. p.175.

particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito resolúvel, para fins específicos de urbanização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social". Há inclusive um Acórdão da 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança n.º 103.161, de relatoria do Juiz Carlos Fernando Mathias, publicado no D.J. de 06.05.1997, manifestando-se sobre o tema. Eis transcrição de trecho de sua ementa:

"*... II – A concessão de uso, em epígrafe, traduz uma concepção moderna do direito de superfície, onde o domínio da acessão se destaca da propriedade do solo;...*"[12]

Não é desta forma, porém, que entende Melhim Namen Chaulrub. Para este doutrinador a concessão de uso não consubstancia direito de superfície. Afirma o autor: "A concessão de direito real de uso não produz o efeito de gerar uma propriedade imobiliária separada, como direito real autônomo. Essa figura não se ajusta aos princípios gerais do direito de superfície. No direito de uso do Dec.-lei 271 a propriedade da construção não é destacada da propriedade do solo; não se suspende o princípio da acessão".[13]

5. Breve Notícia Histórica do Instituto

Ab initio, faz-se mister destacar que o surgimento do direito de superfície deu-se no Direito Romano, ainda na fase final do período clássico. No entanto, sua aplicação só foi efetiva durante o período pós-clássico e principalmente durante o reinado de Justiniano. Seu aparecimento teve o escopo de abrandar o princípio *superficies solo cedit*, ou seja, tudo que é acrescido ao solo passa a integrá-lo e pertence ao dono do mesmo, em pleno vigor em Roma durante o período pré-clássico. A forma inicial do instituto foi a concessão de terrenos públicos e o Direito Romano não chegaram à concepção do domínio dividido, visto que Justiniano o qualificava como direito real sobre a coisa de outrem. A natureza do instituto não era, inicialmente, real, e sim obrigacional. Foi somente a ação

[12] MATHIAS, Carlos Fernando. *Acórdão da AMS 0103161-DF*. Http://www.cjf.gov.br.html. 04 de novembro de 1999.

[13] CHALHUB, Melhin Namem. *Direito de Superfície*. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n.], a. 19, v. 53, 1995, p.78.

dos pretores que permitiu o uso da superfície como direito real, conferindo-lhe defesa possessória por intermédio de um instituto próprio denominado *interditum de superficiebus*.

Sua retomada só se deu com os glosadores, cuja ação resultou em ampliação do campo de incidência do direito de superfície, pois no Direito Romano cingia-se apenas à construção de edifícios e os glosadores ampliaram-no abarcando as plantações, e a criação da doutrina da separação da propriedade do solo da propriedade superficiária, baseada na teoria da divisão do domínio em direto e útil.[14]

A Revolução Francesa de 1789 baniu os institutos da superfície e da enfiteuse do ordenamento jurídico francês, mas estes persistiram da forma consuetudinária.

No Direito moderno, apesar da não previsão do instituto no Código Napoleônico, vários outros diplomas legais de países diversos adotaram o direito de superfície, como por exemplo: Áustria (1811), Bélgica (1824), Holanda (1884), Alemanha (1896), Suíça (1907), União Soviética (1922), Itália (1942) e Portugal (1966).

Durante o período em que o Brasil foi colônia portuguesa, vigeu o direito de superfície. Até mesmo após a Independência política, em 1822, por meio de um decreto do Imperador D. Pedro I, a legislação de Portugal continuou vigente. A superfície foi extinta tacitamente no Direito positivo brasileiro pela lei 1.257 de 29.09.1864, já que esta lei não a elencara entre os direitos reais expressamente admitidos. O Código Civil de 1916 não a reintroduziu no Direito Brasileiro, persistindo esta situação até os dias atuais.

6. Conteúdo do Direito de Superfície

6.1. Elementos Subjetivos

Na relação jurídica real superficiária existem dois sujeitos: o proprietário do solo e o superficiário. O primeiro concede ao segundo o direito de construir ou plantar, fazendo com que a propriedade desses bens móveis se destaque da propriedade do solo. Resta, no estudo dos elementos

[14] TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 101.

subjetivos do direito de superfície, fazer uma breve análise dos direitos e obrigações do dono do solo e do superficiário.

Direitos do Superficiário:

a) A faculdade de gozar o solo alheio, mantendo ou levantando uma construção ou estabelecer sobre o solo uma plantação. Importante lembrar que, conforme a maioria das legislações que regulam a matéria, o superficiário pode utilizar o restante do solo, primeiramente para passagem dos materiais e depois o suficiente para o exercício do seu direito de gozo;
b) A faculdade de alienar ou gravar o direito de superfície, que serão extintos com o termo da superfície;
c) A faculdade de hipotecar o direito de superfície;
d) Exercer o direito de preferência na aquisição do solo, se o proprietário deste pretender aliená-lo onerosamente;

Obrigações do Superficiário:

a) Utilizar o solo em conformidade com os fins pactuados;
b) Pagar a contraprestação (cânon), se foi acordado oneroso e devolver a coisa ao fim do contrato (se temporário);
c) Conservar a construção ou plantação;
d) Arcar com os tributos e encargos que recaiam tanto sobre a obra superficiária como sobre o solo;
e) Dar preferência ao dono do solo, para, em igualdade de condições com terceiro, adquirir a propriedade superficiária;

Direitos do Proprietário do Solo:

a) Pode usar o restante do solo, inclusive o subsolo e o espaço aéreo, desde que não ponha em perigo a construção ou plantação superficiária;
b) Receber a contraprestação periódica ajustada, se foi acordada a onerosidade do direito de superfície;
c) Direitos sobre as circunstâncias da construção, melhoras, destino, uso e conservação da construção ou plantação;
d) Direito de preferência para a aquisição do direito de superfície, se o superficiário decidir aliená-la onerosamente;

Obrigações do Proprietário do Solo:

a) Abster-se de qualquer ato que perturbe ou obstacule a atividade de construção, plantação ou conservação da propriedade superficiária;
b) Dar preferência ao superficiário, em igualdade de condições com qualquer terceiro, à aquisição do solo, quando esta se fizer onerosamente;

6.2. Objeto

De acordo com a classificação do direito de superfície consoante o seu objeto, existem duas espécies do instituto: o *ad aedificandum*, sobre construção e o *ad plantandum*, sobre plantações. Alguns ordenamentos limitam a uma ou outra espécie, no entanto a maioria admite as duas formas. Quanto ao subsolo e espaço aéreo, algumas legislações admitem o uso por parte do superficiário, desde que seja inerente ao objeto da superfície.

No tocante ao direito de superfície agrícola há uma grande discussão doutrinária para estabelecer se a plantação a que se refere significa qualquer cobertura vegetal sobre o terreno ou somente árvores. José de Oliveira Ascensão, em artigo específico sobre o tema[15], posiciona-se no sentido de que o direito de superfície agrícola só poderá ser concedido se seu objeto não for culturas efêmeras, como o milho, por exemplo. Além disso, ensina o professor português que a superfície também pode ser concedida quando o objeto for árvore isoladamente considerada.

7. Constituição, Transmissão e Extinção do Direito de Superfície

O Código Civil Português, talvez a legislação que regulou o direito de superfície da maneira mais ampla, refere-se expressamente, em seu artigo 1528° às formas de constituição do citado instituto, a saber: contrato, testamento ou usucapião, podendo ainda resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo. Basicamente, são estas as quatro formas de se constituir o direito de superfície.

No tocante ao contrato, este deve sempre ser revestido da forma escrita, sendo que em muitos países as legislações exigem a solenidade da escritura pública. Desta forma, o contrato deve ser registrado (transcrito ou inscrito) no cartório de registro de imóveis, geralmente em um livro auxiliar. Já no que concerne à aquisição da superfície por ato de última vontade a única exigência é que o testador seja proprietário do solo e tenha capacidade de alienar.[16] Assim, no testamento, o proprietário do

---

[15] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito de Superfície Agrícola*. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n.], a. 2, v. 4, 1978, p.148.

[16] TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 80.

solo poderá deixar a superfície a um legatário e a propriedade do solo a outro, impondo o pagamento do cânon ou não. Neste caso a superfície não precisa ser registrada, mas o formal de partilha sim, para que possa ser alienado o direito de superfície.

Já a constituição do direito de superfície por usucapião oferece uma maior dificuldade, visto que, em respeito ao princípio da acessão, ao completar o prazo estipulado pela lei, aquele que construi ou plantou se tornaria proprietário do imóvel também. Mas, como explica José Guilherme Braga Teixeira, existe a possibilidade da aquisição da superfície pelo usucapião ordinário, em razão de concessão anterior a *non domino*, visto que "nesta hipótese, o concessionário adquire o direito de superfície contra o senhor do solo, se conserva a posse pelo tempo necessário, na qualidade de superficiário, desde que não careça de boa fé".[17]

Já a transmissão do direito de superfície dá-se com o registro do negócio jurídico de cessão no cartório do registro de imóveis, ou ainda pela sucessão hereditária. Aqui são pertinentes todas as observações realizadas quanto às formalidades na constituição da superfície. Resta apenas observar que, no caso da alienação onerosa da superfície, o proprietário do solo goza do direito de preferência, estando em igualdade de condições com terceiros.

O autor chileno Arditi[18] enumera as formas de extinção do direito de superfície admitidas pela maioria das legislações. Ei-las:

a) Por vencimento do prazo, se foi a superfície constituída por tempo determinado;
b) Por abandono ou renúncia do superficiário;
c) Pela resolução do contrato, se houve inadimplemento de uma das partes de umas das condições consideradas essenciais contratualmente, como pagamento do cânon ou destinação diversa da estabelecida;
d) Pelo mútuo dissenso, através de um acordo de vontades;
e) Pela confusão, quando se reúnem na mesma pessoa a qualidade de superficiário e de dono do solo;
f) Pela expropriação forçada. Neste caso a indenização deverá ser dividida entre o superficiário e o dono do solo, na proporção entre o devido valor que o direito de um e outro tinham no momento da expropriação;
g) Pela destruição da coisa sobre a qual recai a superfície;

[17] TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.81.
[18] ARDITI, A. B. *El Derecho de Superficie*. Santiago: Editorial Andres Bello, 1972, p.156.

h) Pela decadência. Neste caso específico algumas legislações prevêem o fim do direito de construir ou plantar, se a construção ou plantação não foi feita até o prazo fixado legal ou contratualmente. Em Portugal, salvo disposição contratual, o prazo é de dez anos. Na Itália são vinte anos e na Espanha cinco anos.

8. A Reintrodução da Superfície no Direito Brasileiro: Uma Análise Crítica

A reintrodução do direito de superfície através do projeto n.º 634-B de Código Civil não ficou imune às críticas. Importantes civilistas como Caio Mário da Silva Pereira, Orosimbo Nonato e Afrânio de Carvalho se posicionaram contra, argumentando que "se tenta fazer ressurgir das cinzas do passado um direito real já em desuso (até mesmo no direito romano)".[19] Por outro lado, o magistério proficiente de Orlando Gomes repele a argumentação, ao afirmar: "Muitos Códigos que conservaram o censo enfitêutico, repeliram, como o nosso, o direito de superfície. Assim, não se pode, à primeira vista, compreender a reconstituição de uma figura jurídica que desaparecera das legislações. No entanto, Códigos recentes retomaram-na, dando-lhe novos traços, admitindo a sua utilidade para certos fins, dentre os quais, como se reconhece na Alemanha, o de facilitar as construções principalmente nos terrenos de domínio do Estado, concorrendo para a solução do problema da habitação. Volta, assim, a ter aplicação, sob forma nova, em outra perspectiva, um direito que fora condenado e caíra em desuso".[20]

O projeto de lei aprovado pelo Senado Federal em 12.12.1997 e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, com o escopo de ab-rogar o Código Civil em vigor (Lei n.º 3.071 de 1º.01.1916), prevê o direito de superfície nos artigos 1.368 a 1.376. A regulação proposta se faz em conformidade com as legislações mais avançadas sobre direito de superfície. Algumas observações devem ser feitas. *A priori*, o direito de superfície previsto no projeto de Código Civil terá que ser por tempo determinado, mas não fixou prazo máximo como acontece na legislação da Bélgica (cinqüenta anos) e Áustria (mínimo de trinta e oito e máximo

[19] CHALHUB, Melhin Namem. *Direito de Superfície*. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n.], a. 19, v. 53, 1995, p.87.
[20] GOMES, Orlando *Apud* CHALHUB, Melhin Namem. *Direito de Superfície*. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n.], a. 19, v. 53, 1995, p.86.

de oitenta anos). Assim, pode o dono do solo conceder o direito de superfície por um prazo enorme, tornando-o, na prática, *ad eternum*. Da forma em que foi redigido, o projeto de lei não autoriza a cessão de edificação ou plantação preexistente.

Impende também destacar o parágrafo único do artigo 1.369 do projeto, que desautoriza o dono do solo a reaver a superfície no caso de inadimplemento do cânon por parte do superficiário, cabendo ao primeiro apenas reivindicar as parcelas não pagas e juros de mora. Este dispositivo se choca com um dos princípios do direito de superfície, que considera o não pagamento do *sollarium*, no caso da superfície onerosa, uma das causas da sua extinção. Também é importante destacar que o projeto não prevê a aquisição do direito de superfície por usucapião.

A grande característica que fica evidente no projeto no que tange à regulação do direito de superfície é a timidez com que foi tratada a matéria. Em comparação com o Código Civil português, de 1966, nosso projeto de legislação também tem se mostrado insuficiente, visto que a lei lusitana regulou, de forma bem mais sistematizada e completa a noção, objeto, o direito de construir sobre edifício alheio (chamado de direito de superfície de segundo grau na Itália e Suíça), o direito de superfície constituído pelo Estado, a constituição e a extinção do direito de superfície, tudo isso em dezenove artigos.

Para um instituto que após mais de cento e trinta anos retorna ao ordenamento jurídico positivo, caracterizado de maneira bastante diferente, com uma roupagem mais moderna, seria imprescindível uma regulação mais completa, mais detalhista. Isso evitaria que o direito de superfície seja mais um instituto que caía em desuso pela regulação insipiente a que foi submetido.

9. Conclusão: Utilidades e Vantagens do Direito Real de Superfície

Importante, ao fim deste trabalho, verificar o porquê do ressurgimento do direito de superfície no direito brasileiro depois de tanto tempo afastado. Nos últimos anos tem-se tentado conciliar as normas referentes à propriedade do Código Civil com o preceito disposto no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, que consagra a função social da propriedade. Assim, as proposições de redefinição do direito de propriedade não são assunto opcional, mas um imperativo de ordem social, decorrente desses novos conceitos trazidos pela Magna Carta de 1988.

É neste contexto que se insere o direito de superfície, um poderoso instrumento tanto para atenuar a crise habitacional como também

efetivar a reformulação agrária brasileira. No caso do solo de propriedade do Estado, seria menos paternalista e mais flexível a utilização da concessão da superfície em detrimento da doação pura e simples, para o fim de construção de habitações populares e realização da reforma agrária. Já quanto aos terrenos particulares, o governo poderia incentivar o uso do solo com o aumento progressivo do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e ITR (Imposto Territorial Rural) para terrenos não construídos e terras improdutivas, respectivamente. Isto levaria os proprietários desinteressados em alienar o imóvel a concederem o direito de superfície para que seu terreno seja construído ou plantado. Além de ser um passo para a atenuação do problema habitacional e agrícola, a implementação destas simples medidas teria o condão de gerar milhares de empregos diretos, tanto no campo, como na cidade, no ramo da construção civil, tudo isso com bastante repercussão na esfera social.

10. Bibliografia

Livros:

1. ARDITI, A. B. *El Derecho de Superficie*. Santiago: Editorial Andres Bello, 1972.
2. ASCENSÃO, José de Oliveira. *As Relações Jurídicas Reais*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1962.
3. _____. *Estudos Sobre a Superfície e a Acessão*. Braga: Livraria Cruz, 1973.
4. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
5. CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, v. VII e IX. 1961.
6. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, v.4.1994.
7. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t.XI. 1977.
9. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.4. 1978.
10. TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Artigos

1. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito de Superfície Agrícola*. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n.], a. 2, v. 4, 1978, p.145-171.
2. CHALHUB, Melhin Namem. *Direito de Superfície*. Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n.], a. 19, v. 53, 1995, p.73-89.
3. DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Direito de Superfície*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: [s.n.], v. 26, 1979, p.337-349.

Internet

1. MATHIAS, Carlos Fernando. *Acórdão da AMS 0103161-DF*. Http://www.cjf.gov.br.html. 04 de novembro de 1999.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MÉDICO-HOSPITALAR E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

André Melo Gomes Pereira (Aluno do 9º período de graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Delimitação do tema; 1.1. A responsabilidade pela saúde; 1.2. Importância e atualidade do tema; 1.3.Problemas relacionados; 2. A responsabilidade do profissional liberal médico; 2.1. Conceito de profissional liberal; 2.2. A responsabilidade civil do médico no Código Civil; 2.3. A responsabilidade civil do médico no Código de Proteção e Defesa do Consumidor; 2.3.1. A objetivação da responsabilidade civil; 2.3.2. O sistema do CPDC; 3. A responsabilidade dos hospitais, clínicas e similares; 3.1. No direito obrigacional comum; 3.2. O sistema do CPDC; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Delimitação do tema

1.1. A responsabilidade pela saúde

A proposta deste artigo não é, evidentemente, esgotar tema tão amplo, que poderia abranger situações sensivelmente diferenciadas como a relação contratual entre médico e paciente, entre hospital e pacientes e laboratórios, que fazem exames biológicos de execução corrente e simples ou mais complexos. Nosso objetivo também não é, utilizando figuras do direito romano arcaico, procurar o último devedor-*sponsor* (devedor principal) nem o *Responsor* (aquele se obrigava a responder por dívida de outrem), pois, certamente, iríamos discutir a responsabilidade político-institucional do Poder Público pela saúde que é direito assegurado constitucionalmente[1]. Apesar de ele diariamente ser violado e servir, ao que parece, tão somente, de substrato legitimador à criação de novos tributos, exigindo-se que a sociedade cumpra uma *obrigação* tributária

[1] DALLARI, Sueli Gandolf. *A Responsabilidade pela Saúde*. Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Edusp, jan-dez, 1990, p. 49.

inafastável, sem que a administração seja cogentemente direcionada a cumprir seu *dever* de Estado que é zelar pela saúde pública[2]. Apesar da importância desse aspecto, limitamos nosso tema à problemática da responsabilidade civil por dano médico-hospitalar, ou seja, à análise do sistema de ressarcimento, dever de indenizar conforme lições do Professor Sílvio Neves Baptista,[3] oriundo do *fato jurídico dano provocado por atividade imputável ao profissional liberal médico ou ao hospital e a possível incidência das normas de defesa do consumidor nesse sistema.*

Desta forma, a finalidade deste artigo centra-se, topicamente, em dar resposta a duas indagações, pouco discutidas e, em conseqüência, não apreendidas de forma sistemática pela doutrina e jurisprudência pátrias:
a) incidem as normas de defesa do consumidor nas relações entre médicos, hospitais e pacientes ?
b)em caso afirmativo, quais as conseqüências da incidência do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do profissional liberal médico e dos hospitais por danos causados aos seus pacientes?

Para tratarmos deste tema, apresentaremos de forma sucinta as justificativas de seu estudo juntamente com alguns problemas a ele relacionados, passando, em seguida, à análise da responsabilidade civil do médico profissional liberal no Código Civil e na Lei 8.078/90 e, posteriormente, a do hospital no direito obrigacional comum e nas regras especiais de proteção ao consumidor.

1.2. Importância e atualidade do tema

Propusemo-nos, assim, a tratar sobre a responsabilidade civil médico-hospitalar. Houve a cumulação de alguns motivos basilares para enveradarmos no sentido deste tema-problema. O principal reside na importância significativa e crescente da responsabilidade civil no campo do direito privado. Entendemos ser ela, na atualidade, o grande tema do

[2] MEDEIROS, Giovanna Maria Vieira de. *Dos direitos sociais: uma análise crítica ao art.6º da Constituição Federal de 1988.* Revista Estudantes Caderno Acadêmico. Recife: [s.n.], nº 4, 1998, p. 98.

[3] Segundo o citado Professor a noção do dano deve anteceder logicamente a de responsabilidade civil, posto que a obrigação de indenizar decorre do fato jurídico danoso (plano da existência) que automaticamente cria o dever jurídico de indenizar (plano da eficácia). Cf. BAPTISTA, Sílvio Neves. *Obrigações por atos ilícitos. Responsabilidade civil.* Revista Acadêmica. Recife: Universitária, p. 153-160, 1984.

Direito Civil[4]. Em seu âmbito, convivem o nosso vetusto Código Civil e o moderno Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ademais, seguem, em paralelo, a título de exemplo, a Responsabilidade "civil" dos Entes Públicos e por dano ambiental, particularizando-se nestas searas o tom público dos esquemas de reparação e/ou indenização.

Dentre esta enorme gama de possíveis campos a serem estudados, optamos pela responsabilidade civil médica. Assim procedemos, ao verificarmos a presença de quatro fatores na teoria e na *praxis* jurídicas pátrias concernentes ao assunto.

O primeiro encontra-se na notória dificuldade de se obter reparações de danos médicos.

O segundo, na lacuna verificada na doutrina nacional no tocante a alternativas às, por demais reconhecidas, dificuldades de efetivação do art.1545 do Código Civil[5], garantidor da reparação de danos provocados por erro médico.

O terceiro fator extrai-se do próprio avanço tecnológico a que assistiu o século XX. Novas perspectivas de intervenção médica na profilaxia e no tratamento de doenças surgiram. Dos médicos que, no início do século, mais esperavam da natureza que agiam, atingi-se o estágio em que este profissional, cercado de forte aparato ambulatorial pode interferir até na constituição genética dos seres humanos. Em face destes aspectos cresce, outrossim, ou deve crescer o nível de exigência em relação a esses profissionais. Aumentam, também, os riscos, pois os "exames" que trazem certa segurança, envolvem, por vezes, técnicas arriscadas (radiação, extração de tecidos).

O quarto fator é precisamente a possibilidade de lançar prováveis posições úteis à elucidação desta problemática, haja vista o fato de outros sistemas (francês e norte-americano) já o terem feito.

1.3. Problemas relacionados

Há um dado, que não pode deixar de ser considerado e realçado neste artigo, consistente no fato de serem notórias as dificuldades que enfrentam as vítimas de erro médico e/ou dano hospitalar em obter a reparação pelos danos sofridos. Não há, propriamente uma lacuna

[4] O vocábulo "Direito Civil" está empregado no texto no sentido amplo de disciplina geral do Direito Privado.

[5] Artigo 1545 do C.C.: " Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação para servir ou ferimento".

legislativa, pois o nosso codificador esculpiu a regra do art.1545 do Código Civil, posicionamento avançado à época[6], para não deixar dúvidas quanto à vulnerabilidade deste profissional a uma ação de indenização por falta cometida no exercício de sua arte. É sempre elucidativo lembrar as palavras de Clóvis Beviláqua[7]: *"A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo por atos profissionais que causem morte, inabilitação para o trabalho ou ferimento funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender provar de ser o dano um acidente no exercício da profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e preucações necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e dos fregueses, bens inestimáveis que se lhe confiam, no pressuposto de que o zelem. E esse dever de possuir sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações".*

Entendemos que tão importante quanto a afirmação material do direito é a sua concretização no mundo fático. De que adiantou a lei material há mais de 80 anos ter afirmado a responsabilidade dos médicos, se nós não tornamos efetivo o direito das vítimas a verem reparados seus prejuízos?

Nesse passo, para que do fato jurídico dano médico irradie a solução jurígena indenização, há que se vencer dois principais obstáculos processuais, a saber: a prova da culpa e do nexo causal entre o agir do médico e o dano[8].

Verificamos que os julgados versados sobre o tema em análise, apresentam-se, ainda, fortemente vinculados ao princípio dispositivo e à chamada "regra de julgamento". Esta, segundo Gian Antonio Micheli[9],

---

[6] A regra geral da responsabilidade civil extracontratual encontra-se no art.159 do C.C., ao qual se seguiram inúmeras leis especiais que adotaram a responsabilidade objetiva. Por este motivo entende-se ser cada vez mais residual este artigo. Ele, todavia, abarca qualquer tipo de dano culposo. Ainda assim, o gênio de Beviláqua, ciente das dificuldades em relação aos profissionais de saúde, destinou-lhes um artigo específico.

[7] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Rio, 1984.

[8] A doutrina ainda discute se é o nexo causal ou a culpa que deve ser analisada primeiro. Tratando-se de responsabildade subjetiva clássica pouco ou nada vai diferir no resultado final, pois se houver nexo de causalidade e não existir culpa ou existir conduta culposa que não deu origem ao dano o mesmo será o resultado final: improcedência do pedido mediato do processo.

[9] MICHELE, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961, p.8.

Professor Catedrático da antiga Universidade de Florença, decorre do dever de sempre decidir do órgão estatal, ou seja, da famosa proibição do *non liquet*, elemento componente da pretensão do Estado Moderno de monopolizar a produção e aplicação coativa do Direito. Informado por essa proibição, o juiz é obrigado julgar não só quando a lei é obscura ou com lacunas, mas também quando lhe faltam elementos fáticos para formar a sua convicção. Baseados na regra de julgamento, os magistrados, por exemplo, julgam improcedente um pedido de indenização por dano médico, afirmando não ter o autor da ação provado a culpa do profissional ou não ter provado o nexo causal entre o agir do profissional ou fato do hospital e o dano sofrido pelo paciente.

Consoante Cândido Rangel Dinamarco[10] *"A técnica processual desenvolveu então a disciplina do ônus da prova e regra de julgamento (ônus objetivo da prova) com que se bane o non liquet e impede-se o fracasso total do processo de conhecimento. Mas, enquanto mantida essa postura de extremo apego à verdade e à certeza, todo esse aprimoramento técnico do processo corresponde a uma introspecção do sistema, que é posto a viver por si próprio, sem indagar por que, como e em quais casos vale a pena ser assim, a disposição de meios para a descoberta da verdade (princípio lógico) tem valor relativo, que se evidencia quando se pensa que a verdade não é em si um objetivo processual: a descoberta da verdade é somente um meio para se conseguir a desejada autenticidade ao direito substancial e, afinal, a justiça nas decisões."*

Na verdade, segundo a moderna doutrina processual, na qual se insere Dinamarco, é necessário que se tenha uma visão externa do processo através do seu escopo sócio-econômico, para posteriormente revisitar-se a técnica processual e torná-la apta a atender aquele escopo.

2. A responsabilidade civil do profissional liberal médico

2.1. Conceito de profissional liberal

De início, é necessário definir o que se deve entender por profissional liberal. Entende-se por profissional liberal todo aquele que exercita atividades específicas de serviços com qualificação ou habilitação reguladas por lei ou divisão social do trabalho. Segundo o Professor Paulo

[10] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros,1996, p.222.

Luiz Netto Lôbo[11] estão abrangidas nesse conceito as profissões regulamentadas ou não por lei; que exigem graduação universitária ou apenas formação técnica; reconhecidas socialmente, até mesmo sem a exigência de formação escolar, sendo, na atualidade, a nota característica a independência técnica, ainda quando o médico ou advogado, por exemplo, são assalariados.[12]

2.2. A responsabilidade civil do médico no Código Civil

A natureza contratual ou negocial[13], da relação entre médico e paciente não é hoje mais objeto de controvérsia na doutrina[14], pois, na maioria das vezes, o paciente avença com o médico o seu tratamento, contratando, assim, seus serviços. Faz-se a ressalva de que, se as circunstâncias da vida colocarem frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência[15], como no caso de pessoa socorrida após acidente ou que chegue sozinha e inconsciente ao hospital, a responsabilidade será extracontratual ou extranegocial. Contudo, esta constatação de que a responsabilidade médica teria fundamento em ato ilícito relativo (descumprimento contratual) não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa do profissional médico, pois se recorre, no direito obrigacional comum, à distinção, originária da

[11] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e o Ônus da Prova.* Revista da Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, março, 1998, p. 542.

[12] Podemos comprovar no estatuto da OAB através da norma contida no art.18 da Lei nº 8906: "A relação de emprego não reduz a isenção técnica, nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia".

[13] A nomenclatura negocial ou extranegocial em substituição à contratual e extracontratual, respectivamente, é utilizada pelo Professor Paulo Luiz Netto Lobo Cf. *op. cit.* p. 541.

[14] José de Aguiar Dias, com sustentação na doutrina francesa, aponta ser contratual a relação, ainda quando a assistência é ato de mera cortesia em sua obra *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1995, p. 255.

[15] CHAVES, Antônio. *Responsabilidade civil no ato médico.* Revista Forense, 324. Rio de Janeiro: Forense, out/dez, 1993, p.17.

doutrina francesa[16], entre obrigações de meios e de resultado, deixando ao cliente o ônus de provar a inexecução da obrigação por parte do profissional. Assim, o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a atividade diligente no tratamento de seu paciente, dever de diligência, como afirma Antônio Chaves[17]: *Não se obriga a restituir a saúde ao paciente a seus cuidados, mas a conduzir-se com toda diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo.*

Josserand cogitou em sua conhecida conferência[18] se um dia os tribunais não condenariam o médico e cirurgião contratualmente responsável por uma intervenção infeliz. Certamente, entendia o grande jurista que deste modo, haveria uma facilitação no campo probatório em benefício do autor da ação. Todavia, tendo-se como parâmetro o nosso direito obrigacional comum, as vítimas de danos provocados por erro médico continuam sujeitas a uma tríplice prova: a) do dano; b) da ação ou omissão culposa; c) do nexo causal.

Tal situação, como já explanado, tem se constituído em óbice à reparação dos danos médicos. No entanto, é interessante ressaltar que o sistema francês e o norte-americano, no que concerne à responsabilidade médica, utilizaram técnicas processuais como as presunções e a inversão do ônus da prova para tornar efetivos seus esquemas de ressarcimento.

É assaz elucidativa a análise da regra *Res ipsa Loquitur*, a qual tem tido muita aplicabilidade em vários Estados norte-americanos e no Canadá. Ela surge, sob certo ângulo, como alternativas à distinção das

---

[16] O Professor Ricardo Pereira Lira, Titular de Direto Civil da UERJ, atesta a possibilidade de haver sido Demogue, que inicialmente elaborou a classificação, sendo quase unânimes os autores nacionais em classificar as obrigações do profissional médico em de meios. Apesar dessas considerações, autores como Michele Giorgianni, não concordam com essa distinção das obrigações, afirmando ser objeto das mesmas sempre um comportamento do devedor. No campo específico da responsabilidade civil médica, temos posicionamento defendido, por exemplo, no Direito Espanhol, por Calixto Diaz Regañon, que aponta razões como o fato de esta diferenciação não possuir embasamento legal nem poder ser aplicada à responsabilidade extracontratual, para se posicionar contrariamente à classificação das obrigações em de meios e de resultado. Sobre o tema Cf. GARCÍA-ALCALÁ, Calixto Diaz Reganõn. *El Régimen de la prueba en la Responsabilidad Civil Médica*. Pamplona: Aranzadi, 1996, p.60.

[17] CHAVES, Antônio. Op. cit. p.17.

[18] JOSSERAND, Louis. *A Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da justiça e negócios interiores, 1946, p.35.

obrigações em de meio e de resultado. Podemos traduzir a aludida regra como: "a coisa fala por si mesma" e são segundo William C. Prosser[19] os seus requisitos:

a) estarmos diante de um evento danoso que normalmente não se produz sem uma conduta negligente de alguém;

b) que este evento danoso venha originado por qualquer coisa ou instrumento dependente, que entre na esfera de controle e disponibilidade do demandado;

c) que o dano não seja imputável a um comportamento culposo da vítima.

Entendemos que esta regra se constitui como verdadeira presunção *juris tantum*. Não é Responsabilidade objetiva.

Miguel Kfouri Neto[20], em sua preciosa monografia, põe no capítulo das teorias objetivistas, embora no corpo do texto reconheça ser verdadeira presunção. Na verdade o juiz, através de uma operação lógica, parte de um fato auxiliar ou indício provado para afirmar um fato desconhecido. *In casu*, diante de certas lesões como necrose de tecidos em locais de fraturas, o magistrado conclui que tal resultado, após tratamento médico, só ocorreria se faltasse diligência ao profissional. A partir daí presume a culpa do médico e este é que tem que demonstrar ter agido de acordo com a sua *Lex artis* para elidir a Responsabilidade.

A *perte d'une chance* (perda de uma chance) dos franceses possui uma estrutura semelhante, na qual o juiz condena o réu a indenizar a vítima se foi desperdiçada uma chance no tratamento, variando a indenização em razão da probabilidade de êxito se aquela chance não fosse perdida[21]. Verifica-se que, ao contrário do modelo brasileiro que valoriza a prova estática e certa, os modelos analisados optaram por uma prova dinâmica e conjectural. Todo processo traz em si inúmeros riscos. O civil, no qual, geralmente, discute-se interesses patrimoniais principalmente. Não existe certeza absoluta em nenhum juízo histórico, mas mera probabilidade[22].

---

[19] PROSSER apud ACHÁVAL, Alfredo. *Responsabilidad civil del medico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

[20] KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.51.

[21] MAZEAUD, Jean et Alli. *Lecciones de Derecho Civil.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1978, p.73.

[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. Op, cit., p. 5.

2.3. A Responsabilidade Civil do Médico no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)

2.3.1. A objetivação da responsabilidade civil

Após um período de predomínio quase absoluto da teoria clássica da culpabilidade da responsabilidade civil, assiste-se ao recrudescimento da teoria objetiva nesse campo jurídico. A doutrina tem elencado as causas materiais deste fenômeno, que traz, em si, a enorme importância da responsabilidade civil na atualidade, o que levou Josserand[23] a afirmar, há algumas décadas, tratar-se não de evolução, mas de verdadeira revolução. Na verdade, as causas materiais são exigências sociais modernas[24], em face da cada vez mais complexa vida nas sociedades humanas. A evolução tecnológica nas diversas áreas, a intensificação das relações de vizinhança, o aumento da produção e do consumo[25], com a automação do processo produtivo, embora tenha trazido inúmeros benefícios, colocou-nos sujeitos a riscos que no passado não eram imagináveis. Frente a essas situações, a teoria clássica, assentada na culpa, não consegue que as vítimas, em vários casos, atinjam o escopo da responsabilidade civil: a reparação dos danos sofridos. Este quadro fez com que ocorresse verdadeira metamorfose no conceito de culpa, visando a efetivar o ressarcimento pelos prejuízos, com a adoção da teoria objetiva em campos específicos.

2.3.2. O sistema do CPDC

Neste momento, apenas, tentaremos dar resposta à primeira parte das duas questões pouco tratadas na doutrina pátria: o Profissional Liberal estaria também regrado, em sua atividade como prestador de serviço, pelos princípios e normas protetivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor? E, sendo afirmativa a resposta, quais as conseqüências deste regramento no caso específico da responsabilidade civil?

A exegese dos arts. 3º e do art. 14, § 4º, do CPDC não deixa dúvidas acerca dessa incidência, pois o primeiro define: *Fornecedor toda pessoa*

---

[23] JOSSERAND, Louis. Op. cit. p.35.

[24] SOUZA, Hersílio. *Da Responsabilidade sem culpa.* Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Imprensa Industrial, a. XXXII, 1925, p.267.

[25] CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade Civil por Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

física ou jurídica ..., e o segundo excepciona a regra geral da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços firmando como pressuposto da responsabilização dos profissionais liberais a verificação de culpa.

Alguns doutrinadores, contudo, teriam percebido neste artigo uma total exclusão dos serviços prestados por profissionais liberais do regime do CPDC, ou seja, continuariam regrados pelo direito obrigacional comum. Tal argumento, como acima exposto, carece de fundamentação legal no direito positivo brasileiro, o qual, diferentemente de outros diplomas, como o argentino que, no art. 4° da Lei n° 24.240/93, excluiu de sua incidência os serviços prestados por Profissionais Liberais, abrangeu serviços de qualquer espécie, prestados por pessoas físicas ou jurídicas. Outro argumento, com o qual por vezes nos deparamos, consiste em afirmar que o regime probatório continua o mesmo, não havendo nenhuma modificação, pois a vítima, por exemplo, de um dano médico continuaria com o ônus de promover uma tríplice prova: a do dano, a do nexo de causalidade entre este e o agir do médico e a do caráter culposo deste agir, do mesmo modo como estava a partir da vigência do Código Civil, que em seu art. 1545 afirmou materialmente a responsabilidade civil do médico seguindo a orientação inconteste de Clóvis Beviláqua.

Este argumento, em nosso humilde ponto de vista, objetiva atingir a mesma conseqüência do primeiro: afastar a proteção da ordem jurídica aos consumidores nos termos da Lei n. 8.078/90. Tanto como o primeiro, parece-nos desprovido de suporte em nosso direito positivo, pois o art. 6°, inciso VIII, traz como direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos, devendo o juiz inverter o ônus da prova, no processo civil, quando verificar a *verossimilhança* das alegações ou *hipossuficiência* do consumidor.

O Professor Paulo Luiz Neto Lobo, brilhantemente, tem demonstrado em seus trabalhos que a regra do art. 14, § 4°, deve ser interpretada restritivamente face à natureza de exceção. Portanto, unicamente a responsabilidade objetiva foi afastada nos casos de danos provocados por profissionais liberais como fornecedores de serviços, quedando inexorável a aplicação de todos os outros princípios e normas do CPDC.

Concretamente, poderíamos vislumbrar um caso de erro médico que originou um dano ao paciente. O consumidor provará o dano, mas não estará adstrito a promover a prova da culpa e, em alguns casos, nem do nexo de causalidade. A culpa do médico será presumida e este para elidir a responsabilidade terá que demonstrar algumas das hipóteses do art. 14, § 3° do CPDC, ou seja, que inexiste o dano ou que a culpa é exclusiva do

consumidor, ou ainda, regra geral,caso fortuito ou força maior, independendo neste sistema o caráter negocial ou extranegocial da relação entre médico e paciente. Esta presunção *juris tantum*, no entanto, não se confunde com as construções doutrinárias e jurisprudênciais muito utilizadas em diversos países em casos de erro médico, como a *faute virtuelle* e a *perte d'une chance* dos franceses e a doutrina da *medical malpractice* com a regra da *Res ipsa loquitur* dos norte-americanos. Essa presunção não se confunde, outrossim, com a correta distribuição da carga probatória entre as partes, de acordo com a capacidade probatória de cada um delas, como defendido precisamente na doutrina argentina por Ricardo L. Lorenzetti[26] ou com a relativização do ônus da prova, defendida com precisão pelo Professor Flávio de Queiroz Bezerra Cavalvanti[27]. A presunção de culpa que entendemos existir em nosso direito é proveniente dos princípios do CPDC, sendo, por conseguinte cogentes, constituindo-se em um direito do consumidor.

Constata-se, pois, a incidência do CPDC na responsabilidade civil dos profissionais liberais e que, apesar de ser necessária a verificação de culpa para imputação do dano, o regime do Código de Proteção e Defesa do Consumidor possibilitou mudanças no campo probatório com a utilizações de presunções e a inversão do ônus da prova com o escopo de tornar efetivas todas as reparações de danos de consumo.

3. A responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares

3.1. A responsabilidade no Direito obrigacional comum

A doutrina, no regime do Código Civil, resolvia os casos de responsabilidade hospitalar, aplicando o art. 1521, inciso III, do estatuto de 1916, considerando o hospital, ou melhor, a pessoa jurídica que o administra[28] responsável, quando o médico é empregado do hospital ou atua mediante contrato de prestação de serviços. Diferente era a situação quando o médico simplesmente utilizava as instalações do nosocômio, por

---

[26] LORENZETTI, Ricardo L. *Responsabilidad Civil Del Médico Y Estabelecimentos Asistenciales.* REPRESAS, Félix A. Trigo e STIGLITZ, Rubén S. Derecho de daños Primera Parte. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1996, p.511.

[27] CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. Op. cit. p. 139.

[28] Entende-se corretamente o hospital como universalidade de fato, havendo sempre uma pessoa jurídica, na forma de sociedade, fundação, ou autarquia, responsável pelas suas atividades.

interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, hipótese em que a culpa do profissional e da unidade hospitalar será analisada em separado, ou seja, se o dano advier de ato do médico, este responderá; se, ao contrário, for provocado pelas instalações do estabelecimento, pelos enfermeiros, funcionários e prepostos em geral, o hospital responderá pelos danos. Paralelamente a essas situações, surgiram outras especialíssimas relacionadas, por exemplo, à infecção hospitalar ou, ainda, quando o paciente recebeu tratamento de determinados médicos ou em determinadas clínicas ou hospitais em função de credenciamento a sistema assistencial de saúde, inclusive público. Nessas situações foram criadas soluções casuísticas para vencer as dificuldades com o trato da infeccção hospitalar e para responsabilizar os "planos de saúde".

3.2. O sistema do CPDC

Com o sistema da Lei nº 8.078/90, as pessoas jurídicas passaram a responder objetivamente pelos danos provocados por fato do serviço aos consumidores. As pessoas proprietárias dos hospitais responderiam, assim, objetivamente. Todavia, vários autores, entre eles Rui Stoco[29], apesar de reconhecerem que os hospitais são prestadores de serviços médicos e de hospedagem, defendem que a responsabilidade deles, por atividades específicas da área médica, só será aferida mediante culpa, incidindo o art.14, §4º, do Código do Consumidor, sendo um erro lógico atribuir-se a ele a responsabilidade objetiva, pois a atividade permanece de meios e a responsabilidade é contratual. Outros autores, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior[30] que de maneira estranhíssima discute o ônus da prova e os presupostos da responsabilidade civil médica, omitindo-se completamente a respeito da existência da Lei nº 8.078/90, parecem alheios não só às mudanças, mas à própria discussão da mudança.

---

[29] STOCO, Rui. *Responsabilidade civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor.* Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais .712, fevereiro/ 1995, p.73.

[30] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico.* http://www. genedit.com.br/3rdpc/atual/doutnac5.htm Revista de Direito Processual Civil jan/mar.1997. 30 de outubro de 1999.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin[31] possui posição diversa defendendo que a exclusão da responsabilidade objetiva foi somente para o profissional liberal, devendo os hospitais responderem objetivamente.

Para se responder aos argumentos de Rui Stoco, devemos atentar a três aspectos fundamentais. O **primeiro** é que a norma contida no art.14, §4°, do CPDC é norma de exceção não podendo ser interpretada extensivamente. O **segundo** é que o CPDC rompe com a idéia de responsabilidade contratual, prevendo a indenização por equiparação ao consumidor para qualquer vítima do evento danoso, em seu art. 17[32], reafirmando um princípio básico da responsabilidade civil na atualidade consistente em ser o seu objeto a reparação de todos os danos, e não a busca de culpados. O **terceiro** é que, com a adoção da responsabilidade objetiva, os hospitais não responderão sempre que não houver cura, pois, embora não possa alegar a sua não culpa, poderá alegar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, e, ainda, as excludentes genéricas de caso fortuito de força maior. Assim, utilizando-se do exemplo de Rui Stoco, se um ancião, em situação terminal, morre, o hospital não será imediatamente responsabilizado, pois poderá imputar o evento a fato da vítima, a caso fortuito ou força maior (doença incurável), quebrando o nexo de causalidade e elidindo a responsabilidade. A mudança é nítida, pois o consumidor não precisará provar culpa alguma e o hospital não ficará em posição passiva, esperando ser provada a sua culpa, mas deverá e poderá, pois dispõe de meios, elidir a sua responsabilidade quando, em síntese, for interrompido o nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano.

4. Conclusão

Enfim, verifica-se que as normas de defesa do consumidor incidem nas relações entre médicos, hospitais e pacientes modificando profundamente a responsabilidade civil do profissional liberal médico e dos hospitais por danos causados aos pacientes com a adoção da culpa presumida e da responsabilidade objetiva respectivamente.

---

[31] OLIVEIRA, Juarez de (coord).*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.80.

[32] Art.17 - Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

5. Bibliografia

LIVROS

1. ALCÂNTARA. Hermes Rodrigues de. *Responsabilidade civil Médica*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.
2. ACHÁVAL. Alfredo. *Responsabilidade Civil del Médico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
3. BITTAR, Carlos Alberto(org). *Responsabilidade Civil Médica, Ondontológica e Hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
4. BLOISE, Walter. *Responsabilidade Civil e o Dano Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
5. CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. Roma: Dell'Ateneo, 1947.
6. CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade Civil por Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
7. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1995.
8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
9. DIEZ, Fabiana. *Responsabilidade Profisional. Anestesista*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
10. GARCÍA-ALCALÁ, Calixto Diaz Reganõn. *El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica*. Pamplona: Arazandi, 1996.
11. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
12. GROCE, Delton. *Erro médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
13. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
14. LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
15. MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961.
16. MIRIO, Carmen, FERNANDES, Rute. *Erro Médico visto pelos Tribunais*. Bauru: Edipro, 1997.
17. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
18. STOCO, Rui. *A Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARTIGOS/PERIÓDICOS

1. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Proposta de classificação da Responsabilidade: Pura e Impura*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais,v.698, 1993.

2.BAPTISTA, Sílvio Neves. *Obrigações por atos ilícitos. Responsabilidade civil.* Revista Acadêmica. Recife: Universitária (UFPE), 1984, p.153-160.
3. CHAVES, *Responsabilidade Civil do Ato Médico.* Revista Forense. 324, Rio de Janeiro: Forense out/dez, 1993.
4. _____ *Responsabilidade das clínicas, hospitais e médicos.* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: s/ed n.33 junho/ 1990.
5. DALLARI, Sueli Gandolfi. *Responsabilidade pela saúde.* Revista da Faculdade de Direito. São Paulo: Edusp, Jan/Dez, 1988, p.44-53.
6. DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade dos Médicos.* Seleções Jurídicas. ADV-COAD, 1994.
7. DIAS, Jorge Figueredo *et Alli. Responsabilidade médica em Portugal.* Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 289, a. 81, 1985.
8. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria da prova.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Edusp, 1984.
9. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Indícios e presunções como meio de prova.* Revista de Processo.a.X, n.35,1985.
10. MORAES, Francisco Chagas de. *Responsabilidade Civil do Médico.* Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 672, 1991.
11. SILVEIRA, Reynaldo Andrade de. *Responsabilidade civil do médico.* Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 674, 1991.
12. SOUZA, Hersílio. *Da Responsabilidade sem culpa.* Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Imprensa Industrial, a. XXXII, 1925.
13. _____ *Do Damno moral.* Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Imprensa Industrial, a. XXXII, 1925.
14. STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil dos Hospitais, Sanatórios, Clínicas, Casas de Saúde e Similares no Código de Defesa do Consumidor.* Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 712, 1995.

NAVEGANDO NA INTERNET "SEM LENÇO E SEM DOCUMENTO"?

Gabriela Tavares Miranda Maciel (Aluna do 3° período da graduação em Direito pela UFPE; monitora de Introdução ao Estudo do Direito II)
Raíssa Maria Barbosa Maggi (Aluna do 3° período em Direito pela UFPE)

Sumário: 1. Considerações gerais; 2. A Revolução Telemática e o Direito; 3. Questões polêmicas na juscibernética; 3.1. Pirataria na *Web*; 3.2. *Spam*; 3.3. *Cookies* e segurança jurídica; 3.4. *Domain name* x marca; 4. A reparação por dano causado no ciberespaço; 5. Conclusão: situação hodierna e perspectivas; 6. Bibliografia.

1. Considerações gerais

Não se pode ignorar o fenômeno da *Internet*, nem fechar os olhos para suas conseqüências favoráveis e prejudiciais. A Internet é uma verdadeira praça pública, uma *global village*, onde as informações correm livremente e todos têm direito à palavra independentemente de cor, raça, nacionalidade e classe social.

O número de pessoas que acessam à rede cresce em proporção exponencial. Só no Brasil os internautas atingem o número de oito milhões. A causa dessa grande quantidade de adeptos, deve-se a alguns aspectos da Revolução Informática e do desenvolvimento das telecomunicações, como: a universalidade da transmissão, a generalização da linguagem e da tecnologia, a notável baixa dos custos e preços nesses serviços.

Deve-se refletir a respeito da tradicional idéia de fronteiras entre países. Para os que navegam na *Web* tempo e espaço são conceitos superados. No *cyberspace*, o átomo perde sua posição para o *bit*[1] que, a princípio, compõe todas as informações.

[1] *Bit* é a unidade de medida utilizada para armazenamento e memória do computador.

Entretanto, os juristas parecem não ter despertado ainda para a expressiva Revolução Telemática[2]. É inacreditável que, apesar da enorme influência nas relações intersubjetivas, os fatos diante da *www*[3] continuem carentes de regulamentações específicas funcionais, faltando inclusive normas que protejam as vítimas de danos causados por piratas, *hackers* e *spammers*.

2. A Revolução Telemática e o Direito

Ao termo **informática**, pode-se atribuir diversos significados, cabendo destacar o conceito desse vocábulo como: ciência do uso da informação. Enquanto a informática representa o aspecto estático da informação, a telemática representa seu aspecto dinâmico.

A inexistência de limites geográficos reais para a circulação de informações digitais implica novos problemas para o mundo jurídico. A relação do Direito com o computador revelou-se problemática devido à falta de cultura jurídica dos técnicos e de uma cultura técnica dos juristas.[4] Assim, o Direito, como todos os conhecimentos científicos, vem sofrendo um extraordinário impacto da evolução cibernética.

A maior causa da controvérsia existente sobre a regulamentação na *web* é devido à discussão sobre quem teria a competência para aplicar leis.

Há, no mundo desenvolvido, duas correntes contrárias a respeito da regulamentação do ciberespaço. A primeira entende este espaço como um lugar à parte, sendo necessária uma competência própria – seria o Direito Informático (conjunto de normas, princípios e instruções que regulam as relações jurídicas emergentes da atividade informática[5]). O conteúdo desse ramo do Direito é variadíssimo, é um direito interdisci-

[2] Interação da tecnologia da informática com a das telecomunicações.
[3] *World Wide Web* – denominação dada ao que se chama de Internet.
[4] PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*, p. 14.
[5] REIS, Maria Helena Junqueira. *Computer crimes*. p.13-14.

plinário.[6] A segunda corrente acredita que, em termos legais, não houve nada de novo no âmbito da *www*, defendendo a idéia de que a legislação existente pode ser aplicada a fatos ocorridos na Internet.

A Internet chegou ao Brasil em 1988, sendo, *a priori*, restrita às universidades e centros de pesquisa. Com a portaria nº 295 de 20/07/1995, foi permitido às empresas (provedores de acesso) comercializar o acesso à rede mundial de computadores.[7] Surgiram, então, situações que não estavam previstas por lei e que atingiram diversos ramos do Direito.

Opostamente ao que aconteceu nos EUA, União Européia e países como o Canadá e Austrália, somente agora, no Brasil, iniciaram-se os estudos e debates, bem como elaborações legislativas acerca da interferência do Direito na *web*.

Vale salientar que os usuários temem que as leis restrinjam a ampla liberdade na rede, sugerindo-se ao Estado a regulamentação de leis básicas com o objetivo de punir os que agem com excesso e irresponsabilidade.[8]

3. Questões polêmicas na Juscibernética

A complexidade das relações humanas atinge o ápice diante da *World Wide Web*, atualmente o maior meio de propagação de informações utilizado por milhares de pessoas das mais diversas classes, culturas e nacionalidades. Essa disseminação de informações jamais vista repercute também no campo jurídico, em diversas situações de diferentes ramos do direito, por exemplo: o desrespeito ao direito autoral, o recebimento de mensagens indesejadas por e-mail – *spam*, a falta de segurança jurídica, a relação de marca com o nome de domínio e a violação da privacidade.

3.1. Pirataria na web

A propriedade intelectual, de maneira ampla, e o direito autoral, em particular, sofrem grandes ameaças em face da evolução dos meios de comunicação. A pirataria assume proporções alarmantes. Há uma exploração lucrativa da reprodução de obras sem a licença do titular do

[6] *Ibidem.* p.14.

[7] ALMEIDA, André Augusto da Costa. *A Internet e o Direito.* Revista Jurídica Consulex. p.52.

[8] *Ibidem,* p.53.

direito, fugindo ao controle legal. O direito autoral é violado por indivíduos que, protegidos pela impunidade, não pagam impostos ao Estado nem assumem as responsabilidades e os riscos atribuídos ao autor da obra. A Internet transforma-se numa grande copiadora sem limites e sem moral.

Anteriormente, com a Lei nº 496 de 01/08/1898, o registro da criação intelectual era ato obrigatório, constitutivo de direito autoral. A proteção legal só se concretizava com tal registro, não sendo suficiente à criação da obra. Com o advento do Código Civil, em seu art. 673, o registro da obra tornou-se facultativo, sendo, então, tal formalidade mera declaração da autoria da obra.

No que diz respeito ao direito autoral em face da *web*, vale ressaltar o *hardware* e o *software*. Em relação ao primeiro, não há muitas dificuldades e controvérsias na doutrina quanto a sua proteção, pois se entende que a legislação o protege através das normas referentes a patentes. A discussão surge quando se tem em vista a proteção de *softwares* – programas de computador, vez que alguns o compreendem como bem imaterial com substância especial, particular.

A respeito da exploração econômica, a Lei nº 9609 de 19/02/1998 (chamada **Lei do *Software***) trouxe algumas inovações, necessitando, todavia, de complementações.

A fim de combater a pirataria, têm-se tentado e sugerido várias alternativas, como a criação de códigos numéricos uniformes internacionalmente, de forma a identificar as obras intelectuais dispostas na rede mundial de computadores e permitir a sua correta remuneração. Uma segunda saída seria limitar o acesso a certas facções da página virtual, através de um sistema de pagamento. Mas como cobrar e sob que critérios? E após o pagamento seria permitida a cópia para outro lugar? Uma outra hipótese de resguardar os direitos autorais seria a suposição da obra ser criptografada.

Importante também é analisar que no direito autoral distingue-se um direito moral e um direito pecuniário. O primeiro corresponderia à personalidade do autor e o respeito à integridade de sua obra. O autor personifica sua criação, transferindo para ela sua própria identidade. O segundo refere-se à exploração econômica da produção intelectual. Se houver, em qualquer desses aspectos, a lesão ao direito autoral, tem-se como efeito o dever de indenizar. Portanto, ocorrendo dano a um bem jurídico, configura-se a **responsabilidade civil**.

Por último, é importante observar a necessidade de se adaptar os conceitos de reprodução e distribuição de trabalhos de um autor à realidade da transmissão eletrônica, como também há situações de uso de obras intelectuais em que não se resguarda o direito autoral.

3.2. Spam

"Eu quero, eu mando e não pago. Você não quer, mas terá que receber e pagar." (primeira regra do *spammer*)[9]

O *spam* caracteriza-se pela correspondência comercial eletrônica indesejada. Recebem-se tais mensagens eletrônicas nas seguintes condições: o usuário – receptor da mensagem – é quem pagará os custos da propaganda recebida. Afirma-se isso porque para receber dita correspondência o internauta paga a conta telefônica ao provedor de acesso e a conta da companhia elétrica. Além de todos esses gastos, o usuário ainda tem o trabalho de abrir a mensagem e apagar o arquivo não desejado e, ainda, pode ser prejudicado – sofrer dano – à medida que pode deixar de receber suas mensagens urgentes diante do espaço ocupado pelas mensagens enviadas pelo *spammer*. Registre-se: o prejuízo em armazenamento de mensagens, em largura de banda e em tempo de quem as recebe serão incalculáveis.

O *spammer* é o vendedor que liga a cobrar. **Com o *spam* tempo e dinheiro são furtados**. Não podem, portanto, os *spammers* ficarem impunes. No entanto, no Brasil, não há legislação sobre o assunto, havendo, apenas, projeto de lei (projeto de lei nº 1589/99). Já nos EUA o indivíduo que proceder como *"spammer"* poderá ser condenado civil e criminalmente. O remetente pode chegar a pagar multa e responder processo judicial. E nos países da União Européia, são obrigatórios os registros especiais para esse tipo de correspondência.

Existe, contudo, o Movimento Brasileiro de Combate ao *spam* (www.antispam.org.br) o qual recebe denúncias e reclamações. Esse serviço registra e analisa caso a caso, podendo até bloquear a empresa que abusa do envio de mensagens. Outro serviço dessa mesma espécie é o *Peppers and Rogers Group* (www.1to1center.com.br) que tem como objetivo educar os maiores praticantes do *spam* – as empresas que enviam anúncios de produtos sem prévia autorização. Com oportunidade, ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, inciso III, já veda o envio ou entrega, sem pedido prévio do consumidor, de qualquer produto, sendo este considerado, conforme o art. 3º, §1º, deste Código, como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Portanto, pode-se concluir como proibida a prática do *spam* já que esta se caracteriza como o envio não solicitado de mensagens (bem imaterial) via *internet*.

---

[9] SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Spam, um furto digital.* http://advogado.com/cd/cd-spam.htm. 29 de maio de 2000.

3.3. Cookies e segurança jurídica

3.3.1. *Cookie* é um arquivo texto, gravado no disco rígido do internauta, utilizado por sua memória RAM enquanto navega na Internet, para gravar informações sobre o internauta, acerca de sua futura visita ao *site*.

A prática do *cookie* é um ato ilícito sendo tal ilicitude prevista no art. 43, §2° do Código de Defesa do Consumidor. Talvez, o *cookie* pudesse ser conveniente, no entanto, o que ocorre na maioria dos casos é que o mencionado arquivo de texto é usado para acompanhar os movimentos do usuário na *web*. E apesar da proliferação dos *cookies* nenhuma medida foi tomada contra eles.

3.3.2. Referente à segurança no ciberespaço, só no Brasil, aproximadamente, um terço das empresas já foram atacadas por *hackers*. E o número de ataques têm aumentado cada vez mais. Os efeitos decorrentes desse fato ocasionam a procura pela responsabilidade, tanto civil quanto criminal, do ato danoso.

Um exemplo foi uma das ações dos *hackers*, em fevereiro, que paralisou por horas os sites *Yahoo!* e *Amazón*, levando o Conselho da Europa a elaborar a primeira convenção internacional sobre crime cibernético. Dessa forma, verifica-se que a falta de segurança requer normas jurídicas que tratem especificadamente do assunto, para não permanecer a grande impunidade daqueles que invadem sistemas de diversas instituições, causando dano.

3.4. Domain name x marca

Chama-se de ***domain name*** o nome alfanumérico designado a um endereço IP (Internet Protocol) para facilitar a busca na *web*. É o "lugar" onde as coisas podem ser desenvolvidas na Internet.

Por sua vez, marca é um sinal visualmente perceptível aposto sobre um produto ou que acompanha o produto ou o serviço, e que se destina a diferenciá-los de outros similares.

A legislação brasileira trata o *domain name* e a marca como conceitos distintos, observados administrativamente de forma diversa e por órgãos técnicos próprios. Porém, o fato de serem institutos diferentes não impede que o *domain name* seja uma espécie de corolário da marca, até porque ao analisar a jurisprudência – nacional e estrangeira – constata-se que na maioria dos casos envolvendo disputa sobre um *domain name* é favorecido o detentor da marca. A FAPESP – instituição nacional

responsável pela concessão dos nomes de domínio – adota como critério a concessão para o primeiro requerente, e havendo litígio, suspende o *domain name* até decisão judicial.

Caso recente aconteceu com a Embratel acerca da pirataria de nomes na Internet. Foi a primeira vez que uma empresa nacional conseguiu tirar um domínio que leva sua própria marca das mãos de um pirata digital. A Embratel recorreu a Ompi (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) que delibera sobre disputas por registros de *domínio.com*, para garantir o direito de uso de seu nome na Internet.

Situação idêntica ocorreu entre a Rede Globo e o fotógrafo Marcel Leal – oferecedor para aluguel e venda de domínios como *xuxapark.com, jornalhoje.com*. A emissora conseguiu recuperar os domínios *www.jornalnacional.com* e *www.globoesporte.com.br*, tendo o pirata sido condenado a pagar uma multa na Justiça. Há também outros endereços que não pertencem aos donos da marca, por exemplo, *www.7eleven.com.br, www.aytorsenna.com.br, www.coca-cola.com.br, www.telefonica.com.br*, entre outras marcas.

O que se verifica é que a disputa pelos domínios de Internet aumenta à medida que a rede se consolida como palco de negócios bilionários. A estimativa é que a cada cinco segundos seja feito um registro de *domínio.com*. Os *domínios.com.br* já são em 250.000 e crescem por média de 1.200 por dia.

No entanto, a vitória alcançada pela Embratel e Rede Globo abre um precedente para que outras empresas nacionais que tiverem suas marcas pirateadas na Internet recuperem seus direitos.

4. A reparação por dano causado no *cyberspace*

A responsabilidade civil pressupõe uma atitude danosa, uma ofensa a um bem jurídico. A lesão a qualquer direito tem como conseqüência o dever de indenizar. O princípio da reparação do dano, sobre o qual a responsabilidade civil está constituída advém do art. 159 do Código Civil brasileiro. A Constituição Federal no art. 5, incisos V e X, prescreve a indenização por dano moral. E o Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos Autorais também o fazem de forma específica.

O dano causado pode ser patrimonial ou moral. Quanto ao dano patrimonial não há grandes problemas para, comprovada a ofensa a um bem jurídico, definir o valor da indenização. Dificuldades há em relação à quantificação do dano moral devido à subjetividade da questão e à falta

de critérios exatos, visto que é impossível avaliar os sentimentos que são próprios de cada indivíduo, variando de pessoa a pessoa.

É importante verificar que com a indenização não se está remunerando a dor, atribuindo-lhe um preço ou retornando as coisas ao estado anterior, pretende-se aplacar o sofrimento da vítima e evitar que o causador do dano repita a conduta ofensiva. Assim, é preciso que os juízes decidam com moderação, razoabilidade, devendo observar as condições das partes, a gravidade da lesão e sua repercussão e as circunstâncias fáticas.

Se o causador da lesão não tiver bens para reparar o dano, pode-se aplicar sanção não pecuniária, como obrigações de fazer ou de não fazer e a restrição de certos direitos.

No campo da *www*, tais considerações a respeito da responsabilidade civil assumiram proporções peculiares. No que tange aos direitos autorais, tem-se que a prática do plágio (apresentação de trabalho intelectual alheio como de sua autoria) e da contrafação (cópia da obra de alguém ocasionando prejuízo material ao autor) causam dano patrimonial e moral – no caso do plágio – e apenas dano moral – no caso da contrafação, acarretando responsabilidade civil, isto é, ressarcimento ao dano causado.

Cabe também a questão se o fornecedor de acesso seria responsável pelo conteúdo do que se tem em rede e pela cópia de material protegido pelos usuários. Alguns juristas entendem que, sendo o provedor mero intermediário técnico, e não editor, não seria, a princípio, responsável.[10] Entretanto, em caso de conhecimento, por parte do fornecedor de acesso, do teor da mensagem, a doutrina entende que haveria responsabilidade civil.

"É o trinômio poder, saber, inércia que parece se aproximar de uma solução mais coerente com o complexo do universo virtual da Internet."[11] Assim, faz-se necessário, para caracterizar a responsabilidade civil do provedor, que este estando ciente e tendo a possibilidade de agir fique inerte.

Um outro aspecto a ser analisado refere-se à invasão de privacidade. A insegurança em relação aos novos meios de transmissão de informação não pode fomentar a violação de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional. Arquivos privados e dados cadastrais pertencentes a particulares não podem ser violados, que não por ordem judicial escrita e fundamentada ou permissão do particular.

[10] OLIVEIRA, Maurício L. de. *Internet: a responsabilidade civil do fornecedor de acesso.* Revista Jurídica Consulex. p.53.
[11] *Ibidem.* p.53.

Deve-se analisar ainda que sendo "a grande rede" uma abstração e uma modalidade de comunicação global o que acontece diante da *www*, repercute em todo do planeta. Logo, os atos e fatos jurídicos apresentam uma certa característica de transnacionalidade, sendo a reparação plena do ato ilícito impossível em determinados casos em virtude da absoluta pulverização do direito. É preciso pensar transnacionalmente.

A título ilustrativo, é oportuno citar o caso da Justiça do Rio Grande do Norte que obrigou um provedor da Internet a revelar a identidade de um de seus clientes, acusado de ofender o advogado Felipe Cortes durante um bate-papo em um *chat* de conversas. A decisão da juíza Ada Maria da Cunha Galvão foi inédita, servindo de base para outras situações em que se precise da quebra de sigilos eletrônicos. Pela decisão da juíza, se o provedor se recusar a revelar a identidade do usuário, estará sujeito ao pagamento de uma multa diária de um salário mínimo.

Quanto à prática do *spam*, vê-se que, mesmo a inexistência de legislação específica no Brasil, o dano causado, desde que demonstrado importará na responsabilidade do *spammer*. Um outro assunto diz respeito à **responsabilidade** do fornecedor de *software*, pois sabe que praticamente todos (se não absolutamente todos) os programas de computador, diante de imprevistos, apresentam erros os quais podem causar prejuízo ao usuário.

As leis brasileiras, pretendendo o equilíbrio nas relações de consumo, tendem a proteger o consumidor. Independentemente de culpa, os fornecedores são responsáveis por seus produtos e serviços (há exceções previstas em lei quando ocorre caso fortuito ou de força maior e outras excludentes). Em se tratando do fornecimento de *softwares*, vale observar que a lei brasileira, ao obrigar a prestação de serviços para a manutenção do programa em condições de funcionamento adequadas, está reconhecendo que o *software* apresenta um estado permanente de erros.

Portanto, como são inevitáveis os erros, e a lei reconhece isto, não pode haver responsabilidade ilimitada, entendendo alguns juristas que não havia a responsabilidade do fornecedor de *software* quando os erros eram imprevisíveis.

5. Conclusão: situação hodierna e perspectivas

O Brasil não está imune a danos causados no ciberespaço, e apesar de ser possível aplicar a legislação existente, por meio de analogia na maioria das vezes, a falta de leis especiais aumenta a incidência de conflitos devido às controvérsias que ainda cercam a matéria. É tempo de transformar em leis os diversos projetos existentes – como o projeto de

Lei nº1589/99 que trata do *spam*, o projeto de Lei nº 22 do Senado que dispõe sobre os documentos eletrônicos e o projeto de Lei nº 148 que reza sobre a assinatura digital e fatura eletrônica.

Ao analisar o direito alienígena, vê-se que vários países já normatizaram a matéria como a Argentina, Canadá, Colômbia, EUA e União Européia. No entanto, há situações as quais tornam mais complexa a definição de qual norma deve ser aplicada por envolver ordenamentos jurídicos estatais diversos. É preciso que os tratados e convenções se façam presentes, pois se examina matéria de interesse universal. Faz-se necessária uma "legislação supranacional" em face das características próprias das relações na rede onde não se visualizam as fronteiras geográficas.

A morosidade dos procedimentos burocráticos para que seja adotada uma convenção internacional se perde diante da alta velocidade de que são disseminadas as práticas dos crimes cibernéticos.

Com a devida normatização dos atos e fatos juridicamente relevantes no que se refere à Internet, haverá uma maior segurança jurídica, atraindo mais investimentos ao setor. E para os juristas, a regulamentação específica traria mais precisão em aplicar a lei, uma vez que não seria necessário recorrer à analogia e princípios gerais do direito. Urge-se, dessa maneira, a iniciativa dos órgãos competentes para reger as operações via *web*, evitando-se que os verdadeiros responsáveis por danos continuem, em sua maioria, impunes.

Navegar na Internet? Sim, mas "com lenço e com documento".

6. Bibliografia

LIVROS

1. PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software.* Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Editora Atlas, v. II.1997.
2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.
3. REIS, Maria Helena Junqueira. *Computer crimes.* Belo Horizonte: Livraria del Rei Editora, 1997.
4. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Responsabilidade Civil.* 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. 4. 1993.

ARTIGOS

1. ALMEIDA, André Augusto da Costa. *A Internet e o direito.* Revista Jurídica Consulex. São Paulo: v. I, a. II, n.16, n.24, dez/ 1998, p. 52-53.

2. OLIVEIRA, Maurício L. de. *Internet: a responsabilidade civil do fornecedor de acesso.* Revista Jurídica Consulex. São Paulo: v. I, a. II, n. 19, jul/1998, p. 53.
3. ROURE, Denise de. *Softwareman, o autor do futuro.* Revista Jurídica Consulex. São Paulo: v. I, a. II, n. 16, abr/1998, p.14-15.
4. SIMONETTI, Eliana Gianella. *Tiro na máfia.com.* Revista Veja. São Paulo: n.21, a.33, 24 de maio de 2000, p.131.
5. VILLELA, Ricardo. *Os endereços já tinham dono.* Revista Veja. São Paulo: n.23, a.33, 7 de junho de 2000, p.35.

INTERNET

1. CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Limites da responsabilidade do fornecedor.* http://www.apriori.com.br/artigos/385.htm. 29 de maio de 2000.
2. LUNA FILHO, Eury Pereira. *Internet no Brasil e o direito no ciberespaço.* http://www.apriori.com.br/artigos/art.-258.htm. 29 de maio de 2000.
3. SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Spam, um furto digital.* http://advogado.com/cd/cd-spam.htm. 29 de maio de 2000.
4. SOUZA, Marcos Antônio Cardoso de. *A legislação e a Internet.* http://www.faroljurídico.com.br/art-legisinternet.htm. 29 de maio de 2000.

A PROTEÇÃO À MINORIA E O DIREITO DE RECESSO NA LEI N.º 9.457/97[1]

Maria Carolina Scheidgger Neves (Aluna do 10ºPeríodo de Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Maioria, minoria e poder de controle; 3. A proteção à minoria; 4. Direito de recesso; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Até maio de 1997, as sociedades anônimas eram disciplinadas pela Lei n.º 6.404 de 15.12.1976. No entanto, naquele mês, entrou em vigor a Lei n.º 9.457, a qual traz nova redação para alguns dispositivos do texto legal anterior.

A Lei n.º 6.404/76, sem dúvida alguma, configurou-se como um grande avanço em relação aos textos anteriores. Porém, em sua própria "Exposição de Motivos", já se pretendia como um experimento, o qual deveria ser modernizado de acordo com as necessidades práticas.

E eis a função da Lei n.º 9.457/97, modernizar (ao menos tentar) a técnica empresarial.

E dentre os vários temas que surgem ao analisarmos o instituto da sociedade anônima, um dos mais interessantes e polêmicos é aquele que se refere à questão das minorias.

2. Maioria, minoria e poder de controle

É imprescindível que estabeleçamos o verdadeiro e exato conceito de "maioria" e "minoria" acionárias, na companhia moderna. E, por via de conseqüência, devemos conceituar o que se entende por "controle".

De início, é mister destacar que a expressão "minoria" não se refere a uma noção meramente quantitativa, mas a uma relação quantitativa

[1] Este artigo constitui, sem alterações, o texto da tese submetida a julgamento no Congresso Brasileiro de Direito Privado — Civil, Comercial e Trabalhista realizado no Centro de Convenções — Olinda/PE, entre os dias 01 e 04 de Outubro de 1997, recebendo atribuição da nota 10,00 (dez).

de poder que não corresponde ao número de pessoas, nem de ações, necessariamente[2]. Mesmo porque muitas vezes a chamada minoria constitui a maioria em termos quantitativos.

Dessa forma, maioria é o acionista (ou grupo de acionistas) controlador, aquele que detém o poder, dirigindo a sociedade, e minoria são aqueles que por várias razões estão afastados do poder decisório.

Na França foi desenvolvida teoria interessantíssima no sentido de considerar como minoria os acionistas em função do seu comportamento perante a sociedade, isto é, se acompanham sua vida, se se interessam por ela.

Rubens Requião[3] faz importante distinção entre os diversos tipos de acionistas, a qual propicia uma melhor compreensão a respeito da caracterização da minoria. Ele divide os acionistas em rendeiros, especuladores e empresários. Acionista-rendeiro é aquele que aplica em ações apenas para auferir dividendos, como fonte de renda pessoal, não se preocupando com a empresa. Acionista-especulador é aquele que visa apenas ao jogo especulativo das altas e das baixas nas Bolsas de Valores. Acionista-empresário, por sua vez, é aquele que de fato deseja obter o controle da sociedade anônima, para gerir os seus negócios ou influir na sua gestão social.

Assim, a minoria é geralmente formada pelos acionistas rendeiros e pelos especuladores, pois são estes que, dada a forte dispersão das ações das sociedades anônimas, principalmente as grandes, não detêm o poder de controle.

Ao se falar em maioria e minoria, precisamos ter bem aclarada a noção de poder de controle, sobre qual giram aqueles dois conceitos.

A definição do poder de controle é sempre feita em função da Assembléia Geral, órgão supremo da sociedade anônima. Poder de controle é a possibilidade de um sócio ou um grupo de sócios, que detenham a maioria de votos, imporem sua vontade na Assembléia Geral. Ou, como ensina Fábio Konder Comparato[4], poder de controle "é a titularidade de direitos de sócio, asseguradora, de modo permanente, da maioria votante

---

[2] BULGARELLI, Waldirio. *Apud* RIBEIRO, Vera de Paula Noel, *A Minoria nas S.A*, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p.16. Rio de jan: Forense.

[3] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.2, 19 ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 110.

[4] COMPARATO, Fábio Konder. "Acionista Controlador". *In:* Sociedade Anônima - I Ciclo de Conferências para Magistrados. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. São Paulo: IBCB, 1993, p. 41.

nas Assembléias Gerais ou preponderância nas deliberações sociais e do poder de eleger a maioria dos administradores".

3. A proteção à minoria

Uma vez caracterizado maioria e minoria acionária, adentremos no tema centro do presente trabalho, a questão da proteção às minorias.

A proteção da minoria não se dá por si mesma, mas pela própria sociedade anônima. Ou seja, o legislador não normatizou essas questões apenas para proteger aqueles acionistas que não participam ativamente da vida social, seu intuito foi proteger a própria instituição da sociedade anônima[5].

A sociedade anônima tem uma função. Como diz José Alexandre Tavares Guerreiro[6], ela "não se contempla apenas estaticamente, como um *modo* de organização (e separação) patrimonial, mas como um *instrumento* de realização da atividade econômica dirigida para o mercado. Trata-se, em última análise, de uma técnica jurídica de organização da empresa".

Portanto, a proteção da minoria acionária é imprescindível para assegurar o equilíbrio funcional da empresa. Funciona como uma sistema de "freios e contrapesos", concedendo à minoria meios legais para a sua defesa, na medida dos abusos porventura efetuados pela maioria. "Não é uma forma de limite ao poder controlador, mas uma forma de poder concorrente, capaz de controlá-lo para o bom funcionamento da sociedade"[7].

É justamente para evitar os abusos do controle que as legislações modernas vêm consagrando normas que se entendem destinadas diretamente à proteção das minorias, "de maneira direta, ou seja, concedendo a essas minorias certas faculdades de direitos ou, de maneira indireta, disciplinando e limitando a ação dos controladores em muitas matérias, e ainda responsabilizando-os diretamente por certas manobras"[8].

---

[5] Este caráter da sociedade anônima como uma instituição é, aliás, predominante em todo o texto da Lei n.º 6.404.

[6] GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito das Minorias na Sociedade Anônima.* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 63, jul./set., 1986, p.107.

[7] SCHMIDT, Dominique. *Apud* RIBEIRO, Vera de Paula Noel. Op. cit., p. 54.

[8] BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. 8. ed., São Paulo: Atlas 1996, p. 228.

Destarte, qualquer mercado econômico que se pretenda desenvolvido, deve apresentar esta forma de proteção até mesmo como forma de atrair os acionistas rendeiros, cuja existência caracteriza um sistema maduro e estável.

A Lei 6.404/76 não apenas definiu e caracterizou o acionista controlador (art. 116) como destacou, atos por ele praticados que constituem modalidades de abuso de poder, estatuindo que "responde pelos danos causados" quando realiza referidos atos (art. 117). E o parágrafo único do artigo 116, estabelece o princípio a que se deve ater o acionista controlador no desenvolver de suas funções.

A Lei 9.457/97 não alterou estes dispositivos, apenas acrescentou ao elenco das formas de abuso do poder de controle, estabelecidas no artigo 117, uma oitava hipótese que é aquela de o controlador "subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170 (subscrição pública ou particular depois de realizados três quartos do capital social), com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia."

A minoria é protegida tanto por normas destinadas especificamente a ela, como também pelos dispositivos destinados à proteção dos direitos individuais (essenciais) dos acionistas. Dessa forma achamos por bem reproduzir a distinção feita por Vera de Paula Noel Ribeiro[9] entre os direitos essenciais e instrumentais dos acionistas minoritários.

São direitos essenciais aqueles concedidos a todos os sócios independentemente de sua posição no quadro acionário, são inderrogáveis; e instrumentais, aqueles próprios da minoria, concedidos pela lei para assegurar a realização dos direitos essenciais ou defendê-los contra as resoluções da maioria.

Os direitos essenciais estão elencados no artigo 109 da Lei 6.404/76, a saber: direito de participar dos lucros sociais; direito de participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; direito de fiscalizar, na forma prevista na lei, a gestão dos negócios sociais; direito de preferência na subscrição de ações, e direito de retirar-se da sociedade nos casos previstos em lei.

Estes direitos são ditos inderrogáveis porque ainda que prevaleça o princípio da maioria na sociedade anônima, a vontade desta não é soberana, no sentido de que não pode modificar as regras que protegem determinados direitos dos acionistas, em geral e dos minoritários, em especial.

[9] RIBEIRO, Vera de Paula Noel. Op. cit., p. 33.

Quanto aos direitos instrumentais, aqueles que dizem respeito especificamente ao acionista minoritário, diretamente a lei confere certos direitos aos acionistas, singularmente ou em grupo, ou ainda quando sejam titulares de uma certa porcentagem do capital social com direito a voto, ou do capital indistintamente.

A Lei n.º 6.404/76 traz inúmeros dispositivos destinados à proteção das minorias. Estão eles nos artigos 105, 123, 141, 157, 159, 161 163, 206, 246 e 277. Destes dispositivos, o único alterado pela Lei n.º 9.457/97 foi o do art. 123.

O parágrafo único do artigo 123 estipula alguns casos especiais em que pode ser convocada a Assembléia Geral. Um dêstes casos está na alínea "b", a qual estabelece que essa convocação pode ser feita por qualquer acionista quando os administradores a retardarem por mais de 60 dias. Outra hipótese é a da alínea "c", a qual tem nova redação dada pela Lei n.º 9.457, disciplinando que a convocação também é possível se feita por acionistas que representem 5%, no mínimo, do capital social, quando os administradores não atenderem, no prazo de 8 dias, a pedido de convocação que apresentarem. Este dispositivo foi alterado porque o texto anterior fazia a exigência de esses 5% serem referentes ao capital votante, ou seja, só os que tivessem direito a voto é que podiam fazer tal convocação. Neste mesmo artigo, ainda no parágrafo único, a Lei n.º 9.457 acrescentou uma outra alínea, a "d", estabelecendo que a convocação da Assembléia Geral também pode ser feita "por acionistas que representem 5%, no mínimo do capital votante, ou 5%, no mínimo, dos acionistas sem direito a voto, quando os administradores não atenderem, no prazo de 8 dias, a pedido de convocação de assembléia para instalação do Conselho Fiscal".

4. Direito de recesso

Ao direito essencial que tem o acionista de retirar-se da sociedade, dá-se o nome de direito de recesso (art. 109, V da Lei n.º 6.404/76). Este direito essencial é sempre colocado em posição de destaque quando se trata da análise da problemática da minoria porque não obstante os direitos assegurados em lei, poucos são efetivamente exercidos pelos minoritários. Assim, a única forma de defesa que lhes resta é retirar-se da sociedade.

Cesare Vivante considera o recesso "*come um rimedio introdutto per ragioni di ordine pubblico a difesa degli azionisti*"[10].

[10] VIVANTE, Cesare *Apud* RIBEIRO, Vera de Paula Noel. Op. cit. p. 16.

O direito de recesso é a faculdade concedida por lei ao acionista que discordar de certas resoluções da companhia, para que, nesses casos, retire-se da sociedade, recebendo o equivalente ao valor real de suas ações (reembolso).

Efetivamente, "consiste o recesso no poder jurídico de extinguir por ato unilateral, nos casos previstos em lei, as relações de sócio que o vinculam à sociedade, passando à posição de credor da mesma, pelo valor de reembolso de suas ações"[11].

Conforme ensinamento de Modesto Carvalhosa, o direito de recesso "constitui uma resilição unilateral ou denúncia. É, portanto, reminiscência da concepção contratualista da sociedade"[12], não obstante todo o caráter institucionalista que prevalece na Lei n.º 6.404/76.

Essa faculdade do dissidente nasce da divergência em relação à aprovação, em assembléia geral de algumas matérias expressamente previstas. Ele poderá exercer tal direito naqueles casos em que, estando certas matérias em votação na assembléia geral, sentir-se prejudicado pela posição adotada. "O acionista, portanto, retira-se não da sociedade a cuja estrutura jurídica aderiu. Afasta-se isto sim, por antecipação, da companhia modificada"[13].

Trata-se de um "contrapeso" à regra geral da decisão majoritária, no tocante à modificação das bases essenciais da companhia. Pois, em contrapartida ao princípio majoritário que norteia as decisões da companhia, é concedido ao acionista dissidente, a faculdade de retirar-se.

É evidente que o acionista só poderá exercer tal faculdade dentro dos casos previstos em lei e no estatuto, insuscetível de ser invocado por analogia. É claro também, que ele não está obrigado a utilizá-lo. Isto quer dizer que ele poderá optar por simplesmente encontrar comprador para as respectivas ações, e ele certamente o fará, toda vez que o valor de mercado das suas ações estiver maior que o valor destas em relação ao patrimônio líquido (valor real). Quando, contudo, o valor alcançável por essa forma de negociação não for compensador em relação ao valor efetivo das ações, e se ocorrer alguns dos casos enumerados na lei que permitam a sua retirada, será então oportuno o seu exercício.

---

[11] SANTOS, Joaquim Antonio de V. Penalva. "Incorporação, Fusão e Cisão - Protocolo - Ato de Acesso". Sociedade Anônima - I Ciclo de Conferências para Magistrados. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. São Paulo: IBCB, 1993, p. 121.

[12] CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. v.4, São Paulo: Saraiva, 1978, p.307.

[13] CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 308.

A Lei n.º 6.404/76 dispunha, em seu artigo 137, como hipóteses suscetíveis de exercício do direito de recesso, a aprovação das matérias previstas nos incisos I, II, IV, V, VI,VII e VIII do artigo 136, a saber: "criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; alteração do dividendo obrigatório; mudança do objeto da companhia; incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão; dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação; e participação em grupo de sociedades", respectivamente.

No entanto, em 1989 entrou em vigor a Lei n.º 7.958/89, suprimindo dos acionistas dissidentes a faculdade de, em caso de incorporação da empresa, sua cisão, fusão ou participação em grupo de sociedades, exercerem o direito de retirada.

Este dispositivo normativo gerou muita polêmica. Alguns doutrinadores criticavam-no dizendo que teria restringido o direito de recesso em casos de suma importância pelas modificações que introduzem na companhia, as quais deveriam estar sujeitas à retirada do acionista. Em posição contrária manifestou-se Bulgarelli[14]: "a reforma introduzida no direito de recesso pela Lei n.º 7.958/89, ajusta-se à hipótese prevista pela Exposição de Motivos da Lei n.º 6.404/76, e tanto assim é porque: 1) refere-se a institutos novos, como o do ordenamento grupal e o da cisão; 2) acena para a melhor utilização desses institutos, mediante a exclusão da hipótese do direito de recesso nesses casos em que poderia ser impeditivo da sua efetivação; e 3) comprova que o modelo legal está a necessitar de alguns ajustes, conforme, aliás, uma representativa parte da doutrina vem preconizando".

Alegavam ainda, os favoráveis à Lei n.º 7.958/89, que a restrição imposta era imprescindível uma vez que reembolsar todos os dissidentes da decisão que resolveu pela fusão, incorporação, cisão ou participação em grupo de sociedade, poderia ser de tal forma oneroso que impossibilitasse a própria modificação desejada.

Juntamente com as alterações impostas ao art. 137 da Lei n.º 6.404/76, a Lei n.º 7.958/89, alterou também, de forma implícita, outros dispositivos do texto anterior, como o inciso IV do art. 225, o art. 230 e o parágrafo único do art. 270. Isso porque tais dispositivos são meros *acessórios* do art. 137.

[14] BULGARELLI, Waldirio. Op. cit., p. 228.

Não obstante a Lei n.º 7.958/89, nova alteração foi imposta pela Lei n.º 9.457/97, ao disposto no art. 137, detalhando o instituto do direito de recesso.

De início, dispõe que será suscetível de exercício do direito de recesso a aprovação das matérias citadas nos incisos I a VI do art. 136, o qual também passa a ter nova redação.

Restringe o exercício do direito de recesso no caso de aprovação das matérias dos incisos I e II do art. 136 (criação de ações preferenciais ou aumento de classes existentes, sem guardar proporção com as demais espécies e classes, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; e a alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida), aos acionistas titulares de ações de espécies ou classes prejudicadas.

Este dispositivo está de acordo com o pretendido pela doutrina. Pois como constava no texto anterior, qualquer acionista tivesse sofrido ou não um certo prejuízo, teria direito de recesso, causando um ônus ainda maior à companhia.

Também dispôs que, nos casos de fusão, incorporação e participação em grupo de sociedade, só teriam direito de retirada os acionistas cujo somatório das ações não representasse uma fração muito grande do total. Tal questão foi assim disciplinada porque algumas vezes o acionista isoladamente considerado era titular de quantidade de ações pouco representativa. No entanto, reuniam-se em grupos, os quais detinham parcela tão significativa que reembolsá-las impossibilitava a manutenção da companhia, tornando um quantitativo considerável de dissidentes.

Com o mesmo intuito de não onerar demasiadamente a sociedade é que o art. 137 exigiu como requisito para o exercício do direito de recesso que ele só caberá nas "companhias abertas das quais se encontram em circulação no mercado menos da metade do total das ações por ela emitidas, entendendo-se por ações em circulação no mercado todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador".

Além das hipóteses que ensejam o direito de recesso, a Lei n.º 6.404/76 e a Lei n.º 9.457/97 contemplam outras: transformação ou mudança de tipo de sociedade (art. 221); desapropriação de ações por pessoa jurídica de direito público (art. 236); a conversão de sociedade em subsidiária integral por incorporação de ações (art. 252, § 1º e § 2º, com nova redação dada pela Lei n.º 9.457); compra por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil, desde que ocorram certas condições (art. 256, § 2º, também com nova redação); e incorporação ou fusão de sociedade controlada, desde que as relações de substituição sejam menos vantajosas aos minoritários (art. 264, § 3º, *idem*).

Do exposto temos que o texto da Lei n.º 9.457/97 surge para ajustar o ordenamento aos anseios da doutrina e, mais precisamente, à necessidade prática. Se é evidente que ainda não estamos diante do texto perfeito (como objeto cultural, é obra de um ser imperfeito, não podendo produzir objetos perfeitos), temos que salientar que, ao menos quanto ao direito de recesso, teve o mérito de tentar buscar um equilíbrio entre esta faculdade e os casos de compenetração societária (fusão e incorporação), da mesma forma como possibilitou que o exercício deste direito nos casos dos incisos I e II do art. 136, não excluíssem o desenvolvimento da sociedade.

Conforme ensinamento vestibular de Waldirio Bulgarelli[15], "se o direito de recesso for excessivamente exercido poderá ser nocivo à companhia e portanto prejudicar, pelo prisma jurídico, a sua funcionalidade. Acrescendo-se também que se o direito de recesso for exercido abusivamente, sem dúvida, que não terá por si os fundamentos que embasam a sua outorga: o de contrapor-se a desmandos da maioria e o de evitar prejuízos, ocorrendo então o fato conhecido como abusos da minoria".

5. Conclusão

De todo o estudo feito, concluímos que o equilíbrio entre maioria e minoria, na sociedade anônima, é imprescindível para assegurar o funcionamento e o desenvolvimento da empresa.

A sociedade anônima tem função econômica relevante, sendo um excelente mecanismo de financiamento das grandes empresas porque permite atender a uma extensa porção da poupança atraída, simultaneamente, pela limitação de responsabilidade (ou irresponsabilidade) e possibilidade de livre negociação dos valores mobiliários.

Em face dos inúmeros desequilíbrios que ocorrem no âmbito das sociedades anônimas, os juristas modernos se preocupam com a proteção dos direitos da minoria, diante do controle discricionário da maioria. E a Lei n.º 6.404/76 enumerou não só direitos exclusivos da minoria, como também os essenciais a todos os acionistas.

Não obstante todos os dispositivos legais de proteção ao acionista minoritário, a verdade é que poucos deles são efetivamente exercidos por esses acionistas. As razões são diversas. O que temos é que com a grande dispersão das ações das sociedades anônimas, principalmente as grandes, há acionistas que, por sua própria vontade ou devido à estrutura

[15] BULGARELLI, Waldirio. Op. Cit., p.228.

do mercado acionário, não têm acesso à vida administrativa da sociedade. Assim, poucos conhecem os direitos de que dispõem. Ademais, o controle tem encontrado formas de burlar tal proteção aos minoritários.

Desta forma, o meio mais utilizado pelo minoritário para defender-se quando se sente lesado em seu interesse, em detrimento de determinada posição adotada pela Assembléia Geral, é o **direito de recesso**.

E é exatamente no que tange ao direito de recesso que a Lei n.º 9.457/97 traz mais novidades para a proteção à minoria.

De início o texto de maio de 1997 faz uma tentativa na busca pelo equilíbrio entre a Lei n.º 6.404/76 e a Lei n.º 7.958/89. Esse "meio-termo" já vinha sendo cobiçado pela melhor doutrina desde a entrada em vigor da Lei n.º 7.958/89.

O texto da lei atual restringe o direito de recesso se comparado com o da Lei n.º 6.404/76. No entanto, tal restrição não é tão radical como ocorria com a Lei n.º 7.958/89.

As restrições impostas são imprescindíveis pois do contrário estaríamos "nadando" contra a própria companhia. Sem tais limitações, o reembolso pelo exercício do direito de retirada pode ser de tal forma prejudicial para a empresa, que impeça seu desenvolvimento e o exercício de sua função social.

É bem verdade que há ainda críticas à disciplina da proteção da minoria, exigindo-se mais direitos.

No entanto, de todas as críticas feitas, a mais relevante é aquela que pede maior proteção aos minoritários das companhias fechadas, os quais não podem simplesmente vender suas ações no mercado quando desejam desvincular-se da sociedade. Com efeito, nas companhias abertas, se todos os meios de proteção não lograrem o devido êxito, ainda resta aos acionistas a possibilidade de negociar suas ações no mercado. Enquanto que nas fechadas a questão da proteção à minoria é mais que imprescindível pois se não for regulada de forma efetiva teremos um autoritarismo do controle, contra o qual os minoritários quase nada poderão fazer.

Apesar de todas essas críticas, algumas das quais pertinentes outras nem tanto, a verdade é que a Lei n.º 9.457/97 tem seu mérito pois restringe o direito de retirada sem suprimi-lo.

Há que se estabelecer limites ao poder tanto da maioria quanto da minoria, a fim de se preservar os direitos essenciais dos acionistas, criando-se, assim, o necessário equilíbrio em proveito de toda a sociedade.

E quando os direitos dos acionistas minoritários forem violados, sem possibilidade de recomposição, rompendo-se o equilíbrio entre maioria e minoria, resta ainda aos minoritários o exercício de um direito essencial, individual, impostergável e de ordem pública: o direito de recesso.

6. Bibliografia

I- Revistas

1. COMPARATO, Fábio Konder. *Acionista Controlador*. Sociedade Anônima - I Ciclo de Conferências para Magistrados. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. São Paulo: IBCB, 1993.
2. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito das Minorias na Sociedade Anônima*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 63, jul/set, 1986.
3. MARTINS, Fran. *O Acionista Controlador e os Direitos dos Acionistas Minoritários*. Revista da Faculdade de Direito, v. 25/1, jan/jun, 1984.
4. SANTOS, Joaquim Antonio de V. Penalva. *Incorporação, Fusão e Cisão - Protocolo - Ato de Acesso*. Sociedade Anônima - I Ciclo de Conferências para Magistrados. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. São Paulo: IBCB, 1993.

II- Livros

1. BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. 8. ed. São Paulo: Atlas 1996.
2. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1978.
3. CRISTIANO, Romano. *S/A - Surgimento, Funcionamento e Término da Sociedade Anônima*. São Paulo: IOB, 1990.
4. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.2, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
5. RIBEIRO, Vera de Paula Noel. *A Minoria nas S.A.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

A PERSPECTIVA AMBIENTAL DIANTE DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Glauberson Aquino Oliveira (Aluno do 4º período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1.A Título de Introdução: O Problema; 2. O Meio Ambiente frente aos Direitos Humanos; 3. Política Econômica Ambiental; 4.O Princípio da Precaução contra a Degradação do Meio Ambiente; 5.O Princípio do Poluidor-Pagador contra o Degradador do Meio Ambiente; 6.Brasil: A Ineficácia das Indenizações; 7.Considerações Finais; 8.Referências Bibliográficas.

1.A Título de Introdução: *O Problema*

Nas páginas que se seguem, será realizado um estudo jurídico-político, numa perspectiva crítica, demonstrando a interdependência entre meio ambiente e desenvolvimento econômico, e, ao mesmo tempo, expondo, em especial, os efeitos colaterais dessa relação.

É indubitável que a Constituição Federal vigente constitui um marco em termos de proteção ambiental, visto que, inovadamente, foi destinado um capítulo exclusivo ao meio ambiente, elevando-o à categoria de direito fundamental.

Como se pode observar facilmente, o meio ambiente, ao longo do tempo, sempre foi condenado à revelia: entre as nações centrais, pairava dominante a idéia de inexauribilidade do recursos naturais. Desse modo, a exploração da natureza era feita de maneira irracional, acabando por gerar o processo de degradação ambiental e a direta escassez dos recursos.

Os efeitos gerados por essa política exploratória foram tão sérios que as nações agora passam a se dar conta da gravidade do dano causado a seu patrimônio, resultado da exploração desmedida e inconseqüente dos recursos da natureza. O problema da tutela jurídica ambiental se manifesta

a partir do momento em que sua degradação passa a ser fator ameaçador do bem-estar e da qualidade de vida humana.[1]

A partir de então, exigiu-se potencialmente a criação de uma legislação capaz de proporcionar perfeita coadunação entre a necessidade de exploração dos recursos e a imprescindibilidade da preservação do meio ambiente, visando o desenvolvimento econômico.

2.O Meio Ambiente frente aos Direitos Humanos

A partir da conferência de Estocolmo, em 1972, o meio ambiente incorporou-se definitivamente ao mundo moderno. Em meio a esse contexto, surgiu o conceito de desenvolvimento sustentável – processo de transformação no qual a exploração de recursos e a direção dos investimentos se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades humanas[2] – e as normas de direito ambiental contidas na CF apontam para um conjunto de princípios cujo objetivo é moldá-lo.

As novas realidades advindas acarretaram a necessidade de transformações profundas no modelo jurídico herdado do século passado. Assim, o direito moderno começou a criar toda uma série de novas categorias jurídicas, que são exatamente os interesses difusos, cujo elemento informador é a participação democrática na vida da sociedade. Percebemos, então, que os direitos humanos se ampliam a cada dia, como resposta ao fenômeno de massificação social e das dificuldades crescentes para que todos possam vivenciar uma sadia qualidade de vida. Portanto, é preciso que se perceba que não se pode entender a natureza econômica do direito ambiental como um tipo de relação jurídica que privilegie a atividade produtiva em detrimento do padrão razoável de vida que deve ser assegurado aos seres humanos.

"O legislador constituinte, no art. 225 da Constituição, erigiu o meio ambiente à categoria de bem de uso comum do povo, asseverando, assim, ser direito de todos tê-lo de maneira ecologicamente equilibrado, e em

---

[1] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A Responsabilidade Civil e o Princípio do Poluidor-Pagador*. Projeto de Pesquisa apresentado à Comissão de Seleção do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPQ – da UFPE. Recife, 2000.

[2] MATEO, Ramon Martin. *Tratado de Derecho Ambiental*. 2 vols. Madrid: ed. Trivium, 1991, p. 384-385.

contrapartida determinou que sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações é dever do Poder Público e de toda a coletividade"[3]. Todo esse sistema da Política Nacional do Meio Ambiente - que está legitimada na Lei 6.938/81 - aproxima a concepção de desenvolvimento às necessidades concretas dos seres humanos.

Destarte, a interpretação do direito ambiental deve ser feita considerando-o um prolongamento dos direitos humanos e que os seus evidentes aspectos econômicos sejam compreendidos como um instrumento capaz de fazê-lo assegurar uma melhor qualidade de vida à população. Agora, a questão que se coloca é a de saber em que medida é possível conciliar o desenvolvimento econômico com a proteção ao meio ambiente; e mais, até que ponto prevalece o interesse da proteção ambiental ou o interesse econômico.

3.Política Econômica Ambiental

Por regular as relações econômicas, cuida o direito econômico de atuar nas relações de expansão, tal como é o desenvolvimento da produção. Observando por este ângulo, torna-se nítida sua dupla dimensão: a atuação como implementador do bem estar social, paralela a esta, a função de manter a iniciativa econômica privada.

No âmbito das relações internacionais, a Constituição Brasileira está inserida em um movimento de ampla reestruturação do capitalismo e da construção de uma nova ordem econômica internacional, na qual o tema meio ambiente desempenha importantíssimo papel. Portanto, compreender a sistemática adotada pela Lei Maior é de suma importância para uma percepção adequada de como se faz a integração da proteção ambiental com o desenvolvimento econômico e para que se tenha uma exata dimensão do valor que é atribuído ao meio ambiente quando comparado com valores de outra natureza, sobretudo valores econômicos.

É certo, contudo, que direito econômico e direito ambiental, além de se cruzarem, abarcam idênticas preocupações, resumidas exatamente na busca *de uma melhoria de vida às pessoas* e *da estabilidade do processo produtivo*.

A aceitação de que a qualidade de vida corresponde ao objetivo de ambos os direitos em questão afasta a equívoca idéia de que as normas de proteção ambiental se configuram em um obstáculo ao desenvolvimento econômico e tecnológico.

[3] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A responsabilidade civil e o princípio do poluidor-pagador*. http://www.ius.com.br/polupag/html. 20 de abril de 2000.

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA FDR

A Constituição Federal, em seu art. 170, determina que a proteção ao meio ambiente se enquadra como um dos princípios norteadores da ordem econômica brasileira. Não há, portanto, como negar o visível caráter econômico do Direito Ambiental. A partir dessa percepção, faz-se necessário um perfeito equacionamento dos princípios do Direito Ambiental como princípios econômicos, a fim de compreender a necessidade da manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a garantia de uma mínima qualidade de vida aos homens.

A obrigação de ordenação racional do desenvolvimento através da gestão sustentável da utilização dos recursos naturais de forma não predatória e diminuindo a agressividade ao elemento humano do relacionamento antrópico é o fundamento de qualquer alternativa de atuação nacional no domínio econômico.

4. O Princípio da Precaução contra a Degradação do Meio Ambiente

Em junho de 1992, o Rio de Janeiro transformou-se na capital mundial da ecologia ao sediar a "Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento", com o objetivo de elaborar estratégias e medidas que interrompessem e revertessem os efeitos da degradação ambiental em todo o mundo e promovessem o desenvolvimento auto-sustentado. Pretendia-se, com esse acontecimento, que o futuro do planeta fosse amplamente debatido, juntamente com inúmeras reflexões sobre o bem-estar do ser humano.

Em linhas bem definidas, já estava presente a obrigação dos Estados nacionais de equacionar o desenvolvimento econômico à eficiência de práticas vinculadas de previsibilidade do dano ambiental, constituindo o paradigma que nortearia a Conferência do Rio/92, e, como conseqüência disso, a adoção do princípio da precaução como compromisso ambiental internacional.

De fato, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ficaram definidas com maior ênfase as diretrizes norteadoras do princípio da precaução, pelos Princípios:

"*Princípio 15*: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental;

Princípio 17: A avaliação de impacto ambiental, como instrumento internacional, deve ser empreendida para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e

que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente".

Nota-se, então, que o texto da Declaração flexibiliza sua observância à capacidade de implementação de que goze cada Estado nacional, ao mesmo tempo em que o condiciona a um critério objetivo, qual seja, a identificação de ameaça de danos sérios ou irreversíveis, demonstrando que é suficiente a apresentação da potencialidade da lesão, que no entanto, deve ser mensurada no tocante à sua extensão e gravidade.

Em breves palavras, compreendemos que esse princípio se fundamenta, sobretudo, na utilização racional dos bens ambientais. Trata-se, na verdade, de uma preocupação contra o risco, e, portanto, seu trabalho é anterior à manifestação do perigo.

Uma prática ambiental preventiva requer não só a defesa contra perigos eminentes, mas também suscita proteção e utilização regular e ordenada dos recursos naturais. "Precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade industrial."[4]

A precaução em questão, por si só, não é capaz de trazer resultados suficientemente favoráveis. É fundamental e imprescindível que o governo atue concomitantemente no desenvolvimento de políticas públicas, sobretudo baseadas na implementação de pesquisas no campo ambiental, visando ao melhoramento e desenvolvimento de uma política econômico-ambiental satisfatória e eficiente.

Contudo, a participação do Poder Público não se traduz exatamente em identificar e afastar os riscos de determinada atividade. É necessário se questionar se tal atividade causaria um dano ao meio ambiente, analisando, em contrapartida, se a atividade é realmente necessária. Nada mais é que uma espécie de "jogo de valores", ou seja, o que traria mais benefícios à sociedade: a realização do empreendimento ou a preservação do meio ambiente?[5]

A partir daí, percebemos que não é o risco proporcionado por uma atividade que deve gerar mudanças no desenvolvimento da atividade econômica, mas sim o esclarecimento da razão final daquilo que é produzido, que seria o ponto de partida de uma política que tenha em vista o bem-estar de uma comunidade.

[4] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 166.

[5] WINTER, Gerd. "Brauchen wir das? – von der Risikominimierung zur Berdarfsprüfung". *Kritische Justiz.* Heft 4, Baden-Baden. Nomos Verlag, 1992 (389-404), p.390.

É, portanto, no questionamento acerca da razão de existir de determinada atividade que reside o início da política do princípio da precaução.[7]

5.O Princípio do Poluidor-Pagador contra o Degradador do Meio Ambiente

Como forma de coadunar o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, faz-se mister a análise e aplicação efetiva do princípio do poluidor-pagador.

Podemos entender tal princípio como sendo um instrumento econômico capaz de compelir o agente poluidor a arcar com os efeitos nocivos/degradadores que sua atividade poluidora promoveu. Ou seja, "busca-se fazer com que os agentes que originaram as externalidades assumam os custos impostos a outros agentes, produtores e/ou consumidores".[8]

Contudo, não se pode compreender esse princípio como forma de coonestar a poluição; deve ele ser instrumento capaz de evitar a irreparabilidade do dano ecológico.

"A reparação do dano não pode minimizar a prevenção do dano. É importante salientar esse aspecto. Há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar o dano estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar: `poluo, mas pago`."[9]

Entretanto, em que se basearia a responsabilidade pelos danos gerados?

Pela teoria clássica, ter-se-ia que a responsabilidade nasce de uma conduta, positiva ou negativa, tomada por imprudência ou negligência, geradora de dano a outrem.

"Tal fato, do ponto de vista processual, implica que deve ser provada a relação de causa e efeito entre uma determinada situação e o dano que desta tenha sido originado, esta prova deve ser feita por aquele que aciona o causador do dano."[10]

---

[7] DERANI, Cristiane. *Op. cit.* p.168.

[8] BENJAMIN, Antônio H.V.(coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 227.

[9] MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 191.

[10] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*. p. 130

Analisando o dispositivo civil ora mencionado, percebe-se uma responsabilidade baseada, indiscutivelmente, na culpa, que, no entanto, remetida para o campo do direito ambiental, torna-se, pela sua própria natureza, inexeqüível e inconcebível, haja vista estar-se diante de uma categoria de interesses difusos, como é o meio ambiente, e não individuais. Mesmo porque na quase totalidade dos casos, são protagonistas grandes empresas econômicas, e, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, a luta de um cidadão comum "corre o risco de assemelhar-se à que travaria contra o gigante um Davi desarmado de funda. Tudo concorre para desencorajá-lo: o vulto das despesas, a complexidade das questões, a carência de conhecimentos técnicos, a força política e econômica dos adversários. Raro é aquele que se arrisca à empresa, fiado em seus exclusivos recursos."[11]

É imperioso que, em termos ambientais, a idéia de culpa seja abstraída, dando espaço à responsabilidade civil objetiva, que preconiza como *condição necessária e suficiente* a existência do nexo de causalidade para que se apliquem as devidas penalidades, pois "não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e seu ambiente"[12].

6. Brasil: *A Ineficácia das Indenizações*

Nota-se na jurisprudência brasileira, satisfatoriamente, a constância de pareceres tendo como base a responsabilidade objetiva. Contudo, ainda há um ponto, de grande relevância, que necessita de veemente discussão, qual seja, as indenizações.

Veja-se o recente caso envolvendo a Petrobrás.

Em janeiro último, mais de 1 milhão de litros de óleo foram despejados na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, resultado de um vazamento em um oleoduto da Petrobrás. As conseqüências desse derramamento foram drásticas: milhares de espécies animais e vegetais foram dizimadas, afetando diretamente, inclusive, os pescadores e moradores das regiões adjacentes.

À Petrobrás foi anunciada pelo IBAMA uma multa de 50 milhões de reais. Já o governo do Estado multou a empresa em 94 mil reais. Se compararmos com as multas aplicadas, *v.g.*, nos Estados Unidos, compreenderemos a ineficácia das nossas penalidades.

[11] MOREIRA, José Carlos Barbosa *Apud* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*
[12] MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Op. cit.* p. 200.

Em 1989, a Exxon, empresa petrolífera americana, despejou 42 mil toneladas de óleo na Baía de Valdez, no Alasca, matando milhares de baleias, focas, peixes, aves. A despoluição da reserva ambiental custou à Exxon mais de 1 bilhão de dólares. E não é a maior indenização aplicada. O governo americano chega a aplicar em multas ambientais 5,6 bilhões de dólares. Importante frisar, contudo, é que o prejuízo financeiro imposto à Exxon fez com que a empresa redobrasse os cuidados no sentido de preservação ambiental.

A situação da Petrobrás é oposta. Nos últimos 4 anos, a empresa foi multada 12 vezes por derramamentos de óleo na mesma Baía de Guanabara, mas, pelo que parece, tais multas não surtiram efeitos. Afinal, o governo brasileiro tem sido muito condizente com tais situações, ainda mais considerando o desconto de 30% que a Petrobrás recebeu na multa. O resultado de toda essa "conjuntura" é que o valor da indenização não se mostrou suficiente para cobrir os danos causados à Baía de Guanabara.

Toda a movimentação em torno do acidente serviu para provar que a empresa não tem estrutura nem planejamento para enfrentar desastres desse nível: mandou buscar no exterior, além de equipamentos, técnicos especialistas em um assunto que não domina: o meio ambiente. Ou seja, apenas comprovou a total despreparação em que a Petrobrás se encontrava, ainda mais considerando que o laudo pericial provou que o oleoduto rompeu-se por fadiga de material.

Ironia. O mesmo Rio de Janeiro que há oito anos pretendia servir de exemplo ao resto do mundo no que diz respeito à preservação do meio ambiente, hoje se mostra palco de uma tragédia de incomensuráveis medidas e de repercussão, inclusive, no âmbito internacional, fruto do descaso das companhias privadas e mesmo das autoridades competentes, que, apesar de ser seu trabalho, ainda não aprenderam como aplicar com justiça as penalidades. Belo exemplo.

7.Considerações Finais

A população mundial cresceu assustadoramente, e continua a crescer, e as necessidades são maiores a cada dia. Desenvolveram-se técnicas para atender às suas necessidades principais e supérfluas, para exportar produtos primários. Contudo, o meio ambiente não foi objeto de preocupação: a exploração da natureza era desordenada, obtinha-se, poluindo e degradando, tudo o que ela podia oferecer, representando técnicas que, na verdade, hoje estão colocando em risco a vida do homem. Agora, faz-se mister a elaboração de técnicas de exploração adequada dos recursos naturais, a fim de corrigir o que de errado foi feito.

Crise ambiental, na verdade, não se traduz apenas em ameaças aos sistemas ecológicos - ar, água etc. É, igualmente, como decorrência daquelas, uma ameaça às condições precípuas de existência.

Coloca-se como oportuno o posicionamento do ilustre economista Capra, segundo o qual um pensamento ambiental superficial preocupa-se com o controle mais eficiente e um melhor gerenciamento do meio natural para a utilização da humanidade. Por outro lado, um pensamento ambiental mais consistente reconhece que o equilíbrio ecológico requer fortes mudanças sobre nossas concepções do papel do homem no ecossistema planetário.

É importante agora não relegar o meio ambiente a segundo plano, como comumente vem ocorrendo, tendo em vista a importância extrema que merece ser conferida ao tema, já que se trata, hodiernamente, de um prolongamento dos direitos fundamentais do homem, e, como tal, qualquer prática que possa pelo menos ameaçar sua conservação natural é considerada, indiscutivelmente, inconstitucional, devendo ser abolida. E, muitas vezes, o interesse econômico acaba por se sobressair frente à proteção do meio ambiente, gerando a degradação deste último. Isso deve ser minuciosamente repensado.

8.Referências Bibliográficas

1.ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A responsabilidade civil e o princípio do poluidor-pagador*. http:// www.jus.com.br/polupag.html. 20 de Abril de 2000.

2._____. *A responsabilidade civil e o princípio do poluidor-pagador*. Projeto de Pesquisa apresentado à Comissão de Seleção do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPQ – da UFPE. Recife, 2000.

3.ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental como Direito Econômico-Análise Crítica*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.] n.115, a.29, jul./set. 1992. p. 301-324.

4.BENJAMIN, Antônio H.V.(coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

5.DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

6.MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

7.MATEO, Ramon Martin. *Tratado de Derecho Ambiental*. 2 vols. Madrid: Trivium, 1991.

8.WINTER, Gerd. *Brauchen wir das? – von der Risikominimierung zur Berdarfsprüfung*. Kritische Justiz. Heft 4, Baden-Baden. Nomos Verlag, 1992 p. 389-404.

DIREITO ADQUIRIDO CONSTITUI CLÁUSULA PÉTREA?

Catarina Vila-Nova Alves de Lima
(Aluna do 9º período da Graduação em Direito da UFPE; monitora de Direito Administrativo II; e ex-monitora das Disciplinas Direito Administrativo I e D. Processual Civil II)

Sumário: 1. Introdução; 2. Lei e Direito Adquirido; 2.1. A Expressão "lei"; 2.2. O Conceito de Direito Adquirido; 3. Por que não há Direito Adquirido a Regime Jurídico?; 4. Respeito ao direito adquirido: limites ao Poder Reformador; 5. Argumentos Finais; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O direito adquirido é ou não uma cláusula pétrea da Constituição? O tema tem suscitado enormes debates na doutrina e jurisprudência, principalmente após a promulgação das Emendas Constitucionais nº 19 e 20, que encerram em seu bojo, respectivamente, a reforma administrativa e a mudança do regime previdenciário.

Diante de tantas alterações, questionou-se: e o respeito aos direitos adquiridos? Esses direitos integram o rol de limitações ao Poder Reformador, isto é, constituem cláusulas pétreas? Embora o primeiro impulso seja afirmar com veemência que os direitos adquiridos são cláusulas pétreas, consubstanciados em direitos e garantias individuais, alguns juristas[1] têm-se insurgido contra esse *topoi* (lugar comum) e feito florescer entendimento contrário a respeito.

Daí, evidencia-se a importância de se estabelecer o sentido e alcance das normas constitucionais que apresentam como conteúdo o instituto do direito adquirido (art.5º, XXXVI) e a cláusula pétrea

[1] Cf. MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e direito adquirido*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n.211,1998. MACHADO, Hugo de Brito. *Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, n.714, 1995. SILVÉRIO, Paulo Roberto M. *O Instituto Jurídico dos Direitos Adquiridos e a Cláusula Pétrea dos Direitos e Garantias Individuais*. Revista de Informação Legislativa, n.128, 1995.

consubstanciada nos direitos e garantias individuais (art.60, §4°, IV), pois, hodiernamente, há uma tendência em banalizá-los. Como conseqüência, passou-se a rotular todo e qualquer direito como adquirido e, desta forma, equipará-lo a núcleo inatingível pelo Poder de Reforma à Constituição. Decorrência lógica desse fenômeno é o arrefecimento da proteção dos verdadeiros titulares garantia constitucional.

O presente trabalho tem a pretensão central de esclarecer se os direitos adquiridos integram o rol de limitações ao Poder Reformador e, para tanto, indispensável analisar as noções de: direito adquirido, acepções da palavra "lei", limites do Poder Reformador e interpretação das normas constitucionais.

2. Lei e Direito Adquirido

No art.5°, inciso XXXVI da CF, encontra-se a seguinte regra: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Inobstante, não restaram estabelecidos o sentido e o alcance dos termos: lei, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. O exame dos problemas suscitados com essa omissão em relação aos conceitos de lei e direito adquirido, será abordado no presente item deste trabalho.

Mostra-se indispensável precisar-se o sentido da palavra "lei" no dispositivo constitucional, pois é esta expressão o núcleo da controvérsia que se instalou na doutrina e jurisprudência. A palavra "lei" teria sido empregada em sentido formal (restrito), implicando que a emenda poderia atingir aqueles institutos? Ou estaria utilizada em sua acepção material e, pois, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada estariam resguardados contra qualquer forma de manifestação legislativa, abrangendo inclusive as emendas constitucionais?

Por outro lado, a inteligência do termo direito adquirido afigura-se essencial para se apontar a solução de algumas questões, tais como: existe direito adquirido contra Constituição? E contra a emenda? Há direito adquirido a regime jurídico?

2.1. A expressão "lei"

O termo "lei" designa ora o gênero – significando norma jurídica –, ora a espécie – lei ordinária. Ou, ainda, pode ser tomada em duas acepções diferentes: em sentido material ou em sentido formal.

Lei em sentido formal ou restrito é a norma jurídica formada com a participação do Poder Legislativo, mediante elaboração em consonância com o processo legislativo estabelecido na Constituição

(arts.59 e ss.), e do Poder Executivo, com a sanção presidencial (art. 48 da CF). Ou por outra, são as leis ordinárias.

Lei em sentido material refere-se a toda e qualquer norma jurídica elaborada por um órgão competente. Abrange a lei em sentido formal, como também as emendas à Constituição, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (art.59 da CF).

Sobre este tema, a discussão central atine à acepção em que a expressão lei estaria aplicada no art.5°, inciso XXXVI da CF/88.

Alguns entendem que "a palavra lei no art.5°, XXXVI, da Constituição de 1988, constante também de normas semelhantes de Constituições anteriores, vem empregada na Constituição em sentido formal, colhendo apenas o legislador infraconstitucional. A Constituição é lei em sentido material; (...) não conhece limites anteriores ou posteriores aos constantes de seus próprios comandos".[2]

Com isto se quer afirmar que a limitação estabelecida pelo art.5°, XXXVI da CF, referir-se-ia apenas às leis ordinárias, sendo idônea a mudança prejudicial aos direitos adquiridos operada por meio de emenda constitucional.

Comungam dessa perspectiva, juristas, como Hugo de Brito Machado, que defende que, em face do art.5°,XXXVI da CF, "fica limitado o arbítrio do Poder Legislativo, pois a lei ordinária, como as demais inferiores, não poderão ser aplicadas a projeções de fatos anteriores ao início da respectiva vigência(...) Nada, entretanto, impede que o próprio constituinte, ao fazer a constituição, ou a emendá-la, determine que o preceito novo aplique-se a projeções de fatos anteriores(...)"[3]

Aqueles que entendem ter sido o vocábulo utilizado em sentido material, preconizam que, inclusive a emenda constitucional, estaria limitada a respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Refutam os argumentos esposados pelos defensores da primeira orientação, salientando, primeiramente, que, se a limitação do inciso XXXVI aludisse tão somente às leis ordinárias, isto significaria que os decretos legislativos e as resoluções, *v.g.*, poderiam atingir o direito adquirido, vez que destituídos daquele sentido, o formal.[4]

[2] MODESTO, Paulo. Op. cit., p.84.
[3] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p.21.
[4] DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade – a intangibilidade do Direito Adquirido face às Emendas Constitucionais*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.], n. 206, 1996, p.123

A réplica pode ser extraída do próprio trecho acima reproduzido do jurista Hugo de Brito Machado no qual sustenta que a limitação refere-se à lei ordinária, bem como às demais normas inferiores.

Posicionando-se face à explicação acima, é de se questionar quem teria conferido autoridade, ou em por outras palavras, qual seria o fundamento constitucional para a realização de interpretação extensiva em relação às normas hierarquicamente inferiores às leis ordinárias e não ser possível realizá-la no que atine às emendas constitucionais? Se o fundamento da tese é o de que a expressão "lei" está empregada em sentido formal, não se pode restringir ou ampliar tal definição.

Da mesma forma não se pode embasar o raciocínio de que a expressão "lei" não abarcaria emendas, pelo fato destas encontrarem-se hierarquicamente acima da lei e nivelarem-se com normas constitucionais, pois seria aceitar que a Constituição resguardou a segurança das relações jurídicas e, simultaneamente, outorgou poderes para emenda desconstituí-la. Nas palavras de Lourival Vilanova, o Poder Reformador seria um Poder não-constituinte[5]. Até porque as modificações do texto constitucional devem submeter-se às normas estabelecidas por ela, vez que mudança da Constituição contra a Constituição caracteriza o processo de 'revolução', que somente o Poder Constituinte pode promover.[6]

Ademais, em não se admitindo o respeito aos direitos adquiridos pelas emendas constitucionais, representaria aceitar que a coisa julgada e o ato jurídico perfeito também não estariam resguardados.[7]

Onde estaria a repartição dos Poderes prevista na Constituição? Teria o Judiciário deixado de ser Poder independente e autônomo, vez que suas decisões poderiam ser desconstituídas através das manifestações do Poder Legislativo? Condena-se, assim, definitivamente à estabilidade as manifestações do Poder Judiciário.

Observe-se, ainda, o emprego da palavra lei nos incisos II e XXXV, do art.5°, da Constituição Federal. Reza o primeiro: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei" (grifo nosso), o outro preceito estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". (grifo nosso)

Realizando interpretação gramatical, como acima refutada, a única conclusão que se poderia retirar da leitura dessas normas seria a de

[5] IVO, Gabriel. *Reforma Constitucional–regra de estrutura–limitação*. Revista Trimestral de Direito Público, n.22, p.152.

[6] FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Poder Constituinte e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativo A. Rio de Janeiro: [s.n.], n.210, out./dez. 1997, p.3.

[7] DANTAS, Ivo. Op. cit. p.121.

que a emenda constitucional não pode obrigar alguém a fazer algo, visto que apenas as leis ordinárias teriam o condão de fazê-lo; bem assim, a emenda constitucional poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Dessa forma, como explicar os diversos direitos e deveres efetivados por meio de Emendas Constitucionais?

O que vem a corroborar o entendimento de que a expressão "lei" não foi utilizada apenas em sentido formal, pois, do contrário, restaria promovido o caos jurídico, em nome de abrigar o entendimento de uma corrente doutrinária que optou por sacrificar a sistemática constitucional, a reconhecer que o conteúdo da norma é, indiscutivelmente, respeitante à emenda.

Nesse diapasão, uma das justificativas para se verificar referência expressa à lei é o fato de que ela é o "mecanismo usual de regulação da vida coletiva"[8] e "salta à evidência, então, que não é pelo fato de haver citado a lei, e não as emendas, que a Constituição esteja a liberar estas últimas quanto aquelas proibições"[9] – quais sejam, as de não prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. "A Constituição calou quanto às emendas, tão-somente porque em nenhum momento delas falou (a não ser por implicitude) como veículo de concessão de direitos subjetivos, ou instrumentos de imposição de deveres. E também porque delas não fez – insista-se – mecanismo usual de regulação jurídica da vida coletiva(...)"[10]

2.2. *O conceito de direito adquirido*

"(...), a lei nova não incide sôbre fatos pretéritos, (...) e – por conseguinte – não pode 'prejudicar' os direitos adquiridos, isto é, os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se."[11]

A garantia do direito adquirido pressupõe a sucessão legislativa, impedindo que lei nova seja aplicada à situação jurídica concreta formada sob a égide da lei anterior, bem como aos "efeitos passados desses fatos passados"[12].

---

[8] BRITTO, Carlos Ayres & PONTES FILHO, Valmir. *Direito Adquirido contra Emendas Constitucionais*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.], n. 202, 1995, p.79.

[9] Idem, p.78.

[10] Idem, p.79.

[11] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo V, 1974, p.67.

[12] MODESTO, Paulo. Op. cit. p.80.

"Há mesmo quem diga que todo direito ou foi adquirido ou não existe. A expressão direito adquirido, assim, seria desprovida de significação"[13].

Esta assertiva ilustra a dificuldade em expressar o conceito de direito adquirido. Não pode ficar o seu significado preso apenas à interpretação literal do termo. Outrossim, os debates não cessam quanto ao conteúdo e alcance dessa expressão. Defende-se que só se referiria a relações do âmbito de direito privado – o que, adiantemos, é um engano. Ademais, confunde-se o momento de aquisição do direito adquirido com o momento de seu exercício. Por conseguinte, trata-se de um termo plurívoco, sendo acolhido pela legislação, doutrina e jurisprudência com acepções, muitas vezes, diferentes.

No Direito Positivo brasileiro, constata-se o emprego dessa expressão no texto da nossa atual Carta Magna que o resguarda, todavia a sua definição é objeto de inúmeras controvérsias. Assim, tem-se a enunciação estabelecida em nível infraconstitucional (art.6°, §2° da Lei de Introdução ao Código Civil): "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o titular ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem."

Verifica-se que parte da doutrina sustenta que, adotar a definição infraconstitucional, seria aprisionar a Constituição e preconizam que: "(...)A Constituição não se interpreta mediante a lei ordinária; a lei é que tem sua interpretação condicionada pela Constituição"[14].

Em contrapartida, outros entendem que: "(...)formular na Constituição um conceito de Direito Adquirido implicaria subtrair-lhe muitas das suas possibilidades de progresso, tanto através da Doutrina e da Jurisprudência, como da própria Legislação Extravagante. Ao legislador ordinário, portanto, compete estabelecer os lindes do conceito de Direito Adquirido, propiciando assim o roteiro para a respectiva elaboração no Direito Científico e nos pronunciamentos judiciais"[15]

Percuciente a lição de Pontes de Miranda sobre a matéria. Vaticina o insigne mestre que o legislador não deve relegar a circunstância de que a noção de direito adquirido é dependente de uma multidão de fatos de aquisição de direito. Desta forma, defende um conceito genérico para

[13] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p.21.
[14] MODESTO, Paulo. Op. cit. p.80.
[15] FRANÇA, R. Limongi. *A Irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.194.

orientar os juízes e o legislador, mas não concorda com uma definição que tenha a pretensão de esgotar todos os elementos da noção de direito adquirido.[16]

Por conseguinte, a uniformização do conceito de direito adquirido mostra-se questão de apreço, vez que indispensável para a consecução da finalidade do Instituto, qual seja, a de assegurar a segurança das relações jurídicas. Tal conceito servirá de parâmetro para orientar aqueles que lançam mão desse instituto elaborando, interpretando e aplicando normas.

A partir do conceito previsto na LICC, pode-se afirmar que o núcleo essencial deste dispositivo é o seguinte: "direito adquirido é todo direito suscetível de exercício por seu titular". Este pressupõe a ocorrência integral de um fato gerador – de um pressuposto fático – e encerra a exigência de que o direito incorpore-se, definitivamente, ao patrimônio individual.

Se o fato aquisitivo se realizou por inteiro, tem-se um direito adquirido. Agora, se esse fato aquisitivo se apresenta incompleto, tem-se mera esperança, mera expectativa de direito.

Houve quem pretendesse conferir uma natureza exclusivamente privatística ao instituto do direito adquirido. Embora as raízes desse instituto estejam no âmbito do direito privado, hoje não paira qualquer dúvida sobre a possibilidade de existência de direito adquirido na esfera pública, desde que incorporado ao seu patrimônio aquilo que pleiteia o servidor. Ilustrativos são os exemplos apresentados pelo jurista Hugo de Brito Machado, que reforça esse último entendimento, afirmando que se estabelece direito adquirido em favor do contribuinte contra o fisco, bem como do servidor face à Administração Pública.

O direito adquirido efetiva-se no plano concreto das relações jurídicas, não existindo direito adquirido aos próprios institutos de direito como criações abstratas. Assim, impõe-se a materialização dos efeitos, ou seja, a ocorrência de reflexos individuais e concretos da lei revogada que outorgara o direito.

É importante não se olvidar que o momento de aquisição do direito adquirido não se confunde com o seu exercício, e não raro, costuma-se identificá-los. Não comungamos da opinião de José Afonso da Silva, quando afirma que: "só se fala em direito adquirido quando o direito subjetivo exercitável ainda não foi exercido"[17]. Ora, sobrevindo uma lei nova, tanto é adquirido o direito que completou todos os requisitos do suporte fático, mas não teve oportunidade de o ser exercido; como aquele que já o foi e, pois, deve ter seus efeitos passados resguardados. O que é importante ter em mente é que o direito pode ter sido exercido, mas continuar a produzir efeitos, permanecendo, esses efeitos resguardados como categoria de direito

[16] MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p.73

[17] SILVA, José Afonso da. *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.] n. 213, 1998, p.124.

adquirido. Ex.: a aposentadoria pode ter sido requerida, logo se exerceu o direito, mas os seus efeitos se perpetuam no tempo; não pode vir a lei nova atingir esse direito. Da mesma forma, preenchidos os requisitos para seu requerimento sob a égide de uma lei, não pode a lei nova modificar esse direito, vez que já se convolou em direito adquirido

Por conseguinte, constatada a realização integral do fato aquisitivo de um direito, que se incorporou de forma definitiva no patrimônio do seu titular, o advento de uma lei nova enseja a transformação desse direito na garantia do direito adquirido.

Ressalte-se, pois, não deve ser o conceito de direito adquirido estendido em nome de se resguardar situações que não se configuram como tal, pois corresponderia a proceder como aqueles que restringem o seu conteúdo, infirmando-o.

3. Por que não há direito adquirido a regime jurídico?

Sobejam manifestações do Egrégio Supremo Tribunal Federal consignando a inexistência de direito adquirido a regime jurídico por parte dos servidores públicos ocupantes de cargos públicos.

Regime Jurídico pode ser definido como o conjunto de preceitos obrigatórios, disciplinadores de determinado instituto. Em se tratando do Regime Jurídico aplicável aos Servidores reputa-se que o mesmo é modificável unilateralmente pelo Poder Público face à natureza objetiva e impessoal dessas regras.

Nesse sentido, esclarecedor o ensinamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha: "(...) a natureza do vínculo jurídico (e, na seqüência necessária dele, do regime jurídico que o determina) havido entre a entidade estatal e o seu servidor é definida pela institucionalização legal de um modelo normativo objetivo, genérico, abstrato, impessoal e exceto de voluntariedade e subjetivismo, condensado em estatuto que veicula aquele regime jurídico".[18]

Donde se infere que o servidor não pode se opor a futuras alterações desse conjunto de deveres e direitos, invocando direito adquirido a regime jurídico, porquanto se trata de situação insuscetível de se concretizar no patrimônio individual do servidor e, assim, inapropriável.

[18] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.127.

Inobstante, há determinados direitos e deveres cristalizados no patrimônio individual, dada a integral ocorrência do fato jurídico aquisitivo, embasador desses direitos e deveres. Nesta hipótese, há direito adquirido, visto que se refere a poder individualmente exercitável.

Neste ponto, mostra-se ilustrativa a lição do jurista Paulo Modesto: " não se admite, porém, direito adquirido à mera sobrevivência no tempo do regime jurídico regulador da função pública, em benefício de indivíduos determinados, pois foi vencida no plano das idéias e na história a concepção patrimonial da função pública (quando os cargos integravam o patrimônio pessoal do seu titular). Atualmente, os cargos adotam o regime legal da função pública, estando à disposição do legislador, nos limites da constituição, repelindo-se a idéia de que o regime jurídico regulador do exercício da função, em si mesmo considerado, possa ser incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores ou da Administração".[19]

O constitucionalista Alexandre de Moraes, reforçando a exposição realizada, traz o seguinte ensinamento: "A posição pacificada na jurisprudência da Corte Suprema sobre inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as leis que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência, não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a eventuais vantagens pessoais que já tenham acrescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas diversas".[20]

Ainda sobre esse aspecto posicionou-se o Ministro do STF Moreira Alves: "(...) em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (...), essa modificação se aplica de imediato".[21]

Por oportuno, indaga-se se ao servidor seria permitido invocar direito adquirido a regime jurídico único para se eximir do império das novas normas advindas com a Reforma Constitucional, vez que a expressão regime jurídico único, antes prevista no art.39,§1° da CF/88 (em seu texto original), foi arrancada com a EC/19. A resposta só pode ser negativa e o fundamento reside no acima explanado.

[19] MODESTO, Paulo. Op. cit. p.93.
[20] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.345.
[21] STF. RE n.94.020. Rel. Min. Moreira Alves. RTJ 104/269.

4. Respeito ao direito adquirido: limites ao Poder Reformador

Inicialmente, cumpre fazer a distinção entre direitos adquiridos e garantia do direito adquirido. "Os primeiros consubstanciam-se em situações jurídicas individuais e concretas"[22], consolidam-se no patrimônio individual a partir da ocorrência de certos fatos aquisitivos e estão consagrados ora na Constituição, ora na lei ordinária. Já a garantia do direito adquirido, "apresenta-se como norma constitucional geral e abstrata"[23].

Embora a doutrina reconheça, de maneira uniforme, a distinção *suso* apontada, persiste, o debate acerca do conteúdo resguardado como *cláusula pétrea* da Constituição. Em outras palavras, o instituto do direito adquirido seria uma garantia individual, ou, tão somente, a norma que traz a previsão de que o mesmo não será atingido (norma-garantia), é que poderia assim ser reputada?

Começa a florescer uma doutrina que preconiza, em suma, ter a emenda (Poder Reformador) o condão de atingir os direitos adquiridos, não se podendo afirmar, todavia, o mesmo em relação à norma-garantia.

Isto significa que a norma que encerra a garantia de que "a lei não prejudicará o direito adquirido, (...)" jamais poderá ser objeto de modificação por emenda, e passar a dispor da seguinte maneira: "a lei alcançará o direito adquirido, (...)" ou, a emenda autorizar uma determinada lei a atingir à referida categoria de direitos, ou, finalmente, a Emenda suprimir a norma do art.5º, XXXVI da CF.

A justificativa seria o fato de apenas o conteúdo referido constituir limite material ao Poder Reformador, nos termos do art.60, §4º, IV da CF/88, o que não autorizaria a defender-se que o direito adquirido também seja limite a esse Poder.

Seguindo essa linha de raciocínio, o direito adquirido poderia ser atingido por uma Emenda, vez que esta não se encontraria limitada nem pelo mandamento do art.60, §4º (visto que protege a norma do art.5º, XXXVI e não o direito adquirido em si), nem pelo conteúdo do art.5º, XXXVI (que resguarda o instituto apenas contra a manifestação da lei em sentido formal).

Os principais argumentos em que se alicerça a tese de que a cláusula pétrea seria o respeito à norma-garantia são: primeiramente, condicionar o Poder de Reforma ao respeito do direito adquirido, seria "subverter a hierarquia das normas no sistema jurídico"[24], porquanto se

[22] MODESTO, Paulo. Op. Cit. p.82.
[23] Idem, ibidem.
[24] Idem, p.83.

estaria impondo limites materiais ao Poder Reformador próximos daqueles impostos ao legislador ordinário, quando adequado seria menores condicionamentos e liberdade de alteração do conteúdo da Constituição por parte desse Poder modificador.

Ademais, vaticina-se que contra a Constituição não prevalece o princípio do direito adquirido, ou seja, não é possível apresentar direito adquirido como objeção à validade de normas da Constituição Federal, resultem ou não de emendas constitucionais[25].

Nesse sentido, posicionou-se Paulo Modesto, assessor jurídico do antigo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE): "(...)tentar impor ao poder de reforma constitucional, por via interpretativa, limite que não lhe foi colocado pelo poder constituinte originário é que destoa da eminência e da função própria do poder de reforma constitucional"[26]. O jurista Hugo de Brito Machado adepto dessa corrente reforça a orientação acima, afirmando que: "Nada,(...), impede que o próprio constituinte ao fazer a Constituição ou, ao emendá-la, determine expressamente que o preceito novo aplica-se a projeções de fatos anteriores"[27]

A explicação residiria no fato de que "quer resulte de manifestação do poder constituinte originário, quer decorra do exercício do poder de reforma constitucional, a norma que altera o texto da Constituição, constitui regra imperativa, que incide imediatamente por força de sua própria natureza constitucional"[28]. Muitas são as manifestações do Supremo determinando que tanto as normas originárias da Constituição quanto as emendas posteriores têm a mesma natureza e a mesma hierarquia.

Em suma, o direito adquirido não seria oponível quer à Constituição, quer ao Poder Reformador, pois não arrogaria a qualidade de direito individual, inatingível por emendas constitucionais, nos termos do art.60,§4°, IV da CF/88.

[25] MODESTO, Paulo. Op. cit. p.87 .
[26] Idem, p.90.
[27] MACHADO, Hugo de Brito. Op.cit. p.21.
[28] SILVÉRIO, Paulo Roberto Mendonça. *O instituto dos direitos adquiridos e a "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], n.128, out/dez.1995, p.73.

5. Argumentos Finais

Sustentar a inexistência de direito adquirido contra a Constituição, equiparando a norma originária a uma norma produto de emenda constitucional, é tese merecedora de reparos. A Constituição pode sofrer mudanças, das seguintes formas: 1) inteira supressão do Corpo constitucional pelo Poder Constituinte Originário, através do processo tecnicamente chamado "Revolução"; ou 2) alteração ou supressão parcial do Texto Fundamental pela atuação do Poder Reformador.

Na primeira, há um total desvencilhamento com a Ordem Jurídica anterior. A nova ordem constitucional recepciona o que lhe é compatível e necessário, em conseqüência de um fenômeno conhecido por "recepção". Nesta hipótese não é adequado falar-se em respeito a direitos adquiridos, pois inexiste compromisso da nova Constituição com o conteúdo consagrado pelo sistema anterior[29].

Já na hipótese de modificação parcial da Constituição, devem ser observados os limites fixados pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Reformador, visto que é na Ordem Constitucional vigente onde a Emenda encontra seu fundamento de validade, na medida em que nela se integra e a ela reporta-se. Os produtos da manifestação desses Poderes não podem ser colocados num mesmo plano. Daí, concluir-se que não se pode equiparar o tratamento dispensado para as normas constitucionais e para as emendas[30].

Ilustrativo o ensinamento do jurista Celso Antônio B. de Mello sobre o assunto: "na hipótese de Emenda Constitucional, o fenômeno é outro, pois o sistema não está rompido, a Constituição continua em vigor e, portanto, persiste sendo a fonte de validade de quaisquer normas"[31]

A Norma resultante da manifestação do Poder Constituinte não apresenta a mesma natureza e hierarquia das normas introduzidas no sistema a partir da manifestação do Poder Reformador. Inobstante a emenda se sobreponha às demais formas de manifestação do Poder Legislativo, tecnicamente, também está limitada pelo Poder normativo do Poder Constituinte. As emendas constitucionais

[29] SILVA, José Afonso da. Op. cit. p.127.

[30] Não é apropriado o emprego da expressão "Poder Constituinte Derivado", já que não se pode designar por "poder constituinte", um poder instituído pela própria Constituição. Assim, adequada seria a expressão Poder Reformador ou Poder constituído.

[31] MELLO, Celso Antônio B. de. *Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: [s.n.], n.23. 1998, p.13.

representam uma especial tipologia de normas, impondo-se-lhes limites de natureza formal e material aos quais devem cingir-se.

As emendas não têm a mesma força e autonomia que caracterizam o produto do Poder Constituinte. Tanto é assim que, não respeitados os limites expressamente previstos na Constituição, pode haver a declaração de sua inconstitucionalidade[32].

O constitucionalista português J. Gomes Canotilho pronuncia-se sobre a matéria, aduzindo que: "uma coisa é admitirem-se alterações - do âmbito ou esfera da norma – que ainda se podem considerar suceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente incomportáveis pelo programa da norma constitucional"[33]. (grifo nosso)

Por conseguinte, quando se protegeu o direito adquirido num dispositivo da Constituição, isso foi feito com o intuito de preservar a segurança das relações jurídicas. Esse foi o princípio maior agasalhado pela norma constitucional. Então como entender que o respeito ao direito adquirido não representa limitação ao Poder Reformador?

A contradição de normas jurídicas - emendas ou não - com normas e princípios materiais da Constituição é informada pelo princípio *tempus regit actum*, sendo importante a identificação de dois efeitos distintos no tempo: "a aprovação da norma rege-se pela lei constitucional vigente nesse momento; a aplicação da mesma norma tem de respeitar os princípios e normas constitucionais vigentes no momento em que se efectiva essa mesma aplicação"[34].

A emenda pode atingir algumas modalidades de direitos subjetivos, i.e., aqueles que não estejam elencados como direitos e garantias individuais - limite material expresso ao Poder de Reforma, nos termos do art.60,§4º, IV da CF. Não haveria sentido em se proteger a norma-garantia, e facultar-se atingir o próprio direito objeto da norma. A segurança das relações jurídicas é a finalidade precípua da norma constitucional que

[32] Nesse contexto, inserem-se as normas constitucionais inconstitucionais. Designa-se com a palavra inconstitucionalidade ora o vício, ora a reação contra a violação de uma norma constitucional. O STF reconheceu a inconstitucionalidade da EC n.03/93 no julgamento da ação direta nº 939-DF

[33] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina,1998, p.1102.

[34] Idem, p.1169.

assegura a intangibilidade dos direitos adquiridos. Isto significa que dentre as matérias que não podem ser objeto da manifestação do Poder Reformador encontram-se os direitos adquiridos.

Sob o prisma da segurança das relações jurídicas, observa-se que: "se a Constituição recusasse aos direitos por ela mesma conferidos a cota de segurança que decididamente emprestou aos direitos obtidos por lei, estaria a hierarquizar os direitos adquiridos em constitucionais e legais, para privilegiar estes últimos"[35]. Uma vez que, se a Constituição conferisse um dado direito, reputado adquirido, só poderia ser revogado por emendas e nenhum vício haveria, pois as Emendas não estariam limitadas pelo respeito ao direito adquirido. Agora, uma lei que estabeleça direito adquirido vai ser limite a uma norma de mesma hierarquia que, posteriormente, tenha a pretensão de modificar aquela situação.

Defender-se que direito adquirido não seria cláusula pétrea, por via interpretativa, representa impor limite não previsto pelo Poder Constituinte e, assim, consagrar a primazia da interpretação gramatical. Ressalte-se que para o exercício do interpretar e aplicar normas constitucionais, não se dispensa a averigüação do conteúdo semântico do texto - na hipótese em análise, a razão de erigir-se "as garantias e direitos individuais" à categoria de cláusulas pétreas -, bem como não se deve supervalorizar a letra da lei, identificando-se a norma com o texto[36].

A explicação para as decisões proferidas pelo Pretório Excelso, consagrando a inexistência de direito adquirido – quer contra a Constituição, quer contra emendas –, reside no fato de tais pronunciamentos terem-se dado quando se discutia a possibilidade de existir direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico do servidor. Sobre o assunto, profícua a lição de Hugo Nigro Mazzilli, Procurador de Justiça em São Paulo: "Ora, não se admitindo direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, obviamente tanto o Poder Constituinte Originário como o Derivado o podem alterar livremente, respeitados, neste último caso, apenas os efeitos válidos já consumados sob a ordem jurídica anterior"[37]. Arremata o referido jurista: "havendo direito adquirido, o poder de emenda à Constituição e a ordem infraconstitucional devem-lhe respeito"[38]

[35] BRITTO, Carlos Ayres & PONTES FILHO, Valmir. Op. cit. p.78
[36] Idem, p.1089.
[37] MAZILLI, Hugo Nigro. *A Reforma Constitucional e as Garantias da Magistratura, do MP e dos Tribunais de Contas*. Revista da Associação Paulista do MP. São Paulo: [s.n.], n.17, 1998, p.10.
[38] Idem, ibidem.

Outros argumentos fortalecem a tese defensora da oponibilidade de direito adquirido à emenda constitucional. O art.17 do ADCT determina que aqueles que percebessem valores superiores aos limites fixados na Constituição, teriam que reduzi-los, "não se admitindo, neste caso, a invocação de direito adquirido". Destarte, pode-se concluir que a não-incidência do instituto do direito adquirido assume nuança de excepcionalidade[39], sendo invocável nas demais situações em que esteja na iminência de ser atingido.

6. Conclusão

Dessume-se, pois, não haver direito adquirido contra a Constituição; todavia, contra as emendas constitucionais o mesmo não pode ser afirmado. Destaque-se, por fim, a brilhante lição do mestre Canotilho: "A revisão está constitucionalmente sujeita a limites formais, circunstanciais e materiais. A não observância, pela norma de revisão, dos limites estabelecidos na Constituição, coloca-nos perante o problema da desconformidade das leis de revisão, problema esse que não é substancialmente diferente do problema da inconstitucionalidade das leis ordinárias, dado que o poder de revisão é um poder constituído e não uma novação do poder constituinte".[40]

7. Bibliografia

1. BRITTO, Carlos Ayres e PONTES FILHO, Valmir. *Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.], n.202, out/dez/1995, p.75-80.
2. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina,1998.
3. DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.], n.206, out./dez./1996, p.109-134.
4. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Poder Constituinte e direito adquirido*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro; [s.n], n.210, out/dez/1997.
5. IVO, Gabriel. *Reforma Constitucional - regra de estrutura - Limitação*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: [s.n.], n.22, p.149-171.
6. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Reforma Constitucional e as Garantias da Magistratura, do MP e dos Tribunais de Contas*. Revista da Associação Paulista do Ministério Público. n.17, 1998, p.5-10.

[39] DANTAS, Ivo. Op. cit. p.122.
[40] CANOTILHO, J.J Gomes. Op. cit. p.950

7. MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativa. Rio de Janeiro: [s.n.], n.211, jan-mar/1998, p.79-91.
8. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais de Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva,1999.
9. SILVÉRIO, Rocha. *O Instituto Jurídico dos direitos adquiridos e a "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], n.128 out./dez./1995, p.69-77.
10. SILVA, José Afonso da. *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v.213, 1998, p.121-131.

BREVE ESTUDO ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

David Ribeiro Dantas (monitor de Teoria Geral do Estado, ex-monitor de Direito Constitucional e Pesquisador-bolsista do PIBIC/UFPE orientado pelo Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti).

Sumário: 1. Colocações Preliminares; 2. Os direitos fundamentais, seu conceito e caracterização; 3. Os Direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988; 4. Os Sistemas de Garantia dos Direitos Fundamentais; 5. Bibliografia.

1. Colocações Preliminares

"*É quase impossível saber qual o número daqueles que, se continuarem expostos por mais tempo a uma constante ameaça de desemprego, aceitarão de bom grado uma 'política populacional' de eliminação regular do excesso de pessoas*"[1]. Note-se como este alerta da filósofa alemã Hannah Arendt aplica-se à realidade excludente do Brasil deste fim de século. A sociedade brasileira passou a tolerar o desrespeito constante aos direitos fundamentais em parte por considerá-lo como uma forma válida de reduzir as desigualdades sociais do país, e isso, por si só, já justificaria um estudo acerca do tema.

Como bem nos lembra Luciano Oliveira, "A exclusão social é um processo que tanto clama pelos direitos humanos, quanto contra eles conspira"[2]. Somando-se isto à advertência da filósofa alemã de que pessoas "normais", permanentemente sujeitas à ameaça de perderem seu lugar no mundo, podem aceitar uma solução autoritária para sua angústia, chegaremos ao que Luciano Oliveira classificou como uma fuga da razão sociológica na sociedade brasileira.

Manchetes de jornais e revistas diariamente dão conta do que falamos e evidenciam a necessidade urgente de que se implementem políticas públicas que visem tanto à propagação dos direitos fundamentais

[1] ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 08.

[2] OLIVEIRA, Luciano. *Exclusão Social e Direitos Humanos*. In Anais do XI Encontro do Ministério Público do Estado de Pernambuco. Recife: PGJ/IMPPE, 1995, p.15

entre a população, quanto a sua efetivação, consubstanciada no respeito aos direitos fundamentais previstos no nosso ordenamento.

Comentários do tipo: *"pode-se discutir, exaustivamente, como esses meninos chegaram aonde chegaram e o que fazer para tirá-los da subvida que levam. Mas o fato é que, hoje, os meninos-assaltantes da Praça da Sé são, em primeiro lugar, meninos-assaltantes da Praça da Sé"*(a matéria refere-se ao massacre da Candelária – Folha de São Paulo, 1.08.93), estrapolam o limite do respeito à dignidade humana para demonstrar o perigoso grau de intolerância a que nossa sociedade chegou, principalmente quando são veiculados em meios de comunicação de massa, como jornais, revistas e televisão.

O presente estudo divide-se em duas partes. A primeira visa a traçar uma análise da teoria geral dos direitos fundamentais e sobre a forma como o texto constitucional brasileiro enfrentou tal questão. Nesta parte, direcionamos o estudo para os sistemas de garantia dos direitos fundamentais, com ênfase especial aos mecanismos internacionais. Tentamos assim, traçar um desenho do sistema internacional de defesa dos direitos humanos. Na segunda parte, faremos um estudo sobre a adoção de políticas públicas tendentes à efetivação dos direitos fundamentais.

2. Os Direitos Fundamentais, seu conceito e caracterização

"O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais."[3] O professor José Afonso da Silva porém alerta, com o que concordamos, que a expressão mais adequada para denominar esse conjunto de direitos e garantias é "direitos fundamentais do homem", porque é expressão que, ao mesmo tempo, refere-se a princípios que resumem a concepção de mundo e, informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico.

Esse conjunto de direitos e garantias, vale frisar, relaciona-se diretamente com o princípio da não ingerência do Estado na esfera privada (individual) e a consagração da dignidade humana, que são reconhecidos universalmente, tanto na esfera constitucional, como infraconstitucional – mesmo no direito consuetudinário – pela maioria dos países.

[3] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.39.

Os direitos integrantes desse "conjunto" possuem elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico e podemos distinguí-los pelas diversas características que a doutrina e a jurisprudência têm lhes atribuído ao longo dos tempos. São essas características: *imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universabilidade, efetividade, interdependência e complementariedade*, que passamos a analisar com base na obra de Alexandre de Moraes[4], advertindo que por opção adotaremos a denominação "direitos fundamentais do homem" em lugar da utilizada pelo autor.

- *Imprescritibilidade*: os direitos fundamentais do homem não se perdem pelo decurso do tempo;
- *Inalienabilidade*: não há possibilidade de transferência dos direitos fundamentais do homem, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- *Irrenunciabilidade*: os direitos fundamentais do homem não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina como a renúncia do direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- *Inviolabilidade*: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- *Universalidade*: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- *Efetividade*: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;
- *Interdependência*: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem de autoridade judicial competente;
- *Complementariedade*: os direitos fundamentais do homem não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos pretendidos pelo legislador constituinte.

[4] MORAES, Alexandre de. Op. cit., p.41.

Todas essas características que o professor Alexandre de Moraes destaca em sua obra nos ajudam a compreender a natureza jurídica dos direitos fundamentais do homem em sua totalidade.

3. Os Direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

O processo de democratização do Brasil e a conseqüente ruptura com o modelo autoritário, instaurado a partir de 1964, tiveram um grande impacto na esfera dos direitos fundamentais. Neste sentido importante a análise feita pela professora Flávia Piovesan em seu livro Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, quando coloca que "Compreender a forma pela qual o texto constitucional consagra os direitos de cidadania, impõe-se como requisito fundamental para o enfoque dos princípios constitucionais a reger o Brasil nas relações internacionais"[5], e acrescentamos nós, é igualmente fundamental para a realização de um estudo acerca da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito interno do Estado brasileiro. Por essa razão, iremos proceder, ainda que brevemente, a uma análise do processo de democratização no Brasil.

O processo de democratização do Estado Brasileiro que culminou com a constituição de 1988 iniciou-se, originariamente, pela liberalização política do próprio regime militar. Durante o regime militar foram revogados direitos constitucionais, civis e políticos, foram suprimidos ou censurados canais de representação de interesses e foi estabelecida uma ditadura do Poder Executivo sobre os demais poderes da República (Legislativo e Judiciário) e da Federação (Estados). Toda esta situação gerou dificuldades em solucionar problemas internos, o que favoreceu a organização, mobilização e articulação das forças de oposição, que, por sua vez, permitiram importantes conquistas sociais. A forma lenta e gradual de que foi feita a transição democrática permitiu o surgimento de um controle civil sobre as forças militares. Foi preciso ainda elaborar um "novo código", que refizesse o pacto político-social, um novo texto constitucional, promulgado em outubro de 1988.

A Constituição de 1988 institucionalizou um regime democrático no Brasil e trouxe consigo indiscutível avanço na consolidação legislativa de direitos e garantias fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade. A Carta de 1988 é o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos fundamentais já adotado no Brasil.

[5] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.51.

Neste campo o seu valor principiológico já pode ser sentido a partir do preâmbulo, que projeta a construção de Estado Democrático de Direito *"destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito"*. Dentre os fundamentos do estado brasileiro, dispostos nos artigos 1° a 3° da Constituição, encontramos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1 °, II e III), de forma a constituírem-se os direitos fundamentais em um "elemento básico para a realização do princípio democrático"[6] no Brasil. É dessa forma, como bem nos ensina o professor Jorge Miranda, que constituição "confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E que ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado".[7]

Está assim, o valor da dignidade da pessoa humana eleito em nossa Carta constitucional de 1988 como um valor essencial que lhe confere (à constituição) unidade, imprimindo-lhe uma feição particular: a da carta constitucional que pela primeira vez - na observação de José Afonso da Silva - assinala, especificamente, "os objetivos do Estado brasileiro, não todos, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana".[8]

Na lição do Professor Ivo Dantas "retoma-se, no título II da Constituição, um dos 'objetivos' estabelecidos no art. 3° (inciso IV), com uma diferença que merece ser destacada: enquanto lá se estabelecia a determinação em nível programático, aqui (no art. 5°) a Constituição já lhe assegura um nível de Direito Individual, o que, na prática, significa dizer-se, a teor do que prescreve o § 1° deste mesmo artigo, sua imediata aplicabilidade"[9]. De fato, parece-nos que o texto busca resguardar o valor da dignidade humana, que é enfatizado e redimensionado, privilegiando a temática dos direitos fundamentais, o que pode ser constatado, inclusive pela nova topografia constitucional que coloca os direitos e garantias fundamentais antes mesmo de tratar da organização do Estado, o que não

[6]
[7] PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 59
[8] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Coimbra: Coimbra, 1988, tomo IV, p. 166.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.93.
[9] DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática.* Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 229.

acontecia nos textos anteriores. E mais ainda, eleva-os, direitos e garantias, à condição de "cláusula pétrea". Além disso, a carta constitucional de 1988 amplia a dimensão dos direitos e garantias.

O título II da Constituição além de prever os direitos civis e políticos, sistematiza, pela primeira vez, os direitos sociais (previstos de forma dispersa nos textos anteriores), e inclui os direitos coletivos e difusos. Os direitos civis e políticos, como destaca de forma simplificada Celso de Mello[10], "compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais que realçam o princípio da liberdade"; os direitos sociais, ao seu passo, "identificam-se com as liberdades positivas, que acentuam o princípio da igualdade"; já os direitos coletivos e difusos, "materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade". Assim, a Constituição de 1988 apresenta seu catálogo de direitos e garantias fundamentais em 77 incisos.

Em seguida, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que proclamam tais direitos e garantias, a Constituição estabelece o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas nos termos do § 1º do art. 5º. Tal princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais. Contudo vale ressaltar a lição do insigne constitucionalista português, prof. J. J. Gomes Canotilho, sobre a matéria: "deve ter-se aqui em conta o sentido da aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência. Recorde-se o sentido fundamental desta **aplicabilidade directa:** os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos de novo que se esta idéia de aplicabilidade directa significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não

[10] STF – Pleno – MS n.º: 22164/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 Nov. 1995, p.39.206.

implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*".[11] Acerca do referido princípio, importante ainda a advertência de Jorge Miranda, de que "o sentido de tal norma não pode ser outro senão o de salientar o caráter preceptivo, e não programático das normas sobre direitos, liberdades e garantias; afirmar que estes direitos se firmam na Constituição e não na lei; e sublinhar que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais"[12].

No § 2º do art. 5º, o texto constitucional traz uma das normas que causou maior polêmica entre os doutrinadores do Direito Constitucional. Ao estabelecer que "*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*" (art. 5º, § 2º), o legislador atribuiu caráter exemplificativo ao elenco de setenta e sete incisos do artigo 5º. Contudo a questão se tornou controversa no que diz respeito aos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento[13] de que os direitos e garantias decorrentes de atos ou tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como *atos normativos infraconstitucionais*. No mesmo sentido a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem "se o Brasil incorporar tratado que institua direitos fundamentais, esses não terão senão força de lei ordinária"[14].

Em sentido contrário ao texto e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e contando com a adesão do autor, posicionam-se Flávia Piovesan e Fernando Luís Ximenes Rocha, bem como Antônio Augusto Cançado Trindade, hoje presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para Flávia Piovesan, "ao prescrever que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais', a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados em que o Brasil seja parte. Este processo deinclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos. Ao efetuar tal

[11] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 412.
[12] MIRANDA, Jorge. Op. Cit., tomo IV, p. 282-283.
[13] Cf. RTJ 83/809; STF – ADin. 1.480-3 – medida liminar – rel. Min. Celso de Mello.
[14] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99.

incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados"[15]. Este também o entendimento de J. J. Gomes Canotilho, para quem "o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco da constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas". Com isso, o referido autor (referindo-se ao art. 16 da Constituição portuguesa, que admite igualmente a existência de outros direitos fundamentais, inclusive decorrentes dos tratados internacionais, além dos constantes da Carta constitucional), considera esta norma como "norma de *fattispecie* aberta, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da acção humana"[16].

4. Os Sistemas de Garantia dos Direitos Fundamentais

Ao propor o estudo dos sistemas de proteção dos direitos fundamentais, pretendemos centrar nossa análise, sobretudo, nos meios internacionais de proteção de tais direitos, tão pouco evidenciados nos manuais ao tratarem do tema. Por essa razão, não nos deteremos a um estudo pormenorizado das ações de garantia dos direitos fundamentais previstas no ordenamento brasileiro, limitando-nos a citá-las, já que o tema goza de satisfatório tratamento nos manuais disponíveis no mercado.

As diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela constituição teriam pouco valor se não existissem meios adequados para garantir a realização concreta de seus efeitos. Pois, de fato, "a constitucionalização dos direitos fundamentais não significou mera enunciação de princípios, mas plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia."[17] Esses direitos, como nos ensina J. J. Canotilho, cumprem a função de defesa dos cidadãos sob dois aspectos,

[15] PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 83.
[16] CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 378.
[17] MORAES, Alexandre de. Op. cit. p.21.

a saber: "constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual (1); implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (2)"[18]. O que levou autores como Georg Jellinek[19] a apontarem três ordens de garantias para os direitos: sociais, políticas e jurídicas.

As garantias sociais, conforme nos ensina Luís Roberto Barroso[20], consistem na capacidade de o Estado prover adequadas condições materiais a seus habitantes, tomados em sua dimensão individual e coletiva. As garantias políticas ligam-se ao modo de exercício do poder no Estado. E as garantias jurídicas correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, isto é, às ações, e respectivos procedimentos, dedutíveis perante o Poder Judiciário.

Para a proteção *in concreto* dos diretos fundamentais, são as garantias jurídicas que estão mais próximas do cidadão considerado individualmente, e só elas podem ser suscitadas por mero ato de vontade do interessado. Sentindo-se lesada em seu direito, toda e qualquer pessoa pode solicitar uma manifestação do Poder Judiciário, o que constitui o chamado direito de ação, autônomo em relação ao direito material alegado e assegurado no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição.

Como são diversas as situações jurídicas subjetivas decorrentes dos direitos elencados no texto constitucional, a ordem legal contempla uma ampla gama de remédios processuais utilizáveis pelo jurisdicionado. Algumas dessas ações, em face da relevância dos interesses que visam proteger, receberam um tratamento especial que se iniciou com a sua previsão, como garantia específica, no texto da Constituição. Desta forma, ao mandado de segurança, ao *habeas corpus* e à ação popular – remédios já previstos anteriormente – a Constituição acrescentou o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, o mandado de injunção e o *habeas data*, ampliando de forma significativa o elenco de ações à disposição do cidadão.

[18]
[19] CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit, p.383.
[20] JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*, 1981 (ed. Argentina), p. 591.
BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 121.

Cada uma dessas ações, com suas especificidades e procedimento, integra o "sistema interno" de proteção dos direitos fundamentais, que se entrelaça com os sistemas internacionais de proteção de tais direitos (e aqui o plural faz-se necessário pela coexistência dos sistemas global – capitaneado pela ONU – e regional – capitaneado pela OEA e pela Comunidade Européia).

O sistema global de proteção dos direitos humanos foi inaugurado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, embora a Carta da ONU, de 1945, em seu art. 55, estabelecesse que os Estados-partes deviam promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais. É portanto com a Declaração Universal que ocorre a definição e fixação do elenco de direitos e garantias a serem protegidos. Contudo, por não tratar-se de tratado, e sim de uma declaração, o documento de 1948 não goza de força jurídica obrigatória e vinculante. À luz dessa visão instaurou-se um longo debate para a "juridicização" da Declaração na comunidade internacional que se iniciou em 1949 e só foi concluído em 1966 com a elaboração de dois tratados internacionais distintos, que transformaram os dispositivos da Declaração Universal em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias para os Estados signatários, a saber, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos econômicos, sociais e culturais.

A partir da elaboração desses pactos forma-se a Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights)*, integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos de 1966. É a Carta Internacional de Direitos Humanos que inaugura o sistema global de proteção desses direitos, que posteriormente viria a ser ampliado com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos concernentes a determinadas e específicas violações a direitos como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação da mulher, dentre outros.

Tratando especificamente dos mecanismos constantes daqueles dois pactos podemos ressaltar algumas importantes inovações. O pacto internacional dos direitos civis e políticos proclama o "dever do Estado-parte em assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos sob sua jurisdição, adotando todas as medidas necessárias para este fim", o que impõe aos signatários obrigações tanto de ordem negativa (ex.: não torturar) como de natureza positiva (ex.: prover um sistema legal capaz de responder às violações de direitos). E foi além o referido pacto ao instituir uma sistemática peculiar de monitoramento e implementação dos direitos dele constantes baseado no encaminhamento (obrigatório) de relatórios sobre as medidas legislativas, executivas e judiciárias, a fim de ver implementados os direitos enunciados pelo pacto. Estes relatórios são

apreciados pelo Comitê de Direitos Humanos, responsável por examinar e apreciar os relatórios, tecendo comentários gerais que serão encaminhados ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Além da sistemática dos relatórios, o Pacto estabeleceu também a sistemática das comunicações interestatais, pela qual um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação a direitos humanos enunciados naquele documento. Contudo, o acesso a este mecanismo é opcional e depende da elaboração pelo Estado-parte de uma declaração em separado, reconhecendo a competência do Comitê para receber comunicações interestatais. Vale ressaltar ainda que, tratando-se de cláusula facultativa, as comunicações só podem ocorrer se todos os Estados envolvidos (denunciador e denunciado) reconhecerem a competência do Comitê[21].

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos conta ainda com o protocolo facultativo que traz um dos mais importantes mecanismos de proteção, o mecanismo das petições individuais. Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade[22], é este sistema que cristaliza a capacidade processual internacional dos indivíduos (direito de petição individual), o que significa uma conquista de transcendência histórica. Trata-se de instrumento suplementar de suma importância que habilita o Comitê de Direitos Humanos a receber e apreciar petições encaminhadas por indivíduos, que aleguem serem vítimas de violações de direitos enunciados no Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Por se tratar de protocolo facultativo, requer a prévia ratificação dos Estados (que devem igualmente terem ratificado o Pacto), reconhecendo a competência do Comitê para apreciar as petições.

Saliente-se que tais petições deverão seguir alguns requisitos de admissibilidade (constantes no art. 5º do protocolo), tais como o esgotamento prévio dos recursos internos, e a comprovação de que a mesma questão não está sendo apreciada por outro órgão internacional. Preenchidos os requisitos e recebida a petição, abre-se prazo de seis meses para que o Estado preste esclarecimentos e informará as providências que porventura tenha adotado. Estas informações serão encaminhadas ao autor para que tome ciência e, querendo, preste informações ou faça observações adicionais. Com base em tudo quanto foi colhido, o Comitê proferirá uma decisão, por maioria dos membros presentes.

---

[21] Acerca da sistemática de comunicações interestatais cf. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p.181-184.

[22] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 08.

Embora tal decisão não tenha força obrigatória ou vinculante, nem preveja qualquer sanção para o caso seu de descumprimento, a condenação do Estado no âmbito internacional enseja conseqüências políticas, através do chamado *power of embarrassment* (poder de embaraçar os Governos).

Até agora tratamos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, façamos pois uma breve análise do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Este Pacto incorpora o rol de direitos elencados na Declaração Universal e conta um mecanismo de monitoramento e implementação, que inclui na sua sistemática relatórios de que deverão constar, além das medidas adotadas no sentido de implementar os direitos ali reconhecidos, os fatores e as dificuldades no processo de implementação. Tais relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário Geral das Nações Unidas, que por sua vez, encaminhará ao Conselho Econômico e Social para apreciação. Este Pacto não criou órgão próprio de monitoramento, nem estabeleceu o mecanismo de comunicações interestatais, e nem permite, ainda que mediante protocolo facultativo, o de petições individuais.

Ao lado destes dois Pactos, ao longo do tempo, foram surgindo outros tratados e convenções internacionais, voltados para o combate a formas específicas de violações de direitos, tais como a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Internacional contra todas as formas de Discriminação Racial, dentre outras, que integram o chamado sistema especial de proteção dos direitos, dada a especificidade da matéria de que tratam, e em contraposição ao sistema geral composto pela *International Bill of Rights*.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos pode apresentar diferentes âmbitos de aplicação. Daí falar-se em sistema global, acima tratado, e sistema regional, que passaremos a analisar. O sistema regional é integrado pelo sistema americano, pelo sistema europeu e pelo sistema africano de proteção aos direitos humanos. Centraremos nossa abordagem no sistema americano, do qual faz parte o Brasil, embora atualmente existam três sistemas regionais principais, o europeu, o americano (comumente chamado também de interamericano) e o africano, e já possamos vislumbrar um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema asiático.

O principal instrumento do sistema americano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte interamericana. Este documento, assinado em San José da Costa Rica em 1969, entrou em vigor apenas em 1978, e

destina-se apenas aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos. Tal convenção limita-se a assegurar e estabelecer um rol de direitos civis e políticos semelhantes aos previstos no Pacto Internacional de Direitos Humanos. Quanto aos direitos sociais, a Convenção não os enuncia de forma específica, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, adotando as medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, nos termos do art. 26 da Convenção. Em 1988, contudo, foi adotado o Protocolo Adicional de San Salvador, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais.

A Convenção Americana prevê um aparato próprio de monitoramento e implementação dos direitos nela enunciados, que conta com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e com a Corte Interamericana, como já mencionamos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem a função de promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, devendo para tanto fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo as medidas adequadas à proteção de tais direitos; deve ainda, preparar estudos e relatórios que sejam necessários; solicitar aos Estados-partes informações acerca das medidas adotadas para a implementação dos direitos enunciados na Convenção; e submeter anualmente um relatório à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. Compete-lhe, ainda com relação aos direitos enunciados pela Convenção Interamericana, examinar as comunicações encaminhadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidade não-governamental. O reconhecimento da competência da Comissão é feito automatica e obrigatoriamente pelos Estados ao se tornarem partes da Convenção, sem que seja preciso qualquer declaração expressa, como bem salienta Flávia Piovesan[23]

A petição deverá se submeter aos mesmos requisitos de admissibilidade do sistema global, qual sejam, o prévio esgotamento dos recursos internos e a inexistência de litispendência internacional. Há entretanto uma inovação, é a ressalva feita ao primeiro dos requisitos de admissibilidade – esgotamento dos recursos internos – nos casos de injustificada demora processual e de não provimento, pela legislação doméstica, do devido processo legal. Vale ressaltar ainda, que a Convenção Americana inverte o padrão tradicional no diz respeito às comunicações interestatais. Ao passo que a maioria das convenções sobre direitos humanos estabelece como obrigatórias as comunicações feitas pelos Estados e, facultativas as encaminhadas pelos indivíduos, a Convenção

[23] PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., p. 229.

Americana, por entender que certos Estados poderiam utilizar as comunicações interestatais com finalidades políticas e intervencionistas, adota sistemática diversa, considerando obrigatórias as comunicações individuais e facultativas as encaminhadas pelos Estados-partes.

A Corte interamericana é o órgão jurisdicional do sistema regional americano, com competência consultiva e contenciosa. No plano consultivo, qualquer membro da OEA (seja ou não parte na Convenção) pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos na América, podendo a Corte opinar ainda sobre a compatibilidade entre preceitos da legislação doméstica dos Estados e os preceitos contidos em instrumentos internacionais. No plano contencioso, a competência da Corte para julgamento de casos é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente, e só podem ser a ela submetidos, casos encaminhados por Estados-partes e pela Comissão.

A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado o seu imediato cumprimento, p. exemplo, a fixação de compensação à vítima vale como título executivo, conforme os preceitos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.

Todo este sistema voltado para a proteção dos direitos humanos no nosso continente tem conseguido implementar novas realidades de exercício de direitos subjetivos, que no seu bojo, redimensionam o próprio conceito de cidadania nos países da América. Daí a conclusão de Dinah Shelton: "ambas, a Comissão e a Corte, têm adotado medidas inovadoras, de modo a contribuir para a proteção dos direitos humanos nas Américas e ambos, indivíduos e organizações não-governamentais, podem encontrar um fértil espaço para futuros avanços[24].

Para o cidadão, a proteção de direitos humanos por órgãos internacionais teve dois grandes avanços, a saber, a adesão do Brasil ao estatuto de criação do Tribunal Internacional Criminal Permanente, aprovado em Roma, em julho de 1998; e o seu reconhecimento da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ocorreu através do Decreto Legislativo n.º 89, de 03 de Dezembro de 1998. A responsabilidade primária, com relação à reparação de violações dos direitos humanos, continua pertencendo ao Estado, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Desta forma, a jurisdição do Tribunal (e a da Corte) é adicional e complementar , ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Para

[24] SHELTON, Dinah, apud PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p.244.

o exercício desta jurisdição faz-se necessária a adesão do Estado ao tratado, que deve ser feita na íntegra, sem reservas. E as investigações e processos internacionais decorrentes da adesão do Estado ao tratado não dependem de qualquer autorização prévia.

5. Bibliografia

1. ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
2. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
3. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991
4. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
5. DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
6. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
7. JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado* (ed. Argentina), 1981.
8. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, tomo IV, 1988.
9. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
10. OLIVEIRA, Luciano. *Exclusão Social e Direitos Humanos In Anais do XI Encontro do Ministério Público do Estado de Pernambuco*. Recife: PGJ/IMPPE, 1995,p.15.
11. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
12. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
13. STF – Pleno – MS n.º: 22164/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 Nov. 1995, p.39.206.

ALGUNS ASPECTOS DO CONTROLE ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

"O Estado Democrático é um Estado de garantias constitucionais. Democracia sem liberdade, Democracia sem garantias constitucionais, Democracia não é, Democracia não deve ser"(Pinto Ferreira)

Marcelo Casseb Continentino (Aluno do 6º Período da Graduação em Direito, UFPE, pesquisador PIBIC (CNPQ)

Sumário: 1. Introdução; 2. Constituições rígidas e flexíveis; 3. Conceito de inconstitucionalidade. Tipologia; 4. A fiscalização de constitucionalidade; 5. O controle abstrato e seus efeitos. O caso brasileiro; 6. A quebra do dogma "inconstitucionalidade-nulidade" no Direito brasileiro; 7. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1. Introdução

O controle das leis foi uma necessidade da sociedade desde as civilizações clássicas, na medida em que ele se consubstancia numa efetiva garantia em favor do homem. A esse respeito ensina-nos o eminente constitucionalista Mauro Cappelletti: "a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana"[1].

Assim, vislumbram-se, em vários ordenamentos, os sistemas de controle de constitucionalidade das leis, que variam de acordo com suas especificidades históricas, ideológicas, políticas e jurídicas. No Brasil, adotou-se um sistema eclético, visto que acolheu os dois sistemas básicos de controle judicial de constitucionalidade existentes, quais sejam o modelo concentrado e difuso.

[1] CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 45.

Pode-se afirmar, a grosso modo, que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade brasileiro (em sede de ação direta) acarreta uma decisão cujos efeitos são nulidade da norma impugnada e eficácia contra todos, ou seja, efeitos ***ex tunc*** e ***erga omnes***.

A grande importância do tema reside no fato de que nem sempre a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, por via de ação direta, com pronúncia de nulidade (efeitos da sentença retroagem à data da validade da lei), traduz a melhor prestação de Justiça ao jurisdicionado, conforme têm demonstrado a doutrina e jurisprudência estrangeiras. Por conta disso, países há que (Alemanha, Áustria, Portugal, Espanha, dentre outros) aplicam a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade como faculdade ao juiz, diante do caso concreto.

Será, portanto, essa técnica analisada, a fim de constatar-se se o ordenamento brasileiro abriga ou não ***a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade na fiscalização abstrata da constitucionalidade e se ela consubstancia uma efetiva garantia de justiça da prestação jurisdicional.***

2. Constituições rígidas e flexíveis

Preliminarmente, a qualquer estudo na seara do controle de constitucionalidade, faz-se mister adotar um conceito de Constituição. Sabe-se que Constituição é palavra plurívoca, assim, dependendo da abordagem que se faça, muitos serão seus significados. Partindo do pressuposto jurídico-formalista, adotar-se-á o conceito de Hans Kelsen, qual seja:

> "*Constituição, no sentido formal, é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas*"[2].

Do conceito exposto, decorre logicamente a distinção entre lei ordinária e lei constitucional[3], significando a existência, dentro do ordenamento, de uma hierarquia entre as normas que o compõem. Dessa forma, a Constituição, como norma fundamental, é o nível mais alto do sistema jurídico. Ficará estabelecido, portanto, uma relação de fundamentação, na qual a norma inferior só é válida porque

[2] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 129-130.
[3] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 65.

está em conformidade com norma superior que, em última instância, é a Constituição. Demonstra-se, por conseguinte, uma característica basilar das constituições que é a supremacia das normas constitucionais em relação às outras normas do ordenamento jurídico.

Daí, classificarem-se as constituições em rígidas e flexíveis. "Flexíveis são aquelas que não exigem nenhum requisito especial de reforma"[4]. São modificáveis pelos mesmos procedimentos utilizados nas leis ordinárias, isto é, não se define um trâmite mais elaborado para produção de normas constitucionais, de forma que as constituições são facilmente modificáveis.

Já as constituições rígidas são "as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene"[5]. A própria constituição, em seu bojo, estabelece procedimentos especiais para sua modificação, para que ela não fique vulnerável às intempéries circunstanciais da sociedade e, conseqüentemente, desestruture-se.

Então, a fiscalização da constitucionalidade aferirá a relação de fundamentação entre as normas de um ordenamento jurídico válido, preservando o sistema de rigidez adotado por uma Constituição, invalidando as normas que estiverem fora do âmbito previsto pela norma superior (a Constituição).

3. Conceito de inconstitucionalidade. Tipologia

O controle de constitucionalidade pressupõe uma constituição rígida[6], pois dela decorre logicamente a hierarquia das leis. Diz-se, assim, que uma lei é inconstitucional quando "contém, em todo ou em parte, prescrições incompatíveis

[4] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 66.
[5] Idem, Ibidem.
[6] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 5. Entretanto, como ensina Marcelo Neves, atua a constituição material como "*metalinguagem prescritiva em relação às leis (linguagem-objeto) nela abstratamente previstas sob o prisma formal*", isto é, a constituição é "*normativo-juridicamente superior*", por ser o "*fundamento formal de validade*" das leis a serem criadas (NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.88). Assim, em um sistema de constituição flexível, uma lei pode ser inconstitucional por padecer de vício formal.

ou inconciliáveis com a Constituição"[7]. Para Marcelo Neves, trata-se de "um problema de relação intra-sistemática de normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal", sendo, inconstitucional "a norma pertencente ao ordenamento jurídico, inválida (nula ou anulável) e, com certas restrições, juridicamente eficaz, enquanto não se profira decisão que a expulse definitivamente do sistema jurídico"[8]. Caberá, portanto, ao órgão competente analisar esse conflito de leis, afastando a lei inferior (através da revogação), para que a Constituição – norma superior que é – prevaleça.

Então, até que o órgão competente[9] expulse a lei do sistema, ela permanecerá produzindo seus efeitos. Isso permite trazer à tona dois novos conceitos, da doutrina de Marcelo Neves, baseado em Pontes de Miranda: ***pertinência*** e ***validade***. *Pertinência* "significa que uma determinada norma integrou-se (regular

---

[7] Bittencourt, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 53. A respeito do conceito de inconstitucionalidade exposto, surge uma instigante questão sobre a incompatibilidade de uma norma com um preceito não expresso da Constituição, ou seja, se uma lei pode ser declarada inconstitucional, sob o argumento de ter violado o espírito da constituição. Não se enveredará nesse aspecto, por fugir ao tema proposto neste trabalho (vide BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 53 e ss). Cf. BARBOSA, Rui *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 6-8, conforme lição de Dicey, Rui Barbosa preleciona que a inconstitucionalidade pode assumir três concepções diferentes, a depender da natureza da constituição, dessa forma: "*I – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês. significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo. II – Aplicada a uma lei das Câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contraria ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os Tribunais franceses se reputem desobrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura. III – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do Congresso e é, por conseqüência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, ultra vires, isto é, nulo*".

[8] NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 71 e 85.

[9] Da competência para o controle das leis, configuram-se dois tipos diversos de fiscalização: controle judicial e político. O primeiro feito pelo poder judiciário; o segundo, como na França, por um órgão político, no caso, o Conselho Constitucional, instituído pela Constituição de 1958. Deter-se-á, todavia, no controle judicial das leis, pelo fato de esse ter sido o modelo consagrado no Brasil e ser o objeto deste estudo.

ou irregularmente) a um determinado ordenamento jurídico e ainda não foi expulsa por invalidade ou revogada"[10]; *validade* resulta da produção regular de normas pelos agentes do sistema, com preenchimento de todas "as condições formais e substanciais estabelecidas nas regras de admissão do sistema, e enquanto não há revogação"[11].

Desses dois conceitos, afigura-se lícita a seguinte conclusão: para os destinatários da norma sancionada, não importa, *a priori*, se ela é válida ou não, posto que uma vez pertinente a norma, será devido observar-lhe independente de sua validade. A diferença será quanto à forma de retirá-la do ordenamento jurídico. Existirão dois meios dogmáticos: o judicial, através da declaração de inconstitucionalidade; o político, pelo processo legislativo. Em suma, a lei pertinente inválida é lei inconstitucional, porém ainda não declarada como tal, ou provisoriamente constitucional. Ver-se-á (*item 6*) a importância da distinção.

Na tipologia da inconstitucionalidade, a doutrina, em geral, classifica-a em formal e material. Lúcio Bittencourt, todavia, enumera quarto possibilidades em que pode surgir a inconstitucionalidade: "1- desrespeito à forma prescrita; 2- inobservância de condição estabelecida; 3- falta de competência do órgão legisferante; 4- violação de direitos e garantias individuais"[12]. Resumem-se, porém, essas quatro formas de manifestação de inconstitucionalidade na formal e material.

A inconstitucionalidade formal, de cunho estritamente técnico-jurídico, irá perscrutar se uma lei atendeu a todos os requisitos formais para sua elaboração. O controle material – com caráter jurídico e, sobretudo, político – fará um juízo "acerca do conteúdo ou substância da norma impugnada"[13], na qual se apreciará valorativamente a norma em questão. Tão delicada é essa forma de controle, que países chegam a negá-la, por eventual ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes[14].

[10] NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 42.
[11] Idem, p. 45.
[12] BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 71.
[13] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 268.
[14] O controle constitucional, na França, é feito por um órgão político, o *Conseil Constitutionnel*, devido principalmente à rígida formulação da doutrina da Separação dos Poderes. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 94-100, o autor enumera além do motivo ideológico citado, razões práticas e históricas.

4. A Fiscalização de constitucionalidade

É comum atribuir-se o pioneirismo do controle de constitucionalidade das leis aos Estados Unidos, através da célebre decisão do *Chief of Justice John Marshall* no caso *Marbury x Madison*.[15] Só que essa afirmação não é, historicamente, de todo correta[16]. Conforme referido, a idéia de um controle das leis remonta às mais antigas civilizações.

Pode-se encontrá-la na sociedade grega, através da distinção entre estas duas espécies normativas: *pséfisma e nómos*[17]. Igualmente na Idade Média, subsistiu a preocupação de um controle das leis, no qual importante participação teve o Jusnaturalismo, pois serviu como instrumento de aferição da validade (e legitimidade) das leis.

Por que, então, diante de tantas evidências, costuma-se atribuir aos Estados Unidos o pioneirismo no Controle? A grande questão é que os americanos, a partir da decisão do *Chief Justice John Marshall*, consolidaram uma nova concepção do controle constitucional: *Judicial Review of the Constitutionality of Legislation*, consagrando, pois, *the Supremacy of the Constitution*[18].

---

[15] Segundo James Grant, "*o controle jurisdicional das leis representa uma idéia posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos*", *apud* CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 46.

[16] Idem ibidem.

[17] Os *nómos* eram leis que versavam sobre a organização do Estado e exigiam um procedimento todo especial para serem alteradas ou revogadas. Os *pséfisma* equivaliam aos decretos de hoje; poderiam regulamentar sobre várias atividades e condutas, desde que fossem legal, substancial e formalmente; em outras palavras, estivesse em acordo com o *nómos*. Poderiam, hoje, ser classificadas como normas constitucionais (*nómos*) e infra-constitucionais (*pséfisma*).

[18] Veja-se este excerto da decisão de Marshall, no qual ele chega à brilhante tese da *Supremacia da Constituição*: "*É de todo evidente que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através da lei ordinária. Não há meio termo entre as duas alternativas. Ou a constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, com estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável.*", *apud* CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 47-48. Vide também BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 12-14. É interessante anotar, como aponta Lúcio Bittencourt, que a tese de Marshall, por três vezes, quase foi derrubada, sendo uma dessas vezes por iniciativa do próprio Marshall, em troca de favores políticos, veja-se BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 14-19. Também se

A nova concepção de controle difundiu-se pelo mundo e foi rececpcionada pela maioria dos ordenamentos jurídicos, cada um deles adotando um modelo de acordo com suas peculiaridades políticas, históricas e jurídicas. Podemos, portanto, classificar, quanto ao aspecto subjetivo, o controle judicial das leis em dois tipos: *concentrado* (modelo austríaco) e *difuso* (modelo americano).

O sistema concentrado é aquele em que o poder de controle está restrito a apenas um único órgão do poder judiciário. Nessa modalidade, o controle se dá por via de ação – ajuizada diretamente contra o órgão judiciário competente, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) – com o objetivo exclusivo de declarar inconstitucional determinada lei. O efeito de sua decisão opera *erga omnes*.

O sistema difuso é o que o poder de controle "pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência"[19]. Aquì, a lei só será declarada inconstitucional se a parte, diante do caso concreto, questionar sua validade. O efeitos da decisão do controle difuso serão limitados às partes.

Pode-se adotar um tipo misto de controle das leis, como o fez o Brasil, acolhendo os dois métodos de controle. Assim, o STF com a competência exclusiva para julgar ações diretas de inconstitucionalidade (modelo concentrado) e todos os outros órgãos judiciários competentes para julgar - no caso concreto, desde que suscitada pela parte – a constitucionalidade das leis (modelo difuso).

5. O Controle abstrato e seus efeitos. O caso brasileiro

Os americanos, com a concepção do *Judicial Review*, revolucionaram o controle judicial das leis e influenciaram vários ordenamentos jurídicos, ainda que indiretamente. De fato, países, como Alemanha e Itália, adotaram, provisoriamente, o modelo americano; devido, porém, ao sistema de direito desses e de outros países (*Civil Law*), tal modelo não prosperou, por causa dos verdadeiros contrastes de tendências que poderia formar, tendo em vista a inexistência do princípio da *Stare Decisis*[20]. Seria instaurada uma verdadeira situação de insegurança jurídica e desigualdade entre os indivíduos.

---

criticam seus argumentos por uma eventual postura anti-ética (Robert Jackson *apud* Bittencourt, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 17): "*Today it would envolve an ethical standard which would forbid Marshall to sit in a case founded on acts and omissions to which he had been a party*". Entretanto, do ponto de vista lógico-jurídico, sua tese revela-se, até hoje, incontestável.

[19] CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 67.

[20] Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 76-85. "*O princípio da stare decisis opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada*", CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 81.

Surge a necessidade de adotar um modelo apropriado para os países de sistema romanístico (*Civil Law*) de Direito. Nesse sentido, destaca-se a Constituição de 1920 da Áustria, cujo mentor fora Hans Kelsen, que criou o arquétipo da fiscalização abstrata, posteriormente adotado por vários países, dentre eles, o Brasil.

Com o modelo austríaco de fiscalização de constitucionalidade, observam-se algumas características singulares. Primeiro, a criação de novo órgão com competência exclusiva, no caso austríaco a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), para julgar a constitucionalidade das leis. Segundo, relativamente aos efeitos da decisão que seriam "*ex nunc*" (ou "*pro futuro*") e "*erga omnes*".

No Brasil, costuma-se registrar na Constituição de 1934, o ponto de partida para inclusão do controle direto de constitucionalidade, através da provocação da Corte Suprema pelo Procurador Geral da República, para conhecer de lei federal que houvesse decretado a intervenção da União[21].

O Brasil, ao adotar o sistema austríaco de controle, introduziu algumas modificações, causadas, sobremaneira, pela influência do Direito Constitucional norte-americano. Assim, consolidou-se – como verdadeiro dogma – que a pronúncia de inconstitucionalidade, em sede de ação direta, teria eficácia *ex tunc* e *erga omnes*, isto é, implicaria a nulidade da norma impugnada desde sua vigência contra todos.

Houve vários defensores da tese de que o conceito de inconstitucionalidade importa uma "*categoria unitária, indissociável da nulidade*"[22], conforme entendia Rui Barbosa. Saliente-se que Rui Barbosa defendia a indissociabilidade *inconstitucionalidade-nulidade* no Direito brasileiro apenas no controle difuso, única forma ao seu tempo. Outros, porém, adotaram a mesma técnica do sistema difuso para o concentrado[23], como Francisco Campos, Castro Nunes e Alfredo Buzaid, o qual sustentava que:

> "*O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse*

[21] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 296.

[22] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 13 e ss.

[23] Vale salientar que os americanos declaravam categoricamente a lei inconstitucional como lei que jamais possuiu eficácia jurídica (*is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*) e, conforme crítica de Bittencourt: "*os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento*", cf. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 140-141.

> *adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição*"[24]

No entanto, a tendência atual (deveras enraizada no constitucionalismo alemão, austríaco, espanhol e português) é contrária às teses acima formuladas. Juristas pátrios (Gilmar Ferreira, Clèmerson Clève, Paulo Bonavides) refutam essa tese por não comportar uma solução flexível mais apropriada para um caso específico.

Tendo em vista o alto grau de complexidade das questões apreciadas, em sede de ação direta, o binômio *inconstitucionalidade-nulidade* não oferece a efetivação da Justiça, podendo a nulidade da lei inconstitucional revelar uma situação ainda mais "inconstitucional", do que a da lei inconstitucional. Enfim, urge quebrar o dogma do *Princípio da Nulidade dos Atos Inconstitucionais* e formular novas técnicas no controle concentrado brasileiro. É o que pensa, por exemplo, o professor Gilmar Ferreira Mendes:

> "*Impõe-se reconhecer que o dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico. Em outros termos, a nulidade resulta da inconstitucionalidade, não se configurando, porém, uma conseqüência lógica desta*"[25]

O mesmo se diga em relação ao eminente constitucionalista Clèmerson Clève, ao confirmar a tendência:

> "*É induvidoso que em semelhantes casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a justiça e a violação do princípio da proteção da confiança*"[26]

---

[24] BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro apud* CLÈVE, Clèmerson. Op. cit. p. 245.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 18-19.

[26] CLÈVE, Clèmerson. Op. cit. p. 251. Vide Paulo Bonavides. Segundo ele, a tradicional tese da nulidade "*ipso iure*" das leis inconstitucionais têm sido alvo de inúmeros ataques, cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 301-310.

Ressalte-se que até mesmo a jurisprudência americana, precursora do princípio da nulidade das leis inconstitucionais, tem oferecidos novas fórmulas em suas decisões ao declarar a inconstitucionalidade da lei e chega, apenas, a anular uma lei, em determinadas situações, em vez de declará-la nula[27].

6. A quebra do dogma "inconstitucionalidade-nulidade" no Direito brasileiro

Como destacado (*item 3*), a validade da norma não é condição necessária para a vigência (aptidão para produzir efeitos); ao integrar o ordenamento jurídico (pertinência), a norma é vigente, presume-se sua constitucionalidade. Todos, em tese, terão de agir em acordo com a norma, ainda que inválida. Cabe, então, desconstituir o dogma, ainda presente no Direito brasileiro, de que a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado importa nulidade da norma.

Ademais, essa antinomia existente entre norma ainda não declarada inconstitucional e Constituição é perfeitamente aceitável pela teoria dos sistemas proposicionais com função prescritiva[28]. Isso dá subsídios para afirmar-se que, sendo uma lei pertinente inválida declarada inconstitucional, seus efeitos até então produzidos devem ser avaliados minuciosamente, pois o próprio sistema jurídico admite-a em tese, em função de seu caráter dialético.

---

[27] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: Controle de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 189: "*em tempos mais recentes, pode-se identificar nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas*". Vide CLÈVE. Clèmerson. Op. cit. p. 255-256: "*A Suprema Corte americana, em determinados casos, desde 1965, concede à decisão declaratória de inconstitucionalidade, não mais do que efeito prospectivo*". Cf. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 147-149: o autor expõe a posição majoritária da doutrina, segundo a qual a *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absoluto (*It is not a universal rule of law*).

[28] Cf. NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 2-3: "*A coerência ou compatibilidade interpartes não se inclui entre as notas essenciais do conceito de sistema*", afirma Neves. E continua: "*Em verdade, a compatibilidade das partes é uma condição necessária tão-somente para os sistemas proposicionais com função teorética*", o Direito, sistema proposicional com função prescritiva que é, portanto, admite a incompatibilidade entre normas. Concluindo com o professor: "*Neles* (sistemas proposicionais com função prescritiva) *as desarmonias e conflitos, decorrentes da interação de forças antagônicas, são freqüentes, não descaracterizando a unidade sistemática, que é ontologicamente dialética*". Cf., também, BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p.95: "*A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos*".

A nulidade, assim, não deve ser declarada desde logo, conforme apregoava a doutrina norte-americana (*the inconstitutional statute is not law at all*), mas apenas em último caso, para preservarem-se as diversas relações jurídicas que se formaram, consolidaram-se, modificaram-se e extinguiram-se à sua luz.

Nessa tendência, a doutrina brasileira tem desenvolvido teses que abrandam o princípio da nulidade das normas inconstitucionais. Veja-se Clèmerson Clève[29]:

> "*Os atos singulares praticados com fundamento direto na lei reputada inconstitucional não são automaticamente desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos da decisão, reitere-se, repousam no plano do norma e não no plano normado (fato constiuído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma)*"

Comungando com a mesma tese, Gilmar Ferreira Mendes[30]:

> "*Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção singular em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato individual (Einzelaktebene) através das chamadas fórmulas de preclusão*"

Portanto, não se podem desprezar aprioristicamente as situações fundadas em norma pertinente inválida (ainda não declarada inconstitucional) por causa do dogma da *inconstitucionalidade-nulidade*, sem antes analisar as especificidades do caso concreto.

[29] CLÈVE, Clèmerson. Op. cit. p. 253.
[30] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: Controle de Normas no Brasil e na Alemanha.* São Paulo: Saraiva, p. 258.

7. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

A declaração de nulidade da lei "*es de extrema gravedad pues implica la nulidad de la misma desde su sanción, ex tunc*"[31], motivo por que os Tribunais Constitucionais, em especial o alemão, evita-a ao máximo. Grave porque, em geral, a revogação de uma lei pertinente inválida importará um período de tempo anormatizado, isto é, haverá um *vácuo legislativo* relativo ao tempo em que a norma era pertinente.

Por isso, o legislador alemão adotou, em 1970, a técnica da declaração de lei incompatível com a Lei Fundamental no controle abstrato[32]. Então, diante do caso concreto, averiguar-se-á se a nulidade importará uma situação jurídica ainda mais intolerável pelo sistema do que provocara a norma viciada. Destarte, em nome do princípio da *Segurança* e da *Certeza Jurídica*, é preferível ter uma situação regulamentada provisoriamente por norma inconstitucional a ter situação anormatizada.

A respeito da *certeza*, o professor Nelson Saldanha assinala: "o direito deve conferir certeza como uma ordem genérica e inteira, onde existem indicações e garantias"[33]. Certeza, ensina Nelson Saldanha, relaciona-se com a previsibilidade que o direito apresenta; é pressuposto da garantia. Ora, o *vácuo legislativo* (situação existente com a nulidade de uma norma) enseja um estado contrário ao valor certeza – e conseqüentemente garantia –, que é "*valor peculiar ao direito*", ou seja, é sua "*específica eticidade*", "*tem a ver com a luta contra o arbítrio*"[34]. Sem certeza, não há falar em segurança, põe-se em risco a Democracia, a Justiça, o próprio Direito.

---

[31] WITTHAUS, Rodolf Ernesto. *Poder Judicial Alemán.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994, p. 23.

[32] Pode-se assinalar outras técnicas usadas no controle constitucional alemão: a interpretação conforme a Constituição; o reconhecimento de situação "ainda constitucional" ou em "processo de inconstitucionalização", seguida de um apelo ao legislador (*Appllentscheidungen*) para regulamentar a situação através da edição de normas adequadas. Todas essas com o intuito de evitar a *nulidade* da lei, ocasionando-se o vácuo legislativo e pondo em risco a *Segurança Jurídica* e, numa perspectiva mais ampla, a estabilidade das relações sociais.

[33] SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 135.

[34] Cf.OÑATE, Lopez de *apud* SALDANHA, Nelson. Idem.

Outrossim, princípios outros reclamam pela adoção da técnica em estudo como a *proteção da boa-fé*, a *proteção da confiança do cidadão*, a *teoria da aparência*[35], sobre esta última, o STF já se mostra apreensivo com a inflexibilidade do controle concentrado, mitigando-o: "o Supremo não invalida os atos praticados pelo funcionário investido, por força de lei inconstitucional, em cargo público", sobreleva-se "a aparência de legalidade dos atos em favor da boa-fé de terceiros"[36].

O grande problema suscitado no Brasil em relação à fiscalização abstrata, dá-se pelo fato de – até antes da promulgação da Lei nº 9.868/99 – não haver dispositivo regulamentador dos efeitos da decisão do controle abstrato. Em Portugal, por exemplo, a Constituição (art. 282, 4) prevê:

> "*Art. 282, 4: Quando a segurança jurídica, por razões de eqüidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto no 1 e 2*" (grifo nosso)

A indeterminação, quanto à estipulação dos efeitos de uma decisão em sede de ação direta, enseja, já alertava Gilmar Ferreira, uma situação tal que "acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de

[35] Tais princípios se inferem do *Princípio da Obrigatoriedade "que constitui dentro de qualquer doutrina de direito público, a garantia e a segurança da ordem jurídica"* (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit. p. 96) o qual é intrínseco a toda lei pertinente, ainda que inválida. Ora situações há, em que uma lei declarada inconstitucional, impunha conduta "A", devendo-se, agora, agir de forma "não-A" desde a vigência da lei. Não raro, a conduta "não-A", ainda que constitucional, trará tantos prejuízos, que, em face dos princípios supra-referidos, melhor seria que, enquanto pertinente a lei da conduta "A", fossem seus efeitos preservados. Veja-se, por exemplo, se a conduta "A" concedesse a isenção do imposto X, e a lei, eivada de vício formal, só fosse declarada inconstitucional 10 anos depois. Seria uma situação dificílima compelir o contribuinte a pagar 10 anos de tributo referente às parcelas vencidas do imposto X, além das parcelas vincendas (conduta "não-A"). Abalam-se, destarte, os valores jurídicos *segurança* e *certeza*.

[36] Cf. CLÈVE, Clèmerson. Op. cit. p. 252.

censura, *declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais*"[37] (g.n.).

Situação delicada é a que ocorre nos casos de inconstitucionalidade por omissão parcial do legislador; por exemplo, o salário mínimo, que tem de atender aos requisitos do art. 7, inciso IV da Constituição Federal. Imagine-se se o salário mínimo for contestado, numa ação direta. Pela omissão parcial do legislador, sua inconstitucionalidade é evidente. Estaria, pois, conforme a constituição, tornar nula a norma que o prevê, de acordo com os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade[38] ?

No Direito brasileiro, a falta de preceitos orientadores dos efeitos nesse tipo de decisão e de um mecanismo adequado de controle retira e muito da força normativa da Constituição. Posta essa imprescindibilidade de novas técnicas, como instrumento de garantia constitucional, editou-se a *Lei n. 9.868/99* cujo art. 27 prescreve:

> "*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*" (g.n.)

Sutilmente se admitiu, enfim, que o STF, ao proferir decisão, declarasse a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade da norma, como se

---

[37] MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei 9868/99: Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. www.ius.com.br, 08/03/2000. Excelente comentário, citado por Gilmar Ferreira (*A Lei 9868/99...*), de Jorge Miranda ao dispositivo transcrito da constituição portuguesa deve ser mencionado: "*A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização*".

[38] Para uma visão mais aprofundada sobre o tema: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. p. 294 e ss., na qual o autor reconhece que "*a aplicação da lei, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição*", como no caso em questão, pois um salário insuficiente é menos injusto que salário nenhum.

infere da expressão "*restringir os efeitos daquela* declaração". Em outras palavras, aceitamos a teoria da decisão com efeitos prospectivos, isto é, *ex nunc*.

Pela inteligência do art. 27, resta induvidoso que o legislador, ao delimitar a competência dos juízes para fixar os efeitos da decisão (maioria qualificada de 2/3), impôs ao Supremo uma minuciosa ponderação do caso em questão, antes de prolatar a decisão.

Exigir-se-á, sobremaneira, um juízo de proporcionalidade, para que a nova técnica de decisão, ao invés de ser garantia de Justiça para o cidadão, torne-se um instrumento de violação aos seus direitos fundamentais. Dentro desse contexto, oportunas são as palavras da mestra Suzana Barros[39]:

> "*A questão da ponderação é, portanto, uma questão de controlabilidade do resultado restritivo que se adote para um direito em conflito, exsurgindo desse procedimento a importância do princípio da proporcionalidade*"

Caberá ao STF analisar, à luz da Proporcionalidade, sobre quais direitos e valores serão restritos ao se preferir a nulidade da norma inconstitucional, de um lado; de outro, os a serem privilegiados ao declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Haverá de proceder-se, no caso concreto, a uma sopesagem dos princípios jurídicos em jogo, no qual o Princípio da Proporcionalidade funcionará como metalinguagem, cuja linguagem-objeto serão os princípios em jogo, ao se decidir pela nulidade ou pela anulabilidade da norma inconstitucional. E aí reside a importância da Proporcionalidade, porque se de um lado existe a exigência da Segurança Jurídica, e demais princípios; do outro, haverá todos os direitos e garantias individuas, garantidos, principalmente, no art. 5º da Constituição brasileira, além dos demais direitos que da Carta possam inferir-se.

Em suma, far-se-á o juízo de Proporcionalidade, caso a caso, e a experiência mostrará que situações haverá em que ora o mais justo é anular a norma, ora pronunciá-la nula.

8. Conclusão

O controle das normas é uma necessidade correlata à produção de normas, porque, desde o início da vida social, já existia o sentimento de se perquirir

[39] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 172.

a justeza de uma norma editada. Com a decisão do *Chief of Justice John Marshall*, foi consolidada uma nova concepção do controle das normas: o *Controle Constitucional das Normas*. Essa concepção foi acolhida por muitos países, cada um a seu modo. A experiência jurídica demonstrou, porém, a exigibilidade de novas formas de controle que, de fato, foram adotadas por países como Alemanha, Portugal e Espanha.

No Brasil, os sistemas difuso e concentrado. Este, todavia, revelou-se incapaz, em alguns momentos, de garantir a eficácia da Constituição. Por isso, alertara Clèmerson Clève: "*O país reclama, portanto, a emergência de uma dogmática constitucional mais agressiva, comprometida até a raiz com a dignidade da pessoa humana (dogmática constitucional emancipatória), embora sempre conseqüente e absolutamente responsável*"[40] (g.n.).

Afirmamos, sem dúvida, que a Lei n. 9.868/99 foi o primeiro passo dado em direção à emancipação das velhas e insuficientes fórmulas oferecidas pelo Direito brasileiro, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. O referido diploma legal instituiu, entre nós, a faculdade de o Supremo Tribunal Federal – quando preceitos de segurança jurídica ou relevante interesse social exigirem – pronunciar, na fiscalização abstrata de constitucionalidade, a incompatibilidade da lei com a Constituição, isto é, pronunciar sua inconstitucionalidade sem declarar a nulidade.

É, nesse sentido, uma evolução, na justa medida em que quebramos o dogma da *inconstitucionalidade-nulidade* da lei. Lembre-se, porém, de que a essa evolução não corresponde necessariamente o aprimoramento ou a garantia de justiça. De forma alguma. Indispensável é, em face das delicadíssimas e complexas situações a serem analisadas em sede de controle abstrato, um juízo pelo Princípio da Proporcionalidade, para – a pretexto de uma situação de insegurança jurídica – não se violarem direitos fundamentais do cidadão.

O Princípio da Proporcionalidade será, pois, a balança, através da qual se ponderarão os princípios jurídicos, a fim de aferir-se se a situação mais justa advirá da declaração de inconstitucionalidade com pronúncia da nulidade ou da declaração sem pronúncia da nulidade, declarando-se, apenas, a incompatibilidade da norma atacada com a Constituição.

[40] CLÈVE, Clèmerson. Op. cit. p. 270.

9. Bibliografia

Livros:

1. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
2. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
3. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
4. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
5. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
6. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
7. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
8. _____. *Jurisdição Constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
9. NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
10. SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
11. WITTHAUS, Rodolf Ernesto. *Poder Judicial Alemán*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.

Artigos:

1. MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei 9868/99: Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. www.jus.com.br. 08/03/2000.

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Maria Isabel Cesário Régis Fazio (Aluna do 10º período da Graduação em Direito da UFPE)

*Sumário:*1. A evolução do intervencionismo estatal; 2. O princípio da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro; 3. O poder regulamentar e seus limites; 3.1 Classificações; 3.2 A desregulação como instrumento essencial à reforma do Estado; 4. Novos entes na administração pública: as agências reguladoras; 5. O poder normativo como um dos elementos caracterizadores das agências reguladoras; 6. Conclusões.

1. A Evolução do Intervencionismo Estatal

Ao proceder-se a uma análise histórica dos séculos XVIII, XIX e XX, verificar-se-ão as grandes transformações que o Estado passou no que diz respeito à variação de sua postura frente à atividade econômica.

A Revolução Francesa instituiu como lema a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade. Tais palavras descrevem a evolução da postura do Estado no tocante à consagração de direitos individuais (1ª geração), coletivos (2ª geração) e, mais recentemente, dos chamados direitos difusos (3ª geração).

Com o fim da Revolução Francesa, as pessoas acreditavam na liberdade, primeiramente, como a maior vitória contra o absolutismo dantes vigente; surge, com isso, a teoria do liberalismo econômico, que tinha por princípio maior o "*laissez faire, laissez passer*". À iniciativa privada cabia gerir a atividade econômica, interferindo o Estado, unicamente, no tocante à determinação de sua organização, bem como ao estabelecimento de direitos garantidores da liberdade individual. Tal Estado liberal proporcionou o crescimento econômico da classe burguesa que, detentora dos meios de produção, instituiu verdadeira ditadura sobre o proletariado, tornando cada vez maior o abismo social e econômico existente entre essas duas classes. Diante disso, a 'suposta' liberdade, tida como a maior vitória sobre o antigo Estado absolutista, transformou-se no algoz do proletariado.

Foi diante deste contexto que, na segunda década do século XX, motivada pelos fatos ocorridos na Rússia, com a adoção de um sistema econômico estatizante, vitorioso com a Revolução de 1917, a doutrina, em contraposição ao modelo liberal, começou a defender a participação do Estado na ordem econômica e social.

Com isso, o Estado passaria, não apenas a estabeler a organização política e a fixação dos direitos e garantias fundamentais, mas iniciaria a exercer um papel ativo, interferindo ao ponto de proteger os cidadãos de atos abusivos cometidos pelos particulares no exercício desmedido das atividades econômicas. Tornava-se imperioso o estabelecimento de regras isonômicas que diminuissem o abismo social e econômico ocasionado pelo antigo sistema.

Esta nova postura se encontra, primeiramente, na Constituição Mexicana (1917) e, logo depois, com mais veemência, na Constituição de Weimar (1919). Tais Cartas Políticas consagraram, além do princípio da auto-regulação - típico do estado liberal, o princípio da hetero-regulação, necessários não só para garantir o livre funcionamento dos mercados, mas também o seu equilíbrio. O modelo do Estado Intervencionista fora elevado a nível constitucional no Brasil com a Carta Política de 1934, prosseguindo, nesta linha, até chegarmos à vigente Carta de 1988 em sua redação originária.

O Estado Protetivo assumiu, basicamente, duas posturas a serem mencionadas: a) o Estado como sujeito, ou seja, enquanto executor da atividade econômica e o b) Estado como ente regulador, agindo aqui na fiscalização (exercício de seu poder de polícia), na planificação, bem como no exercício de atividades indutoras (p. ex. se utilizando de políticas fiscais e creditícias no intuito de fomentar atividades que considere importantes para o desenvolvimento econômico daquela determinada área).

A transformação de um Estado totalmente omisso frente à atividade econômica em um Estado Social Democrata não se deu de forma simples e singela, foi um processo longo que culminou com a consagração de muitos direitos e garantias para os cidadãos. No entanto, diante da atual conjuntura, quando vigoram as idéias de competitividade, liberdade de mercado, inadimitindo-se qualquer forma de protecionismo, o Estado Social vem perdendo sua força para dar lugar a uma nova forma política de Estado que, se por um lado pretende reduzir a participação na atividade econômica (o Estado deixa de lado seu papel de sujeito - executor), por outro aumenta o seu papel enquanto regulador desta atividade (estado regulador - fiscalizador, planificador e indutor).

Surgem, neste contexto, expressões como globalização e privatização, produtos da realidade mundial que nos foram apresentados,

sobretudo após o desmantelamento da URSS, o "período Tatcher" no Reino Unido, a consolidação das comunidades econômicas e a formação da OMC (Organização Mundial de Comércio). Tantas inovações na economia internacional acabam por influenciar o Brasil, provocando mudanças na postura do nosso Estado.

E é neste diapasão as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[1]: a mudança é essencialmente na forma de conceber esse novo Estado. O que os cidadãos pretendem que se alcance é a flexibilização, a democratização da Administração Pública, a fim de que ela se torne realmente eficaz, com a integração entre o público e o privado na prestação dos serviços públicos e a colaboração da sociedade nos órgãos de deliberação e de consulta.

Aparece, assim, a Fraternidade (terceiro elemento do lema proposto pela Revolução Francesa) como pressuposto de um novo conceito de interesse público que engloba todas as aspirações perqueridas pela sociedade, suas expectativas de atuar, repise-se, juntamente com o poder público na consecução da finalidade pública, que nada mais é que o objetivo geral neste programa de reestruturação do Estado.

Para que a Administração Pública se adeque ao novo modelo de Estado, surgem novas figuras, bem como há a reformulação de antigos institutos que aparecem com uma nova roupagem. Todas essas inovações são frutos de modelos advindos de outros sistemas jurídicos e que são instituídos em nosso ordenamento no intuito do aprimoramento da Administração Pública em busca da vontade social.

Busca-se, no presente trabalho, traçar algumas considerações acerca de um novo instituto que fora implementado em nosso sistema jurídico (Emenda Constitucional nº 19/98) - as agências reguladoras - principalmente no que diz respeito ao seu poder normativo e a adequação desta atividade com o princípio da legalidade, corolário de nossa ordem jurídica constitucional.

2. O Princípio da Legalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Desde as remotas origens do Estado de Direito, ouve-se falar no primado da lei como um dos componentes basilares do Princípio da Legalidade. De acordo com a Teoria da Separação dos Poderes, elaborada por Montesquieu, o Estado realiza os seus objetivos por meio de três

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.14.

funções: a legislativa, a executiva e a judiciária. A atividade legislativa formula a lei como norma geral e abstrata, sendo ela produzida pelo legislativo, órgão representativo da vontade popular. Por este motivo é a única norma, nos países que adotam o sistema romano-germânico, que tem o poder de inovar originariamente no ordenamento jurídico. As atividades executiva e judiciária são encarregadas de aplicar a lei, sendo que a primeira a aplica no exercício da administração do Estado e a segunda a aplica contenciosamente através de instrumento próprio que é o processo.

O princípio da legalidade se impõe aos particulares como um limitador da autonomia da vontade que rege os negócios privados. Assim, segundo o que dispõe o art. 5º, II da CF/88: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". De acordo com o princípio insculpido na Carta Magna, o particular pode fazer tudo o que a lei não vedar, sendo o único limitador de sua liberdade a lei que, como dito, é a única norma em nosso sistema capaz de restringir direitos e liberdades do cidadão. Por outro lado, os poderes púbicos somente podem praticar os atos determinados pela lei, os administradores públicos apenas terão legitimidade para agir quando a lei determinar que eles atuem.

Seguindo a doutrina exposta por Luiz Roberto Barroso[2], é relevante salientar que o "princípio da legalidade manifesta-se sob duas formas diversas, que constituem, na verdade, dois princípios autônomos: o da preeminência da lei e o da reserva da lei. Embora remontando à mesma raiz, cada um deles traduz idéia substancialmente diversa. Preeminência da lei significa que todo e qualquer ato infralegal será inválido se estiver em contraste com alguma lei. O princípio tem, nesta acepção, um sentido hierárquico: a lei prevalece sobre as categorias normativas inferiores. Vale dizer: tratando-se de matéria que não seja reservada exclusivamente à lei, poderão ser editados atos normativos inferiores. Mas se a lei preexistir ou sobrevier, prevalecerá. Reserva da lei, por outro lado, significa que determinadas matérias somente podem ser tratadas mediante lei, sendo vedado o uso de qualquer outra espécie normativa. É uma questão de competência."

Na observância da manifestação do princípio da legalidade, temos que, o Legislativo, como órgão representativo da vontade do povo e por ele legitimado a agir, é o único competente para criar lei (salvo as hipóteses de delegação expressamente previstas na constituição), sendo esta, a única norma autorizada a inovar na ordem jurídica. O Poder

[2] BARROSO, Luís Roberto. Parecer apresentado em virtude de consulta realizada pelo INDESP(Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto): "*Repartição Constitucional das Competências Legislativas*". http://www.forense.com.br/artigo02.htm. 01 de maio de 2000.

Executivo, segundo a Constituição, tem a competência para regulamentar que, em nosso sistema jurídico, significa editar normas secundárias com o objetivo da "fiel execução da lei". Como se verá adiante, o direito positivo brasileiro inadmite a figura dos regulamentos autônomos.

3. O Poder Regulamentar e seus Limites

Ao se formular a assertiva de que o regulamento não inova primária e originariamente na ordem jurídica, decorrendo diretamente da lei, temos que na norma legal está seu fundamento de validade. Sendo assim, o sistema jurídico brasileiro estabelece que o exercício do poder regulamentar está pautado nos limites impostos pela lei. Não se pode buscar uma diferença entre lei e regulamento pelo caráter geral, pois o regulamento também tem este alcance. O que o faz hierarquicamente inferior é que sua atividade nada mais é que auxiliar, ou seja, sua produção jurídica é complementar à produção jurídica legislativa inovadora.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 84, IV: "Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". Da interpretação extraída do dispositivo constitucional, conclui-se que nosso direito positivo só admite os chamados regulamentos executivos. Para uma melhor compreensão da comparação que se pretende estabelecer entre as espécies de regulamentos, serão aqui demonstradas algumas classificações (da doutrina internacional).

3.1 Classificações

A doutrina alemã classifica seus regulamentos, quanto ao conteúdo jurídico que encerram, em jurídicos e administrativos. "Os regulamentos jurídicos ou propriamente normativos, segundo a terminologia própria do Direito alemão, que é onde se potenciou a distinção, referem-se às chamadas relações de supremacia geral, enquanto que os regulamentos administrativos ou são de caráter orgânico, ou se se referem aos administrados, fazem-no enquanto estes estão incursos nas chamadas relações de supremacia especial."[3] As relações de supremacia geral são as que unem normalmente o Estado com qualquer cidadão, tendo como exemplo o poder de instituir tributos. Já a supremacia especial surge de

[3] ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDES, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 226.

um contato mais direto da administração com o cidadão enquanto administrado, nascendo, a submissão, de um título jurídico especial, como ocorre nos casos em que o indivíduo é usuário ou concessionário de um serviço público estando, neste caso, submetido às regras do contrato de concessão.

Outra classificação advinda da doutrina espanhola, desta vez, divide os regulamentos em executivos e independentes. Os regulamentos executivos tem a única incumbência de completar e desenvolver a lei em que se apóiam nos limites por ela estabelecidos. Por independentes, no ordenamento jurídico espanhol, entende-se aqueles que são desenvolvidos à margem da lei. No entanto, só podem ser expedidos no que diz respeito às matérias de cunho organizativo, ou seja, sujeitas à supremacia especial, não cabendo quando a matéria for de cunho normativo sujeita à supremacia geral, pois a criação de direito objetivo para os cidadãos, no Estado de Direito Moderno, não pode ser feita senão em virtude de lei. Abre-se uma exceção aqui para o Estado Francês que prevê os chamados regulamentos autônomos, que extraem seu fundamento de validade da própria constituição. Neste caso, há que se falar em *princípio da reserva regulamentar*, o que é plenamente vedado nos sistemas jurídicos que adotam o princípio da legalidade em sua forma mais extensiva. No tocante aos regulamentos independentes da Espanha, não se faz necessária a lei como seu fundamento de validade, no entanto, isso ocorre por se tratar de matéria exclusivamente do interesse da administração, servindo tal norma como remédio aos entraves burocráticos do poder público.

Como enfatizado linhas acima, o direito positivo brasileiro só admite uma espécie de regulamento, que é o executivo, aquele que é emitido com o objetivo de desenvolver o dispositivo legal para que seja aplicado com eficiência.

3.2 A Desregulação como Instrumento Essencial à Reforma do Estado

O regulamento executivo, segundo a Carta Magna vigente, é de competência privativa do Chefe do Executivo. No entanto, deve-se estabelecer, desde logo, a distinção entre as expressões 'regular' e 'regulamentar' para que o tópico seja desenvolvido com maior clareza.

Segundo Di Pietro: "Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgão da Administração direta ou entidade da Administração indireta. Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, com competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo

do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis."[4]

O Estado Subsidiário não pode ser confundido com o Estado Mínimo. São coisas distintas, pois este se preocupava apenas em estabelecer regras de organização e conferir as liberdades clássicas que foram objetos da Revolução Francesa. Já o Estado Moderno exerce as atividades essenciais para a sociedade bem como as atividades sociais e econômicas que o particular não esteja conseguindo desempenhar com eficiência. Tudo isso com a colaboração do administrado quer como usuário, quer como concessionário de um serviço público. É diante desta nova realidade da administração pública participativa, utilizando a expressão de Caio Tácito,[5] que se fala em desregulamentação no sentido de diminuir o regramento da atividade privada, protegendo e estimulando as liberdades do cidadão para que a economia de mercado se desenvolva com a ajuda do Estado que deverá, portanto, agir apenas de forma subsidiária. O poder público não pode abdicar de seu poder de polícia, porém, deve utilizá-lo na busca da maior compactibilidade entre os direitos individuais e o interesse público, este em sua acepção mais moderna.

Observando tais preceitos, deixará de existir uma administração pública burocrática, em proveito de uma administração eficaz e de colaboração, onde as decisões políticas (emanadas estritamente pelos detentores de poder político) sejam apenas utilizadas quando estiverem em jogo interesses meramente estatais, deixando a satisfação do interesse público a cargo das entidades especializadas encarregadas de emitir decisões técnicas, compatíveis com a necessidade coletiva. "Ao se distinguir a decisão técnico-administrativa, exclusiva ou preponderantemente racional, da técnico-política, que, tanto pela complexidade de interesses quanto pela complexidade de fatores, deva ser preponderante ou exclusivamente razoável, reconhece-se facilmente a conveniência de não politizar o que pode ser simples e expeditamente decidido com elementos meramente técnicos."[6]

É em busca desta gestão eficiente que surgem novos institutos, bem como a reformulação de outros já existentes. O que deve ser observado, em toda essa transformação, é que, por mais eficientes que as novas figuras

[4]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 140.
[5]TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo Participativo*. Boletim de Direito Aministrativo. São Paulo: [s.n.], dezembro, 1997, p.808.
[6]MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tese apresentada no XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. São Paulo: 1998.

possam parecer, têm elas que se adequar ao ordenamento jurídico pátrio, sob pena de estarem atuando em desrespeito ao tão citado princípio da legalidade.

4. Novos Entes na Administração Pública: As Agências Reguladoras

Ao lado do contrato de gestão e das organizações sociais, as agências formaram a base da reforma administrativa em nosso regime constitucional. Tais agências foram definidas pelo Plano Diretor como "agências autônomas" sem estabelecer as diferenças básicas entre as executivas e as reguladoras. "As reguladoras estão voltadas para a intervenção em mercados específicos, regulando a relação entre oferta, com qualidade e preço acessível, e demanda, e as agências executivas estão ligadas à implementação de política, sem formular políticas, regular ou influir em mercados."[7]

As agências reguladoras brasileiras foram inspiradas no modelo norte-americano, no entanto, neste sistema, as agências são entes autônomos com vasta competência regulamentar, totalmente independentes. Exceto os três poderes, todas as demais autoridades públicas nos Estados Unidos são constituídas por agências. O nosso Estado instituiu as agências com a natureza jurídica de autarquias especiais, sendo essa a interpretação feita pela doutrina, pois a Constituição não previu outros entes púbicos da administração indireta que não sejam autarquias (estende-se a essa expressão às fundações de direito público que também têm natureza autárquica).

A distinção básica entre as autarquias de regime especial e as autarquias tradicionais é o acentuado grau de autonomia daquelas que possibilita o cumprimento adequado de suas finalidades. A infinidade de pessoas jurídicas de direito público com a mesma natureza jurídica e com atribuições completamente distintas causam embaraço e confusão em suas conceituações. Diante disso "pode-se afirmar que para o aperfeiçoamento da Administração Pública Brasileira, relevante será que as entidades autárquicas e fundacionais cuja atuação possa ser exercida por órgãos, com estruturas mais simplificadas o sejam ou quando suas áreas de atuação exigirem maior dinamismo e descentralização, que sejam qualificadas como 'agências executivas' o que corresponderia a ser uma autarquia sem parte

[7] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - Privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 248.

das restrições que os textos legais dos últimos anos estão a impor e com maior dinamismo operacional, ou quando houver necessidade de desenvolver um núcleo normativo e regulador, que sejam criadas 'agências reguladoras', embora subordinadas ao princípio da legalidade, esse de fundo constitucional, no caso brasileiro."[8]

5. O Poder Normativo como um dos Elementos Caracterizadores das Agências Reguladoras

Além da estabilidade relativa de que gozam seus dirigentes, bem como o modo como são designados e a autonomia financeira advinda de receitas específicas, as agências reguladoras possuem como elemento caracterizador, senão o mais importante, com certeza o mais polêmico: a sua atividade normativa.

A proposta do presente trabalho consiste justamente neste ponto, com o objetivo de demonstrar que o poder normativo desses entes é fruto, repise-se, da reestruturação do Estado que, ao se retirar da execução da atividade econômica, sentiu a necessidade de uma maior interferência na regulação, principalmente no que diz respeito à fiscalização dos serviços públicos prestados pela iniciativa privada em colaboração.

Nos sistemas em que o princípio da legalidade tem maior extensão, como é o caso do Brasil, tem-se que fixar os limites do poder normativo exercido pela administração, seja no tocante à matéria tratada pelas normas, seja no que diz respeito ao ente ou órgão criador de tais mandamentos normativos.

O elemento subjetivo, que se traduz na competência da administração pública para editar normas, não pode ser analisado de forma restrita ao disposto no art. 84, IV da CF/88. Como dito alhures, a competência exclusiva do chefe do executivo se limita ao poder regulamentar, este entendido como o dever de expedir decretos regulamentares quando necessários à fiel execução da lei. Desta forma, este poder regulamentar "não esgota toda a competência da Administração Pública, é apenas uma de suas formas de expressão. Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo."[9]

[8] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Tese provimento do cargo de professor titular da disciplina de Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Recife: 1999, p. 58.
[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 76.

O que deve ser observado com cuidado é o limite material destinado ao ente produtor desta norma secundária. Apesar de se tratar de regulação, e não de regulamentação, a competência das agências reguladoras, como entes integrantes da administração pública indireta, está, da mesma forma, sujeita aos limites instituidos por lei. São normas de caráter secundário que dependem da norma legal originária para determinar os conceitos imprecisos por ela trazidos.

Tudo isso se explica "em função da grande complexidade de certas áreas de atuação do Estado no papel de órgão regulador, como telecomunicações, mercado de capitais, energia nuclear, em relação às quais, regra geral, o legislador tem muito poucos conhecimentos específicos."[10]

A lei, desta forma, tem que estabelecer os limites para que as agências exerçam seu poder normativo; não podendo, no entanto, estabelecer apenas regras para fixação de competência. Deve sim, traçar a moldura dentro da qual o ente administrativo (agência reguladora) poderá utilizar de sua competência discricionária para determinar os conceitos fluidos e imprecisos, por meio de decisões técnicas. O legislador "só transfere ao administrador o cometimento de eleger *in concreto* a solução ideal porque seria materialmente impossível, perante a realidade polifacética da vida, prever todas as situações suscetíveis de ocorrerem e todas as correspondentes soluções perfeitas para elas. Daí que, para flexibilizar a ação administrativa, instrumentando-a para obtenção dos resultados legalmente desejados de excelente realização do interesse público, confere certa "liberdade" no mandamento."[11]

Essa estrutura é a mais viável dentro do modelo de Estado que se procura estabelecer, pois sem a necessidade de decisões políticas, a burocracia cederá o espaço tão desejado à Administração Pública eficiente. Levando à frente o poder que lhe é conferido pelas normas que regulam a prestação dos serviços públicos, o cidadão poderá exigir com meios bem mais eficazes a presteza e qualidade no atendimento.

6. Conclusão

O tema abordado no presente estudo, procurou demonstrar, em linhas gerais, o poder normativo dessas entidades (autarquias especiais), até a pouco estranhas no direito brasileiro, qualificadas como agências reguladoras.

---

[10]CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Op. cit. p. 86.
[11]BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 581.

São palavras do Prof. Francisco Queiroz: "Em relação a essa produção normativa, pode-se afirmar que ela representa algo de inovador no direito brasileiro, que, por certo, com a consolidação dessas instituições terá reconhecido que o poder normativo da Administração Pública não se limita ao poder regulamentar em sentido estrito dos Chefes de Executivo e que a natureza do poder regulador é, basicamente, a mesma do poder regulamentar em relação a seu aspecto normativo, destacando-se, apenas pela especificidade das matérias tratadas e pela hierarquia a ser observada, caso haja sobre a matéria Regulamento do Chefe do Executivo e Ato Regulador. Por outro lado, é forçoso reconhecer que, cada vez mais, os textos legais em matéria objeto de regramento por entes reguladores têm tendido a atenuar os regramentos legais de conteúdo, procurando fixar regras de competência e estabelecer diretrizes e princípios."[12]

De grande valia entre nós seria a *ação direta declaratória de ilegalidade de ato regulamentar* prevista no sistema jurídico português para evitar a invasão da competência do legislativo. Havendo, em nosso direito pátrio, desrespeito aos limites legais ou até mesmo 'delegações disfarçadas' à administração pública, caberá ao judiciário se pronunciar a respeito.

A Administração Pública no Brasil busca, a cada dia, adequar-se ao projeto de reestruturação estatal, criando novas figuras e reestabelecendo as atribuições de cada um de seus entes.

Todas essas mudanças são necessárias para que se consiga instituir, no Brasil, a Administração Pública dos Estados Modernos; no entanto, faz-se mister que sejam respeitados os princípios e limites estabelecidos em nossa Constituição, norma fundante do ordenamento jurídico pátrio. A radical transformação do papel do Estado entre a promulgação da Constituição de 1988 e os dias atuais, leva a uma constante modificação não só de dispositivos constitucionais, mas também de todo o espírito do legislador constituinte. A rigidez da Carta Política do Estado brasileiro cede diante da atual conjuntura de um mundo globalizado, onde a economia de mercado dita as regras para a introdução de uma Administração Pública participativa.

[12] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Op. cit. p. 93.

7. Bibliografia

01. AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Agências Reguladoras*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 213, 1998, p. 141-148.
02. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
03. BARROSO, Luís Roberto. *Repartição Constitucional das Competências Legislativas*: Parecer emitido por solicitação do INDESP (Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto). http://www.forense.com.br/artigo02.htm. 01 de maio de 2000.
04. CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. v. I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 1991.
05. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Agências Reguladoras no Direito Administrativo Brasileiro*. Tese apresentada para provimento de cargo de professor titular de direito administrativo da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Recife: abril/1999.
06. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*. São Paulo: Editora Jalovi, 1986.
07. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
08. _____. *Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1998.
09. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDES, Tomás-Rámon. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
10. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
11. LAUBÉ, Vitor Rolf. *O regulamento no sistema jurídico brasileiro*. Revista de Informação legislativa. Brasília: a.30, n. 119, 1993, p. 139-165. Brasília; [s.n], a.30,n.119.
12. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Transferências de Atividades Estatais a Entes da Sociedade*: Tese apresentada ao XXIV congresso Nacional de Procuradores do Estado. São Paulo: 1998,p.493-510.
13. _____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
14. TÁCITO, Caio. *Transformações no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo. v. 214. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 27-34.
15. _____. *Direito Administrativo Participativo*. Boletim de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.], dez. de 1997, p. 808–812.
16. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - Privatização, concessões e terceirizações*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
17. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ESTABILIDADE E CONCURSO PÚBLICO PERANTE A CONSTITUIÇÃO DE 1988: BREVES APONTAMENTOS

Tamise Schwambach (Aluna do 10º período da graduação da UFPE)

Sumário: 1. Introdução: dos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública; 2. Da relação entre concurso público e estabilidade; 2.1. Da interpretação do artigo 37 da Constituição Federal em vigor; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. Introdução: dos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública

A Constituição Federal brasileira promulgada em outubro de 1988, quando trata da organização do Estado, em seu capítulo VII, traça, no artigo 37, os princípios norteadores da Administração Pública, normas estas genéricas que devem orientar tanto os entes da Administração Direta, quanto aqueles da Administração Indireta, a saber: **legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade** e, por fim, **eficiência**.

Do elenco de hipóteses de incidência de tais princípios, discorridos nos incisos do mencionado artigo 37 da Lei Maior, merece destaque, além da previsão contida no inciso I, que assegura a todos os brasileiros o potencial direto a ascenderem à função pública, aquela insculpida no inciso II, que define o instrumento adequado a garantir a efetivação do tratamento igualitário, estabelecendo a exigência da realização prévia de concurso público de provas ou de provas e títulos para se ingressar em cargo ou emprego público.

Desta forma, positiva-se, através da realização de concurso, o princípio da **impessoalidade** da Administração, o qual, no entender do mestre José dos Santos Carvalho Filho, simboliza "*a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica, representando, assim, uma faceta do princípio da isonomia*".[1]

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999, p. 330.

2. Da relação entre concurso público e estabilidade

O posicionamento supra exposto, sem dúvidas, é uníssono perante a doutrina nacional. O que se põe em debate no atual momento - constituindo a preocupação central do presente texto - é saber se há uma **relação necessária** entre o ingresso no quadro da Administração Pública, mediante aprovação via concurso público e a estabilidade erigida mais adiante no artigo 41 da mesma Carta Política, a garantir tal segurança (estabilidade) aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, após decorridos 03 (três) anos de exercício.

Para se chegar a uma conclusão a esse respeito, alcançando-se a *mens legis*, imprescindível se faz uma *interpretação sistemática* dos dispositivos constitucionais correlatos ao art. 41, confrontando-se desde já a previsão do citado art. 41 com a do art. 173, § 1º, II, e, principalmente, a do art. 19 da ADCT.

É de se esclarecer que apesar de, à primeira vista, tais proposições aparentarem ser conflitantes, uma análise mais detalhada a respeito do conteúdo das mesmas conduz o operador do direito a conclusão diversa. Explica-se.

Como é cediço, o papel da Administração Pública consiste em, primordialmente, garantir aos administrados o pleno exercício de seus direitos, bem como zelar pela ordem pública, de modo a propiciar o desempenho destes direitos. Não há como se desvencilhar a função pública dos interesses da coletividade, que, em primeira e última instância, visam à proteção, segurança e bem-estar de todo e qualquer indivíduo.

A efetivação deste ofício maior se opera através das entidades ligadas, direta ou indiretamente, ao ente administrativo central, quer porque, em um primeiro instante, constituem partes de um todo (administração direta), quer porque criadas pelo ente central para a execução de algumas tarefas de notório interesse público, mas que não há conveniência - para o ente central - em executá-las diretamente, através de seus próprios órgãos (administração indireta).

A toda evidência, face ao estrito vínculo com o ente central, as primeiras constituem pessoas jurídicas de direito público, desfrutando de todas as prerrogativas inerentes a esta qualidade; já as segundas (excluindo-se as autarquias e fundações, que tem natureza pública), por sua vez, são pessoas jurídicas de direito privado e, por esta razão, submetem-se ao mesmo regime dos entes particulares, o que não implica dizer que inexiste relação com a Administração, muito pelo contrário, algumas regras impostas às pessoas jurídicas de direito público são, também, inerentes a estas últimas, já que ambas se vinculam à Administração Pública.

Tanto é assim que, tomando-se por base o artigo 173, § 1º, II, verifica-se que não são extensíveis às pessoas jurídicas de direito privado criadas (por força de lei) pela Administração, benefícios outros que não possam ser concedidos à iniciativa privada, quer sejam eles fiscais, comerciais, civis e, em especial, no caso em comento, trabalhistas.

2.1. Da interpretação do artigo 37 da Constituição Federal em vigor

É justamente nesta linha de raciocínio que deve ser interpretado (e entendido) o artigo 37, **caput** e incisos I e II. Isto porque o concurso público exigido para o ingresso no quadro das pessoas jurídicas de direito privado ligadas à Administração Indireta, serve, apenas e tão somente, para garantir o princípio da impessoalidade e, via transversa, da isonomia entre os administrados interessados em participar do certame, e não para assegurar benefícios privativos dos servidores vinculados à administração pública direta, autárquica e fundacional, que se submetem ao regime jurídico único (estatutário) e, via de conseqüência, possuem garantia de permanência no serviço (estabilidade), em sintonia com o art. 41 da CF/88.

E não foi outra a intenção do legislador constituinte quando da elaboração do art. 41 da CF/88. Corrobora tal ponto de vista a previsão do art. 19 da ADCT, o qual não fez qualquer referência às entidades de personalidade privada ligadas à Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), quando estendeu a estabilidade aos servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e fundacional, em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados, e que não se submeteram a concurso público, como pré-requisito para admissão.

Ora, se outra fosse a intenção do legislador constituinte, o mesmo faria menção expressa às empresas públicas e sociedades de economia mista no próprio texto do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o que de fato não aconteceu. Entendimento diverso iria de encontro a esta previsão e seria resultado de uma interpretação extensiva do art. 41 da CF/88.

Com efeito, "o pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista se submete ao regime trabalhista comum, cujos princípios e normas se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso mesmo, o vínculo jurídico que se firma entre os empregados e aquelas pessoas administrativas tem *natureza contratual*, já que atrelados por contrato de trabalho típico"[2].

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op.cit.p.330* Manual de Direito Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.330.

Entretanto, "*o ingresso desses empregados deve ser precedido de aprovação em concurso público, tal como previsto no art. 37, II, da Carta da República*"[2].

Defendendo o posicionamento acima expendido, encontramos também o renomado mestre e magistrado federal paulista ***Reis Friede***, o qual complementa e reforça tal tese com um argumento de significativa importância, qual seja: "*os servidores celetistas possuem, como compensação à ausência de estabilidade no serviço público o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), não sendo lícito entendermos que algum tipo de servidor poderá gozar, a qualquer título, de dupla garantia neste aspecto*"[3].

Depreende-se, pois, que, nesses casos, em se equiparando a Administração ao empregador comum, a mesma possui, por exemplo, o poder potestativo de, a qualquer tempo, dispensar seus "empregados públicos" com ou sem justa causa jurídica, como previsto na CLT em seus artigos 477 a 486.

Conclusão semelhante é prevista em uma das resenhas publicadas no Suplemento Trabalhista LTr que, correlacionando os mesmos artigos acima citados, inferiu: "*combinando-se os vários dispositivos que acabamos de mencionar, conclui-se o seguinte: o servidor da empresa pública ou da sociedade de economia mista tem de prestar concurso como pré-requisito de sua admissão. Aprovado no concurso, as suas relações com aquelas organizações passam a ser regidas pela CLT*"[4].

3. Conclusão

Por todos os fundamentos jurídicos acima esposados, conclui-se que a relação entre estabilidade e concurso público ***não é uma relação necessária***, pelo contrário, ***é eventual***, decorrendo do regime jurídico a que se submeterá o candidato aprovado através de concurso: *se estatutário*, a estabilidade é uma prerrogativa a ele inerente após ultrapassado o estágio probatório que, hoje, após recente alteração na CF/88 através da Emenda Constitucional nº 19, tem duração de 3 (três) anos; *se celetista*, não há que

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit.

[4] REIS FRIEDE, *Lições Objetivas de Direito Administrativo (para concursos públicos e universitários)*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 300.

[5] PONT, Juarez Varalho. Ltr. Suplemento Trabalhista. São Paulo: [s.n.], a. 31, 1995.

se cogitar da estabilidade ora em comento, tanto porque não se adequa ao regime contratual, quanto porque não há previsão legal nesse sentido.

4. Bibliografia

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
2. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
3. PONT, Juarez Varallo. LTr. Suplemento Trabalhista 061/95. São Paulo; [s.n.], a.31,1995.
4. REIS FRIEDE. *Lições objetivas de Direito Administrativo (para concursos públicos e universitários)*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PROIBIÇÃO DE BOMBAS DE AUTO-SERVIÇO EM POSTOS DE GASOLINA E DE CATRACAS ELETRÔNICAS EM ÔNIBUS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA INGERÊNCIA ESTATAL NA EMPRESA PRIVADA

Luiz Fernando Bandeira (estudante do 7º período do curso de Direito da UFPE e monitor da disciplina Direito Constitucional 3)

Sumário: 1. Contextualização; 2. Dos choques entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho; 3. Direitos sociais ao trabalho e à proteção contra a automação; 4. Adentrando no problema proposto: estudo dos casos; 5. Da efetividade de medidas legislativas protecionistas no campo do emprego; 6. Além do direito positivo: aspectos políticos e sociológicos; 7. Da disciplina jurídica atinente à gestão das empresas privadas; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1.Contextualização

A pesquisa que deu nascedouro a este artigo nasceu a partir da edição da lei 9.956/2000, que proibiu a utilização de bombas de auto-serviço operadas pelo consumidor em postos de gasolina e estipulou sanções para sua desobediência.

Pouco depois, tomaria corpo debate promovido pelos sindicatos dos cobradores de ônibus por todo o país e abraçado pelo Ministério do Trabalho acerca da utilização de catracas eletrônicas nos ônibus, operando por cartões de débito similares aos telefônicos, dispensando assim aquela mão-de-obra necessária para cobrar o valor da passagem.

O que nos chamou à atenção não foi o problema em si, há muito já conhecido no Brasil: a substituição de mão-de-obra com baixo grau de qualificação por equipamentos mecânicos modernos, com uma principal e grave repercussão social: o lançamento de milhares de desempregados às ruas, fato que já vimos repetir-se sucessivamente nas instituições bancárias e nas linhas de montagem industriais.

Dessa vez, entretanto, o mecanismo utilizado foi diferente: não se tratava de uma luta encampada através das legítimas greves trabalhistas a fim de pressionar os empregadores. O governo federal, decerto preocupa-

do com o nível de desemprego alarmante que massacra o país, usou mão de seu poder coercitivo para editar normas que proibissem, sumariamente, a implantação dos recursos tecnológicos a fim de preservar o emprego daqueles trabalhadores.

Estudaremos assim, nas linhas que se seguem, os fundamentos jurídico-científicos que poderiam embasar – ou censurar – a iniciativa governamental, bem como analisar em breve síntese as circunstâncias políticas que levaram à aparente contradição da linha governamental liberal atualmente defendida, por uma intervenção inusitada na gestão das empresas privadas brasileiras.

2. Dos choques entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho

A Constituição Federal de 1988 inovou por colocar lado a lado, repetidas vezes, valores que nem sempre são compatíveis. O primeiro deles é o da livre iniciativa privada, bem típico dos Estados liberais, onde o empresariado efetivamente fornece à sociedade o complemento das atividades estatais, sendo estas focadas para o atendimento do mínimo indispensável (curiosamente, este mínimo poderá variar drasticamente de um Estado para outro).

O outro princípio, expresso lado a lado com o da livre iniciativa logo no primeiro artigo da CF/88, em seu inciso IV, é o do atendimento aos valores sociais do trabalho, ou seja, reconhecer à sociedade o direito de empregar-se, de ter uma profissão, de manter-se por seus próprios meios e de finalmente poder prover à sua família não só dos recursos financeiros necessários, mas também para que o trabalhador possa imbuir-se da dignidade humana advinda somente dos frutos do trabalho.

Os princípios estarão ladeados outras vezes, como no art. 170, a iniciar o Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), quando diz o texto constitucional que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Adiante, no arrolamento de seus incisos, invocará, chamando erroneamente de "princípios"[1], a propriedade priva-

[1] De fato, Diogo de Figueiredo Moreira Neto alerta que existe neste artigo da Constituição uma grande confusão entre o que seriam fundamentos, princípios e finalidades. No seu dizer, os *fundamentos fáticos*, sob a dimensão ontológica da ordem econômica, estariam o trabalho, os meios de produção e a iniciativa privada; a dimensão axiológica compreenderia, agora sim, os *princípios* da atividade interventiva do Estado na economia, tais como a soberania, a função social da propriedade e a livre concorrência; a última dimensão, teleológica, traria as *finalidades* da intervenção estatal: a existência digna da pessoa humana, a sua defesa enquanto consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, etc. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 344).

da, a livre concorrência, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego, dentre outros.

Num primeiro momento, não há choques entre os dois princípios: o Estado deverá estimular a iniciativa privada, bem como conceder aos cidadãos oportunidades para que exerçam suas profissões e que consigam colocar-se no universo laborativo e assim auferir os valores sociais do trabalho a que se refere a Constituição.

Em algumas hipóteses, entretanto, como a que nos propomos a analisar neste trabalho, surgem contradições que necessitam de solução. Quando o Estado intervém nas empresas privadas com o intuito de proteger empregos, sem dúvida, está atendendo aos valores sociais do trabalho, uma vez que, através de sua ação, está a garantir postos de trabalho para seus cidadãos. No entanto, como ficaria o respeito à iniciativa privada? Entendemos que aqui cabe utilizar-se da flexibilidade tão inerente aos princípios enquanto fontes do direito, que se afastam do rigorismo semântico e das fórmulas lingüísticas limitadoras contidas nas leis e decretos, para algo bem mais dinâmico.

Na hipótese em análise, devemos compreender que os valores sociais do trabalho devem servir como limitadores da livre iniciativa, em outras palavras, é lícito aos empresários brasileiros usar de sua criatividade, inovar e investir da forma que preferirem, desde que não exponham os trabalhadores a condições subhumanas, nem desrespeitem os mandamentos contidos na CLT e em outros diplomas legais brasileiros.

Até aqui poderemos representar um pensamento praticamente unânime na doutrina nacional. Entretanto, o que dizer quando a iniciativa privada, nos percalços típicos de quando se vive num regime de livre concorrência, inova com equipamentos e recursos tecnológicos que vão de imediato ou a médio prazo extinguir inúmeros postos de trabalho? É o caso, por exemplo, das bombas de gasolina operadas pelo próprio consumidor ou das catracas eletrônicas em ônibus, que dispensam cobrador. Essas inovações tecnológicas, atinentes a reduzir o custo operacional das empresas, levarão à demissão de centenas de milhares de trabalhadores, substituídos por máquinas.

Não há, entretanto, pelo menos a princípio, nenhuma ilegalidade nem ofensa à CLT. Os direitos dos trabalhadores poderão ser todos garantidos, tais como aviso prévio, pagamento de todas as verbas rescisórias, e ainda assim eles irão perder seus empregos. Na prática, excetuando alguns casos como o da gestante, dos sindicalistas e dos integrantes da CIPA, não existe na iniciativa privada a figura da estabilidade no emprego, tão célebre no serviço público, e de fato nenhum direito trabalhista, em tese, estará sendo lesado ao ser realizada a opção do empresário em substituir ho-

mens por máquinas.

Perceba-se que este debate é tão velho quanto contemporâneo: se os exemplos podemos buscar em idos e remotos tempos, novos e mais intrincados casos não param de surgir em nosso direito.

A questão resumir-se-á, de fato, à principiologia estatal, e muitas vezes à inclinação social ou liberal que se pretenda dar ao Estado brasileiro em questão. A busca do pleno emprego pode ser somente uma intenção escrita em letras mortas na Constituição, como tantas outras que podemos enumerar, ou poderá ser uma grande bandeira a ser empunhada e doravante motivo para diversas atuações positivas do Estado com o intuito de garantir a todos os seus cidadãos oportunidades de emprego.

A ingerência estatal, nesta hipótese, pode de fato basear-se na valorização social do trabalho em detrimento da liberdade da iniciativa privada no momento em que preferir dar uma feição menos capitalista, mercadológica, à sua atuação, e passar a atender a necessidades sociais. É o que podemos concluir com base na mera análise dos princípios pertinentes à matéria.

3. Direitos sociais ao trabalho e à proteção em face da automação

Ainda analisando o que dispõe a Constituição Federal, porém passando da análise principiológica para o campo dos direitos sociais, surge uma nova realidade a confrontar-se com o princípio de proteção à livre iniciativa privada.

Em seus artigos 6º e 7º, a CF/88 garante aos cidadãos como direito social o acesso ao trabalho, logo em seguida elencando uma série de direitos conexos advindos da relação trabalhista, tais como férias anuais remuneradas, seguro-desemprego, FGTS, salário mínimo, irredutibilidade salarial, jornada de trabalho, licenças maternidade, enfim, toda uma gama de direitos que visam a assegurar a dignidade do trabalhador enquanto tal. Dentre eles, mais precisamente no inciso XXVII do art. 7º, encontra-se a "proteção em face da automação, na forma da lei".

A inclusão deste inciso dentre os direitos sociais, preocupação inexistente nas constituições anteriores, advém da crescente evolução tecnológica dos tempos modernos, que, se por um lado reduzem os custos e aumentam a produtividade, em grande monta ameaçam substituir homens por máquinas, ceifando muitos postos de trabalho. Assim, o que objetiva o presente dispositivo é a proteção do trabalhador de sua possível substituição por sistemas automáticos de produção, devendo a lei determinar como será efetivada esta proteção.

Ao analisar este inciso, comenta o prof. Ivo Dantas que, "levan-

do-se em conta que a Ordem Econômica baseia-se na 'função social da propriedade' (art. 170-III) ao mesmo tempo que na 'livre iniciativa' (art. 170-IV), não se pode esquecer que outro de seus princípios é a 'busca de pleno emprego' (art. 170-VIII). Em conseqüência, o constituinte admitiu a *automação*, contudo, não de forma absoluta, mas sim, desde que esta não comprometa 'os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa' (art. 1°-IV), o que significa dizer-se, que a introdução de novas máquinas não poderá ser indiferente à garantia do emprego." [2]

Até o presente momento, no entanto, a previsão constitucional de legislação que regulasse a proteção do emprego em face da automação ainda não foi atendida, de forma que não existem parâmetros para que se proceda à efetivação deste direito social. A bem da verdade, também não foram regulamentados outros direitos previstos no mesmo artigo 7°, como o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI) e adicional de penosidade (inciso XXIII).

Acaba por acontecer o mesmo que ocorre com o direito social ao trabalho, claramente expresso no art. 6° e criticado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho por não deixar claro como poderia ser exigido. Bem lembra o ilustre constitucionalista que "se há um direito ao trabalho deve haver quem tenha a obrigação de prestar ocasião de trabalho. Sem esta obrigação o direito ao trabalho é vazio." [3]

Não se há de negar que os novos tempos exigem uma requalificação da mão-de-obra a fim de que possa trabalhar com o moderno maquinário hoje existente nas indústrias e comércio em geral. No entanto, ainda que se desse o treinamento necessário a todos os trabalhadores que realizavam uma antiga função antes do adimplemento de novas ferramentas tecnológicas, sabe-se que nem todos poderão ser aproveitados no dia-a-dia de trabalho com as novas máquinas, até porque são elas em geral desenhadas para necessitar da mínima quantidade de mão-de-obra possível.

Assim, a questão vai além da mera qualificação técnica dos trabalhadores. O risco de demissão em massa a cada avanço tecnológico é iminente e até hoje não há regulamentação legal para o mandamento constitucional que prevê a proteção em face da automação mencionada.

Surge então um impasse de difícil solução: a fim de se preservarem os empregos, dever-se-ia abrir mão do avanço tecnológico? Por outro lado, o fato de ainda não haver regulamentação para a norma constitucio-

[2] DANTAS, Ivo. *Constituição Federal – Teoria e Prática*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 340.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 87.

nal que prevê a proteção em face da automação protegeria os empregadores de uma reintegração por meio da justiça quando despejassem na rua ex-funcionários, ao implantar novo maquinário em suas linhas de produção? Caso o juiz entendesse a despedida como abusiva, a resposta é não.[4]

Ives Gandra Martins Filho entende que o direito à proteção em face da automação poderia ser efetivado através de negociações coletivas, uma vez que, no seu entendimento, a forma como o Supremo Tribunal Federal vem tratando do mandado de injunção torna-o inócuo. Afirma ainda que "o Poder Normativo que a Justiça do Trabalho ainda dispõe (já que vem sendo questionado atualmente), de estabelecer normas e condições de trabalho além das previstas em lei (CF, art. 114, § 2°), permite que, 'no branco da lei', os tribunais trabalhistas venham a tornar efetivo, para cada categoria, o que a Constituição previu genericamente para toda a classe trabalhadora, mas não chegou a estabelecer os parâmetros concretos de funcionamento." [5]

4. Adentrando no problema proposto: estudo dos casos

Queremos analisar, no entanto, uma outra possibilidade: sob a argumentação de estar a proteger o direito dos trabalhadores ao emprego, poderia o Estado emitir leis que taxativamente proibissem a instalação de determinados equipamentos nas empresas privadas? Especialmente quando não há ainda a regulamentação adequada do art. 7°, XXVII da CF/88?

A pertinência da pergunta deve-se aos dois fatos ocorridos e que utilizaremos como referência para nosso estudo. No mais antigo deles, que tomou lugar no Município de São Paulo, foram instaladas catracas eletrônicas nos ônibus que dispensavam a presença de cobrador. O usuário do sistema coletivo de transporte urbano compraria um cartão com créditos, semelhante ao telefônico, e assim obteria direito ao transporte, a cada viagem passando o cartão num leitor que descontaria o valor correspondente.

Os empresários do sistema de transporte coletivo elencavam uma série de vantagens: a desnecessidade de entregar troco aos clientes agilizaria o procedimento de embarque, diminuindo em até 8% a duração da viagem; o número de assaltos seria reduzido, uma vez que não mais existiria dinheiro dentro do ônibus, exceto aquele que estivesse entre os pertences

[4] TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à Relação de Emprego.* São Paulo: LTr, 1998, p. 306-312.

[5] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 – Os Direitos Sociais, sua Defesa e a Proteção Contra a Omissão Inconstitucional.* http://www.btnet.com.br/ pages/idp/df.htm. 07 de junho de 2000.

dos passageiros; eliminar-se-ia o incômodo de carregar consigo às vezes dezenas de moedas para pagar uma passagem, ou então diversos tipos de vale-transportes, tudo sendo trocado por um único cartão que caberia na carteira.[6]

O Poder Executivo municipal, entretanto, enxergou nesta questão um grande problema: a demissão de dezenas de milhares de cobradores, numa situação de emprego já extremamente desconfortável. Por meio do Decreto no. 37.404, de 23 de abril de 1998, proibia-se a instalação das referidas catracas eletrônicas nos ônibus que circulassem no Município de São Paulo. O decreto, tido como inconstitucional por questões de competência (a regulamentação dos transportes urbanos é de competência federal)[7], acabou por ser revogado e substituído por uma portaria da SMT (nº. 172 de 19 de novembro de 1998) que vedava a dispensa de trabalhadores como conseqüência da implantação dos equipamentos de cobrança automática das tarifas de ônibus.

Recentemente, foi expedida portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (nº. 340 de 04 de maio de 2000) que subordina a instalação de inovações tecnológicas nos ônibus à vistoria de Auditor Fiscal do Trabalho com a finalidade de, entre outras coisas, verificar se estará havendo demissão proporcionada por inovações tecnológicas.

No caso das bombas de auto-serviço dos postos de gasolina, a ingerência estatal foi ainda mais marcante. Foi promulgada a Lei nº. 9.956 de 12 de janeiro de 2000, que, logo em seu artigo 1º, diz que "fica proibido o funcionamento de bombas de auto-serviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento de combustíveis, em todo o território nacional."

Aqui, adotou-se a mesma solução inicialmente arquitetada pela Prefeitura de São Paulo, entretanto, num nível de competência legislativa diferente e, a bem da verdade, por meio de um diploma legal muito mais apropriado, uma vez que de fato jamais poderíamos pensar num decreto que efetuasse a proibição de uso de catracas eletrônicas ou de bombas de auto-serviço, por força do inciso II do art. 5º da Carta Magna, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

[6] Estas informações poderão ser encontradas no site da Associação Nacional de Transportes Urbanos (NTU), no endereço: http://www.ntu.org.br

[7] Para maiores informações sobre a inconstitucionalidade do decreto, verificar o parecer de autoria do advogado Ivo Carlos de Almeida Palmeira que pode ser encontrado no endereço http://www.ntu.org.br/banco/bilhetagem/Parecer0799.doc

Curioso é observar que a lei em análise traz somente o mandamento supracitado e a sanção a ser aplicada pela desobediência, não chegando sequer a fazer referência ao inciso XXVII do art. 7º, nem mesmo arrolando os *consideranda* que levariam a tal intervenção na gestão das empresas privadas, como se fosse naturalmente constitucional tal medida.

Adiantando desde já o que pretendemos concluir neste trabalho, esta lei, da forma como foi redigida, é inconstitucional, obviamente não por deixar de mencionar os mandamentos legais ou motivos empíricos em que baseou-se, mas sim por regular uma matéria de forma alheia à sua competência devida. Mas deixemos a explanação seguir seu curso natural.

5. Da efetividade de medidas legislativas protecionistas no campo do emprego

Cabe analisar uma outra face da moeda: qual a efetividade das medidas protecionistas tomadas na relação de emprego? Note-se que aqui referimo-nos não à *eficácia* enquanto conceito jurídico, mas sim à *efetividade*, ou seja, ao fato da norma atingir ou não os *objetivos* para a qual foi criada.

Apenas para ilustrar e tornar bem clara a diferença, podemos dizer que as normas que criaram o contrato temporário de trabalho de fato tenham eficácia no momento em que são cumpridas fielmente pelos seus destinatários, no momento em que a população tem conhecimento de seu conteúdo e o segue. Por outro lado, a *efetividade* vai um pouco mais além, e aí utilizaremos o mesmo exemplo: o contrato temporário de trabalho foi criado para aumentar a oferta de empregos no mercado, que em tese era inibida pela extrema complexidade das relações jurídicas advindas do contrato laboral realizado nos moldes oficiais. Argumentava-se que melhor seria partir para a clandestinidade, ou o mercado de trabalho informal. Com o objetivo de sanar este problema, criou-se a figura legal do contrato de trabalho temporário. Este novo instituto, no entanto, apesar de não se ter notícias de grandes infrações à sua regulamentação nem de fraudes constantes, o que leva a crer que esteja sendo cumprido e conseqüentemente seja *eficaz*, não conseguiu adquirir *efetividade*, pois não ampliou, até então pelo menos, de fato, a oferta de trabalho no mercado.

É, portanto, a efetividade de que trataremos aqui um conceito extremamente sociológico, ligado aos motivos e interesses por trás da norma jurídica.

Tendo esclarecido esta questão preliminar, passemos à análise proposta. O que percebemos é que por mais que exista o intuito de cercar a relação de emprego de mecanismos cujo objetivo é preservá-la, de fato

não serão os óbices legais que afastarão o empregador de efetuar a demissão, nem mesmo serão os incentivos e as formas mais flexíveis de trabalho que aumentarão as ofertas de emprego.

Nessa linha, Antônio Rodrigues de Freitas Jr., após considerar que se bastasse a emissão de normas reduzindo custos e direitos trabalhistas a fim de aumentar a *empregabilidade* da população "o problema do desemprego já estaria resolvido, ou pelo menos equacionado em outros países," expressou-se, em sua tese de livre-docência, dizendo estar "seguro em observar que a decisão estratégica do empresário, pela abertura de novos postos de trabalho, passa antes pela necessidade e pela racionalidade do recrutamento. Um empresário, agindo por critérios racionais, admitirá ou preservará empregados se e somente se [1] forem necessários, [2] houver horizonte de mercado que justifique uma estimativa de demanda em que a necessidade subsista; e [3] não tenha disponível tecnologia alternativa à necessidade de pessoal. Em outras palavras, cada real economizado com impostos, contribuições previdenciárias, indenizações trabalhistas e outros custos indiretos, não será, por esse motivo, gasto com a abertura de novos postos de trabalho. Se é certo que custos elevados são dissuassórios à contratação de empregados, não é menos certo que custos reduzidos sejam insuficientes para induzir o empresário à abertura de novos postos, nem sequer à preservação de seu pessoal já contratado." [8]

Assim, é discutível até que ponto a simples edição de normas jurídicas pode incentivar a contratação de força de trabalho, ou evitar sua demissão, quando, pelo contrário, sabemos que a burocratização pode muitas vezes realizar efeito adverso. Tudo nos leva a crer, portanto, que a flexibilização das normas trabalhistas não aumentará os índices de emprego, mas apenas manterá o atual contingente de empregados, possuindo estes, entretanto, menos direitos em relação ao que possuem atualmente, caso tais propostas visando ao "aumento da empregabilidade" sejam levadas a cabo.[9]

Se esta conclusão mostra-se verdadeira, o direito enquanto instrumento econômico de fomento ao emprego deixa muito a desejar, sendo muito mais efetivos os controles econômicos de que dispõe o Estado de intervir na atividade produtiva da sociedade, tais como taxas de juros, de-

[8] FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. *Direito do Trabalho na Era do Desemprego – Instrumentos Jurídicos em Políticas Públicas de Fomento à Ocupação.* São Paulo: LTr, n.7, 1999, p. 18-19.

[9] Sobre este tema, recomendamos a leitura da obra de Jorge Luiz Souto Maior: *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social.* São Paulo: LTr, 2000.

pósitos compulsórios, variação cambial e outros artifícios que não nos cabe aqui analisar.

Não que estejamos aqui a negar a força que pode ter o direito, e em especial o direito trabalhista, de funcionar como instrumento de justiça social. Muito pelo contrário, ele tem sido verdadeira ferramenta para promover uma relação de trabalho mais eqüitativa, protegendo o empregado hipossuficiente contra a onipotência do empregador, e mesmo atuando como fator de distribuição de renda e segurança jurídica. O que discutimos aqui é sua viabilidade enquanto instrumento de manipulação do mercado de oferta de postos de trabalho.

6. Além do direito positivo: aspectos políticos e sociológicos

Sabemos o direito nasce da política, por mais que gritem os puristas. Da mesma forma, esta advém das relações sociais como um todo, nas quais muitas vezes os interesses sociais são trocados por estímulos de ordem pessoal. Assim, diversas normas jurídicas são criadas sem de fato atenderem à necessidade da população, apenas no intuito de ludibriar a opinião pública, passando a imagem de algo está sendo feito.

Ora, a proibição de utilização das catracas eletrônicas em ônibus vai muito além do intuito de preservação dos empregos dos cobradores, que, segundo estudo publicado na Revista Veja,[10] totalizam nacionalmente algo em torno de 170.000 pessoas. Ora, porque não combater outros focos de automação ferrenha, como a indústria automobilística ou o sistema bancário? No mesmo estudo, a citada revista publicou estimativa de que a automação destes setores custou à sociedade um incremento de mais de 2.700.000 desempregados, isto sem que a proibição da mecanização do campo, o que não se cogita, obviamente, geraria emprego para 280 milhões de agricultores, mais que a população economicamente ativa de toda a América Latina.

Nitidamente vemos um interesse político em fazer "jogo de cena", a fim de gerar na população a idéia do combate ao desemprego. As referidas leis lidam com elementos de pequeno relevo no cenário nacional. As grandes utilizadoras da automação, no entanto, contra quem deveria de fato ser aplicado algum tipo de proteção a fim de manter os empregos, detentoras de forte *lobby* e de influências políticas, continuam efetuando em massa a substituição de pessoas por máquinas.

[10] Revista Veja. São Paulo: Ed. Abril, n. 1.646, 26 de abril de 2000, p. 31.

7. Da disciplina jurídica atinente à gestão das empresas privadas

Quando desejamos analisar os limites da regulação estatal sobre a gestão das empresas privadas, cabe analisar, precipuamente, o regime em que as mesmas funcionam, se meramente oriundas da livre iniciativa privada ou se dependentes de concessão ou permissão por meio da Administração Pública.

A iniciativa privada, dentro daquelas atividades que a Constituição Federal não reservou como exclusivas do Estado, poderá ser exercida livremente, por força do parágrafo único do art. 170 da Carta Magna, onde se pode ler que "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Esse princípio, cânone do liberalismo econômico, deve ser interpretado dentro da ótica de uma Constituição preocupada com a justiça social, como é a nossa, donde se conclui que a liberdade aqui outorgada é irrestrita enquanto não colidir com o interesse público, assim como, por outro lado, poderá ser cerceada quando o Estado, por intermédio de lei, achar por bem limitar a liberdade contratual, por exemplo, especialmente no que acontece com os contratos de trabalho.

Nessa linha posiciona-se o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, ao afirmar que a atividade econômica privada será legítima "enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário".[11] Mais adiante, lembra que é mesmo importante uma certa regulamentação do sistema privado, uma vez que deixá-lo totalmente aos cuidados do mercado pode levar a tamanho acúmulo de capital que a concentração capitalista em grandes conglomerados industriais pode, por si só, cercear a liberdade de iniciativa privada.

A lei, portanto, traça diretrizes gerais que regerão a iniciativa privada, seja no que tange aos profissionais liberais, exigindo, como dos advogados, a correspondente habilitação, seja, como nos diplomas normativos referentes aos cartéis e monopólios privados, abrindo a possibilidade de interferência estatal para possibilitar a livre concorrência, outro princípio constitucional também insculpido no art. 170, IV.

A realidade que aqui estamos a delinear, entretanto, ganha roupagem totalmente diferente quando passamos a tratar das empresas privadas que oferecem serviços públicos sob o regime da concessão, conforme pre-

[11] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 726.

visto no art. 175 da CF/88, posteriormente regulamentados pelas leis 8.987 e 9.074, ambas do ano de 1995.

Apenas para relembrar, a concessão é definida por Maria Sylvia Zanella di Pietro como sendo "o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço."[12]

Neste tipo de empresa privada, por estar prestando serviço público, o empresário deverá subordinar-se integralmente à vontade do Poder Público, que terá a prerrogativa de alterar as cláusulas do contrato unilateralmente. Sobre isso, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que "o concessionário não pode se opor às alterações exigidas, nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, como adiante melhor se verá, o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico dos termos da concessão, se este resultar da ação das novas medidas estabelecidas pelo concedente."[13]

Ora, acabamos de ver traçada clara zona limítrofe da possibilidade de intervenção do Poder Público nas empresas privadas. Naquelas que se configuram como empresas cuja atividade é por natureza privada, funcionando além da esfera de competência pública, o Estado poderá intervir apenas no intuito de defender os princípios e normas gerais orientadoras do sistema jurídico brasileiro (como a valoração ao trabalho e a livre concorrência). Já nas empresas privadas cujo objeto for a prestação de serviço público sob o regime da concessão, a intervenção poderá ser muito mais ampla, de forma que o serviço público será prestado na maneira pretendida pelo Estado, desde que não sejam procedidas alterações no contrato de concessão que desvirtuem o seu objeto ou que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

8. Conclusão

Após toda a análise exposta, poderemos chegar a uma conclusão final sobre os limites e possibilidades da intervenção pública nas empresas privadas.

[12] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública.* São Paulo: Atlas, 1999, p. 72.

[13] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 624.

Primeiramente, quanto à questão das catracas eletrônicas em ônibus. Compete aos municípios, por força do art. 30, V, da CF/88, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, o serviço de transporte urbano coletivo de passageiros, de forma que as empresas de ônibus funcionam sob regime de contrato de concessão com os respectivos municípios onde atuam.

Desta forma, de acordo com o que vimos no item anterior deste trabalho, caberia à Administração Municipal a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato de concessão de serviço público, podendo livremente proibir a implantação das catracas eletrônicas com o intuito de preservar o emprego dos cobradores de ônibus.

Curiosamente, justamente neste caso, as normas da secretaria municipal de transportes de São Paulo, bem como a portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº. 320 foram mais brandas: não proibiram a implantação das catracas eletrônicas, mas simplesmente proibiram que fossem efetuadas demissões de trabalhadores por conta de sua implementação. Decorrente do princípio de "quem pode o mais, pode o menos", não restam dúvidas quanto à constitucionalidade deste atos normativos.

Houve ainda protestos dos empresários invocando o art. 5º, II, da Constituição, argumentando que seria necessária lei para impedir a demissão dos empregados, não podendo tal vedação ser imposta por meio de portarias. Lembramos aqui que se trata de serviço público regido por contrato de concessão e que como tal deve atender às determinações do concedente, não sendo necessária lei para exprimir os desejos do Poder Público.

Por fim, tratemos da questão das bombas de auto-serviço nos postos de gasolina, que tiveram sua instalação terminantemente proibida pela lei 9.956/2000.

Observe-se que já não mais se trata de atividade exercida sob o regime de concessão, uma vez que o comércio de combustíveis não está incluído na categoria de "serviço público". De fato, trata-se de comércio de bens móveis, atividade privada por excelência.

Neste tipo de atividade, conforme já estudamos, a possibilidade de intervenção do Poder Público é bastante reduzida, estando limitada ao atendimento do interesse público em manter os princípios constitucionais da valoração social do trabalho e da livre concorrência. Qualquer ingerência que o Estado pretender fazer deverá contrabalancear estes valores com o da livre iniciativa, que como já dissemos, a Carta Magna já nos traz logo em seu art. 1º, IV.

É compreensível o interesse governamental em, num período de crise, acenar com proteções aos trabalhadores, conforme já analisamos no

item 6 deste trabalho. Entretanto, mesmo invocando a proteção em face da automação, prevista no art. 7°, XXVII da CF/88, não é admissível tamanha ingerência sobre a gestão das empresas privadas.

O que poderia ser feito, numa integração dos princípios já aqui levantados com o direito social de que sejam protegidos os empregos em face da automação, é que sejam *proibidas demissões decorrentes da instalação de tais bombas de auto-serviço*, ou seja, poder-se-ia proibir a demissão dos frentistas, e até seria muito interessante que assim fosse feito, mas não a instalação do equipamento.

É exatamente esta a orientação normativa encampada na Noruega, por exemplo, onde os trabalhadores que perderam seus postos por implantação de novo maquinário obrigatoriamente serão treinados para assumirem outra função dentro da mesma empresa, sendo proibida sua demissão, a menos que realizada por motivos outros, que não a mera automação.

Se assim fosse feito no Brasil, os ganhos sociais em termos de manutenção do emprego seriam muito mais efetivos, na medida em que seria incentivada a reciclagem e treinamento dos trabalhadores, bem como estimulada a expansão dos negócios dos empresários, com o fito de abarcar toda a mão-de-obra relocada,[14] o que seria extremamente bem-vindo numa economia em estado recessivo como vem sendo a brasileira nos últimos anos.

Resta portanto a nossa conclusão final pela inconstitucionalidade da lei federal 9.956 de 12 de janeiro de 2000, com esta última sugestão para que utilizemos o direito não como mera ferramenta fabricante de ilusões para a população (como muitas vezes a nossa Constituição vem se mostrando), mas verdadeiro instrumento propulsor de nossas economia e sociedade.

9. Bibliografia

Livros

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
2. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
3. DANTAS, Ivo. *Constituição Federal – Teoria e Prática*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

[14] Neste mesmo sentido, CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 990-991.

4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública.* São Paulo: Atlas, 1999.
5. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira.* v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.
6. FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. *Direito do Trabalho na Era do Desemprego – Instrumentos Jurídicos em Políticas Públicas de Fomento à Ocupação.* São Paulo: LTr, 1999.
7. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social.* São Paulo: LTr, 2000.
8. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.
9. TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à Relação de Emprego.* São Paulo: LTr, 1998.
10. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 1995.

Outras Fontes

1. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 – Os Direitos Sociais, sua Defesa e a Proteção Contra a Omissão Inconstitucional.* http://www.btnet.com.br/pages/idp/df.htm. 07 de junho de 2000

2. PALMEIRA, Ivo Carlos de Almeida. *Parecer 07/99.* http://www.ntu.org.br/banco/ bilhetagem/Parecer0799.doc

3. *Vai Sobrar Emprego. Revista Veja.* São Paulo: Ed. Abril, nº. 1.646, 26 de abril de 2000, p. 31

O ENCARGO DE 20% INSTITUÍDO PELO DECRETO-LEI Nº 1025/69 E AS EXECUÇÕES FISCAIS DA UNIÃO

Henrique Tróccoli Júnior (Aluno do 10º período da Graduação em Direito da UFPE).

Sumário: 1. Apresentação do tema; 2. O que são encargos?; 3. O encargo de 20% previsto no Decreto-lei nº 1025/69 como honorários advocatícios. Visão crítica da jurisprudência; 4. Natureza jurídica. Correntes; 5. Nosso posicionamento; 6. Bibliografia.

1. Apresentação do tema

Nas execuções fiscais da União, além dos encargos relativos aos juros e multa moratórios, incide sobre o principal da dívida outro encargo denominado encargo de 20% instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69. Inicialmente o referido encargo remunerava os servidores públicos que funcionassem na cobrança da Dívida Ativa, constando do art. 1º daquele decreto, que possui a seguinte dicção: "*Art. 1º É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida Ativa da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União*".

Essa norma sofreu diversas alterações, como se observa da Lei nº 7.711/88: "*Art. 3º A partir do exercício de 1988 fica instituído programa de trabalho de "Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União", constituído de projetos destinados ao incentivo da arrecadação, administrativa e judicial, de receitas inscritas como Dívida Ativa da União, à implementação, desenvolvimento e modernização de redes e sistemas de processamento de dados, no custeio de taxas, custas e emolumentos relacionados com a execução fiscal e a defesa judicial da Fazenda Nacional e sua representação em Juízo, em causas de natureza fiscal, bem assim diligências, publicações, "pró-labore" de peritos técnicos, de êxito, inclusive a seus procuradores, ao Ministério Público Estadual e de avaliadores e contadores, e aos serviços relativos à penhora de bens e à remoção e depósito de bens penhorados ou adjudicados à Fazenda Nacional. Parágrafo único. O produto dos recolhimentos do encargo de que trata o arti-*

go 1º do Decreto-Lei nº 1025, de 21 de outubro de 1969, modificado pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, artigo 3º do Decreto-Lei 1.645, de 11 de dezembro de 1978, e artigo 12 do Decreto-Lei nº 2.163, de 19 de setembro de 1984, será recolhido ao Fundo a que se refere o artigo 4º, em subconta especial, destinada a atender à despesa com o programa previsto neste artigo e que será gerida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de acordo com o disposto no artigo 6º desta Lei".

Pelos diplomas legais suso-referidos, constata-se que o encargo cobrado a taxa de 20%, visa custear os serviços despendidos com a arrecadação de créditos da Fazenda Nacional inscritos em Dívida Ativa.

A Dívida Ativa é o conjunto de valores devidos à Fazenda Pública em virtude do inadimplemento de tributos e de outros créditos cuja natureza não seja tributária, mas seja cobrada por alguns dos legitimados à inscrição, previstos no art. 1º da Lei 6.830/80, a qual trata da cobrança judicial destes créditos através de procedimento próprio e de rito célere.[1]

Como *supra* salientado, a problemática surge quando contextualizamos o referido encargo com a atual ordem constitucional e com a carga tributária vigente no País, embora o tema não seja novo, posto que deveras apreciado pelos nossos tribunais, com decisões nem sempre coerentes.

Para o desenrolar do presente trabalho e para que situemos a problemática que envolve o citado encargo previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 1025/69, mister se faz primeiro enunciar as diversas questões que a doutrina traz à lume quanto ao tema; segundo, identificar a natureza do instituto e em terceiro lugar analisar nossas conclusões, confrontando-as com o entendimento vigorante nos tribunais.

2. O que são encargos?

A linguagem do direito positivo, fruto do labor do legislador, é vertida numa linguagem técnica, não científica, cabendo ao operador do direito dissecá-la para obter o verdadeiro conteúdo, alcance e sentido dos enunciados normativos.[2]

Para o objetivo a que nos propomos, mister definirmos o que se

[1] O art. 1º da Lei 6830/80 está assim redigido, *verbis*: "Art. 1º. A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil ".

[2] Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. rev. São Paulo: Forense, 1997, p. 4-5.

entende e o que entendemos sobre o termo "encargos". Este passo é fundamental para identificarmos a natureza jurídica do instituto e sua amoldação ao sistema de direito positivo.

Encargos, sob a ótica do uso comum do povo, numa perspectiva vulgar do conceito, pode ser definido como "1. Responsabilidade, incumbência, obrigação. 2. Ocupação, cargo. 3. Sentimento de culpa; remorso. 4. Condição onerosa, ou restritiva de vantagem; peso".[3] Abstraindo dos sentidos nº 2 ,3 e 4, podemos entender o referido encargo como uma obrigação/imposição de recolher aos cofres públicos o percentual de 20% calculado sobre a totalidade da quantia devida inscrita em dívida ativa.

Já adentrando no campo da linguagem técnica poder-se-ia definir o termo "encargo" como aquilo que adere a algo que lhe é substancial, como por exemplo, os juros indenizatórios e a multa moratória aderem ao principal da dívida onerando-a, cada um com uma função específica, qual seja, os juros indenizam o credor pela não disponibilização no tempo acordado do numerário que já lhe pertence e a multa é penalidade pelo inadimplemento da obrigação civil, comercial, tributária etc., no tempo acordado ou instituído.[4] Será que podemos identificar o encargo de 20% instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69 como acessório de uma obrigação? Se afirmativa a resposta, tratar-se-ia de indenização, remuneração, ou penalidade? Antes de respondermos a este questionamento, válido é situarmos a compreensão do instituto ora estudado no âmbito da linguagem da ciência do direito, a que se pretende, como toda ciência, foros de univocidade.

Os conceitos, institutos e formas de direito privado, salvo se para definir e limitar a competência impositiva, podem ser modificados pela legislação tributária.[5] Assim, pode-se entender o termo "encargo" como

---

[3] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico de Língua Portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 244.

[4] " Multa fiscal: toda prestação pecuniária compulsória, instituída em lei, em prol do Estado ou de pessoa sua, que seja sanção de ato ilícito em matéria fiscal, assim entendido o descumprimento da obrigação tributária principal ou acessória (deveres principais secundários numa linguagem mais apurada). Juros: são calculados sobre o principal da dívida (o tributo não pago), a título de compensar o Estado pela não *disponibilidade* do dinheiro, representado pelo crédito tributário, desde o dia previsto para o seu pagamento " (grifos do autor) COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e Prática das Multas Tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 76-77.

[5] O art. 110 do CTN está assim disposto, *ipsis litteris*: " Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

"... toda soma de tributos ou impostos que pesam à responsabilidade de uma pessoa ou de uma firma comercial.... Encargos, aí, têm, pois, o sentido de *ônus*".[6]

Destarte, cremos que o conteúdo e o sentido do termo "encargo", a que o legislador de antanho fez referência, é o de imposição que nasce com o inadimplemento da obrigação tributária, refletindo toda a carga tributária incidente sobre dado contribuinte sem as características de remunerar o capital, *e.g.*, empréstimo contraído a juros, indenizar o credor (juros moratórios) e de penalizar o inadimplente (multa de mora), pois estas "verbas" já possuem previsão em leis esparsas e a sua cobrança concomitante com estes acessórios (juros e multa) configura anatocismo (juros sobre juros) e *bis in idem* penalizatório, o que é vedado pela Ordem Jurídica. Assim, responde-se às suso-referidas indagações.

3. O encargo de 20%, previsto no Decreto-lei nº 1025/69, como honorários advocatícios. Visão crítica da jurisprudência.

Há decisões que, a despeito das alterações legislativas operadas no instituto, entendem que o encargo de 20% previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 1025/69, é verba recolhida a título de honorários de advogado. Assim, por exemplo[7], Agravo de Instrumento nº 102790, DJU 15.3.2000[8] e a Súmula nº 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR.[9]

Entendido o citado encargo como verba honorária, surge o problema de compatibilizá-lo com o Código de Processo Civil e com os princípios que regem o estatuto de rito, mormente com o princípio da igualdade das partes e do juiz natural, previstos respectivamente no art. 5º, *caput* e inciso XXXVII, da Constituição Federal de 1988.

---

[6] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 163.

[7] Passou-se a entender que o encargo de 20%, do art. 1º, do Decreto-lei 1025/69, tratava-se de honorários de advogado com a edição do Decreto-lei 1645/78 que em seu art. 3º dispunha: "Art. 3º. Na cobrança da Dívida Ativa da União, a aplicação do encargo de que tratam o art. 21 da Lei nº 4439, de 27 de outubro de 1964,... o art 1º do Decreto Lei nº 1025/69, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1569, de 8 de agosto de 1977, substitui a condenação do devedor em honorários de advogado e o respectivo produto será, sob esse título, recolhido integralmente ao Tesouro Nacional ".

[8] Revista Dialética de Direito Tributário. nº 56, p. 167

[9] A Súmula nº 168 tem a seguinte dicção, *verbis*: "O encargo de 20%, do Dec.-lei 1025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

Segundo o CPC, em seu art. 20 "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios...". Da primeira parte do dispositivo transcrito constata-se que é de competência do juiz da causa arbitrar os honorários de advogado, atendendo às circunstâncias de que trata as alíneas do art. 20.

Nos executivos fiscais ajuizados pela Fazenda Nacional, o Decreto-lei nº 1025/69 subtrai do juiz este dever-poder para fixá-lo sempre no percentual máximo arbitrado, qual seja 20% (CPC, art. 20, §3º), pela simples razão do ajuizamento da ação, ou seja, se o executado paga o débito logo após a citação, deverá acrescê-lo de 20% a título de "honorários advocatícios", criando um juízo de exceção. Segundo preleciona Humberto Theodoro Jr: "Toda origem , expressa ou implícita do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna". Resumindo a idéia do insigne mestre mineiro, o princípio do juiz natural é a garantia do cidadão de submeter-se ao poder, conferido pela Constituição ao juiz, de exercer a jurisdição segundo as determinações daquela. Assim, fixando o Decreto-lei nº 1025/69 o encargo de 20% e sendo este entendido como honorários advocatícios, a competência para o julgamento da qualidade do serviço prestado, do grau de dificuldade da causa etc., está sendo transposta para o legislador ordinário e não para a instância judiciária, a qual é a competente para a apreciação da matéria, posto que envolve a composição de interesses em litígio, objeto do processo.

Destarte, ao meu sentir, subtrair do juiz a competência de tal arbitramento para fixá-lo sempre no maior percentual possível é não só malferir a citada norma acima veiculada, como também privilegiar (dentre tantos outros privilégios) um ente estatal (a Fazenda Nacional) em detrimento dos contribuintes e dos demais entes estatais que não fazem *jus* a tal percentual (como, *v.g.*, o Instituto Nacional de Seguro Social).

Ademais, fere, outrossim, o art. 125 do CPC, que ordena o tratamento igualitário das partes, materializando o princípio da isonomia no processo. Neste sentido, digno de nota, por sua singularidade, é o voto proferido na Apelação Cível nº 187.229/SP, da lavra do Juiz Homar Cais, *verbis*: "*Quer se chame de taxa (DL 1025), quer se mascare como encargo (DL 1.645), o percentual de 20% que penaliza o executado nas execuções fiscais – e só desta – não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que nenhuma razão especial existe que possa servir de fundamento à desparificação da Fazenda Pública em geral (...). A prévia esti-*

pulação de percentual que substitui, na execução fiscal da União, os honorários, subtrai ao Poder Judiciário, com infringência do princípio do juiz natural, sua competência para decidir sobre o cabimento e o arbitramento do percentual relativo aos honorários de advogado. Ao determinar o Código de Processo Civil que a sentença condenará o vencido ao pagamento da verba honorária impõe amplo exame da causa pelo juiz, que estará atrelado, na sua fixação, à observância dos parâmetros contidos nos §§ 3º e 4º do art. 20 (...). Incompatibilidade manifesta do art. 1º do Decreto-lei nº 1025/69, com a alteração contida no art. 3º do Decreto-lei nº 1.645/78, com a Constituição Federal, que não o recepcionou" (TRF, 3ª Região, 4ª Turma, Apelação Cível nº 187.229/SP (94.03.052304-2), rel. Juiz Homar Cais, com retificação de voto da Juíza Lúcia Figueiredo, j. 25-9-1996). Entretanto, este posicionamento, para não dizer único, encontra-se quase que isolado no seio da jurisprudência pátria.

Como salientado acima, os tribunais superiores têm entendido o encargo de 20%, previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 1025/69 como devidos em substituição aos honorários advocatícios. Há, todavia, decisões que contrariam a própria idéia a que se propõem transmitir, como se observa do acórdão no Resp. nº 190.937/SP, DJ 22.3.1999, p. 96, *verbis*:

"DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Extinta a participação de servidores na cobrança da dívida ativa da União, foi estabelecida a taxa de 20% (vinte por cento) a ser paga pelo executado. A taxa é reduzida a 10% (dez por cento) se o débito for pago antes do ajuizamento. O juiz não pode reduzir o percentual da lei. Recurso provido".

Da ementa retrotranscrita observa-se a incoerência do posicionamento dos que defendem a cobrança do encargo de 20% a título de honorários de advogado: como pode ser devido honorários de advogado se não houve sequer a formação da relação processual com a citação do devedor para solver a dívida ? Ou ainda, se não pode o juiz reduzir o percentual da lei, como aceitar a tese de que antes do ajuizamento da ação a taxa reduzir-se-á a 10%? Na verdade, a meu ver, existe uma certa complacência institucional para com a Fazenda Pública que, no intuito de alimentar os cofres do estado, subverte os princípios básicos e a lógica do sistema, pelos quais os cientistas do direito busca atribuir uma base palpável para compreender o fenômeno normativo. Entretanto, a questão parece estar pacificada no seio do STJ com o julgamento dos EDResp nº 124.263/DF, onde a 1ª Seção pacificou o entendimento de que a natureza do encargo previsto no art. 1º do Decreto-lei nº1025/69 não

era unicamente de substitutivo dos honorários advocatícios, mas que se destinava a cobrir todas as despesas relativas à arrecadação de tributos. [10]

Na esteira do precedente normativo aberto pelo Decreto-lei nº 1025/69, a Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, que institui a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, assim dispôs no art. 5º, § 1º, alínea "c": "§ 1º. A taxa não recolhida no prazo fixado será atualizada na data do efetivo pagamento, de acordo com o índice de variação da BTN Fiscal, e cobrada com os seguintes acréscimos: c) encargos de 20% (vinte por cento), substitutivo da condenação do devedor em honorários de advogado, calculados sobre o total do débito inscrito como Dívida Ativa, que será reduzido para 10% (dez por cento) se o pagamento for efetuado antes do ajuizamento da execução". Aqui, calha à fiveleta todas as críticas opostas ao acórdão supratranscrito.

Em se considerando o instituto de que ora se trata como honorários de advogado, pode-se impugná-lo pela revogação tácita operada pelo Código de Processo Civil de 1973 ou pela não-recepção do multicitado diploma normativo pela Constituição Federal, uma vez que fere os princípios do juiz natural e da isonomia das partes.

4. Natureza jurídica. Correntes.

A doutrina diverge na caracterização da natureza do instituto que ora nos ocupa a atenção, podendo-se afirmar que possuem duas teorias, a saber: configuraria honorários advocatícios ou tributo da espécie taxa. A questão dos honorários advocatícios já mereceu nossa atenção no item anterior, agora nos cumpre analisar o tema sob a ótica dos tributos. Tributo é toda prestação pecuniária não decorrente de ato ilícito instituída por lei.[11] Pode-se subsumir o conceito de tributo ao encargo instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69. Cabe-nos, agora, identificar a espécie tributária a

[10] O referido acórdão tem a seguinte ementa, *verbis*: "Processo Civil. Execução Fiscal. Encargo Previsto no art. 1º do Decreto-lei 1025/1969. Precedentes do STJ. Embargos de Divergência acolhidos. I – É legítima a cobrança do encargo de 20% previsto no art. 1º do Decreto-lei 1025/1969, o qual serve para cobrir todas as despesas (inclusive honorários advocatícios) relativas à arrecadação dos tributos não recolhidos, não sendo mero substituto da verba honorária. II – Embargos de divergência acolhidos". (STJ. 1ª Seção. EREsp nº 124263/DF, rel. Min. Adhemar Maciel, unânime, DJ 10.8.1998, p. 07).

[11] O art. 3º do CTN está desta forma versado, *litteris*: "Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção por ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade plenamente vinculada".

qual o encargo corresponde, para daí, verificarmos se o mesmo ofende ou não o Sistema Tributário Nacional. Aqui, adotaremos a divisão polipartida das espécies tributárias defendida por Luciano da Silva Amaro que identifica os impostos, as taxas, as contribuições e o empréstimo compulsório.[12]

Assim, impostos são classificados como tributos não vinculados a uma atuação estatal específica em relação ao contribuinte; as taxas pela sua vinculação à prestação de um serviço público específico e divisível em relação ao contribuinte; a contribuição de melhoria pela valorização de um bem do contribuinte pela realização de obra pública e, as contribuições sociais, embora seja ainda intensa a controvérsia acerca de sua classificação, são tributos caracterizados pela sua destinação específica [13] e o empréstimo compulsório pela sua restituibilidade.

O encargo de 20% previsto no Decreto-lei nº 1025/69 não reflete a valorização de um bem do particular por obra da administração pública. Também não se destina a custear a seguridade social. Não é resultado da intervenção do estado na economia, nem no interesse de categorias sociais ou econômicas e não configura exercício do poder de polícia, nos termos do art. 98 do CTN.

Há quem entenda que o encargo de 20% configura imposto por não ser cobrado em virtude do oferecimento de um serviço público específico e divisível relacionado ao contribuinte, mas sim de uma situação fática legitimadora de sua cobrança, qual seja, o inadimplemento de uma obrigação tributária.

Nesta linha de pensamento encontramos o magistério de Yussef Said Cahali, *verbis:* "... as despesas com a inscrição da dívida são gerais da administração, e aquela inscrição é condição para a cobrança do crédito fiscal; hão de ser atendidas, conseqüentemente, pelos impostos gerais; por outro lado, a teor do art. 201 do CTN, não pode o Fisco incluir, como dívida tributária, tal acréscimo, que só incide, segundo a lei que o previu, após esgotado o prazo para pagamento, posterior à notificação, ou nos termos da lei fiscal ...".[14]

Outros defendem sua inclusão na espécie tributária das taxas.[15] Como principal argumento que se colaciona para defender a inclusão do en-

---

[12] Cf. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79-86.

[13] Cf. AMARO, Luciano. *Idem*, p. 74-79.

[14] CAHALI, Yussef Said. *Apud in* BACHO, Renato Lopes. *Honorários Advocatícios nos Executivos Fiscais da Fazenda Nacional.* Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: nº. 43, 1999, p. 117. São Paulo: [s.n], n.43, 1999, p.117.

[15] Cf. BACHO, Renato Lopes. *Honorários Advocatícios nos Executivos Fiscais da Fazenda Nacional.* Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: n. 43, - São Paulo: [s.n.], n.43. p. 122; CARDOSO, Alessandro Mendes. *Do encargo instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69.* Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: [s.n.], n. 56., p.7-18.

cargo previsto no Decreto-lei nº 1025/69, tem-se que a atividade de arrecadação e cobrança dos débitos tributários da União não configura serviço público, se tomado o termo no sentido que lhe é dado pelo direito administrativo. Seriam, portanto, tributos não vinculados que se prestam a custear uma atividade estatal: a arrecadação de tributos e as despesas com a inscrição dos créditos inadimplidos efetuadas pelo Estado. Este entendimento encontrou guarida com a promulgação da Lei 7711/88, diante do enunciado normativo do art. 3º deste diploma legal que destina os recursos provenientes da cobrança do encargo de 20% a aparelhar o Programa de Incentivo à Arrecadação.

Para configurar o encargo de 20% instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69 um imposto, deve-se, necessariamente, entender que o custeio da máquina estatal arrecadadora não configura serviço público, ou por outras palavras, deve o serviço público ter conotação de contraprestatividade, entendida esta expressão como uma retribuição, um benefício concedido pelo Estado ao usuário do serviço, tal qual as taxas funerárias, de saneamento básico etc.

Odete Medauar sustenta o caráter prestacional do serviço público que deve propiciar algo necessário à coletividade, algo que propicie diretamente uma utilidade aos administrados.[16]

A doutrina tributária, porém, parece uníssona em concordar que para os fins constitucionais da imposição de taxas, não precisa haver a conotação de contraprestacionalidade. O serviço público para estes autores caracterizam uma atividade estatal relacionada a alguém, e por isto (pela prestação da atividade) torna-se este alguém contribuinte da taxa correspondente.[17]

Os doutrinadores, que proclamam a natureza jurídica de taxa para o

---

[16] "*Serviço público*, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à *atividade prestacional*, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio, por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições, não se incluem na acepção técnica de serviço público ". E mais adiante: "Em essência *serviço público* significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infra-estruturas (arquivo, arrecadação de tributos) ". MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 329-330.

[17] "...para o efeito de situar o problema da cobrança de taxas, podemos entender por serviço público *toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer, de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas*." MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 340.

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA FDR

encargo de 20% previsto no art. 1° do Decreto-lei 1025/69, defendem que a cobrança do crédito inadimplido caracteriza serviço público específico e divisível e sua subsunção aos enunciados dos arts.77 do CTN e 145, II, da CF.

Pode-se albergar ainda a tese de que o encargo de 20% caracteriza sanção por ato ilícito, pois inadimplir uma obrigação tributária configura ilícito tributário; sendo o fato gerador do encargo, ou da taxa, ou do imposto o inadimplemento (fato que torna possível a inscrição em Dívida Ativa e seu ajuizamento) do contribuinte, estar-se-ia cobrando pelo descumprimento da norma impositiva.

Há, entretanto, concordância unânime que, seja a que título for, o encargo de 20% é ilegal e afronta a ordem jurídica.

5. Nosso posicionamento

Consideramos que o encargo de 20% instituído pelo art. 1° do Decreto-lei n° 1025/69 é penalidade administrativa pelo inadimplemento voluntário da obrigação tributária, com o que não concorda Sacha Calmon Navarro Cõelho[18], para quem o contribuinte tem o dever subjetivo de resistir ao pagamento de tributo. Assim, inadimplir uma obrigação tributária não consistiria num ato ilícito, pois não teria tipicidade.

Não concordamos com a inclusão do encargo na categoria das taxas pois não acreditamos que a cobrança administrativa ou judicial da Dívida Ativa se caracterize como serviço público, posto dever este refletir um caráter de prestacionalidade ao contribuinte, o que não ocorre pelo ajuizamento de uma execução fiscal. Ademais, o valor do serviço deve guardar relação eqüitativa com a taxa cobrada, fato este não encontrado no instituto de que tratamos, levando-o a transplantar-se para a categoria dos impostos[19].

---

[18] "Multas é que não podem ser por ausência de *tipicidade do ilícito*. Tampouco poderão ser tributários, vez que na espécie não há "fato gerador". Ocorre-nos, todavia, que, a título de ressarcir despesas judiciais inclusive honorários advocatícios à conta da Fazenda, pela cobrança do crédito tributário, venha a lei estatuir "acréscimos" à dívida. Nossa posição é radical no particular. O aparato judicial deve estar disponível às partes. É dever do Estado. Nada de acréscimos, portanto" (grifos originais) COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e Prática das Multas Tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 80.

[19] "Finalmente, é muito importante, nas taxas, o elemento base de cálculo, dado possuir ele um caráter determinante do *quantum* devido. Não sendo a base de cálculo bem escolhida, desaparece a figura da taxa para, em seu lugar, surgir a do imposto" BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 151.

Da mesma forma, cremos não assistir razão aos que o vêem como imposto, pois um tributo não pode ter como fato gerador um ato ilícito, mas incidir sobre atos, bens, situações lícitas como prescreve o art. 3º do CTN. Mesmo como imposto melhor sorte não assiste ao indigitado encargo, posto que, à mingua de previsão constitucional para a hipótese fática do encargo com a atribuição de competência tributária à União, deveria o mesmo ser veiculado por lei complementar, posto que assim restaria compreendido na competência residual da União (art. 154, I, da CF).

O encargo de 20% instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69 e alterado por vários diplomas normativos consiste, verdadeiramente, em medida punitiva ao devedor recalcitrante[20]. Se o devedor satisfaz o débito antes da cobrança judicial, diminui-se o percentual devido a 10%; ajuizada a ação fiscal, eleva-se o encargo a 20% do montante da dívida consolidada (principal, multa e juros). Como multa que é, constatamos o exercício de uma ilegalidade a agravar o quadro tributário no Brasil: a incidência de encargos dos mais variados tipos e gostos a onerar o contribuinte, e entre eles, a burla ao princípio geral de direito da proibição de *bis in idem*, caraterizado pela cobrança de uma multa (encargo de 20%) sobre uma outra multa (multa de mora), esta que muitas vezes atinge o percentual de 100% sobre o valor do débito.

Portanto, vislumbra-se, a despeito da denominação que lhe der, a ilegalidade do encargo de 20% instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69, pois o mesmo grava o patrimônio do executado com uma sanção, já prevista e duplamente cobrada, sob a roupagem de custear a máquina arrecadatória estatal.

---

[20] O STJ possui recente pronunciamento neste sentido, *verbis*: "Processual – Execução Fiscal – Acréscimo Previsto no art. 1º do DL 1025/69 – Sanção ao Devedor Recalcitrante – Possibilidade. O acréscimo ao valor do débito fiscal determinado pelo DL 1025/69, constitui sanção, cominada ao devedor recalcitrante, em percentagem legalmente fixada. Não se confunde com os honorários de sucumbência, previstos no art. 20 do Código de Processo Civil. Não é lícito ao Juiz eximir o devedor recalcitrante do pagamento do encargo". (Recurso Especial nº 220.587/SP, julgamento em 02.9.1999, p. 00101). Em nota, o advogado Alessandro Mendes Cardoso observa: "Este entendimento, por enquanto restrito aos julgamentos relatados pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, é passível de discussão, haja vista que sobre o valor a ser executado pela União Federal já incide a multa e juros de mora. Ressalte-se, ainda, que incidindo o encargo do Decreto-lei nº 1025/69 sobre o valor consolidado do débito teríamos a aplicação de uma "sanção" sobre os valores já devidos a título de multa e juros de mora, ou seja, um *bis in idem*". CARDOSO, Alessandro Mendes. *Do encargo instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69*. Revista ialética de Direito Tributário. São Paulo: [s.n.], n.56, p.12.

5. Bibliografia

Livros

1. ALVARES, Manoel. VITTA, Heraldo Garcia. SOUZA, Maria Helena de. CÂMERA, Miriam Costa Rebollo. SAKAKIHARA, Zuudi. *Execução Fiscal – Doutrina e Jurisprudência.* FREITAS, Vladimir Passos de. (coord). São Paulo: Saraiva, 1998.
2. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
3. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário.* 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
4. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e Prática das Multas Tributárias.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
5. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico.* 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988.
6. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 16.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
7. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
8. SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico.* v.I.4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
9. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 18. ed. v. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Artigos:

1. BACHO, Renato Lopes. *Honorários Advocatícios nos Executivos Fiscais da Fazenda Nacional.* Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: [s.n.], n.43, abril 1999.
2. CARDOSO, Alessandro Mendes. *Do encargo instituído pelo Decreto-lei nº 1025/69.* Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: [s.n.], n.56, maio 2000.

O PAPEL EXERCIDO PELA LEI COMPLEMENTAR TRIBUTÁRIA DENTRO DA PERSPECTIVA DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

Camila Militão de Carvalho (aluna do 7° período da Graduação em Direito UFPE)

Sumário: 1.Introdução; 2.Federalismo: uma visão kelseniana; 3. Federalismo brasileiro: aspectos gerais; 4. Lei Complementar: breve análise; 5. Lei Complementar e Direito Tributário; 6. Lei Complementar e Lei Ordinária; 7. Normas gerais e princípio federativo; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1. Introdução

A teoria da Federação, reconhecida entre muitos como técnica de governo, desenvolveu-se e aprimou-se ao longo do tempo conforme as peculiaridades de cada Estado. A natureza do Estado Federal é dinâmica pois comporta graus de desenvolvimento de acordo com a autonomia dos entes federados.

Carl Schimtt, baseado na idéia do Pacto federal, conceitua a Federação como uma união permanente com fulcro na livre convenção e a serviço do fim maior de autoconservação de todos os membros mediante a qual se troca o total *status* político de cada um dos membros em atenção ao fim comum. Há, assim, para o membro que ingressa, a perda da soberania sem contudo perder a autonomia política.

Outro enfoque, o qual iremos desenvolver ao longo deste artigo, é dado pelo autor Hans Kelsen , em sua obra "Teoria do Direito e do Estado". Ele traz uma noção de organização do federalismo equiparando-o à uma ordem jurídica. Para ele há três ordens jurídicas dentro do Estado Federal, quais sejam, a da União, a dos Estados-membros e a do Estado Federal.

A par desses conceitos iniciais, sabemos que a característica maior do Estado Federal é a autonomia dos Entes que o compõe, autonomia esta, consubstanciada na descentralização política, administrativa, judiciária e legislativa.

O objeto do presente trabalho é a análise da influência que a peculiar organização Federal do Estado Brasileiro acarreta a determinação do papel da Lei Complementar no campo do Direito Tributário.

Ao exercer sua competência Legislativa tributária estabelecida na Constituição Federal, iremos tentar estabelecer o campo possível de atuação deste tipo normativo, respeitando, é claro, o princípio Federativo.

2. Federalismo: uma visão Kelseniana

Para Kelsen, a primeira ordem jurídica seria formada pela União. Esta seria a ordem jurídica parcial central a qual produz normas jurídicas válidas para o território inteiro.

A ordem jurídica dos Estados-membros formaria a ordem jurídica parcial local que produz normas válidas para uma determinada parte do território do Estado Federal.

A junção dessas ordens jurídicas parciais formaria a comunidade jurídica total ou nacional que é o Estado Federal, ente soberano.

Esta descentralização normativa, que possibilita normas distintas válidas para diferentes regiões, permite que a mesma matéria seja regulada de várias formas atendendo às peculiaridades de cada esfera territorial. Esta é a chamada descentralização estática de Kelsen.[1]

Todavia, o referido autor enfatiza o problema da descentralização normativa (característica típica do Estado Federal) não apenas em seu aspecto territorial de validade como também em seu aspecto dinâmico, ou melhor dizendo, quanto aos métodos de criação de tais normas por diferentes órgãos. Há a centralização dinâmica quando um mesmo órgão cria normas tanto centrais como locais acarretando uma união pessoal os órgãos das distintas comunidades constituídas pelas normas centrais e locais. Contudo, enfatiza Kelsen, é preferível distintos órgãos criadores do Direito das diferentes ordens parciais, ou seja, a descentralização dinâmica onde as normas válidas para determinada área territorial seja criada por órgãos locais compostos de membros escolhidos pela comunidade jurídica local. Esta seria a característica maior do Estado Federal, qual seja, distribuir competência entre os entes que a compõe.

A Constituição Federal classifica as competências legislativa da União, Estados, Municípios e Distrito Federal em privativa (da União) comum e concorrente.

O objeto do presente trabalho é a análise do papel da lei Complementar ao exercerem a competência legislativa estabelecida na distribuição da competência legislativa em matéria tributária entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal.

---

[1] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 298, 302-303.

Iremos tentar estabelecer o campo possível de atuação deste ato normativo respeitando, é claro o princípio federativo.

3. Federalismo Brasileiro: aspectos gerais

É de conhecimento de todos que o Federalismo em sua noção clássica abrange apenas a União e os Estados-membros como comunidades jurídicas parciais.

O federalismo brasileiro, contudo, comporta três esferas jurídicas parciais (União, Estados e Municípios), que detém a autonomia legislativa, administrativa, política e judiciária, e que juntos formam a ordem jurídica do Estado brasileiro.

No entanto, para que essa autonomia local (em todos os seus quatro aspectos acima mencionados) torne-se viável, faz-se mister que esses entes políticos também detenham autonomia financeira.

Para adquirir receitas e conseqüentemente realizar os seus objetivos institucionais, as pessoas jurídicas de direito público, utiliza-se de umas das formas de obter recursos financeiros que é a arrecadação de tributos da Sociedade. Assim, instaura-se a relação jurídica tributária consubstanciada em uma relação de Poder em que há uma submissão do contribuinte à vontade do Estado de impor um pagamento de tributo.

Por ser um campo vital para o Estado, a arrecadação de tributos comporta limites para que haja um equilíbrio na relação Fisco x contribuinte. A União, Estados e Municípios, ao exercer o poder de tributar, poder este de instituir e arrecadar tributos, tem que conformá-los com os dispositivos legais os quais determinam a competência tributária.

De acordo com o artigo 24 da Constituição Federal, a competência para instituir leis em matéria tributária é exercida de forma concorrente, isto é, titularizada simultaneamente, entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal. Além da competência tributária das ordens jurídicas parciais há também a competência da ordem jurídica total, fundamentada na Constituição, para regular a matéria tributária feito, pois, mediante lei Complementar.

4. Lei Complementar: breve análise

Utilizando-se do conceito de Pinto Ferreira, lei complementar "caracteriza-se pelo fato de só poder tratar daqueles assuntos que a Constituição especifica expressamente, estatuindo ser próprios de tal espécies normativas possuindo processo de elaboração especial. A sua aprovação

exige a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional (art.69).

Desta conceituação podemos identificar dois pressupostos inerentes à Lei Complementar, quais sejam, o material (objeto predeterminado na constituição sem a possibilidade de discricionariedade por parte do Legislativo quanto à seleção de matéria) e o formal (o processo legislativo se distingue dos demais por exigir quorum qualificado). Ao seguirmos o pensamento kelseniano, verificamos que as leis têm âmbito de validade determinado territorialmente. Quanto à lei complementar, produto do legislativo da ordem jurídica total, ela produz efeitos em todo o território nacional.

5. Lei complementar em Direito Tributário

A Constituição Federal estabelece a matéria objeto da Lei Complementar em Direito Tributário em seu artigo 146:

" Cabe à Lei Complementar:

I- dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II- regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes;
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas."

A primeira função da lei complementar visa resguardar o sistema de repartição de competência e conseqüentemente a autonomia financeira dos entes políticos. Lei Complementar que regula a limitação ao poder de tributar, segundo o II do art. 146, atua ou para conter normas ou para lhe dar eficácia.

[2] FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constituicional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva,1999, p.336.

Todavia, segundo o entendimento de Sacha Calmon " o campo de eleição da Lei Complementar é da norma geral de Direito Tributário... nesta matéria, a lei complementar é lei delegada pelo constituinte."[3]

Por ser editada pelo Congresso Nacional, representando a ordem jurídica total, a matéria veiculada pela Lei Complementar tributária, funcionando como manifestação de expansão da própria Constituição, deve ser obedecida pelas ordens jurídicas parciais.

Logo, as normas gerais de direito tributário tem como fim maior integrar o Sistema Tributário Nacional ao estabelecer premissas gerais que devem ser obedecidas pelas três ordens jurídicas dos entes políticos ao produzirem leis locais específicas que atendamos a seus interesses.

6. Lei Complementar e Lei Ordinária

Partindo de tal perspectiva, ao analisarmos o artigo 24 da Constituição, que estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, iremos fazer algumas considerações.

O parágrafo 1° deste artigo reza que: *"No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais"*.

Desta forma e com respaldo no tema desenvolvido neste trabalho, podemos afirmar que a competência da União descrita no parágrafo 1° é para editar leis complementares e não leis ordinárias, pois está atuando como órgão legiferante da Comunidade Jurídica total.

Cumpre aqui tecer algumas considerações quanto à relação entre lei Complementar e lei ordinária.

Dentre as semelhanças destes tipos normativos, podemos destacar que ambas tem o mesmo órgão de produção, qual seja o Congresso Nacional, e valem para todo o território nacional.

Contudo, reconhecendo a sistematização do Estado Federal em ordens jurídicas parciais, sabemos que a lei ordinária federal é produto da atividade legislativa da União como comunidade jurídica parcial. Desta forma, apesar das semelhanças, a lei Ordinária federal é um tipo normativo utilizado para atender a interesses da União como parte integrante do Estado Federal e não está "a serviço da Constituição" como é o caso da lei Complementar.

Além do que, a lei Complementar, dentre as matérias estabelecidas na Constituição, é competente para regular norma geral de direito tributário.

[3] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.107.

Isto é característica fundamental do modo concorrente de distribuição de competências, há "uma repartição vertical de competência que permite o exercício da legislação federal de normas gerais, diretrizes e bases, e da legislação estadual supletiva, sendo aquela primária e fundamental, enquanto a última é secundária e derivada".[4] É o que preceitua os parágrafos 1° ao 4° do artigo 24 da Lei Maior.

7. Normas gerais e princípio federativo

Sem dúvidas, é sabido que a autonomia dos entes federados é princípio intrínseco ao federalismo. Um reflexo desta autonomia seria a descentralização político-legislativa a qual permite que determinada matéria seja regulada de modo a atender às especificidades locais.

A existência da competência concorrente baseia-se nesta dicotomia entre normas gerais e específicas para que possibilite à União editar normas gerais tributárias e os Estados-membros leis ordinárias tributárias específicas.

Questão bastante polêmica é justamente quanto ao conteúdo dessas normas gerais em matéria tributária, objeto de lei Complementar.

Ao discorrer sobre tal matéria, o autor Paulo de Barros Carvalho alerta para o fato de ser necessário precisar o conceito de normas gerais de Direito Tributário sob pena da "legislação complementar produzir, indiscriminadamente, regras jurídicas que penetrassem no recinto das competências outorgadas aos Estados-membros"[5]. O referido autor sustenta que a posição defendida por parte da Doutrina (a que ele denomina de "Escola bem comportada do Direito Tributário") de sustentar a competência da lei Complementar para editar normas gerais de Direito Tributário sem precisar o conteúdo certo de tais leis, compromete bastante a autodeterminação dos entes políticos que compõe a Federação e, assim, prejudica a essência do Estado Federal. As diretrizes de atuação Fiscal seriam impostas de forma absoluta pela Lei Complementar.

Paulo de Barros Carvalho afirma que o conteúdo dessas normas gerais estaria estabelecido pelas alíneas a, b e c do art. 146, (questões referentes, por exemplo, a obrigação tributária, crédito tributário, prescrição e decadência) ou seja, a matéria objeto de Lei Complementar as quais veiculam normas gerais Tributárias seriam aquelas expressamente estabelecidas naquelas alíneas.

---

[4] COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit. p.123.

[5] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva,1993, p.130.

Cabe aqui, todavia, tecermos algumas considerações a respeito do papel da Lei Complementar, instituidoras de normas gerais de Direito Tributário, inserta na realidade do Federalismo Brasileiro.

É de conhecimento geral que a origem do Estado Federal Brasileiro foi decorrência de um processo de segregação do Estado Unitário que para atender aos imperativos de ordem política e para se moldar a realidade territorial, descentralizou-se jurídica, administrativa e legislativamente gerando unidades autônomas que são os Estados- membros. Assim, com a descentralização vinda do centro para a periferia, é natural que a comunidade jurídica total concentre uma parcela maior de poder em suas mãos. É justamente o grau desta descentralização que irá determinar as várias formas de federalismo desenvolvidas em todo o mundo.

Conseqüentemente, esta natural hipertrofia da União (representando a ordem jurídica nacional) irá refletir no papel da Lei Complementar no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

É inegável o concentracionismo da União em tema de tributação. O artigo 146,III da Constituição bem como o Código Tributário Nacional (que desce a minúcias ao regular matéria tributária em geral) espelha bem esta opção do legislador em fortalecer os privilégios do poder central em detrimento das ordens jurídicas parciais .

É também patente, na realidade legiferante, a influência avassaladora do Congresso Nacional, por meio das Leis Complementares, na área de Direito Tributário visando o controle permanente sobre o exercício da atividade de tributação.

O aspecto prático de tal centralização legislativa tributária, está no fato de que esta permite uma unicidade do Sistema Tributário Brasileiro uma vez que sujeita todas as ordens jurídicas parciais a uma mesma disciplina normativa em termos conceituais.

8. Conclusão

Carl Schimitt ao tecer alguma consideração à Constituição de Weimar, a qual em seu art.13 enuncia que "o Direito do Reich prevalece sobre os demais países", preconizava que "o caráter jurídico-político de toda Federação leva à conseqüência de que sempre que a Federação se enfrenta, em uso de suas faculdades, com um Estado-membro, ainda quando seja para um campo rigorosamente delimitado, o Direito Federal tem prioridade em relação ao Direito Local."[6]

[6] SCHIMITT, Carl. *Teoría constitucional de la Federación* .1ed. Madrid:Alianza,1992, p.356.

Inserida em tal contexto, podemos concluir que a Lei Complementar, como produto da ordem jurídica total, estaria atendendo ao Estado Federal. Este, por sua vez, é uma unidade política de todo um povo. Quando o Estado Federal, através do Congresso Nacional, edita Lei Complementar (lei nacional), está atendendo ao interesse da coletividade. A legitimidade para tal vinculação é pois, decorrente do fato de que a ordem jurídica total, conseqüência da junção das ordens jurídicas parciais, representa o interesse do Estado Federal, como unidade autônoma mas consubstanciada na soma dos interesses individuais de cada membro que o compõe.

Todavia, faz-se necessário e imprescindível não perder de vista a essência do Estado Federal, consubstanciada na autonomia dos Estados-membros, Distrito Federal, pois, nas palavras de Sacha Calmon, "a decisão por um Estado Federal é uma decisão pela liberdade e não deixa de ser uma decisão pela igualdade, na medida em que se respeitam as diferenças e peculiaridades locais e regionais."[7]

É com esta idéia de autonomia dos entes federados fortalecida que poderemos traçar, sem medo, o campo de incidência da Lei Complementar em Direito Tributário.

9. Bibliografia

1- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
2- COELHO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense,1999.
3- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva,1996.
4- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes,1992.
5- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros,1999.
6- SCHMITT, Carl. *Teoria constitucional de la Federación*. 1. ed. Madrid: Alianza,1992.
7- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros,1998.

[7] COELHO, Sacha Navarro. Op. cit. p.135.

O CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA IMPUGNAR O ATO ATRAVÉS DO QUAL O JUIZ DEIXA PARA APRECIAR O PEDIDO DE LIMINAR APÓS A FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO

Lílian Elisabeth Cordeiro Tenório de Miranda
(Aluna do 8º período da Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. O cabimento do agravo de instrumento na legislação em vigor; 3. Distinção entre despacho e decisão interlocutória; 4. A caracterização do prejuízo em direito processual; 5. O sentido do agravo de instrumento no sistema jurídico em vigor; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo teve como ponto de partida uma questão de ordem prática surgida na turbulência do ofício advocatício: como reagir ao ato judicial que deixa para apreciar o pedido de liminar após a formação do contraditório, ou seja, após a citação do réu.

Há, na legislação brasileira, a possibilidade de concessão de medida cautelar *"inaudita altera pars"*, sem que seja ouvida a parte contrária. O Código de Processo Civil em seu art. 804 e o art. 7º, II da Lei nº 1.533 que trata do Mandado de Segurança são exemplos dessa alternativa. No tocante ao art. 804 do Código de Processo Civil, a concessão de liminar sem a citação do réu poderá haver quando este, sendo citado, possa tornar ineficaz a liminar. Todavia, no caso em que o tempo gasto para a citação do réu venha a prejudicar a eficácia da medida liminar, tem-se o entendimento de que o juiz pode, desde que apurados os pressupostos legais para a concessão da medida cautelar, deferir o pedido liminarmente antes da citação.

> *" A sumariedade do conhecimento inicial nessas medidas não se confunde, porém, com puro arbítrio do julgador. Não apraz à lei " prodigar medidas preventivas" sem atentar para seus específicos pressupostos, mormente sem sequer ouvir a outra parte interessada. De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 804*

só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva.[1] "

O problema que colocamos é vislumbrado quando o Juiz, por entender que o tempo decorrido para citar o réu ou a ação deste não trarão prejuízo à eficácia da medida cautelar, deixa para pronunciar-se, acerca do pedido de liminar, após a citação.

De que forma, pois, deverá agir a parte que não se conforme com esse entendimento? Deverá interpor Agravo de Instrumento ?

O caminho a ser seguido deve ser a investigação da natureza processual do ato do Juiz que deixa para apreciar o pedido de liminar após a formação do contraditório, pois, em sendo o dito ato uma Decisão, poderá o prejudicado dela recorrer através do Agravo de Instrumento, todavia se o ato em comento for um despacho é irrecorrível (Art. 504).

2. O cabimento do Agravo de Instrumento na legislação em vigor

Art. 162. "Os atos do Juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
§ 1º Sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.
§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.
§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.
§ 4º os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticado pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.

O art. 162 do Código de Processo Civil Brasileiro definiu três categorias de atos do juiz, quais sejam, sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Das sentenças, segundo o art. 513, caberá apelação, para im-

[1] THEDORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* v.2. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.411.

pugnar as decisões interlocutórias o recurso cabível é o agravo de instrumento ou agravo retido nos autos (art. 522), porém os despachos são irrecorríveis (art. 504). " Nem todo ato decisório admite recurso. Dos atos do juiz, desafiam recurso as sentenças e as decisões. Nenhum recurso será interposto dos despachos de mero expediente (art. 504).[2]"

Dessa forma, o ato do Juiz, para ser impugnado por Agravo, necessita estar revestido na forma de decisão interlocutória, descrita no art. 162, § 2°, caso contrário, o recurso poderá não ser admitido por faltar-lhe o Pressuposto da Adequação do Recurso e, no caso específico em que se tenta recorrer de um despacho, faltará o Pressuposto da Recorribilidade, pois, como já demostramos, os despachos de mero expediente são irrecorríveis (art. 504).

3. Distinção entre Despacho e Decisão Interlocutória

Da análise do art. 162 do Código de Processo Civil, já anteriormente transcrito, verificamos que a definição de despacho deu-se por exclusão. Estabeleceu-se que o que não fosse sentença ou decisão interlocutória seria despacho. Tal método de definição não é recomendável, pois podem pairar dúvidas quando da caracterização e diferenciação das categorias definidas uma por exclusão das outras. Assim é o que pode ocorrer quando, numa situação atípica, tenta-se saber se um determinado ato do juiz é despacho ou decisão interlocutória e essa situação pode se agravar ainda mais quando, para a caracterização da decisão interlocutória, toma-se por único critério o Art. 162, § 2°.

A resolução de questão incidente no curso do processo seria, na linguagem do atual código, a característica distintiva da decisão interlocutória, ora, durante a vigência da relação processual, inúmeras questões são resolvidas pelo juiz visando a preparar, ou possibilitar, o julgamento da lide. Qual seria, por exemplo, o cerne da diferença entre a citação do réu (ato entendido corriqueiramente como despacho) e a concessão de uma liminar ?

E. D. Moniz de Aragão entendeu que o legislador de 1973 teria logrado maior êxito na categorização dos atos processuais do art. 162 se os tivesse dividido em sentenças, que julgam a lide, e despachos, que compreenderiam todos os demais atos processuais que tivessem por finalidade expressa preparar e proporcionar a sentença. Dessa forma, para o autor, as decisões interlocutórias seriam "despachos, fadados a solucionar inciden-

[2] THEDORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* v.I. 24. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 556.

tes que poderiam ou não impedir a marcha do processo para a sentença.[3]"

Ainda, seguindo a visão de Moniz de Aragão, os despachos, que compreenderiam as decisões interlocutórias, iriam variar apenas de intensidade a depender da questão que se apresentasse à solução judicial. Poderia ser uma mera questão procedimental, como a abertura de vistas, ou a resolução de questão incidente capaz de causar prejuízo para alguma das partes.[4]

Se houvesse deixado a cargo da doutrina a tarefa de conceituar decisão interlocutória e diferenciá-las de despachos, teria alcançado melhor êxito o legislador, uma vez que teria evitado a confusão das duas figuras gerada pela má redação da norma de direito positivo que jamais conseguirá abarcar e prever a pluralidade de casos que possa reclamar sua proteção.

Preferiu, no entanto, o legislador, definir decisão interlocutória como a resolução de questão incidente no curso do processo e fazer a distinção entre esta e despacho. Não foi ,contudo, fiel à posição que adotou ao longo de seus próprios dispositivos. Desse modo ocorre quando o código nomeia de despacho atos pacificamente entendidos por decisão interlocutória, como nos arts. 338 em que há menção a *despacho saneador*; 930, parágrafo único, que fala em *despacho que deferir ou indeferir liminar em ação possessória* e 1.022, que alude a *despacho de deliberação de partilha*.

É necessário, pois, entender de forma mais ampla a definição de decisão interlocutória, a fim de que, sempre que um ato do juiz cause prejuízo para a parte, não fique essa sem a proteção do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

4. A caracterização do prejuízo em direito processual

Prejuízo, de forma genérica, seria a conseqüência nociva para alguém, decorrente de dano que sofresse um determinado objeto. Iremos, então, estabelecer o que seria prejuízo em direito processual partindo dos objetos que são passíveis de lesão quando instaurada uma determinada relação processual e das possíveis causas dessa lesão.

Claro deve ficar que só caberá falar em prejuízo processual após a formação da relação processual, antes de provocada a jurisdição, todo e

[3] ARAGÃO , E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil. v.II.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

[4] Idem, p. 32

qualquer prejuízo que tiverem sofrido as partes não poderá ser chamado de prejuízo processual.

Uma vez provocada a tutela estatal, as partes poderão requerer, do magistrado, a tomada de medidas que venham assegurar o direito pleiteado em caso de situação periclitante. Pois bem, o pronunciamento do magistrado acerca desse pedido é a ação que irá gerar o prejuízo processual para alguma das partes.

É cabal, após a formação da relação processual, a dinâmica dialética que segue e deve seguir o processo. Pelo princípio do contraditório e pela própria natureza dos conflitos, o processo encerra uma série de contradições trazidas pelas partes, cada uma buscando convencer o juiz de que é o portador do direito controvertido. Assim, certos atos no processo, mesmo trazendo algum prejuízo de fato para alguma das partes, não se configurariam propriamente prejuízo processual, posto que aplicados uniformemente em todos os processos e necessários para a formação do devido processo legal. São esses atos a citação, a abertura de vistas, prazos estipulados para sanar defeitos, etc. Tais atos, meramente procedimentais e necessários a todo processo não seriam causadores do prejuízo que ensejaria o agravo de instrumento. Por exemplo, não pode a parte se insurgir porque simplesmente não gostaria de ser citada, servindo essa citação como marco da contagem de juros moratórios. Tais regras fazem parte de um procedimento já previsto em lei e imposto a todos.

O prejuízo processual ao qual nos referimos e que serve como pretexto para a interposição do agravo de instrumento é, pois, aquele surgido após a formação da relação processual e ocasionado por ato ou omissão do juiz que possa colocar em risco o direito pleiteado pela parte.

5. O sentido do agravo de Instrumento no sistema jurídico em vigor

Todo prejuízo processual deve ser passível de reversão. O princípio do duplo grau de jurisdição deve ser entendido como garantidor não apenas da revisão da sentença, mas de todo e qualquer ato do juiz que possa causar algum dano ao interesse da parte.

O sentido do Agravo no ordenamento jurídico é o da possibilidade de revisão de qualquer ato judicial que possa ocasionar danos ao direito das partes na pendência da lide. No art. 5° da Constituição Federal temos o princípio da inafastabilidade do Judiciário: " A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito". Tal princípio rege não apenas aquelas situações em que a ameaça ou a lesão ao direito é levada originalmente ao conhecimento do Judiciário, mas também deve regular essas ameaças ou lesões no âmbito do próprio Judiciário. Assim, se um

O Cabimento do agravo de instrumento para impugnar o ato através do qual o Juiz deixa para apreciar o pedido de liminar após a formação do contraditório

ato do juiz acarretar lesão ou ameaça de lesão a direito, esse deve ser submetido a instâncias superiores.

Podemos então perguntar: se a lesão ou ameaça resulta de ato do próprio Judiciário como submetê-lo ao próprio Judiciário? Podem haver várias formas de revisar tais atos. Particularmente, no caso tratado neste artigo, quando o ato do Judiciário causar um prejuízo ou uma ameaça ao direito da parte no curso do processo teremos a figura do agravo de instrumento como remédio cabível.

Interpretando cumulativamente o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário com o princípio do duplo grau de jurisdição, concluímos que qualquer ato do juiz que lese ou ameace direito da parte no curso do processo deve ser revisado pelos tribunais superiores através do agravo de instrumento que é o recurso cabível a esses casos.

Assim, um ato entendido corriqueiramente como despacho, a exemplo da citação do réu, que venha a possivelmente causar lesão ao direito da parte é passível de revisão via agravo sob pena de ter-se subvertido a própria finalidade do dito remédio em favor do formalismo exacerbado.

6. Conclusões

De todo o exposto no presente estudo, concluímos pela necessidade de se levar em conta, além do prescrito na legislação, a noção do prejuízo processual na caracterização da decisão interlocutória, fazendo-se uma interpretação mais ampla daqueles atos que aparentemente seriam despacho, mas que acarretam ou possam acarretar, de fato, um dano ao direito da parte, tornando, ao final do pleito, ineficaz a decisão judicial.

A parte não deve ficar desprotegida do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição justamente naqueles casos em que seu interesse é cabalmente ferido.

No curso do processo, o juiz, resolve várias questões incidentes que podem ser meramente procedimentais, mas que, em alguns casos, mesmo com aparência de procedimentalidade, possam gerar prejuízo processual.

O exemplo prático tratado no começo deste trabalho dá a noção de como podem confundir-se as categorias do despacho e da decisão interlocutória em alguns casos. Assim, a noção de prejuízo processual deve ser o norte que indicará a diferença entre as duas categorias de atos processuais e possibilitará a recorribilidade.

Se de um ato do juiz, corriqueiramente entendido como despacho, resultar alguma ameaça ou lesão ao direito pleiteado pela parte, será plenamente possível, por todo o aqui exposto, o recurso de agravo de instru-

mento, cabendo, no entanto, à parte, deixar plenamente configurado o possível prejuízo processual decorrente desse ato.

Respondendo à indagação imposta na introdução do presente trabalho quanto ao caso concreto ali referido, temos que o ato em que o juiz manda citar o réu é, normalmente, na linguagem do código, um despacho contra o qual não cabe recurso. Tal ato é antes uma imposição do princípio do contraditório ao qual o juiz não pode furtar-se. Porém, quando ficar demonstrado que a demora da citação do réu possa acarretar prejuízo ao direito da parte, o ato do juiz que ordena a citação será uma decisão interlocutória contra a qual caberá o recurso de agravo de instrumento.

> *"Justifica-se a concessão de liminar, Inaudita altera parte, nos casos de medida cautelar de depósito; embora a citação do réu não torne ineficaz o depósito, o tempo que decorre até a citação enseja drástica conseqüência jurídica, ou seja, a mora, podendo frustar, ao menos em parte, os objetivos da cautelar, se a final for concedida (Como na RTFR, 122/37)* [5]"

7. Bibliografia

1. ARAGÃO, Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.* vol II: arts. 154-269. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
2. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Direito Processual Civil.* v.2. 1. ed. Campinas: Servanda, 1999.
3. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* v.2. 1. ed. Campinas: Bookseler, 1998.
4. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Cilvil.* v.8. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
5. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. 4. 1. ed. Campinas: Milennium, 2000.
6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

[5] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado.* 6. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 353.

7. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
8. _____. *Curso de Direito Processual Civi.* v. 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
9. _____.*Curso de Direito Processual Civil.* v. 2. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Roberta Costa Resende (Aluna do 9º período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Histórico; 2. Conceito de Transação Penal; 3. Requisitos; 4. Princípio da Obrigatoriedade na Lei 9.099/95; 5. Ausência do Pagamento da Multa Decorrente da Transação Penal; 6. Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos Fixada na Transação Penal; 7. Enfoque Jurisprudencial; 8. Considerações Finais; 9. Bibliografia.

1. Histórico

Em nosso ordenamento jurídico, a transação apresenta-se como um processo de despenalização, na medida em que há uma diminuição das penas ou, ainda, das conseqüências criminais. A pena é atenuada quanto à qualidade ou quantidade da sanção criminal[1].

Sua origem encontra-se no direito comparado, no qual a possibilidade de transação é mais abrangente do que no nosso sistema.

No sistema americano, vigora o princípio da oportunidade da ação penal pública *(plea bargaining)*. O poder discricionário concedido ao Ministério Público é amplo, podendo este alterar a acusação, transacionar sobre conduta, fatos, adequação típica, pena e, ainda, sobre o local de cumprimento da sanção.

Já, no sistema italiano, o Ministério Público tem a obrigação de exercitar a ação penal. Agora, depois de recebida a denúncia, poderá acordar com a defesa a respeito da aplicação de uma pena pecuniária diminuída até um terço (uma vez que não ultrapasse dos dois anos) ou substitutiva. A aplicação da pena não gerará efeitos civis, não implicará pagamento de despesas processuais, pena acessória ou medida de segurança, e não constará de certidões.

[1] JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, em se tratando de transação, vige o princípio da oportunidade regrada ou regulada. A Lei estabelece os requisitos necessários à transação criminal. Com o preenchimento destes, deverá o Ministério Público oferecer proposta de transação. O órgão ministerial está investido, portanto, de um poder-dever.

2. Conceito de Transação Penal

Transação é o ato ou efeito de transigir, negociar, contratar, ajustar, acordar.

A transação penal, sistema consensual de solução de litígios criminais[2], foi expressamente autorizada pela Constituição Federal, em seu art. 98, I e introduzida em nosso ordenamento através da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Dispõe o art. 76 da retromencionada Lei:

> *"Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta".*

Dessa fase do procedimento, a vítima não participa. A transação ocorrerá entre o Ministério Público e o autor do fato devidamente acompanhado de seu defensor. Eles irão discutir qual a melhor medida a ser aplicada ao caso sem entrar no mérito da questão. Havendo consenso, o acordo será submetido à apreciação do juiz, que, ao verificar a presença dos pressupostos legais, proferirá decisão homologatória da transação. Esta não gerará condenação, reincidência, efeitos civis e nem maus antecedentes.

3. Requisitos

A Lei prevê expressamente os requisitos necessários à proposta de transação. Pela combinação dos art. 61 e 76, §2°, temos que será admitida:

I – nos crimes ou contravenções penais com pena máxima não

[2] "O autor da infração renuncia a certas garantias constitucionais em prol de satisfazer outros interesses pessoais, como, v.g., o de não sofrer constrangimento de um processo penal em virtude da prática de uma infração penal de pouca monta" (Damásio E. de Jesus, in IBCCrim, nº 45. Agosto/96, p.02)

superior a um ano, excetuados os delitos que se processam por rito especial;

II – quando o autor da infração não tiver sido condenado, com sentença transitada em julgado, à pena privativa de liberdade pela prática de crime;

III – quando o agente não tiver sido beneficiado pela transação no prazo de cinco anos;

IV – quando os antecedentes, a conduta social, personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias indicarem a necessidade e suficiência da medida à prevenção e reprovação do fato.

4. Princípio da obrigatoriedade na Lei 9.099/95

O princípio da obrigatoriedade, também conhecido como princípio da legalidade, consiste no fato de que os órgãos incumbidos da persecução penal devem, necessariamente, atuar, sem perquirir sobre a conveniência ou não de sua atitude[3]. Diante disso, verificando a existência de elementos necessários à propositura da ação penal, o Ministério Público é obrigado a denunciar.

No dizer de Auristela de Oliveira Reis, o "Princípio da Obrigatoriedade" da Ação Penal Pública, de fundamental importância para a compreensão do sistema processual penal brasileiro, é aquele segundo o qual, havendo suporte probatório mínimo para a denúncia e presentes os demais requisitos legais, o órgão acusador, *in casu*, o Ministério Público, torna-se obrigado a propor a competente ação contra o apontado autor de uma fato delituoso[4].

Com o advento da Lei 9.099/95, alguns doutrinadores passaram a entender que o princípio da obrigatoriedade houvera sido mitigado. Assim não ocorreu. Na verdade, o Ministério Público passou a agir com certa discricionariedade, no entanto, regulada pela lei.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, instituiu-se com a citada lei, não o princípio da oportunidade pura, mas sim o que denomina de "princípio da discricionariedade regulada ou regrada"[5].

---

[3] Cf. ARAÚJO, Carla Rodrigues de. *Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

[4] Cf. REIS, Auristela Oliveira. *Do Princípio da Obrigatoriedade na Lei nº 9.099/95*. Revista APMP. São Paulo: [s.n.], n. 4, 1997, p.27.

[5] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.] *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

Afirma-se que a discricionariedade encontra-se no inciso III, §2°, do art. 76, quando permite ao Ministério Público decidir ou não pela transação a partir da NECESSIDADE e SUFICIÊNCIA da medida. No entanto, presentes esses dois fatores no caso concreto, não há dúvidas de que o órgão ministerial terá o dever de transacionar ou, não sendo o caso, propor a respectiva ação penal.

Nos demais incisos, do artigo acima citado, não encontraríamos margem a qualquer discrição, vez que a lei já traz previamente determinada as condições da transação, atribuindo ao Ministério Público o dever de observá-las, oferecendo a proposta.

Como se pode notar, a proposta de transação penal, uma vez presentes os requisitos, não se trata de uma opção do Ministério Público, mas de um dever[6].

5. Ausência do Pagamento da Multa Decorrente da Transação Penal

A Lei 9.099/95, Seção IV, faz referência expressa à execução da pena de multa decorrente da transação penal.

Dispõe o art. 85:

> *"Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direito, nos termos previstos em lei".*

Esse dispositivo carece de uma nova leitura em face das modificações introduzidas pela Lei 9268/96, mais benéfica ao autor do fato.

Com a entrada em vigor da retromencionada lei, foram expressamente revogados os §§ 1° e 2° do art. 51 do Código Penal e o art. 182 da LEP, ficando, também, destituído de qualquer eficácia o art. 85 da Lei 9.099/95. Suprimiu-se, dessa forma, qualquer possibilidade de conversão da pena de multa em pena de qualquer outra natureza.

A doutrina inclina-se pela execução da pena de multa em decorrência do descumprimento da transação.

[6] Nesse sentido: "Lei n. 9.099/95. Transação. Acusado que preenche todos os requisitos. Aplicação do benefício. Necessidade. Recusa do MP. Irrelevância: o acusado que preenche todos os requisitos para a transação penal, prevista na Lei n. 9.099/95, tem direito aos benefícios, mesmo diante da recusa do Ministério Público, pois o estado-juiz não pode furtar-se de aplicar um direito do réu, sob pena de não realizar a Justiça". Processo: 1023219 – apelação – Tacrim – relator: Rulli Junior - 2ª Câmara – julgado em: 15/08/1996 – votação unânime – rolo/flash: 1055/217.

A reprimenda pecuniária, agora, é considerada, segundo os termos da Lei 9268/96, dívida de valor a ser cobrada pela Fazenda Pública, aplicando-se-lhe a legislação relativa à dívida ativa, inclusive no que se refere às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Embora a Lei tenha sido expressa em relação à execução da pena de multa, assim não entendemos. Concordamos com César Henrique Alves, Juiz de Direito Substituto do 2° Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Boa Vista (RR), quando afirma que, em se admitindo a execução, abrir-se-ia uma brecha para os transgressores oportunistas uma vez que, ao aceitar a aplicação de uma pena de multa, não vindo a pagá-la e, não tendo patrimônio a garanti-la em execução, a multa ficaria inexecutável e, mais, o autor do fato seria brindado com a falta de antecedentes criminais[7].

Como se sabe, a transação penal não tem efeitos civis. Logo, não tem eficácia de título executivo. Assim, a solução seria, em caso de descumprimento, o Juiz revogar a decisão homologatória ou tornar prejudicada a transação penal, abrindo-se vistas ao Ministério Público para oferecer a denúncia.

6. Descumprimento da Pena Restritiva de Direito na Lei 9.099/95

Grande controvérsia gira em torno dessa questão. Antes de chegarmos a ela, necessária se faz estabelecer a natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal. É condenatória, declaratória ou, simplesmente, homologatória?

Aqueles que afirmam ter a decisão homologatória natureza condenatória baseiam-se na denominação "pena" utilizada pelo legislador no *caput* do art. 76 da Lei 9.099. No entanto, não gerariam as conseqüências penais de uma decisão propriamente dita. Segundo Damásio E. de Jesus, trata-se de um caso de condenação penal imprópria[8].

Em sentido contrário e com precisão, Ada Pellegrini Grinover afirma que tal decisão não poderia ser considerada condenatória uma vez que não houve acusação e a aceitação da imposição da pena não tem conseqüências no campo criminal, salvo para impedir novo benefício no prazo de cinco anos. No entanto, a mesma autora sustenta que seria, simplesmente, uma sentença homologatória de transação, instituto este

[7] ALVES, César Henrique. *Conseqüências do Descumprimento da Proposta de Transação Penal – Art. 76 da Lei 9099/95.* http://www.jus.com.br/doutrina/transape.html

[8] JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.

conhecido em nosso Direito, e que a dita homologação não indicaria acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor, mas sentença que, homologando a vontade das partes, constituiria título executivo judicial (art. 584, III, CPC). De tal forma, faria coisa julgada material, impedindo que o caso voltasse a ser discutido, mesmo na hipótese de descumprimento da sanção decorrente da transação[9]. Com este entendimento não concordamos.

Sabe-se que a decisão que homologa a transação somente faz coisa julgada formal. Logo, não poderia constituir um título executivo penal. O próprio art. 76, § 6º, estabelece que a decisão não terá efeitos civis. Apenas na hipótese de composição de danos civis, a decisão homologatória constituiria título executivo. Se assim não fosse, o título poderia ser objeto de questionamento na esfera cível, podendo, até mesmo, vir a ser anulado por não decorrer de uma decisão condenatória propriamente dita, nos termos do art. 73 do Código de Processo Penal. E, ainda, poder-se-ia discutir quanto à origem do título através dos embargos à execução, podendo, inclusive, ficar impune o autor da infração.

Para nós, a tese mais coerente é a daqueles que sustenta ser a decisão meramente declaratória. Neste caso, não há conseqüência penal alguma, como também não há efeitos civis e, conseqüentemente, não tem a decisão força de título executivo, impedindo a possibilidade de ser executada. Segundo esta corrente, se o autor da infração descumpre o que ficou acordado na transação, revoga-se o benefício e o feito deverá prosseguir até o final.

Nesse sentido, apresenta-se a conclusão constante do enunciado nº 21 do 4º Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado no Rio de Janeiro, referido no Habeas Corpus 79.572-GO STJ – Rel. Min. Marco Aurélio:

> "O inadimplemento do avençado na transação penal, pelo autor do fato, importa desconstituição do acordo e, após cientificação do interessado e seu defensor, determina a remessa dos autos ao Ministério Público".

Por outro lado, indagar-se-ia: admitindo a tese da execução, como agiríamos em caso de descumprimento da proposta aceita de pena restritiva de direitos? Converteríamos em restritiva de liberdade nos moldes do art.

[9] GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. Op. cit. p.144.

45, II, do Código Penal? Por esta tese, sim. Dessa forma, entendemos que o autor da infração seria privado de sua liberdade sem ter sido condenado, muito menos, denunciado, o que fere o disposto na Constituição Federal, art. 5°, LIV e LV – o direito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Convém colacionar o entendimento a seguir:

> *"É certo que a Constituição Federal de 88 permitiu a transação penal (art. 98), porém não se pode afirmar que a transação penal admitida e permitida constitucionalmente seja aquela trazida no bojo da Lei 9.099/95; até porque a transação admitida pela Constituição Federal não pode ser uma transação que venha a contrastar com os direitos fundamentais garantidos pela própria Constituição"*[10].

Para nós, o entendimento mais correto é o que sustenta que, em caso de descumprimento da transação, revoga-se o benefício concedido e dá-se início ao processo penal, através do qual irá ser analisada a culpabilidade do até então autor do fato.

7. Enfoque Jurisprudencial

O descumprimento de transação penal decorrente da aplicação da Lei 9099/95 é matéria que por sua própria natureza, singuralidade e caráter inovador possui contornos que expressam ser o assunto de maior relevância, porquanto tem propiciado até mesmo nos próprios Tribunais os mais diversificados posicionamentos. Para uns, sustentando ser a decisão de natureza homologatória, o seu descumprimento inviabiliza a retomada da persecução penal.

Ementa: ***JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO PENAL. RETOMADA DA PERSECUÇÃO PENAL NA HIPÓTESE DE NÃO CUMPRIMENTO DO ACORDO. IMPOSSIBILIDADE: - em sede de juizado especial criminal, após a homologação da transação penal, não mais se discutirá a respeito da autoria do fato ou da culpabilidade do autor, restando impossibilitada a retomada da persecução penal, mesmo na hipótese de não cumprimento da obrigação assumida pelo agente, uma vez que a sentença homologatória faz coisa julgada pondo termo ao***

[10] FRANCO, Alberto Silva...[et al.] *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial.* v. 2. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.1802.

procedimento e não o suspendendo. TACrim - Habeas Corpus Número: 325.228 - Data de Julgamento: 27/07/98 - Relator: JUNQUEIRA SANGIRARDI - 12ª CÂMARA)

Outros, apesar de também considerá-la como de natureza homologatória, vão mais além, admitindo a possibilidade, até mesmo, de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

*Ementa: **CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA ALTERNATIVA. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. LEGITIMIDADE. 1. A transação penal prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode - legitimamente - desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa. 2. Recurso de Habeas Corpus improvido. STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS nº 8198 – GO – Sexta Turma - Rel. Min FERNANDO GONÇALVES . DJ 01/07/1999 PG:00211***

Para os que adotam o posicionamento de que a natureza da sentença que homologa transação penal é condenatória, fazendo coisa julgada material e formal, não se admite a deflagração de ação penal, devendo, portanto proceder-se a execução do julgado no juízo competente.

*Ementa: **RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material,***

impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76 da Lei 9.099/95), a execução da pena imposta deve prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 do diploma despenalizador. Recurso conhecido e parcialmente provido. STJ – Quinta Turma – RESP nº 196090 – SP – Relator Min. : JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - DJ: 24/05/1999 PG:00192

O mais recente posicionamento trata-se de decisão do STF, da lavra do Min. Marco Aurélio no Habeas Corpus N. 79.572-GO conforme se vê:

Ementa: HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do *habeas corpus* é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade.
TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. Informativo STF nº 180 28.02.2000 a 10.03.2000

8. Considerações Finais

Inegavelmente, a Lei 9.099/95 trouxe institutos que permitiram uma maior interação Estado-Comunidade, representando um marco no nosso sistema jurídico-penal.

Entretanto, como pudemos perceber por meio das exposições feitas, em se tratando de transação penal realizada e não efetivamente cumprida, a Lei apresentou uma lacuna, ocasionando o surgimento de interpretações diametralmente opostas, permitindo, inclusive, entendimentos que afrontam a Carta Magna. Tal lacuna não deve, portanto, constituir-se em causa de descrédito dessa tão importante lei.

Cuidamos que, enquanto as autoridades competentes não apresentam um mecanismo adequado à satisfação da transação penal

efetuada, a alternativa para evitar a impunidade é a volta dos autos ao Ministério Público para oferecimento da denúncia. Assim sendo, estaríamos sempre observando os princípios informadores de nosso ordenamento jurídico.

9. Bibliografia

1. ALVES, César Henrique. *Conseqüências do Descumprimento da Proposta de Transação Penal – Art. 76 da Lei 9099/95.* http://www.jus.com.br/doutrina/transape.html.
2. ARAÚJO, Carla Rodrigues de. *Juizados Especiais Criminais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
3. FRANCO, Alberto Silva...[et al.] *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial.* v. 2. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
4. GAZOTO, Luís Wanderley. *Os Efeitos do Descumprimento da Transação Penal.* http://www.prdf.mpf.gov.br/gazoto/conver~1.htm.
5. GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais: Lei n. 9.099/95.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
6. GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.] *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
7. JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
8. LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *O Não Pagamento da Multa na Transação Penal.* Revista APMP. São Paulo: [s.n.], n. 17, 1998.
9. MELLO, Abel Antunes de. *A Transação Penal e sua Execução: Reflexões Práticas.* http://www.ujgoias.com.br/cgd/3a007.htm
10. NETO, Caetano Lagrasta...[et al.] *A lei dos Juizados Especiais Criminais na Jurisprudência.* São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1999.
11. REIS, Auristela Oliveira. *Do Princípio da Obrigatoriedade na Lei nº 9.099/95.* Revista APMP. São Paulo: [s.n.], n. 4, 1997.
12. SILVA, Luiz Cláudio. *Juizado Especial Criminal: prática e teoria do processo.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
13. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Conseqüências do Descumprimento da Transação Penal: Solução Jurídica ou Prática?.* Revista APMP. São Paulo: [s.n.], n. 9, 1997.

A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS MENORES INFRATORES E A PROBLEMÁTICA DE SUA REDUÇÃO

Bruno Macedo Mendonça & Thiago de Oliveira Andrade (alunos do 4° período da graduação em Direito – UFPE)

1. Introdução

Para aqueles que analisam o desenvolvimento de um país através dos números frios da economia como a taxa de juros, o movimento das bolsas de valores, o ritmo de crescimento econômico ou a renda *per capita*, cabe um aviso: o melhor e mais perfeito indicador do desenvolvimento de um país é o modo pelo qual ele trata sua infância[1].

A questão da atribuição do ato infracional ao menor de dezoito anos mereceu tratamento constitucional devido às constantes barbaridades cometidas contra os direitos das crianças e adolescentes em todo o país. Alguns exemplos vivenciados pelos jovens infratores antes da Constituição de 1988 e do ECA ilustram bem o descaso das autoridades para com os direitos e garantias fundamentais da infância e juventude: o menor sofria restrições à liberdade ou era enviado a estabelecimentos de internamento coletivo (FUNABEM/FEBEM) sem direito à defesa e ao contraditório; quando envolvido numa prática delituosa com maiores de idade, estes tinham benefícios processuais como a presunção de inocência, liberdade provisória, defesa técnica por advogado, enquanto o menor ficava sujeito à prisão cautelar e a medida de segurança detentiva inaplicáveis aos adultos.

A Constituição Federal de 1988 e, mais especificamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) representaram uma verdadeira mudança de paradigma no modo de se enfrentar a questão dos menores infratores. Agora – pelo menos no que se refere ao texto legal – são assegurados uma série de direitos constitucionais e garantias de cidadania a fim de que esses jovens possam vivenciar sua condição de ser em desenvolvimento; a fim de que eles possam ter condições de saúde, educação, subsistência; enfim, para que possam exercitar esse direito essencial à vida de qualquer pessoa que é o direito de ser criança. Esta proteção especial é

[1] DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel – a infância, a adolescência, e os Direitos Humanos no Brasil.* 3. ed. São Paulo: Ática,1993, p.8.

traduzida em matéria penal no art. 228 da Carta Magna que estabelece serem inimputáveis os menores de 18 anos. Tem-se aí verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor enquanto garantia positiva de liberdade e, concomitantemente, garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo.[2]

Porém, é cada vez mais freqüente, na atual conjuntura social, a ocorrência de crimes praticados por jovens : assaltos, homicídios, estupros... A sociedade é permeada por uma série de atentados à ordem jurídica praticados por pessoas que, segundo a legislação, são incapazes de entender a ilicitude do ato e de agir de acordo com os preceitos por ela estabelecidos.

Em decorrência dessa situação, é cada vez mais freqüente a discussão em torno da responsabilização criminal do menor infrator. Pesquisas demonstram que grande parte da população considera que a inimputabilidade penal é, na verdade, um caminho para a impunidade e um estímulo para a violência.

Com base nisso, procuraremos dissertar, nas páginas seguintes, sobre a problemática da inimputabilidade penal e os reflexos sociais dessa verdadeira cláusula de irresponsabilidade do menor infrator. Ressaltando, contudo, que, na prática, a tutela estatal tem se aproximado do sistema penal comum ou até tem se manifestado mais severa, com institutos que impedem ao adolescente o direito básico à dignidade.

Analisaremos os fundamentos jurídicos que alicerçam a proteção à criança e ao adolescente, procurando responder às seguintes questões: 1) Tendo em vista as constantes afrontas à segurança jurídica praticadas por adolescentes, deve a sociedade, através de seus representantes legais, propor a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos? 2) E, além disso, mesmo que se estabeleça que sim, que se deve diminuir a responsabilidade criminal, será isso possível?

Enfim, procurar-se-á adentrar em seara fascinante pois as questões acima formuladas suscitam polêmicas que exigem dos juristas uma resposta.

2. Imputabilidade : noções preliminares

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. O Código Penal em seu art. 26, *caput*, estabelece que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou

[2] Cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.56.

retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento. Em suma, "é a capacidade genérica de entender e de querer, ou seja, de entendimento da antijuridicidade de seu comportamento e de autogoverno."[3]

Não significa, porém, que o agente precise saber que este fato é proibido por uma lei. Não é necessário que o criminoso tenha consciência da ilicitude dos atos por ele praticados.

Além disso, é preciso esclarecer que – salvo no caso de menoridade – é requisito da imputabilidade não só a presença das causas previstas no art.26 (como por exemplo a doença mental), mas também, que estas causa sejam *conditio sine qua non* para a prática do delito, ou seja, é necessário que em decorrência das causas o sujeito pratique um ato contrário à ordem jurídica[4].

Deste modo, o legislador brasileiro de 1940 adotou o critério biopsicológico para determinar a imputabilidade do indivíduo, excetuando-se como já se disse, os casos de menoridade em que se estabeleceu o critério biológico, segundo o qual os jovens menores de 18 anos são penalmente inimputáveis ficando sujeitos às normas da legislação especial (art. 27, CP). Por esse critério – biopsicológico – necessária se faz a presença de dois requisitos : o intelectivo e o volitivo. Ou seja, capacidade de entender e de querer praticar o fato típico e antijurídico.[5]

2.1. *Menor de hoje, menor de ontem?*

Um dos argumentos para a permanência da idade prevista no Código Penal e reafirmado no art. 228 da Constituição, é o que se baseia em dados psicológicos, qual seja, os adolescentes ainda não conseguiram se estruturar do ponto de vista afetivo, reagindo mais emocionalmente do que racionalmente, em muitos casos, já não mais se aplica. Não é raro encontrarmos crimes praticados por menores com requintes de crueldade e planejados nos mínimos detalhes. Recentemente, nos Estados Unidos, duas crianças, uma de 13 e outra de 11 anos, camufladas e fortemente ar-

[3] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

[4] Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral.* v.1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1999,p. 500.

[5] JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p.506.

madas, praticaram um crime brutal : acionaram o alarme de incêndio da escola em que estudavam e, quando as crianças e professores cruzaram o portão de saída e alcançaram a rua, eles disparam vários tiros ferindo onze pessoas, dentre as quais cinco morreram.[6] Fatos como esses têm levado ao surgimento de idéias para a adoção de mecanismos mais rígidos de punição dos menores infratores.

Tem-se argumentado, diante do desenvolvimento tecnológico e dos avanços dos meios de comunicação, que o amadurecimento ocorre mais precocemente, sendo, por isso, incompatível com a realidade atual a manutenção da maioridade penal além dos dezesseis anos.[7] Além disso, fala-se também da incoerência jurídica relativa à faixa entre 16 e 18 anos pois, de um lado os adolescentes são convidados ao exercício da cidadania, com a concessão do voto facultativo, a partir dos dezesseis anos; de outro lado, são considerados penalmente irresponsáveis até completarem os dezoito anos.

2.2. Razão e a emoção

Tem-se tornado cada vez mais freqüente, principalmente após a ocorrência de algum crime bárbaro praticado por adolescente, a defesa por uma redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. Pesquisa recente realizada pela ISTOÉ/ BRASMARKET revela que "quase a totalidade da população de São Paulo – 91,4% - é a favor da diminuição da responsabilidade criminal de 18 para 16 anos de idade. Apenas 6,8% dos entrevistados se declararam contra e 1,8% disseram não ter opinião sobre o tema"[8]. Cabe salientar, no entanto que a pesquisa foi realizada num momento de superexposição na mídia dos atos de vandalismo e das constantes fugas ocorridas na Febem.

Dados tão elevados a favor da redução de responsabilidade penal ocorreram pois "a perspectiva global de qualquer objeto é perdida quando

---

[6] Cf. VEJA. *Crianças que matam.* 1541. ed. São Paulo: Editora Abril, a. 31, n.13, abril de 1998, p.38-39. A título meramente ilustrativo, podemos citar o exemplo do estudante Barry Loukatis que com apenas 14 anos matou dois colegas de escola e a professora em Moses Lakes, Washington, em 2 de fevereiro de 1996, recebendo duas penas de prisão perpétua.

[7] MINAHIN, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da emoção – a inimputabilidade do menor.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p.117.

[8] ISTOÉ.*O Limite da Pena.* São Paulo: Editora Três, n. 1567, out. 1999, p.122.

se está tão próximo dele que, sequer, pode-se distinguir os seus contornos"[9]. Tomemos alguns exemplos simples que ilustram bem a situação: 1) qualquer um que possua uma visão razoavelmente boa certamente conseguirá enxergar uma caneta a uma distância de um metro. Essa mesma pessoa terá dificuldades de observar a caneta se a trouxer a uma distância muito próxima de seus olhos. Perde-se a nitidez. 2) Outro exemplo muito comum nas relações humanas e que serve para ilustrar/reforçar nosso raciocínio é o amor. Vários são os casos de pessoas que namoram, fazem juras eternas de amor e, quando o relacionamento acaba, começam a olhar para trás e se perguntar: como é que eu pude um dia gostar de alguém assim?! Ou seja, "a visão puramente emocional gera uma intimidade com um dos pólos da questão, que impede a relação completa com a globalidade. No Direito, esta posição tem-se manifestado através de duas realidades opostas: o desejo de uma tutela especial e o irreprimível impulso repressivo, tão logo surja um fato justificado[10]."

A observação de tal comportamento ambíguo nos leva a uma análise da própria natureza humana, leva-nos a uma viagem pelos dois pólos que regem a orquestra da vida: a razão e a emoção. Ver a pena aplicada aos menores infratores como uma retribuição ao crime cometido é deixar-se guiar tão somente pela emoção, pelos sentimentos decorrentes da prática delituosa. Tal exceção emocional não pode ser o paradigma do Direito. O pensar jurídico não pode basear-se apenas na emoção, pelo contrário, deverá tentar equilibrar razão e emoção a fim de que possa ouvir o clamor social por justiça (emoção) e realizar os princípios e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente e que são verdadeiros pilares para o caminhar de um Estado Democrático de Direito (razão). A inimputabilidade, quaisquer que tenham sido seus motivos encaminhadores, representa hoje uma conquista histórica que não deve ser rejeitada em virtude dos desequilíbrios provocados pelos afetos."[11]

Além desses que são a favor da redução da responsabilidade criminal de dezoito para dezesseis anos, ainda há aqueles extremistas que apregoem o não estabelecimento de limites etários para a persecução penal do menor. Haveria uma avaliação do perfil psicológico da criança e do adolescente em cada caso concreto a fim de se determinar sua periculosidade e a necessidade de aplicação de penas mais rigorosas. Tal proposta a nosso ver tem suas vantagens pois poderia evitar certas disparidades de

[9] MINAHIN, Maria Auxiliadora. Op. cit. p.118.

[10] Idem, Ibidem.

[11] Idem, p.120.

tratamento em determinadas situações como, por exemplo, o fato de duas pessoas cometerem um homicídio mas na data do crime uma delas estar com 18 anos completos e a segunda 17 anos e 11meses e esta última ser considerada penalmente inimputável e receber os benefícios da legislação especial, enquanto a outra parte co-autora sofrerá todos os rigores da lei penal.

No entanto, é necessário observar que é da própria natureza do Direito o estabelecimento de certos limites que dêem segurança às diversas relações intersubjetivas. Assim, por exemplo, de acordo com as regras do Direito Tributário, a pessoa física que receber até determinada quantia X pagará Y de Imposto de Renda. O não estabelecimento de limites etários para a persecução penal em juízo, partindo da análise dos vários casos concretos, levará ao óbice de vincular os juízes aos pareceres médicos. De acordo com essa proposta o menor será responsabilizado criminalmente com base nos critérios subjetivos dos psicólogos, psiquiatras e demais especialistas responsáveis pela elaboração do parecer médico. Chegaremos ao absurdo de, com o passar do tempo, ver nascer a figura do "psico-juiz", pois o juiz, em suas decisões, terá que se basear/vincular nos relatórios psiquiátricos a fim de determinar o *quantum* da pena aplicada ao menor infrator.

3. A quetão do cumprimento da pena: Febem ou presídio?

Essa discussão relativa à diminuição da imputabilidade penal para os dezesseis anos, deve também ser analisada por um outro ângulo, qual seja, o da efetivação ou cumprimento da pena pelo menor. Com efeito, um dos objetivos da pena, na sua concepção mais moderna é o de reeducação do condenado. Esse objetivo no nosso sistema penal é totalmente desrespeitado. A pena privativa de liberdade, embora seja a medida penal mais grave do ordenamento jurídico brasileiro, não tem, ou ao menos não deveria ter, por função apenas a retribuição do mal ou a prevenção; sua finalidade mais humanista seria a de ressocializar, reeducar, dar condições ao preso de reingressar no meio social, prepará-lo para isso, enfim, dar ao condenado uma segunda chance de fazer parte da sociedade. Ao invés disso, o sistema penitenciário brasileiro possui a perniciosa tendência de realizar totalmente o inverso: a pena não ressocializa, estigmatiza. São inúmeros fatores e condições que desmoralizam, humilham, rebaixam o ser humano ao estado de animal, acabando com sua dignidade, tirando sua esperança e muitas vezes sua vida.

Fugindo a esse fim, o sistema educa para o crime. Se o presídio pode ser equiparado a uma faculdade do crime, instituições especializadas

na internação de menores infratores como a FEBEM, são nada mais do que escolas preparatórias para o ingresso na "faculdade". Assistimos constantemente na TV e lemos nos jornais e revistas casos de rebeliões nesses tipos de estabelecimento. A imagem que nos é passada é a do jovem rebelde, revoltado, violento, com tendências homicidas ; um verdadeiro criminoso perigoso, um ser indesejado para a sociedade.

Não defendemos aqui que esses meninos sejam "santinhos" ou "anjinhos" que nunca cometeram crime algum, mas temos que nos questionar sobre a razão de tanta violência. O que leva esse menores a nos darem o espetáculo de sua agressividade nas telas de TV? Não precisamos ir muito longe para responder a tal pergunta. Diz o ditado: a violência gera violência. Os atos desses jovens nada mais são do que a retribuição a violência com que, primeiramente, a própria sociedade sempre o tratou e depois, a violência, talvez mais absurda ainda, dos chamados monitores que, para manterem a disciplina, utilizam-se de métodos de tortura contra esses infratores e afrontam diariamente a dignidade e os direitos do ser humano. É estarrecedor o relato de adolescentes da unidade Imigrantes da Febem, nos arredores de São Paulo, sobre os tipos de tortura utilizados pelos monitores como a tortura da "lagartixa" onde o menor, de braços abertos, encosta todo o corpo na parede e se sustenta pela ponta dos pés durante um tempo sempre bastante longo. Se ele não aguentar, leva "cotós", ou seja cotoveladas aplicadas nas costas. Surras também são aplicadas com pedaços de ferro ou madeira enrolados em toalhas para que não fiquem marcas[12].

O leitor por acaso sabe o significado do termo Febem? É Fundação do *Bem Estar* do menor ! Bem realista não?

Fica claro que essa estratégia de colocar o jovem infrator num "simulacro" de prisão e jogar a chave fora não está dando resultados positi-

[12] VEJA. *Um inferno chamado Febem.* 1616. ed. São Paulo : Editora Abril, a. 32, n. 38, set. 1999, p. 119. Onde se lê também: "Os 1400 menores são acordados diariamente as seis horas, em geral com barulho de socos na parede. Por causa da superlotação, dois ou mais deles são obrigados a dividir o mesmo colchão. Só podem dormir de cuecas e, no inverno, tem direito a um cobertor, muitas vezes cheirando a urina porque pedir para ir ao banheiro à noite é motivo de reprimenda". E mais : "O Ministério Público realizou uma vistoria na unidade e descobriu que 208 internos tem sarna e 103 apresentam outros problemas de pele. A explicação para isso é simples. Além de passar boa parte do dia sentados no chão (inclusive para tomar o café da manhã), os jovens tem que compartilhar as toalhas de banho – cada um se enxuga com um lado do pano. Outros usam os lençóis para se secar. Nesse caso, um lençol deve servir para quatro usuários. A quebra dessa regras, já se sabe, é punição na certa".

vos para o futuro dessas crianças. Nas palavras do ex-Presidente da Corte Suprema dos EUA, "é impossível enjaular pessoas como animais e esperar que se tornem melhores". Apesar disso tudo, apesar de termos consciência dessa realidade angustiante, grande parte da sociedade, defende a diminuição da idade de imputabilidade penal, ou seja, o adolescente de menos de 18 e maior de 16 anos, responderia penalmente por seus crimes. Não se trata de dizer que tal diminuição seria injusta mas, na prática, o que ocorreria seria a entrada do adolescente diretamente na "faculdade" sem que jamais tivesse freqüentado a "escola".

Vejamos a situação da faculdade.

"O novo censo penitenciário do Brasil é um calhamaço de péssimas notícias". É com essa frase que começa a reportagem da VEJA[13] sobre a situação penitenciária brasileira. Com efeito, as estatísticas não são lá muito boas : temos hoje cerca de 150 000 presos, um em cada três em situação irregular, 10% a 20% podem estar contaminados com o vírus da AIDS e a cada meia hora, uma pessoa é presa no país. A superlotação é um dos problemas mais sérios : segundo o censo, em 1994, faltavam 59 000 vagas e o número já cresceu mais de 20% em 1996.

A lei prevê um espaço mínimo de seis metros quadrados para a reclusão do infrator assim como o cumprimento das penas em estabelecimentos diferenciados, segundo o tipo de infração, o sexo e a idade, garantindo ainda mais a dignidade e a integridade física e moral do condenado. Porém sabemos que tudo isso é desrespeitado, que esses presos vivem em situações precárias, sujeitos a todo tipo de violência : mortes, estupros, além de não serem asseguradas as condições mínimas de vida num ambiente saudável, ou seja, a pena têm sido utilizada como instrumento de vingança coletiva.

E mais: dados da OAB revelam que dois terços dos presos que ali se encontram são culpados de crimes contra o patrimônio e não de crimes mais graves como os crimes contra a vida ou hediondos. Ora, misturam-se pequenos infratores e grandes criminosos. Como esperar que o condenado se ressocialize dentro de uma sociedade como essa?

É nesse meio que se quer jogar o menor? "Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas?"[14] Será que é colocando o adolescente diretamente nesse inferno que estaríamos melhorando-o? É através de sua dor e sofrimento que faremos Justiça?

---

[13] *Celeiro de feras*. Veja. São Paulo: Abril, out. 1996, p. 50-51.

[14] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.52.

4. Aspectos jurídico-formais para a redução, ou não, da imputabilidade

Antes de se chegar a uma conclusão sobre a possibilidade material de se reduzir a maioridade penal, necessária se faz discutir a possibilidade formal de se propor uma alteração na legislação.

Como se sabe, o ordenamento jurídico é um conjunto de normas escalonadas em forma de pirâmide apresentando no topo a norma constitucional. As normas infraconstitucionais não podem entrar em choque com os ditames da Lei Maior pois essa lhe é hierarquicamente superior. Assim, o legislador ordinário não poderá criar leis que entrem em conflito com os direitos e garantias previstos na Magna Carta. Logo, o preceito constitucional que estabelece a maioridade penal aos 18 anos não pode ser objeto de mudança por parte da legislação ordinária.

Por outro lado, o Poder Constituinte derivado, entendendo ser necessária a redução da responsabilidade criminal de 18 para 16 anos *poderia* propor uma emenda constitucional para alterar o art. 228?

A grande maioria dos doutrinadores, dentre eles o Prof. ALEXANDRE DE MORAES, entende que não. O argumento é que o art. 228 da CF/88 trata-se de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em juízo, nem tampouco poderem ser responsabilizados criminalmente, com conseqüente aplicação da sanção penal. Este artigo encerraria hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art.5º e conseqüentemente, autêntica cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4°, IV da Constituição Federal.[15]

5. Disposições finais

Após todas essas considerações, vem novamente à tona a questão : afinal, deve-se ou não, se primeiramente for *possível*, diminuir a idade da responsabilidade penal para os dezesseis anos ?

Depois de estudado o conceito de imputabilidade, depois de termos visto que a sociedade evoluiu bastante e, paralelamente, a juventude também progrediu, depois de constatarmos que o jovem de hoje já não é mais aquele do tempo da elaboração do Código Penal, sentimo-nos obrigados a concluir que essa idade deve ser diminuída. O adolescente dos dias atuais, na sua grande maioria, já é capaz de compreender a

[15] MORAES, Alexandre de. Op. cit. p.56.

ilicitude do seu ato, logo, estaríamos cometendo uma incoerência jurídica se admitíssemos que esse jovem tem a capacidade de escolher seus representantes através do voto e não tem a mesma capacidade para entender o seu ato.

Um ordenamento que se quer justo não pode aceitar que entre duas pessoas que têm o mesmo discernimento, a mesma capacidade de compreensão do ato, uma delas, diante do mesmo delito ou crime, seja "afastada" da persecução penal por causa de sua idade. A lei estaria servindo como uma espécie de manto protetor da impunidade como aliás já serve, pois é comum a utilização de menores por adultos que, cientes da inimputabilidade penal, cometem crimes através deles.

Porém, e esse ponto gostaríamos de enfatizar, essa não é, nunca foi e nunca será a solução para os problemas de criminalidade do Brasil. Diminuir a idade é uma "solução" por demais simplista. O problema tem raízes muito mais profundas e todos nós sabemos disso. O Estado e a Sociedade em geral, devem tomar medidas urgentes para evitar que essas crianças cheguem a cometer crimes, pois *vitabis crimen vitata criminis ansa*[16]. A família deve servir de suporte para o desenvolvimento da criança assim como a educação ; e o governo tem o dever supremo de promover programas para que isso venha a ser efetivado. Temos que ajudar a tirar essa crianças das ruas e praças do nosso país. Nosso país, nossas crianças: cuidemos delas.

Por outro lado, como foi relatado no presente trabalho, a situação dos presídios brasileiros é alarmante. O que acontecerá quando, abaixando a idade criminal, chegar essa nova "remessa" enorme de novos delinqüentes nessas prisões superlotadas que mais se assemelham a jaulas ? Onde irá caber tantas almas ? É necessária uma total reforma no sistema carcerário brasileiro, e isso deve ser feito antes de qualquer reformulação no que diz respeito à redução da imputabilidade penal.

O fantasma que nos assombra é o da ilusão. Ilusão de que a redução é a solução absoluta para esse problema. Tememos que daqui a alguns anos, quando os índices de criminalidade continuarem no mesmo nível, abra-se uma nova discussão para reduzir ainda mais a idade penal. Põe-se a questão : onde chegaremos dessa forma ?

Os nascituros que se cuidem !!

[16] "Evitarás o crime evitando a ocasião do crime"

6. Bibliografia

Livros

1. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
2. DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel – a infância, a adolescência, e os Direitos Humanos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ática,1993.
3. FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 7. São Paulo : Saraiva, 1995.
4. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
5. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. v.1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
6. MINAHIN, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da emoção – a inimputabilidade do menor*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
7. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência. 3*. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Revistas

8. ISTOÉ.*O Limite da Pena*. São Paulo: Editora Três, n. 1567, out. 1999.
9. VEJA. *Celeiro de feras*. São Paulo : Editora Abril, out. 1996.
10. VEJA. *Crianças que matam*. 1541. ed. São Paulo: Editora Abril, a. 31, n.13, abril de 1998.
11. VEJA. *Um inferno chamado Febem*. 1616. ed. São Paulo : Editora Abril, a. 32, n.38, set. 1999.

CRIMES DE INTERNET

Eduardo Valadares de Brito (Aluno do 6º período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. O que é a Internet; 3. Crime: a razão da tipificação de uma conduta como delituosa; 4. Crimes de Internet; 4.1. Vírus de computador; 4.2. Violação de Dados (Invasão de Sistemas Operacionais); 4.3. Crime de Propriedade Intelectual e a Fraude; 4.4. Pedofilia e Discriminação Racial (Semitofobia); 4.5. A lei não prevê crime eletrônico; 5. Quem são os criminosos da rede; 6. "*The law enforcement*": responsabilidade e coação legal; 6.1. Persecução do criminoso via I.P. ("*Internet Protocol*"); 7. Precauções necessárias ao navegar na Internet; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Internet apresenta-se como a maior ferramenta de comunicação e revolução tecnológica desse milênio. O homem nunca fora tão longe em tão pouco tempo. A comunicação entre pessoas se dá instantaneamente, onde quer que esteja qualquer uma delas. Não importa se ela está no Japão ou Canadá. Conectado na Internet, o indivíduo não terá dificuldade na comunicação com qualquer outra pessoa no globo, que também esteja conectado na rede.

Com o surgimento da Internet, surgiu também uma comunidade virtual, composta pelos seus usuários, que usam a rede para lazer, pesquisa, trocam informações e fecham negócios. O mundo passa a viver, então, na Era da Informação. O montante de informação veiculada na rede, que corre o mundo em segundos, surpreende até os mais cépticos. Mas juntamente com o desenvolvimento tecnológico, novas modalidades de crimes surgiram. O crime de rede, aquele cometido via Internet e com auxílio de computadores, mostra-se sempre dinâmico, na medida em que está em constante atualização e mutação, caminhando junto com os avanços da Internet. O *hacker*, criminoso especializado na modalidade crime informatizado, desafia polícias do mundo inteiro, e faz necessária a criação de setores de inteligência especializados no combate e repressão ao crime de rede.

Como não poderia deixar de ser, na Era da Informação, a mais eficiente arma contra tais crimes é a própria informação. O conhecimento de como agem os hackers, de quais as condutas mais perigosas e vulneráveis às fraudes e violações de sistemas, de cuidados a serem tomados ao navegar na Internet são essenciais para a proteção contra qualquer conduta delituosa que atinja o usuário da rede mundial de computadores. No trabalho ora apresentado, temos algumas considerações acerca da Internet, da sua origem e como ela passou a ser um perigo aos seus usuários. Destacamos, também, o que o Direito Penal tem feito, no Brasil e no mundo, para reprimir e intimidar infratores da rede, tendo em vista a abrangência da eficácia das normas editadas pelo legislador.

No Brasil, um projeto de lei elaborado por uma comissão sob a coordenação do professor José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, atendendo ao pedido do Dep. Luis Piauhilino, e composta por ilustres juristas da atualidade como o Prof. Damásio Evangelista de Jesus e o Dr. Carlos Alberto Etcheverry, está tramitando no Congresso Nacional. Esse projeto, se aprovado, disporá sobre os crimes de informática, regulando: no seu capítulo I, a prestação de serviços por redes de computadores; no capítulo II, o uso de informações disponíveis em computadores ou redes de computadores; e no capítulo III, os crimes de informática; e finalmente, no capítulo IV, teríamos as disposições finais que regulam os requisitos formais da lei, e requisitos instrumentais para a coação legal dos crimes. Assim, até que o mesmo seja aprovado, a prevenção e precauções vistas mais à frente são as poucas maneiras de não ser mais uma vítima dos crimes de informática, que oficialmente ainda não existem para a legislação pátria.

2. O que é a Internet

As forças armadas norte-americanas, por volta da década de setenta, projetaram uma rede de comunicação sigilosa, de caráter militar. Essa rede era de uma comunicabilidade instantânea assim como acontece com os telefones, e teria de ser resistente a ataques de quaisquer amplitudes, até mesmo nucleares. Esta experiência militar foi denominada de "*Advanced Research Projects Agency Network*" (ARPAnet). Por interesse próprio, as forças armadas ao completar a instalação de uma rede própria, deixaram de utilizar a ARPAnet, que logo caiu no domínio de civis. Os particulares desenvolveram o projeto inicial e formaram uma nova rede, renomeando-a de Internet.[1]

[1] Cf. SOLO, James. *International Web Police (An Agency of InterGov: United Nations of The Internet)*. http://www.web-police.org/. 02 de Setembro de 1999.

Com a Internet, surgiu uma nova sociedade com características próprias: uma sociedade global e virtual, totalmente heterogênea, onde os cidadãos são os usuários que podem estar em qualquer parte do mundo e praticarem qualquer religião ou falar qualquer língua. Essa enorme rede interliga computadores de todo mundo possibilitando comunicação direta e o compartilhamento de informações e serviços instantaneamente. Nesse "mundo virtual", todos são iguais, independente da raça, sexo, idade ou nacionalidade; a Internet não diferencia nem discrimina os seus "cidadãos", que estão submetidos a normas próprias. Ela é de acesso irrestrito e uma das suas maiores características é a liberdade ilimitada.

Em conclusão, temos que a interconectividade é prova de que vivemos atualmente a Era da Informação. A Internet é, assim, uma rede gigantesca que liga pessoas em todo o mundo possibilitando a troca de informações, correspondências e arquivos, a realização de negócios. Nessa era, o conhecimento do funcionamento desse mundo virtual e a informação são pré-requisitos na conquista desse novo tempo.

3. Crime: a razão da tipificação de uma conduta como delituosa

A partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade, surgiu a necessidade de um respeito mútuo para com o direito do seu semelhante. Fez-se, assim, necessária a taxação de condutas que seriam danosas e prejudiciais ao próprio homem, que feriam direito alheio e não poderiam ser admitidas na coletividade sob o risco de desorganizá-la. Dava-se início, então, à tipificação do ilícito, conduta (omissiva ou comissiva) contrária ao direito, moral e aos bons costumes.

O ato ilícito gera efeitos não queridos pelo autor (sanção) que podem abranger tanto a esfera penal, como a extra-penal, ou ambas. Civilmente, o ilícito é o que ordinariamente chamamos de ato ilícito[2]; dentro do direito penal, o ilícito penal[3] caracteriza o crime. Na doutrina, abundam as conceituações de crime, que variam de acordo com o sistema ado-

[2] Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 299.

[3] O ilícito penal, além do crime pode caracterizar a contravenção. Em legislações alhures, a dessemelhança já se fez notável em outros tempos, pela natureza e classificação de cada infração, que diferem entre si, até mesmo pela própria etimologia. Em nossa legislação, as diversas nomenclaturas empregadas não representam uma diferença intrínseca, caracterizando naturezas jurídicas diversas para cada infração acima citada. O nosso CP faz uso das palavras "crime", "delito" e "contravenção" indistintamente, residindo a diferença entre tais nomes praticamente nos tipos de penalidades aplicáveis.

tado. Predominam, no entanto, duas[4]: o formal e o sistema material. De acordo com a primeira, crime é toda conduta descrita na lei penal que implica a imposição de uma pena. No segundo sistema, o crime é analisado ontologicamente, sendo toda conduta que a juízo do legislador atinge bens e interesses considerados relevantes pela sociedade, o que acarreta a imposição de uma pena. Há ainda na doutrina conceitos extra-jurídicos do crime. Um exemplo clássico seria a noção de crime natural, que "compete ao sociólogo e não ao jurista, e consegue-se, não pela análise de fatos, cuja valorização varia de lugar em lugar e de época em época, mas pela análise dos sentimentos indispensáveis ao convívio social, constitutivos do *senso moral* e que não são outros se não os sentimentos de *piedade* e de *probidade*"[5]. Válida se mostra, também, tal conceituação. No estudo do crime e da sua evolução na sociedade, mister se faz a pesquisa de fatores que não sejam meramente jurídicos para compreensão do crime em si.

Assim, concluímos que uma conduta não é considerada como delituosa por um mero arbítrio do legislador. Para ser ilícita tem de estar prevista em lei, no nosso direito pátrio tem de estar descrita no Código Penal ou legislação extravagante. Não estando, não será criminosa aquela conduta, ainda que cause resultados prejudiciais e danosos a terceiros e seja um crime de um ponto de vista material. Evidentemente, que tais condutas danosas, ainda não citadas na lei, serão também as mais propensas a serem regulamentadas como delito pelo legislador[6], que basicamente as analisa levando em conta o poder ofensivo delas.

4. Crimes de Internet

A nossa legislação ainda não prevê formalmente os crimes de Internet. Em regiões e países maciçamente informatizados, onde desde a mais simples tarefas como a de lavar carros até a uma vultosa movimentação financeira ou monitoração de vôos comerciais é operada por computadores, a preocupação com o funcionamento e confiabilidade dos computadores é permanente e crescente; tendência não só dos países centrais ou ditos desenvolvidos, mas também dos que estão em desenvolvimento, onde a informática também já faz parte do trabalho e do dia-a-dia das pessoas há algum tempo.

[4] JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 151.

[5] LUNA, Everardo Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 3. ed. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970, p. 18.

[6] Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva., 1993, p. 42.

Através da rede mundial de computadores, as distâncias foram reduzidas, as barreiras dos Estados Nacionais quebradas e a interconectividade faz dos crimes da Internet um desafio não só para o Direito Penal, como também para todo o Direito Positivo e suas subdivisões clássicas (Direito Comercial, Civil, Internacional, etc.), fazendo surgir também novas áreas jurídicas que regulem tais atividades, como o Direito da Informática. Questões como de quem é a competência jurisdicional e o *jus puniendi* em crimes cometidos em qualquer localidade do mundo, e o que vêm a ser os crimes de informática e quais são eles, fazem parte de muitas das indagações que surgem com a Internet e seus avanços.

O crime de informática é o crime de rede, de computador, ou ainda de Internet. A definição[7] que lançamos para tal crime é a seguinte: ofensa a direito alheio na qual uma rede de computadores é instrumento direto e significativo no cometimento do crime. Interconectividade de computadores é a característica essencial. Esta definição é sustentada por nós, pois, segundo ela, temos o elemento próprio e caraterístico de qualquer crime, que é a conduta ofensiva e danosa que pode lesar tanto a sociedade, quanto o indivíduo.

Há, entretanto, uma divisão das condutas criminosas onde o uso do computador faz com que haja uma divisão em classes, que são três: a primeira classe é aquela onde o computador é utilizado como forma de armazenamento de informações; na segunda, o computador, em conjunto com a Internet, é utilizado como uma ferramenta, como ocorre com a pedofilia, ou com o traficante que usa o computador para vender e marcar locais para entrega da drogas; e a terceira classe é aquela dos crimes cometidos por computador propriamente dito, onde o objeto é informação representada de forma digital, sendo esta o maior interesse do *hacker*. Assim, dentro do gênero crimes da Internet temos as espécies de crime, cada um deles lesando um bem jurídico diferente e com diferentes sujeitos passivos. Enumeremos alguns: vírus e programas semelhantes, violação de Dados e Sistemas, crime de Propriedade Intelectual, Fraudes, Pedofilia, Sites de Discriminação Racial e outros. Há ainda crimes como Jogos de azar ou Pornografia que são tidos como condutas típicas em determinados países, mas em outros não; razão da grande dificuldade da aplicação de uma lei penal *erga omnes* em todo mundo.

[7] A definição de crime de Internet não está delimitada. Ainda não há um conceito formado para tal infração. Assim, estaríamos em um verdadeiro "*Far West*" ao navegar na Internet, uma vez que a impunidade é garantida pela falta de previsão legal no Brasil, falta de leis nacionais ou de acordos internacionais.

4.1. Vírus de computador

O Vírus de computador é um programa elaborado com o objetivo de: apagar arquivos e/ou destruir sistemas, podendo até danificar o *hardware* (equipamento eletrônico do computador). Este é o mais comum tipo de ataque sofrido pelos usuários. O vírus pode ser propagado via disquete ou no ambiente de rede, local perfeito para ele se proliferar via "*e-mail*" ou pela própria Internet. Um exemplo de um vírus danoso é o "*I love you*". Este vírus foi um programa desenvolvido por um estudante universitário das Filipinas. Ele atacou no início do mês de Maio de 2000, causando congestionamento em mais de 40 grandes empresas, incluindo a FORD na Inglaterra, que teve que desligar toda a sua linha de produção. O "*I love you*" atacou também os computadores da Casa Branca, Pentágono e do Congresso Americano. Os prejuízos causados pelo vírus chegam a 5 bilhões de dólares em todo mundo[8].

4.2. Violação de Dados (Invasão de Sistemas Operacionais)

A Violação de Dados ou de Sistemas é o acesso não autorizado de alguém (*hacker*) a dados, programas e sistemas de natureza pessoal ou confidencial. Na prática as grandes empresas são os principais alvos dos *hackers*[9], que podem trabalhar como espiões industriais com o objetivo de roubar desenhos, dados ou planos de produção secretos e muitas vezes patenteados, caracterizando uma conduta anti-ética, e a concorrência desleal. Dentre vários problemas causados pelos *hackers*, destacamos, ainda, a violação de dados em que constam números de cartões de crédito, possibilitando o uso ilegítimo dos mesmos.

4.3. Crime de Propriedade Intelectual e a Fraude

O Crime de Propriedade Intelectual é aquele em que alguém copia marcas registradas, ou produto patenteado (pirataria de *software*, vídeos ou gravações fonográficas). A nossa legislação confere proteção a marcas e patentes através da Lei n°. 9.279/96. Nesta é efetivada a proteção à Propriedade Industrial repressão e à concorrência desleal. Assim, contra esse tipo de crime via rede, temos uma legislação aplicável, ainda que ela supra a necessidade repressiva apenas em parte, já que não engloba todos os crimes de Propriedade Intelectual.

[8] As estimativas foram veiculadas pela imprensa televisiva nacional uma semana após o ataque do vírus.

A fraude, por sua vez, ocorre quando o indivíduo ao comprar, vender ou investir via Internet é enganado de alguma forma. O vendedor pode descrever produtos ou serviços de maneira enganosa ou pode, ainda, receber o pedido e o dinheiro, mas não entregar o bem ao qual estava obrigado. As queixas mais freqüentes, no entanto, são casos de planos de pirâmides e marketing de multilevel, ofertas de cartões de créditos, oportunidades de negócios mirabolantes entre outros. Assim, vale o bom senso e a cautela antes de realizar qualquer negócio via Internet.

4.4. Pedofilia e Discriminação Racial (Semitofobia)

A Pedofilia é um crime de rede nefasto e combatido pelas autoridades mundiais. Ela é caracterizada pela exploração sexual de crianças, sendo muitas delas expostas em fotos e vídeos na Internet. A Pedofilia não é um crime novo que surgiu com a Internet. Ele já existia. Hoje, a Internet é apenas um meio ou instrumento potencializador para esses criminosos, disseminarem a Pedofilia. Não se trata apenas de um *hacker,* mas também de um infrator comum, pois independentemente do uso de computadores, estes, ainda assim, são criminosos ao cometerem tal conduta delituosa. O mesmo se pode dizer dos *Sites* de discriminação racial. A discriminação racial e a semitofibia, ódio àqueles de origem judia, é crime que fere norma Constitucional no Brasil, e os Direitos Humanos em nível mundial. Como a pedofilia, a discriminação existe por si só, independentemente da rede mundial de computadores. Como exemplo recente do delito de pedofilia, observam-se as apreensões de computadores e prisões que foram feitas pela polícia do Rio de Janeiro, em bairros de classe média alta da capital, como São Conrado.

"*A denúncia do Ministério Público do Rio de Janeiro contra os pedófilos marca o início de uma batalha judicial. Praticamente, todos os acusados reconhecem que mantinham em seus computadores um imenso arquivo com fotos de pornografia infantil. Alguns confessam até que trocaram imagens com outros internautas. Sua defesa será alegar que essa*

[9] Os *hackers* nem sempre agem criminosamente. De acordo com a postura assumida por eles é que poderemos caracterizar sua conduta. O *hacker* pode ter intenções meramente movidas pelo desafio de violar e driblar sistemas de segurança, pode estar voltado para agir criminosamente e, ainda, para agir politicamente, sempre sem causar danos. Apesar de todos eles violarem os sistemas com diferentes intenções, mesmo que não sejam malévolas ou danosas, o anteprojeto de Lei de Crimes de Informática que tramita no Congresso Nacional considera-o infrator se não estiver agindo com autorização necessária ao operar senhas e violar sistemas de dados alheios.

prática não é criminosa e que o uso privado de material pornográfico de qualquer natureza não é punido pela lei."[10] O País realmente não tem uma legislação específica para os delitos praticados pela Internet. Se as fotos em questão fossem de adultos, não haveria nenhum problema legal, a não ser que uma das pessoas expostas se considerasse lesada de alguma forma. Assim, os promotores decidiram denunciar os acusados por violação do Art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê pena de prisão para quem divulga imagens de menores em situação humilhante. A pedofilia não consta no CP Brasileiro. Mas se um adulto for flagrado fazendo sexo com uma criança poderá ser preso por estupro e/ou atentado violento ao pudor (art. 213 c/c art. 224; e/ou art. 214 c/c art. 224 do CP).

4.5. A lei não prevê crime eletrônico

Dentre as condutas acima, todas já fazem parte da realidade brasileira. É necessária a tipificação de todas elas. O legislador brasileiro precisa, ao trabalhar na elaboração das leis que regulem as relações via rede, de auxílio de profissionais experientes em consultoria em segurança de dados, não esquecendo a legislação de outros países, que muitas vezes são exemplares como a Lei da Criminalidade Informática portuguesa (Lei n.º 109/91), em que se aplicam também subsidiariamente aos crimes de rede as disposições do Código Penal local.[11] Nesse aspecto, o projeto de lei proposto pelo Dep. Luis Piauhilino não deixa nada a desejar, prevendo todas as condutas acima citadas, e incriminando-as. É necessário, ainda, dentro de um mundo globalizado, convenções nas quais os Estados estabeleçam órgãos internacionais com poderes coercitivos que não se limitem às fronteiras nacionais, mas que ao mesmo tempo respeitem a soberania estatal. A Interpol é um exemplo de uma polícia internacional que já atua em tais crimes internacionalmente, coibindo os infratores independentemente de onde eles estejam; logicamente, a Interpol atua nos diferentes países com autorização e muitas vezes auxílio das autoridades locais. Concluímos que a atualização da legislação associada à criação e legitimação de órgãos repressivos seriam medidas sem as quais não poderíamos adentrar no novo século sem medo de perder o rumo do crescimento tecnológico.

---

[10] CARNEIRO, Marcelo. *Perversão na rede*. Veja. 1648. ed. São Paulo: Abril, a. 33, n. 19, 2000, p. 54.

[11] Cf. GUERREIRO, Alexandre. *Legislação Informática (Lei da Criminalidade Informática)*. http://www.terravista.pt/mussulo/1139/. 22 de março de 2000

5. Quem são os criminosos da rede

Pessoas de todo mundo navegam, hoje, na Internet, onde encontramos culturas, religiões e línguas diferentes. A Internet é hoje uma comunidade global, sem dono nem fronteiras. Nessa comunidade o direito de um vai até onde começa o direito do próximo, exatamente como ocorre na nossa sociedade real. Há pessoas, porém, que nem sempre respeitam o direito alheio, causando transtornos e danos; os crimes de informática causam perdas que, convertidas em valores pecuniários, podem chegar até 8 bilhões de dólares por ano[12].

Os *hackers* são os criminosos virtuais com quem a polícia tem que aprender a lidar. São os tipos de bandidos mais difíceis de serem pègos. Primeiramente, porque não existem fisicamente, se não atrás de um computador. No local do crime nunca deixam pistas, a não ser que queiram. Atacam de qualquer parte do mundo, e seu rastreamento nem sempre determina a sua localização exata.

Para Lenny Stripeikis, os bandidos da rede são divididos em duas espécies: os *hackers* e os *crackers*[13]. Para ele, ambos invadem sistemas de computadores, mas as motivações deles não são as mesmas. Os *hackers* violam os sistemas por motivos como desafio intelectual, para aperfeiçoar suas habilidades e testar suas técnicas; enquanto os *crackers* são maliciosos e invadem para prejudicar ou causar danos ao sistema. Genericamente, hoje na Internet, tal divisão não é tão considerada, pois ela leva em conta um aspecto subjetivo do agente que viola computadores e sistemas: o dolo. Para nós, qualquer que seja a qualidade do violador, invadir-se esfera alheia, será ele um *hacker*. Esta é a expressão pioneira e genérica usada para aqueles invasores de sistemas e violadores de senha e que é primariamente usada para qualquer tipo de violador.

O perfil dos *hackers* vai se delineando com o passar dos tempos, e com as ocorrências policiais. "Ele tem entre 16 e 32 anos, é bem educado, inteligente, audacioso e aventureiro."[14] O *hacker* é, hoje, na sua grande

[12] Isso inclui roubos de *software* de computadores, **hardware**, e periféricos como impressoras, e também fraudes em violação de sistemas, roubo de dinheiro ou informações privilegiadas que podem servir como fonte de lucro. Cf. SLAMBROUCK, Paul Van. *Cyber Threats: How Serious?*. http://www.csmonitor.com/durable/1998/03/09/us/us.1.html, 16 de maio de 1999

[13] STRIPEIKIS, Lenny. http://www.academic.marist.edu/papers/lenny/who.htm, 18 de Agosto de 1999.

[14] MIRANDA, Celson. *Cybercrimes: legislar ou auto-regulamentar?* RT Informa. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 2, n. 6, Março/Abril 2000, p. 5.

maioria, jovem e inteligente; gosta de computadores e informática. A sua escolaridade é alta, e dificilmente tem menos que o segundo grau completo; se não completou o segundo grau é porque se trata de um jovem que nem idade suficiente atingiu para concluí-lo, como já ocorrido nos Estados Unidos de garoto com menos de 16 anos invadir os computadores do Pentágono.[15]

Assim, observamos que ao contrário do criminoso ordinário, o *hacker* é antes de tudo uma pessoa razoavelmente letrada[16]. Essa nova classe de criminosos cresce juntamente com a Internet, num jogo em que o que é certo ou errado ainda não está ainda delineado, conseqüência das omissões legais.

6. "*The law enforcement*": responsabilidade e a coação legal

A dificuldade de imputação da responsabilidade ao criminoso faz da Internet "terra de ninguém": o que de fato ela é. Sem a responsabilidade não há como sancionar e coagir o malfeitor. O problema da responsabilidade é resolvido com a determinação da autoria. Uma vez julgada e imputada a responsabilidade ao agente criminoso, passa-se à fase da execução da sanção, da coação legal, que é justamente preceito secundário da norma jurídica penal. A Internet levanta, então, um desafio para toda a humanidade. Quem irá punir e impor as regras para os crimes cometidos via rede por um *hacker* da Rússia a uma pessoa que esteja na Inglaterra? É um desafio dirigido não só ao direito penal, mas ao direito internacional, civil, da informática, processual, e ao direito em si como um todo, pois sabemos que, conforme assinala a doutrina, o direito é uno, e comporta subdivisões meramente didáticas.

Destarte, quando investigamos a possibilidade de uma sanção com eficácia internacional aplicada por órgão ou entidade internacional, caímos na seara do direito internacional. Esta disciplina mostra-se, hoje, extremamente complexa e frágil. Alguns autores chegam a afirmar a não existência do direito internacional[17], uma vez que a relação entre os Esta-

[15] Cf. ROBINSON, James K. *Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS)*. http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/crimes.html. 18 de Agosto de 1999

[16] No caso supracitado de pedofilia (*vide ponto 4.4.*), os denunciados eram um economista, uma médica, um funcionário público federal e meia dúzia de jovens, todos estudantes dos melhores colégios e universidades do Rio de Janeiro.

[17] Espinosa, Lasson, Gumplowicz, Lundestedt, Austin, Binder dentre outros, Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 97.

dos se dá em pé de igualdade, e não há órgão pré-determinado competente na aplicação da sanção; mas, como sabemos, o direito sem coação é inconcebível. Apesar das teorias negativistas, é notório que o direito internacional existe, ainda que de maneira incipiente. A Internet é, então, apenas mais um obstáculo para aquele direito que atualmente é tão evidenciado. A comunicação e as relações internacionais nunca foram tão intensas, e com o crescimento das mesmas, crescem também os conflitos e litígios, pondo o direito várias vezes em xeque. É o que acontece na questão de jurisdição e punição nos crimes da Internet.

Urge a criação de uma justiça ou organização internacional da informática, que seja intergovernamental, e que legisle e aplique a sanção penal com ajuda dos Estados componentes dela. A adesão ou não dos Estados a tal justiça ficaria a cargo dos chefes de governo de cada um deles. Entretanto, uma vez aceita como legítima tal justiça ou organização, estaria obrigado o Estado a cumprir todas as determinações da organização internacional, tentando não violar nem contrariar sua Constituição nem muito menos sua soberania. Tudo isso se mostra bastante complexo, mas foge ao nosso tema a análise da soberania e seus problemas contemporâneos.

O que existe, porém, são diversas legislações de vários países, e elas só podem ser aplicadas dentro do território nacional de cada um deles, pois só são válidas e eficazes dentro das delimitações da competência jurisdicional dos Estados. Como punir o vendedor que lesa consumidor, que se encontra em país diverso daquele do vendedor? Insistimos, mais uma vez, na idéia da justiça internacional da informática, lembrando que ela deve ser intergovernamental e não supra nacional, pois esta submeteria hierarquicamente a legislação interna de cada Estado, inclusive as Constituições locais. Haveria, então, uma agressão à soberania do Estado, se assim o fosse.

Enquanto não é uma realidade tal justiça da informática em nível internacional, urge atualizar nossa legislação nacional, e aprovar o projeto de lei do Dep. Luis Piauhilino, o qual dispõe sobre os crimes de informática. A aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional seria um bom começo para o Brasil, que não tem ainda em sua legislação nenhuma norma que proteja as vítimas dos crimes virtuais.

6.1.Persecução do criminoso via I.P. ("Internet Protocol")

A pretensa virtualidade sob a qual os agressores se escondem não pode subsistir diante da persecução criminal. Havendo crime, ele há de ser apurado, e sua autoria desvendada. O usuário da Internet deve e pode ser rastreado e identificado através do seu número I.P., abreviação em inglês

de "*Internet Protocol*". O I.P. é o número dado pelo servidor ao usuário da Internet toda vez que ele se conecta à rede.

Rastreando-se o I.P., tem-se o servidor ao qual o criminoso estaria conectado. Por sua vez, ao checarmos os bancos de dados do servidor ou provedor, teríamos o número da linha telefônica, a qual estaria conectada ao I.P., com datas e horários exatos, tudo fornecido pelo servidor. Assim ficaria fácil, em tese, identificar o proprietário da linha, e pretenso agressor virtual, que de virtual nada tem, aplicando-se a medida judicial cabível ao caso.

Questão interessante é a referente ao uso dos aparelhos celulares pré-pagos. Aí, mostra-se mais uma lacuna, e barreira à persecução legal. Neste caso, rastreado o I.P., passaríamos ao provedor. Este, por sua vez, diante da ordem judicial forneceria o número do telefone (celular pré-pago), e dados do proprietário do telefone, como endereço e nome. Ao criminoso, então, bastaria fornecer dados pessoais falsos à provedora para que fosse impossibilitada a sua localização exata, pois o telefone celular pré-pago, como é sabido, não tem cadastro na prestadora telefônica, e é comprado deliberadamente como qualquer outro produto de consumo nas lojas.

7. Precauções necessárias ao navegar na Internet

O bom senso e a cautela ainda são as melhores armas contra o crime via rede. Sabemos que o direito ainda não acoberta as hipóteses de condutas lesivas no "mundo virtual". Então, medidas preventivas hão de ser tomadas pelos usuários ao entrar na rede. Algumas dessas medidas seriam: não acreditar em propostas impossíveis ou em que haja uma desproporção entre preço e o bem a ser adquirido; se o usuário for pessoa jurídica e manusear informações confidenciais dentro do estabelecimento, isolar, se possível, uma rede interna que não se interligue na Internet daquela que é conectada à Internet, o que evitaria a invasão de *hackers*; manter cópias dos arquivos (*back-up*) mais importantes em disquetes; ter um programa de segurança (*Antivírus*) atualizado. Inúmeros são os cuidados a serem tomados tanto por usuários pessoas físicas, quanto por indústrias ou empresas.

Ao Poder Público compete a criação e implementação de uma legislação aplicável, que vise à segurança, às penalidades cabíveis e à prevenção do crime. No Brasil, apenas foram tomadas medidas administrativas quanto à exploração da Internet, mas ainda esperamos por uma legislação repressiva que puna os criminosos da rede. Chamamos à atenção que esta última legislação já existe em outras localidades,

como Austrália, União Européia e Estados Unidos, onde as questões jurídicas envolvendo atividades em curso na Internet já chegaram aos Tribunais; no Brasil, como já visto, o que temos é apenas um projeto de lei. Ainda assim, muita discussão e debates de pontos controvertidos são parte da formação de uma legislação que possa ser usada e aplicada internacionalmente.

8. Conclusão

A consolidação da Internet como meio de comunicação, trabalho, lazer e negócios aponta para uma inovação tecnológica sem volta. Nasce também com ela, uma sociedade virtual que não se conforma com as normas do mundo físico. Essa mesma sociedade não se conforma com os limites jurisdicionais dos Estados, ou seja, legislações locais que não se mostram suficientes para a resolução do problema dos crimes de informática. O direito positivo é posto em xeque, e princípios basilares de aplicação de leis como o da territorialidade são questionados nessa nova ordem mundial emergente. Não resolvem o problema, mas com certeza amenizam as perdas e danos, as legislações de crime de informática, ainda que não vigentes e válidas para todos os Estados do mundo.

A Internet necessita da elaboração de normas específicas em virtude de sua natureza global, função que está sendo assumida, não unicamente, mas em grande parte pelo Direito da Informática. Os juristas e representantes dos Estados de todo o mundo devem ventilar e questionar tal questão, que é da maior importância contemporaneamente, estabelecendo normas globais e comuns a todos os povos. Ao fazer isso, deve-se ainda ter o seguinte cuidado de não transformar a Internet em um mundo virtual privado, com uma bandeira e uma nacionalidade, pois como observado, a maior característica da rede mundial de computadores é o livre acesso e a não vinculação com qualquer entidade ou Estado, não possuindo dono a rede.

Enquanto a grande integração mundial de juristas e autoridades acerca do tema não se concretiza em leis e normas de eficácia global, não é concebível que os usuários da Internet fiquem vulneráveis a delitos praticados por *hackers* ou criminosos do mundo real, que usam o computador como arma de crime. Para a prevenção contra qualquer tipo de crime de informática, a informação apresenta-se como pressuposto.

A apuração de responsabilidades nos crimes de Internet é tarefa primordialmente das autoridades e polícias judiciárias, que para isso devem equipar e preparar setores e pessoal especializados na investigação e

apuração nessa modalidade criminosa tão peculiar. Conhecimento, capacitação e a formação de expertos são estratégias vitais para a formação de uma unidade capaz de rastrear, identificar e imputar a responsabilidade ao agente do crime.

Em conclusão, observamos que paralelamente à Internet cresce também uma modalidade de crimes que ainda são recentes e desconhecidos em muitos casos, razão que faz da impunidade a regra para o autor da prática delituosa. Acreditamos, ainda, que com a experiência e maturidade no desenvolvimento de novas idéias e sistemas preventivos de crimes de informática, maior se tornará a segurança na rede. Porém, como radier maior dessa segurança, a cooperação e trabalho em conjunto de juristas de todo o mundo com especialistas na Informática serão essenciais para o alcance desse objetivo.

9. Referências bibliográficas

Livros

1. JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
2. LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 3. ed. Recife: Universidade Federal da Pernambuco, 1970.
3. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
4. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
5. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Artigos e Revistas

6. CARNEIRO, Marcelo. *Perversão na rede*. Veja. 1648. ed. São Paulo: Abril, a. 33, n. 19, 2000, p. 52-55.
7. MIRANDA, Celson. *Cybercrimes: legislar ou auto-regulamentar?* RT Informa. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 2, n. 6, Março/Abril 2000, p. 4 -5.

Internet

8. GUERREIRO, Alexandre. *Legislação Informática (Lei da Criminalidade Informática)*. http://www.terravista.pt/mussulo/1139/. 22 de março de 2000.

9. ROBINSON, James K. *Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS)*. http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/crimes.html. 18 de Agosto de 1999.
10. SLAMBROUCK, Paul Van. *Cyber Threats: How Serious?*. http://www.csmonitor.com/durable/1998/03/09/us/us.1.html. 16 de maio de 1999.
11. SOLO, James. *International Web Police (An Agency of InterGov: United Nations of The Internet)*. http://www.web-police.org/. 02 de Setembro de 1999.
12. STRIPEIKIS, Lenny. *Computer Crime*.http://www.academic.marist.edu/papers/lenny/crime.htm. 18 de Agosto de 1999.

SISTEMAS DE GARANTIA NO EMPREGO

Raissa Saldanha Menezes(Aluna do 10º período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito; 3. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, Garantia de Emprego e Estabilidade; 4. Direito de Despedir; 5. Igualdade Formal e Igualdade Proporcional; 6. Principais Tipos de Medidas Limitativas; 7. Demais Tipos de Dispensa; 7.1.Dispensa Tecnológica; 7.2. Dispensa Obstativa; 7.3. Dispensa de Empregado Público; 7.4. Dispensa Discriminatória; 8. Dispensa Flexível; 9. Legislação; 10. Conclusão; 11. Bibliografia.

1. Introdução

A Revolução Industrial modificou a realidade em todos os seus aspectos. A organização das indústrias gerou um contingente de trabalhadores proletários, assalariados e subordinados ao poder dos poucos patrões. Intensificou-se a desigualdade econômica e social entre a classe dominante, detentora dos meios de produção, e a classe dominada, que vendia sua força de trabalho a um preço irrisório.

As condições de trabalho eram péssimas: não havia proteção contra acidentes, as jornadas de trabalho estendiam-se por 14 horas ou mais, as doenças alastravam-se com facilidade. A exploração da classe trabalhadora era beneficiada pela política não intervencionista do Estado Liberal, que assistia passivamente a este quadro. A quantidade de trabalho oferecida era insuficiente para a enorme massa de mão-de-obra (em sua maioria, desqualificada) em busca de ocupação.

Diante disso, os trabalhadores sujeitavam-se às ordens e vontades patronais, sob pena de serem sumariamente despedidos, e rapidamente substituídos, sem qualquer ônus para o empregador. Não havia legislação ou regulamentação que disciplinasse as relações laborais. Tudo era decidido e arbitrado unilateralmente pela entidade patronal, desde a admissão, salário e horário de trabalho até a demissão do trabalhador, sem nenhuma manifestação ou interferência deste, a quem cabia apenas aceitar ou não as condições impostas, colocando em risco a sua própria sobrevivência.

Nesse contexto, surgiram as primeiras normas jurídicas trabalhistas, frutos de um Estado Neo-Liberal que, reconhecendo a falência do sistema da não intervenção, passou a intervir diretamente nas relações de trabalho. Estas normas caracterizavam-se precipuamente por possuir um caráter tutelador, e destinavam-se a diminuir a desigualdade estrutural existente entre os dois pólos da relação laboral, e a atenuar os seus efeitos. Para isso, o Estado iniciou um sistema de proteção ao hipossuficiente, enquanto parte mais fraca, criando instrumentos legais limitativos das vontades das partes, na busca do estabelecimento do verdadeiro equilíbrio, através da igualdade proporcional.

Esta índole protecionista do Direito do Trabalho foi responsável pela evolução de diversos sistemas, criados para garantir a continuidade do vínculo empregatício, com a permanência cada vez maior do empregado naquela relação laboral. O *direito ao trabalho*, axiologicamente associado ao *dever de trabalhar*, foi elevado à categoria de valor social fundamental.[1] Se, por um lado, é dever do indivíduo contribuir para o desenvolvimento do Estado, por outro é dever da sociedade oferecer condições de trabalho a todos potencialmente capazes ao labor. E esta noção aumenta consideravelmente a sua importância quando se traduz aos dias de hoje, diante da grave crise do emprego, fruto de uma globalização e da chamada Revolução Tecnológica, e que tem levado a sociedade a tender para o lado oposto, qual seja, o da flexibilização das relações trabalhistas.

Pois bem, o trabalho atribui dignidade e realização ao homem, fazendo-o sentir-se *cidadão* e agente ativo transformador da realidade. Por isso, é dever de todo operador jurídico colaborar com a sua efetiva integração ao mercado de trabalho, assegurando-lhe condições dignas em nível econômico, social, cultural e psicológico.

Não se justifica a perda do emprego sem que haja uma causa objetiva relevante que fundamente este ato. Além de ser um imperativo de Justiça Social, os assalariados constituem-se consumidores, e a perda de consumidores desequilibra as relações econômicas internas e externas.

O presente trabalho visa analisar a existência de mecanismos jurídicos destinados à garantia de emprego ao trabalhador, através de restrições impostas ao direito da entidade patronal de rescindir volitiva e unilateralmente o contrato de trabalho. Fica demonstrada, assim, a preocupação do Direito do Trabalho em servir de instrumento social de controle, visando a minimização das sequelas do desemprego.

---

[1] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: ed. LTr, 1994.

2. Conceito

No Brasil, tanto a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) como a Constituição Federal de 1988 utilizam-se do vocábulo *despedida* para designar o ato pelo qual o empregador, por vontade unilateral, desfaz o contrato de trabalho celebrado. No entanto, admite-se igualmente o uso das expressões *despedimento*, *dispensa* ou *resilição*, entre outras.

Já o termo *arbitrária* possui sentido unívoco, referindo-se ao procedimento contrário a leis ou regras.

DESPEDIDA é a resilição do contrato de trabalho provocada direta ou indiretamente por ato volitivo unilateral do empregador. A Constituição Federal de 1988 protege a relação de emprego contra a despedida *arbitrária ou sem justa causa*. ARBITRÁRIA é a despedida cuja motivação é claramente rejeitada pela coletividade, baseada num valor anti-social. SEM JUSTA CAUSA é aquela fundamentada num motivo que não se enquadra nas causas relacionadas no art. 482 da CLT. Todavia, apesar da Constituição referir-se alternativamente aos dois tipos, alguns autores defendem que ambos os casos são sinônimos[2], posição esta com a qual não concordo.

Esta distinção é feita por Arion Sayão Romita[3], *in litteris*: " a expressão despedida arbitrária ou sem justa causa suscita entendimentos conflitantes. Doutrinariamente, é inegável que a despedida arbitrária abrange as hipóteses em que não há justa causa; só não é arbitrária a despedida que se der por justa causa, entendendo-se a última expressão em sentido amplo, aplicável à falta disciplinar cometida pelo empregado e bem assim aos casos em que o empregador é levado, ainda que muitas vezes a contragosto, a despedir o empregado por exigências tecnológicas, econômicas ou financeiras". Mais adiante, o autor conclui que se a distinção é feita pela Carta Magna, não caberá à legislação infraconstitucional invalidá-la, sendo que por isso a lei deverá tratar específica e diferenciadamente de cada uma das figuras.

Cabe salientar que a expressão *despedida imotivada* é errônea, porque não há despedida sem motivo, sempre há uma causa, seja ela qual for.

---

[2] MAGANO, Octávio Bueno. *Despedimento Arbitrário*. Revista Jurídica Trimestral Trabalho e Processo. São Paulo: Saraiva, n. 1, jun., 1994.

[3] ROMITA, Arion Sayão. *Proteção Contra a Despedida Arbitrária*. Revista Trabalho e Processo. São Paulo: Saraiva, n.1, jun, 1994.

3. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, Garantia de Emprego e Estabilidade

As normas trabalhistas possuem caráter protecionista, e dirigem-se especificamente à manutenção e continuidade da relação laboral. O Estado busca a permanência do vínculo empregatício, consagrando o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que orienta e embasa as construções do Direito do Trabalho.

A idéia inicial era a que proibia a contratação a longo prazo, por aproximar-se da noção de escravidão. Atualmente, predomina o entendimento de que o prosseguimento da relação é do interesse do empregado, do empregador e da própria sociedade. O empregado sobrevive com o fruto do seu trabalho (salário), e a manutenção do vínculo gera tranquilidade e segurança quanto ao futuro. Do ponto de vista do trabalhador, o prolongamento da relação se traduz em experiência, aperfeiçoamento e aproveitamento da capacidade laboral do empregado, efetivamente integrado à empresa / instituição, culminando num aumento da produtividade. Relativamente à sociedade, é objetivo do Estado Contemporâneo assegurar emprego a todos, como parte de sua cidadania, além de contribuir para a diminuição dos índices de violência, de fortalecer a economia e de garantir a chamada paz social.[4] Desta forma, os contratos por tempo indeterminado tornaram-se regra, tendo como exceção aqueles por período certo, que só ocorrem se e quando presentes determinados requisitos específicos.

O primado do princípio em questão manifesta-se na opção pelo contrato de trabalho por prazo indeterminado, nos fatos normativos que o suspendem ou interrompem (sem, contudo, prejudicar o vínculo), nas normas que limitam o poder de despedir do empregador. Todas estas disposições formam as chamadas *garantias de emprego* (o termo correto deveria ser garantias no emprego, vez que tratam da permanência do vínculo empregatício, e não de políticas estatais e sociais visando garantir postos de trabalho a todos os trabalhadores), e que se distinguem da conhecida *estabilidade no emprego*.

A expressão *garantias de emprego* é genérica, e representa a aplicação prática do *princípio do direito ao trabalho*. É um conjunto de institutos, medidas e atitudes que visam restringir as demissões, proteger o empregado e evitar o desemprego, como disposto nos artigos 1º,IV, 170 e 193 da CF/88, entre outros. Caracteriza-se por uma política social de empregos que orienta o legislador ordinário.[5]

---

[4] TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Evolução no Modelo Brasileiro de Proteção à Relação de Emprego: Proibição à Despedida Arbitrária*. Revista da Amatra. Recife: [s.n.], v. 1, a. 1, abr., 1997.

[5] ROMITA, Arion Sayão. *Proteção contra a Despedida Arbitrária*. Trabalho e Processo – Revista Jurídica Trimestral. São Paulo: Saraiva, v. 1, jun, 1994.

A estabilidade jurídica é uma espécie do gênero anterior, referindo-se apenas à impossibilidade da demissão do obreiro, quando enquadrado em certas situações específicas, salvo nos casos previstos em lei. Segundo Bueno Magano, é o " direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empresário, enquanto inexistir causa relevante que justifique a despedida"[6]. Além da estabilidade, existem diversos outras garantias de emprego, como por exemplo os títulos resilitórios.

4. Direito de Despedir

Conforme a lição de Sérgio Torres Teixeira[7], a legislação trabalhista é favorável ao empregado que se demite voluntariamente. Não há restrições legais ao exercício do ato volitivo unilateral do hipossuficiente que cessa um contrato de trabalho, independentemente de sua motivação. Constitui, indiscutivelmente, um direito potestativo do trabalhador, existindo apenas umas poucas normas que visam atenuar os efeitos sofridos pela entidade patronal (ex: comunicação prévia, indenização reparatória, etc.).

Entretanto, quanto à cessação do contrato de trabalho por parte do empregador (extinção forçada), o ordenamento impõe uma série de medidas que regulamentam esta questão, inibindo, dificultando, ou ainda, em casos específicos, proibindo a sua concretização. Quanto à natureza potestativa ou não deste direito, as opiniões se dividem.

Alguns autores defendem que a dispensa do empregado é um direito potestativo do empregador, que pode rescindir o contrato por ato volitivo unilateral, independente do motivo ou da vontade da outra parte. O ato jurídico é absoluto, perfeito e acabado, não admitindo oposições. O principal argumento é o de que o patrão é o proprietário privativo da empresa, dos bens de produção e da organização dos serviços, sendo livre para produzir e comercializar, e podendo dispor dos meios de produção, aí estando incluída a força de trabalho.[8]

Outros, como Adolpho Lima[9], defendem que é um direito

[6] MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. v. 2. 3.ed. São Paulo: LTr. ed. 1992, p.355, cit. por Luís Carlos Amorim Robortella.
[7] TEIXEIRA, Sérgio Torres. Op. cit. p. 47
[8] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Cessação do Contrato de Trabalho*. Curso de Direito do Trabalho, organizado por Octávio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva, 1985, p.384.
[9] LIMA, Adolpho. apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p.364

potestativo tanto do empregado como do empregador, porque cada uma das partes é independente, e as condições devem ser iguais para ambas.

Amauri Mascaro do Nascimento afirma que este não é um direito potestativo de nenhuma das partes. Os direitos potestativos são de uma pessoa sobre a outra, é a autoridade exercida sobre a outra pessoa.[10] Neste caso, a despedida do empregado estaria equiparada, por exemplo, ao pátrio poder, o que é inconcebível. Além disso, há a possibilidade de oposição por parte do empregado, pela via administrativa ou judicial.

Para Sérgio Torres Teixeira, há uma posição intermediária, que situa o direito de despedir como direito potestativo do empregador, porém de caráter relativo, e não absoluto. Essa relatividade deriva do fato do seu exercício estar subordinado à regulamentação legal, previamente estabelecida, e ao controle do Judiciário. Apesar disso, é considerado direito potestativo, por operar-se de modo alheio e independente da vontade do empregado.[11]

Indiferente ao posicionamento adotado, a grande maioria da doutrina concorda acerca da natureza jurídica da despedida, que seria simultaneamente *recepticia* (exige apenas a declaração da vontade do empregador), *constitutiva* (a resilição altera a relação jurídica contratual) e *potestativa* (independe da vontade do empregado).

5. Igualdade Formal e Igualdade Proporcional

Numa perspectiva histórica, as normas jurídicas regulamentadoras da ruptura contratual variaram segundo a ideologia dominante na época.

No início, predominava a idéia da desigualdade e desequilíbrio entre as partes, porém favorecendo o empregador, na medida em que dificultava a liberdade do obreiro em rescindir o contrato de trabalho. Como exemplo, o *Master and Servant Act* (1867), criado na Inglaterra e que penalizava o empregado que se demitisse sem aviso prévio ao empregador.[12]

Mais tarde, prevaleceu a concepção de que a relação jurídica entre o empregado e o empregador possuía natureza contratual.[13] A ideologia civilista embasava as teorias contratualistas clássicas, para as quais a relação empregatícia nascia do acordo bilateral de vontades, expresso no contrato de trabalho. Defendia-se a comutatividade, o equilíbrio das prestações e a igualdade de direitos entre os dois pólos da relação, que deveriam

[10] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op.cit. p.365
[11] TEIXEIRA, Sérgio Torres. Op. cit. p.46
[12] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op.cit.p.366
[13] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit. p. 159

receber o mesmo tratamento jurídico. Essa IGUALDADE FORMAL levava à noção de que o ato resilitório interessava somente ao binômio diretamente envolvido, produzindo efeitos *inter partes*, sem afetar qualquer outro segmento social. Ambos poderiam cessar o contrato, no momento que desejassem, sem qualquer restrição.

Não obstante, numa fase mais avançada, a legislação trabalhista passou a perceber o empregado como o ente mais fraco da relação. As transformações na realidade social trouxeram a necessidade do protecionismo dedicado ao hipossuficiente, objetivando um equilíbrio de forças e de condições. Reconheceu-se a desigualdade das partes, sendo esta até mesmo estrutural, em virtude da necessária relação de hierarquia, e a inferior subordinação do trabalhador, justificando a interferência estatal no campo das relações laborais, através de medidas inibidoras, restritivas e proibitivas da despedida. A relação jurídica de emprego não perdeu sua natureza contratual, porém passou a admitir limitações à liberdade patronal, em busca da chamada IGUALDADE PROPORCIONAL (tratar desigualmente os desiguais, segundo um ideal de justiça distributiva). É a fase do neo-contratualismo.

6. Principais Tipos de Medidas Limitativas[14]

O modelo de proteção à relação de emprego, vigente no ordenamento jurídico atual, caracteriza-se por ser um conjunto de institutos regulamentadores da resilição do contrato de trabalho por ato volitivo unilateral do empregador. Tradicionalmente, compõe-se de dois sistemas distintos: o da estabilidade imprópria (proteção em sentido amplo, também chamado por alguns de "garantias de emprego"), e o da estabilidade própria (proteção em sentido estrito).

O sistema da estabilidade imprópria é formado pelas MEDIDAS INIBITÓRIAS da resilição patronal, e se destinam a *inibir* e a *dificultar* a despedida do empregado. Efetivamente, não impedem ou proíbem; apenas criam obstáculos à sua concretização. Para manter o vínculo empregatício, utilizam-se da persuasão econômica, onerando o exercício do direito de despedir. Permitem ao empregador demitir arbitrariamente ou sem causa justificadora legítima, porém condicionam a sua prática ao pagamento de sanções pecuniárias em benefício do obreiro, na tentativa de desencorajar o empregador e de atenuar os efeitos do desemprego.

Entretanto, a eficácia deste sistema é reduzida, porque o despedimento poderá ocorrer tantas vezes quantas forem pagas as sanções

[14] TEIXEIRA, Sérgio Torres. Op. cit. p. 48

financeiras. Grande parte dos juristas critica severamente este tipo de proteção, por não oferecer a segurança necessária ao trabalhador, na medida em que não garantem a continuidade da relação. Para eles, a real eficácia das medidas inibitórias limita-se a um controle *a posteriori*, que não elimina as causas, mas atenua as conseqüências negativas decorrentes da resilição.

A Carta Magna atual estabelece, em seu art.7°,I (provisoriamente regulamentado pelo art. 10°, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a indenização compensatória fixada em 40% do valor dos depósitos do FGTS, em favor do empregado, como multa pecuniária pelos prejuízos causados com a despedida.

Se o ato do despedimento resultar de uma justa causa, ou seja, se a sua motivação estiver prevista em lei ou for socialmente justificável, não haverá nenhum tipo de ressarcimento. Nesses casos, a dispensa é autorizada, sem qualquer tipo de sanção.

No sistema da estabilidade própria, não há esta liberdade de ação patronal. A lei impõe restrições ao direito de despedir, através das MEDIDAS RESTRITIVAS, que não se limitam apenas a inibir, mas efetivamente *proíbem* esta prática. Atendendo ao princípio da continuidade da relação laboral, realizam uma verdadeira "podação jurídica" no poder resilitório dos empregadores. A dispensa só é permitida quando presentes determinados requisitos, entre eles a existência de uma causa que justifique tal ato. Na falta destes pressupostos, a resilição será anulada, e o vínculo restabelecido.

Diante deste controle jurisdicional, cabe ao obreiro apenas acionar a tutela estatal, e se for comprovada a despedida por motivo ilegítimo, a Justiça do Trabalho determinará a sua reintegração ao emprego, sob as mesmas condições (salário, gratificações, jornada, etc.). Caso o empregado não deseje reassumir o antigo posto, independente dos motivos, poderá optar pelo recebimento de uma indenização reparatória, calculada segundo o previsto na lei. O empregado poderá ainda, pleitear alternativamente um ou outro, deixando ao arbítrio do juiz a escolha pela reintegração ou não.

Enquanto as medidas inibidoras ensejam sanções pecuniárias, a violação de uma medida restritiva ocasiona a anulação da ruptura contratual, e a conseqüente reintegração ao emprego. Como se vê, a sua eficácia é bem mais ampla e concreta, oferecendo um maior grau de segurança ao empregado, e garantindo a manutenção do liame. Em termos práticos, refere-se à estabilidade jurídica propriamente dita.

Ainda no sistema da estabilidade própria, a legislação trabalhista prevê outros institutos destinados a proibir a prática da despedida, enquanto

não houver uma causa legalmente capaz de ensejá-la. São chamados de MEDIDAS PROIBITIVAS DA DISPENSA ABUSIVA, e convivem lado a lado com o da estabilidade *strictu sensu*.

A *dispensa abusiva* é uma espécie do gênero " despedida sem justa causa", e caracteriza-se por violar valores externos à relação laboral. O ato é motivado por uma causa que, além de não estar prevista legalmente, ainda atinge interesses sociais, públicos, superiores (por sua própria definição) aos interesses individuais dos particulares em suas relações intersubjetivas. Consagrando o Princípio da Superioridade do Interesse Público sobre o Privado, considera este tipo de dispensa como um verdadeiro abuso do direito de despedir, denunciando um comportamento antisocial, em oposição aos anseios de toda a coletividade. Possui uma maior amplitude, atingindo postulados e princípios consagrados universalmente, válidos para todos os ramos do Direito.

A limitação imposta por estas medidas ao direito de despedir é feita de forma contrária à tradicional. Na estabilidade jurídica, a lei proíbe a despedida como regra geral, e em seguida estipula as exceções, estabelecendo expressamente as hipóteses justificadoras do ato. É proibido despedir o empregado, a não ser nos casos previstos em lei, onde ocorre uma autorização legal. Nas medidas proibitivas de dispensa abusiva, é permitido despedir o trabalhador, salvo nos casos permitidos legalmente, quando passa a ser considerada abusiva. Há uma tipificação das causas que tornam o ato resilitório nulo por abuso do direito patronal. Ocorrendo a dispensa abusiva, o ato estará viciado, e o empregado poderá acionar a tutela jurisdicional do Estado em sua defesa, para que haja a sua anulação e posterior reintegração ao emprego. Com isso, fica preservado o valor social violado e mantida a relação laboral.

7. Demais Tipos de Dispensa

7.1. Dispensa Tecnológica[15]

Devido às grandes e constantes transformações sociais, econômicas, culturais e tecnológicas, não é raro haver a necessidade da empresa / instituição patronal despedir individual ou coletivamente alguns de seus funcionários. A modernização, a aquisição de máquinas, a redução na folha de pagamento, a modificação dos objetivos empresariais são algumas das causas que colaboram para o aumento do contingente de desempregados. Surge, então, a questão de se definir os limites e os critérios para esse

[15] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit. p. 167

tipo de substituição, porque se por um lado é preciso assegurar ao homem o direito ao trabalho, por outro não se pode obstacular o desenvolvimento e a integração tecnológica na economia nacional.

As opiniões são diversificadas. Nos EUA, a tendência dos Tribunais é no sentido de que o empregador, proprietário do estabelecimento, dispõe de total liberdade para decidir onde e como irá reduzir gastos ou implantar máquinas. Para alguns autores brasileiros, este não é um motivo suficientemente legítimo para justificar a despedida, porque é sobreposto pelo imperativo social de preservação da relação de emprego. Para outros, esta é uma causa socialmente válida, porém sem ser socialmente justa. Segundo Luiz Carlos Amorim Robortella, "a dispensa coletiva tecnológica, por envolver legítimo interesse da empresa e do próprio Estado, que estimula a conquista da tecnologia, não pode ser vedada"[16], sugerindo um controle *a priori* feito pelo sindicato e/ou pelo próprio Estado, os quais devem ser comunicados previamente da medida, para que se busque medidas alternativas que diminuam os seus efeitos.

7.2. Dispensa Obstativa

Também é vedado ao empregador realizar a chamada despedida obstativa, que é aquela destinada a impedir que o obreiro seja atingido por alguns direitos depois de certo tempo de serviço, como por exemplo integração definitiva ao emprego, aquisição de estabilidade, benefícios, gratificações, entre outros (CLT, art.499 e TST, Súmula 26).[17] Caso isto ocorra, o empregado tem direito à indenização majorada, cujo valor está previsto em lei. Como exemplo, cite-se a hipótese em que o empregado é despedido no período anterior à data base de sua categoria, pela qual terá direito ao recebimento de indenização adicional prevista nas Leis 6.708/79 e 7.238/84.

7.3. Dispensa de Empregado Público

Conforme os ensinamentos de Sérgio Torres Teixeira[18], o direito de despedir do empregador público foi ainda mais limitado pela legislação. O administrador público que contrata um servidor dentro do regime celetista torna-se parte da relação laboral, e sujeita-se, como todos os outros empregadores, à imperatividade das normas trabalhistas. No entanto,

[16] ROBORTELLA, Luís Carlos Amorim. Op. cit. p. 168
[17] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p.360
[18] Idem. p. 168

por fazer parte da estrutura do Estado, e por dispor sobre bens e recursos pertencentes a toda a coletividade, também se subordina às regras da Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional. Desse modo, para rescindir unilateralmente um contrato de trabalho, de forma válida e legítima, o empregador público precisa, além de obedecer aos modelos de garantia de emprego, estar em conformidade com o artigo 37 da Carta Magna atual, que trata dos Princípios Fundamentais da Administração Pública, os quais devem orientar toda ação ou ato administrativo, e que se constituem como *medidas restritivas* ao direito de despedir, por efetivamente proibirem a sua prática em determinadas circunstâncias. Violando qualquer um destes princípios, a despedida será viciada, ineficaz e nula de pleno direito, cabendo ao prejudicado acionar a via administrativa ou a judicial, para posterior anulação do ato e conseqüente restabelecimento do vínculo.

Nos termos do aludido artigo, para que a dispensa do empregado seja válida, deve conter os seguintes requisitos:

LEGALIDADE: O administrador público somente poderá agir dentro da lei, em termos constitucionais ou infra-constitucionais. Não há liberdade de ação, nem tampouco vontade individual. Praticando ato estranho à previsão legal, este será inválido, e o autor responderá por ele. Aquele que rompe o vínculo laboral deve ter competência legal para fazê-lo, e deve seguir rigorosamente os procedimentos estabelecidos;

MORALIDADE ADMINISTRATIVA: É imprescindível que ele atue conforme as regras éticas da "boa administração", e objetivando o bem comum;

IMPESSOALIDADE OU FINALIDADE: O ato do despedimento deve ser motivado por um interesse coletivo, por uma finalidade pública, e não por interesses particulares do empregador ou de terceiro;

PUBLICIDADE: A lei exige que se dê publicidade à despedida administrativa, para que todos os interessados possam tomar conhecimento de sua ocorrência, e auxiliar na fiscalização do cumprimento de seus outros pressupostos, como requisito da probidade do ato.

7.4. *Dispensa Discriminatórias*

As medidas proibitivas de dispensa discriminatória estão previstas na Lei 9.029/95, e destinam-se a vedar todo tipo de discriminação contra o empregado, em qualquer fase de seu contrato de trabalho. Vinculam as

relações de emprego públicas e privadas, em atenção aos princípios gerais da Igualdade e do Respeito ao Ser Humano. Ainda segundo as lições de Sérgio Torres[19], o caráter protecionista das normas trabalhistas, e o tratamento diferenciado que estas dispensam ao hipossuficiente, em detrimento do empregador, não caracteriza ato discriminatório, mas se justifica pela desigualdade das partes e pela busca de um equilíbrio proporcional. O que se veda é o tratamento diferenciado entre as partes, sem causa justificadora legítima. Assim, exige a presença destes dois requisitos: *tratamento diferenciado* e a *ilegitimidade da motivação*. A violação destes postulados de respeito às diferenças, de isonomia entre as partes, de valorização do trabalhador enquanto ser humano, atinge valores superiores ao liame jurídico do emprego.

Em termos práticos, a Lei 9.029/95 proíbe, por exemplo, a exigência de exames de AIDS e de gravidez, a discriminação salarial contra mulheres, a inadmissão devido à raça ou opção sexual, entre outras. Caso seja vítima de dispensa discriminatória, o empregado tem direito a optar por uma indenização reparatória especial (majorada) ou pela sua reintegração ao antigo posto de trabalho, nas mesmas condições. Por proibir a despedida discriminatória, possibilitar a anulação do ato e a manutenção do vínculo, e atingir interesse social que transcende a relação *de per si*, este instituto enquadra-se nas medidas proibitivas de dispensa abusiva.

Não é suficiente que se faça apenas uma interpretação restritiva e literal deste dispositivo. Apesar do art. 1º da referida lei elencar uma série de motivos considerados discriminatórios, cabe ao operador jurídico analisar sistematicamente todo o ordenamento vigente, em cada caso concreto, a fim de estabelecer os motivos capazes de fundamentar a despedida. A própria Constituição Federal prevê, genericamente, a proibição de outras formas de discriminação, como aquela baseada em crença religiosa ou convicção filosófica ou política (art.5º,VIII), ou por ser o trabalhador portador de deficiência (art.7º,XXXI). Caracterizar-se-á este tipo de dispensa toda vez que a rescisão contratual estiver motivada por uma das hipóteses discriminatórias previstas, implícita ou explicitamente, na CF/88, na CLT ou em outros dispositivos legais.

8. Dispensa Flexível

Presenciamos uma época de grandes transformações no campo das relações trabalhistas, onde o nível de desemprego é crescente e alarmante, constituindo-se hoje num dos maiores problemas estruturais que afligem

[19] Idem p. 53

globalmente todos os países, em maior ou menor grau, e evidenciando um desequilíbrio entre a mão-de-obra disponível e os cargos a serem ocupados. A opção cada vez mais freqüente pelos contratos de emprego a curto prazo ou em nível de experiência, as negociações entre patrões e empregados acerca da redução da jornada de trabalho acompanhada da proporcional redução do salário, e a proliferação dos contratos temporários (ou de safra) demonstram uma tendência à flexibilização das relações laborais, e à paulatina desvalorização da rigidez da manutenção do vínculo empregatício a qualquer custo.

Para alguns juristas, estamos diante do fim do "princípio da continuidade da relação de emprego", que perdeu sua razão de ser frente à nova realidade. Estes defendem que a segurança e estabilidade no emprego desestimulam o obreiro a desenvolver-se e aprimorar-se, e criam uma verdadeira "inércia empresarial".

Na verdade, cabe aqui analisarmos um novo modelo de garantia de emprego, fruto dos imperativos do próprio sistema sócio-econômico. Primeiramente, o princípio em questão não deve ser descartado, visto que continua a reger e a orientar as relações laborais, como objetivo do Estado Moderno em garantir emprego e segurança jurídica a todos, requisitos da própria cidadania. Por outro lado, o desenvolvimento das empresas prescinde de uma maior mobilidade profissional, principalmente diante das crises que assolam não só o Brasil, mas os países como um todo, gerando a necessidade de encontrar soluções intermediárias para o problema da despedida de funcionários. O princípio da continuidade da relação laboral é hoje, se não o maior, um dos mais importantes de nosso sistema jurídico, principalmente diante da grave crise do emprego, que culmina num aumento da criminalidade, e num agravamento das questões sociais, pela sensível piora na qualidade de vida. Todavia, ainda assim, não há como dotá-lo da rigidez que lhe era peculiar em sua formação, vez que também as empresas e empregadores passam por sérias crises estruturais, especialmente financeiras, havendo casos em que a redução da folha de pagamento torna-se a única saída para a continuidade empresarial. Por isto, é preciso atingir um meio termo, que possibilite um nível razoável de proteção a ambos os lados.

Criou-se o modelo da DISPENSA FLEXÍVEL,[20] por meio do qual fica proibida a resilição *ad nutum*, sem motivo justificador legal, econômico, social, tecnológico ou cultural. É vedada a ruptura do contrato de trabalho baseada em discriminações, abuso de poder, ou qualquer outra motivação considerada anti-social. Deste modo, ampliou-se a liberdade

[20] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit. p. 165

patronal de despedir, que pode ser praticada na presença de uma causa justificadora ou pelo adimplemento das sanções pecuniárias.

Segundo Luiz Carlos Amorim Robortella[21], "nos Estados Unidos tradicionalmente prevalece quase como dogma no sistema a não – interferência na prerrogativa patronal de unilateralmente despedir, a chamada *at will doctrine*. Todavia, se fizermos uma breve análise do Direito Internacional veremos que a maioria dos países do chamado "Primeiro Mundo" adota um modelo de *estabilidade relativa*, onde se exige a presença de causas objetivas justificadoras do ato resilitório, relacionadas com a conduta ou a capacidade do empregado ou a razões decorrentes de questões tecnológicas e econômicas. Os Estados latino-americanos começam a acompanhar esta tendência, porém ainda de forma inibida e sem grande eficácia; nestes, o que se encontra é um "sistema de garantias relativas, onde a regra é a reparação pecuniária, tendo como finalidade inibir a dispensa injusta ou arbitrária, sem grande eficácia.[22]" No Brasil, a grande desproporção entre o poder aquisitivo da entidade patronal e os baixos salários pagos ao obreiro facilita o exercício do direito de despedir, de sorte que o valor pago pelas indenizações não surte o efeito desejado, que seria o de efetiva redução patrimonial patronal.

O cerne da questão é exatamente encontrar a harmonia necessária ao convívio de duas idéias tão opostas como a garantia no emprego e a flexibilização, e esse deve ser o fim pretendido por todo operador e intérprete jurídico.

9. Legislação

Do ponto de vista internacional, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) posicionou-se favoravelmente à garantia de emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa. A Convenção nº 158 consagrou esta tese, estabelecendo em seu art.4º a regra básica: " Não se porá termo à relação de trabalho de um trabalhador, a não ser que exista uma justa causa relacionada com sua capacidade, com sua conduta ou baseada em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço". Prevê ainda, em seu art. 5º, que " entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes(...) d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional

[21] Idem. p. 181
[22] Idem. p. 185

ou a origem social". Assim, aquele que tiver o seu direito cessado ilegitimamente poderá recorrer à tutela jurisdicional de seu Estado, para as devidas providências, de acordo com cada legislação pátria (art.8º).

O Brasil ratificou a Convenção, e integrou-a formalmente em seu sistema normativo, por meio do Decreto 1855/96. Contrariando a opinião de alguns doutrinadores, este ato não introduziu normas novas ou colidentes com o ordenamento vigente. As regras previstas no texto da Convenção adequaram-se perfeitamente ao sistema atual de garantia no emprego, normatizadas em nível constitucional e infraconstitucional, ambos fundamentados na relativa liberdade patronal de despedir, desde que por um motivo socialmente justificável.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 7º, I, a necessidade de uma Lei Complementar regulamentadora da proibição da despedida arbitrária e sem justa causa. O legislador, ao elaborá-la, deverá ter em mente as diretrizes estabelecidas na Convenção, e confirmadas na legislação nacional, independente da denúncia, por guardarem maior consonância com os valores e anseios sociais.

10. Conclusão

Diante de todo o exposto, vê-se claramente a necessidade de analisar o tema não mais apenas sob a ótica individual, interna, mas principalmente sob um ponto de vista macroeconômico, em que as relações laborais extrapolam o simples binômio empregado X empregador, para afetar todos os ramos e segmentos jurídicos sociais. Os efeitos negativos decorrentes da resilição unilateral patronal do contrato de trabalho atingem as partes, a sociedade e a própria finalidade a que se propõe o Estado Contemporâneo. Desta maneira, a responsabilidade sobre tais atos deve ser dividida entre todos esses sujeitos, que unirão as forças e eivarão esforços em prol de um objetivo comum, qual seja o de garantir segurança de emprego em condições dignas, porém sem obstacular o desenvolvimento do setor patronal. O progresso nacional somente será válido se e quando houver a formação de verdadeiros cidadãos, e se estes tiverem oportunidade de colaborar com o desenvolvimento do país.

11. Bibliografia

1. MAGNO, Octávio Bueno. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1985

2. _____. *Despedimento Arbitrário.* Revista Jurídica Trimestral Trabalho e Processo. São Paulo: Saraiva, n. 1, jun., 1994.
3. ROBORTELLA, Luís Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1994.
4. ROMITA, Arion Sayão. *Proteção contra a Despedida Arbitrária.* Revista Jurídica Trimestral Trabalho e Processo. São Paulo: Saraiva, n. 1, junho, 1994.
5. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições do Direito do Trabalho.* v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1981.
6. TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Evolução no Modelo Brasileiro de Proteção à Relação de Emprego. Proibição à Despedida Abusiva.* Revista da Amatra, a. 1, v. 1, abr., 1997.

DÍVIDA EXTERNA: UM ENTRAVE AO NOSSO CRESCIMENTO

Clístenes Leite Patriota (Aluno do 6° período da graduação do curso de Direito da UFPE)
Mariana de Carvalho Milet (Aluna do 6° período da Graduação do curso de Direito da UFPE).

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito e evolução da dívida externa; 3. O pagamento dos juros ou o crescimento econômico: a dura opção imposta aos países emergentes; 4. A dívida externa como neocolonialismo econômico; 5. A renegociação e algumas sugestões à solvência da dívida; 5.1. Da paridade de tratamento; 5.2. Dos juros; 5.3. O papel do FMI na renegociação de dívida externa; 5.4. Plano Baker; 5.5. Posição a OAB acerca da dívida; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

No presente estudo pretendemos analisar a expressividade da dívida externa brasileira, os impactos sociais e as impossibilidades de seu adimplemento. Veremos, de início, o seu conceito, a sua evolução histórica tanto no âmbito mundial como na órbita nacional. Logo após, discorreremos acerca do pagamento dos juros, da renegociação da dívida, além de algumas sugestões para a solução da crise do endividamento.

Conforme mostraremos, a dívida externa brasileira não é um fato recente. Pode-se dizer que a crise sim. Por isso, apesar de apresentarmos sua evolução histórica daremos ênfase à questão da crise.

Com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, a eclosão das duas grandes guerras e as crises do petróleo, os países sofreram um colapso e aqueles capitais que vinham do exterior para auxiliar no desenvolvimento dos países do terceiro mundo transformaram-se em problema, visto que o valor que o estado devedor teria que retirar dos seus lucros para efetuar o pagamento iria implicar crises internas que afetariam diretamente a população. Além disso, os países desenvolvidos começaram a fazer exigências de modo que assegurassem o adimplemento da dívida.

Diante desse quadro, iniciou-se uma relação de constantes interferên-

cias dos países de primeiro mundo sobre os detentores da dívida, uma vez que para aqueles não é interessante que estes decretem a moratória e não paguem a dívida. Dado que atualmente esta é uma importante fonte de lucros para os países desenvolvidos, mesmo que o pagamento da dívida externa propriamente dita não seja efetuado há os juros que são pagos.

O Brasil, por sua vez, figura nesse contexto como o detentor da maior dívida externa da América Latina, que é de aproximadamente US$ 228,3 bilhões, segundo dados de setembro/98, fornecidos pelo DIEESE.

2. Conceito e evolução da Dívida Externa

O grande Dicionário Enciclopédico Escolar da Nova Cultural dá a seguinte definição para dívida externa: "somatória dos débitos de um país garantidos por seu governo, resultantes de empréstimos e financiamentos contraídos com residentes no exterior".[1]

A origem da dívida pode se dar pela atividade do próprio Governo, das empresas estatais e das empresas privadas. Neste caso, com a garantia do Governo para a provisão de divisas que servirão às amortizações e ao pagamento dos juros.

Os residentes no exterior, os prestamistas externos, podem ser governos, entidades financeiras internacionais, como o FMI ou o Banco Mundial, bancos e empresas privadas.

A dívida externa só se tornou um problema para os seus detentores quando da ascensão das crises econômicas internacionais. Diante desse fato, temos a comprovação de que aquela não é o estopim de nenhuma crise, mas figura como agravante e conseqüência das crises econômicas já existentes que culminaram com o pedido de empréstimos. É o que diz Pedro Vuskovic: " La crisis va mucho alta del problema de la deuda externa y esta no es siquiera la raiz principal que gestó la crisis, pero sin duda es el obstáculo mayor para elaborar y efectuar cualquier política económica que propugne el crecimiento y la reactivación de la economia."[2]

O primeiro país a incrementar a política de investimentos no exterior foi a Inglaterra em 1875. Porém, a partir de 1914, com a eclosão da I Guerra Mundial, os EUA passaram a figurar nesse quadro, emprestando para os países da Europa. Este país até então só concedia empréstimos de forma expressiva às Nações da América Central e ao Canadá. Com o desenlace da guerra, o

[1] Grande Dicionário Enciclopédico Escolar Nova Cultural. v. 2. 1987, p. 519.

[2] VUSKOVIC, Pedro apud Pérez, Jorge Enrique Romero. Deuda Externa: otra cara de la crisis. Revista de Ciências Jurídicas. San José (Costa Rica): [s.n.], ene/abr., 1998, p. 65

único país apto a fornecer capitais para o reerguimento dos países europeus eram os EUA. A Inglaterra perdeu seu posto de principal fornecedor de capitais porque necessitava investir na reconstrução da sua frota mercante, destruída nos confrontos bélicos.

A influência mundial dos EUA entre 1919-1929 aumentou de tal forma que nesse ínterim seus investimentos no exterior duplicaram, estando a maioria do capital na América Latina e na Europa.

Todavia, em 1929 "devido a anos de especulação desregulada seguidos por uma desestabilização que redundou numa diminuição nos créditos, no comércio, na produção industrial e agrícola e também a diminuição do número de oferta de empregos"[3], houve a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque que culminou na Grande Depressão dos anos 30.

A Grande Depressão e a quebra de Wall Street foram os principais responsáveis pela crise da dívida mundial. Os títulos emitidos no exterior sofreram uma depreciação, os investidores deixaram de aplicar seu capital no exterior e os países que recebiam os empréstimos viram-se obrigados a desenvolver-se de qualquer forma, dada a exigência do adimplemento da dívida pelos credores e das suas necessidades internas.

Os países devedores, por sua vez, adotaram uma política de desvalorização de suas moedas, restringiram a importação de produtos e determinaram um controle mais rígido de remessa de dívidas. E os países credores tornaram-se mais maleáveis nos seus investimentos adotando medidas de longo e curto prazo.

Apesar de todos os esforços feitos pelos países devedores e credores, aqueles decretaram-se insolventes. De sorte que até 1940, com exceção do Haiti e da Argentina, todos haviam decretado a suspensão do pagamento da dívida.

No Brasil, a crise de 29 piorou uma situação que já não era boa e que resultou na impossibilidade de cumprir com o serviço da dívida. O problema era que o país só conseguia exportar café e devido à expansão da cafeicultura na América Latina e na África, houve uma redução nas exportações. Porém, com a "depressão", o mercado americano, maior consumidor mundial, paralisou. E, apesar da redução do preço do produto, o Brasil também entrou em recessão, declarando-se incapaz de saldar a dívida.

Os EUA, através de uma política econômica mais contida, passam a conceder empréstimos de forma mais segura e com maiores exigências, de forma que se evitassem prejuízos futuros. Com a eclosão da II Guerra Mundial, mais uma vez é a este país que a Europa recorre, solicitando empréstimos

[3] VERONESE, Josiane Rose Petry. *Dívida Externa: uma forma de colonialismo econômico*. http://www.ccj.ufsc.br/~rdei/rdei2/veronese. html.

para sua reconstrução. Nesse período, os bancos privados figuraram de forma expressiva. Este foram os principais fornecedores de crédito para o financiamento do comércio exterior. Função tal, que possuem até os dias de hoje.

A dívida externa brasileira tem início com o reconhecimento, por parte de Portugal, da independência. Para tanto, o Brasil teve de indenizá-lo com dois milhões de libras, indenização paga com empréstimos ingleses. A partir daí, virou um círculo vicioso, e com a decretação de algumas moratórias em posteriores governos.

No segundo governo de Vargas, a pressão do déficit no balanço de pagamento gerou perdas de US$300 milhões nas reservas cambiais, enquanto se acumulavam "atrasados comerciais" de US$ 600 milhões, o que culminou em nociva forma de endividamento externo.

No governo de Juscelino Kubitschek, a defasagem da taxa de câmbio valorizada representou enorme constrangimento à expansão de nossas exportações, e os superávits da balança comercial praticamente desapareceram. Isso teve reflexos no montante da dívida externa nos governos subseqüentes até o Golpe de 64. A partir daí, o Brasil voltou a apresentar expressivos saldos no Balanço de Pagamentos, o que perdurou até 1966, indicando o funcionamento da economia brasileira sem o recurso de capitais estrangeiros. Em 67, inicia-se uma política econômica de forte cunho desenvolvimentista, com substancial entrada de capitais externos.

Nos primeiros anos da década de 70, já era latente uma crise econômica do capitalismo, visto que a Europa Ocidental, o Japão e os EUA estavam investindo muito pouco e os juros sobre a dívida cresciam a olhos vistos. Em 1974, para piorar a situação, o cartel do petróleo, OPEP, impõe um aumento expressivo no preço do barril de petróleo. Este elevou-se de US$2,8 para US$9,4.

Para o Brasil a crise teve conseqüências drásticas, pois o país estava em expansão. Sua inflação estava controlada e as exportações cresciam. Isso foi conseguido com a implantação de uma política econômica que era sustentada pelas empresas nacionais e estatais e no capital estrangeiro. Portanto, infere-se que o Brasil, para desenvolver-se, necessitava de crédito externo e de insumos e equipamentos industriais básicos. Essa política econômica pode ser equiparada a um ciclo, explicado por Francisco M. P. Teixeira: "enquanto a economia mundial se mantivesse estável e em expansão, poderíamos continuar a tomar empréstimos e importar matérias primas essenciais, pagando-as com nossas exportações crescentes. Mas, se a economia mundial se desequilibra, fazendo os juros subirem e os preços internacionais se elevarem acima dos preços de nossas exportações, o modelo econômico brasileiro teria que ser

[4] TEIXEIRA, Francisco M.P.. *História do Brasil Contemporâneo.* 1. ed. São Paulo: Ática, 1993, p.149.

revisto."[4] Essa idéia foi confirmada com o primeiro choque do petróleo, o qual destruiu nossa política econômica.

Apesar da 1ª Crise do petróleo, o Governo Geisel (1974 – 1979) opta por uma estratégia econômica de sustentação do crescimento com endividamento externo. No governo Figueiredo (1979-1985), com o país prestes a equacionar seus problemas na área externa, eclode a 2ª crise do petróleo. Com isso, a economia brasileira que já estava em recessão, prejudicou-se ainda mais devido ao recrudescimento dos juros internacionais. Esse fato provocou a redução do valor de nossas exportações, tanto pela queda da demanda quanto pela desova dos estoques de "commodities". As exportações caíram, pois os efeitos da crise eram sentidos em todos os países, além disso, os bancos credores suspenderam os investimentos.

O aumento do preço do barril de petróleo gerou crescimento nos gastos com as importações do produto, chegando, em 82, a soma dos itens petróleo + juros (US$20.919 milhões) a superar o total das exportações (US$ 20.175 milhões). O agravamento da crise da dívida externa mobilizou esforços políticos e a diplomacia internacional no intuito de buscar uma solução através de uma ação política, de apoio; e uma ação executiva, de negociação.

Em 1987, no governo de Sarney, dá-se o golpe final na credibilidade externa do Brasil com a decretação de moratória. Em julho de 89, decreta-se nova moratória em meio a uma crise cambial, com a suspensão do pagamento dos juros aos bancos credores. Em 92, nosso país e o Comitê dos bancos credores concluíram os termos de um memorando de ajustes que proporcionaria o reescalonamento da dívida.

Entre muitos planos para a estabilização da economia e, conseqüentemente, a obtenção de recursos para a liquidação da dívida, em 1994, entrou em vigor o PLANO REAL. Com este criou-se a Unidade Real de Valor (URV) em paridade ao dólar e passou-se a desindexar a economia e absorver as pressões inflacionárias. Todavia, em 1998, estoura uma crise nas bolsas de valores asiáticas, que produz efeitos na economia de muitos países, entre eles o Brasil, que apesar de estar com sua economia "fortalecida" não saiu ileso. Houve um aumento dos juros da dívida externa, a fuga de capitais com a privatização das empresas estatais, o desaquecimento da economia e o aumento do desemprego. Atualmente, o governo perdeu o controle cambial, o desemprego e a inflação atingem índices alarmantes e a economia em constante desaceleração.

Mais uma vez observamos, portanto, que a dívida externa cresce de acordo com o contexto histórico mundial, aliado à política econômica de cada país.

3. O pagamento dos juros ou o crescimento econômico: a dura opção imposta aos países emergentes

Os episódios ocorridos a partir de 1979 chegaram ao apogeu em 1982, com a moratória mexicana de agosto e o fracasso da reunião do FMI, em setembro. Em 1986, aconteceu nova reunião, dentre cujos pontos centrais estava a dívida externa; mas entre 1982 e 1986 , houve mudança crucial na natureza do problema. Antes, a preocupação era a capacidade de um país permanecer pagando, com pontualidade, os juros aos bancos. Em 1986, as atenções voltavam-se para a viabilidade do crescimento e, em alguns países emergentes, da democracia.

A estratégia da dívida era manter o sistema bancário estável: "empréstimos-ponte, para evitar que os devedores suspendessem o pagamento dos juros; programas de ajustamento com o monitoramento do FMI, para incrementar a capacidade de servir à dívida; empréstimos novos dos bancos comerciais com o fito de possibilitar o ajustamento e cobrir os desequilíbrios na Balança de Pagamentos".[5] Entre 1982 e 1986, com o considerável esforço de ajustamento por parte dos países devedores, a cooperação de supervisão, informação e coordenação da atividade bancária internacional por parte dos países industrializados e a conseqüente redução da "exposure" dos bancos comerciais em relação aos países endividados fez reduzir a vulnerabilidade do sistema financeiro em relação à dívida externa dos países emergentes.

Apesar dos esforços, o problema da dívida estava longe de ser resolvido. As transferências de recursos provocadas pelo tipo de ajustamento imposto aos países em dívida resultou em permanência da recessão na América Latina, redução de 10 a 15% da renda *per capita* da região e declínio dos salários reais.

Mesmo com o mérito do Plano Baker de "reconhecer a necessidade da retomada do crescimento dos países devedores, de propor recursos financeiros para impulsionar esse crescimento e de atribuir um papel central ao Banco Mundial, enfatizou-se de forma demasiada a questão da condicionalidade e a escassez de recursos disponíveis para patrocinar a retomada de desenvolvimento."[6]

A condicionalidade constitui fator de colonialismo contemporâneo. Isso porque, hoje, a quase totalidade dos fluxos financeiros para a América

[5] AMARAL, Sérgio. *Dívida externa: da crise de liquidez à crise de crescimento.* Revista brasileira de política internacional. Rio de Janeiro: [s.n.], n. 30, 1987, p.27.
[6] GENTILI, Maria Anna Apud *idem 3*

Latina, através de empréstimos, subordina-se a algum tipo de condicionalidade.

4. A Dívida Externa como neocolonialismo econômico

Preliminarmente, é mister que se dê a definição de colonialismo. O Dicionário de Política explica-o como a doutrina e a prática institucional e política da colonização. Tem 3 fases: o colonialismo comercial (até o séc.XVIII), a fase do capitalismo industrial (final do séc. XVIII até o séc. XIX) e a do colonialismo financeiro (final do séc.XIX e alastrando pelo séc.XX).

Hodiernamente, não se fala mais em colonialismo como o monopólio de uma metrópole sobre as suas antigas colônias, mas através do domínio do mercado capitalista sobre países produtores de matéria-prima. Tais países, por conta da duradoura dominação a que foram submetidos, são desprovidos de indústrias e, por isso, dependem, financeira e tecnologicamente, das grandes potências.

Segundo Josiane Veronese[7] "a atual crise se configura num colonialismo, cujas características são as remessas de milhões e milhões de dólares que são utilizados para servir a dívida externa, mantendo, dessa forma, o padrão de vida e o *status* de países industrializados desenvolvidos. No passado, tal padrão era atribuído a metrópoles colonizadoras; no presente, atribui-se aos países credores". Isso pode ser empiricamente provado através das mencionadas condicionalidades, cuja idéia foi introduzida nas operações do FMI em 1952 e vem sendo aplicada na maioria dos casos de assistência financeira da instituição. Nos últimos anos, porém, o conceito de condicionalidades tomou variadas formas.

Nos diferentes acordos "stand by" e "extended facility" concluídos com países emergentes, condicionalidade estendeu-se não só às medidas diretamente ligadas ao ajustamento do Balanço de Pagamentos, mas praticamente a todas as variáveis relevantes de política e economia. Quanto a essas variáveis, podem-se enumerar medidas nas seguintes áreas: produtividade do setor agrícola, fortalecimento do setor privado, política salarial e de preços, retirada dos subsídios às exportações, entre outros.

Também compõe a prática da condicionalidade a idéia de definição de um programa de ajustamento comum a várias instituições, para basear a negociação e empréstimos específicos que foi discutida no âmbito da reforma do BIRD. Já a sujeição dos empréstimos dos bancos particulares a reformas políticas no país devedor é um expediente mais recente.

O que se condena na reformulação do conceito de condicionalidade é sua extensão, as mais importantes variáveis de política econômica e a rapidez

[7] VERONESE, Josiane Rose Petry. *Dívida externa: uma nova forma de colonialismo econômico*. http: // www.cci.ufsc.br/~rdei/rdei2/veronese.html

das reformas esperadas, o que é uma expectativa utópica. Entretanto, muitas das políticas propostas são necessárias e seriam adotadas com ou sem programas de ajustamento. Tais condições devem ser atendidas, sob pena de suspensão da reestruturação, o que se transformaria em ponto de fricção política. Portanto, nos casos de supervisão aliada à reestruturação plurianual, o empréstimo ou o reescalonamento submetem-se à instauração de políticas determinadas, em anos posteriores.

A questão da dívida externa vincula-se, outrossim, à consolidação da democracia nos países endividados. Para promover o desenvolvimento, os governos democráticos precisam do influxo de recursos financeiros, só que tais recursos vêm acompanhados de exageradas condicionalidades, nem sempre condizentes com as aspirações sociais.

Portanto, o desafio dos governos desses países é superar a tensão entre as demandas externas e internas. A esperança, durante a década de 80, era que, com o advento da democracia, as demandas internas prevalecessem sobre as externas. No caso brasileiro, todavia, o que se tem visto é o aumento do desemprego, privatizações, recessão, arrocho salarial e excessivas alterações no texto constitucional da Carta Magna de 1988.

Na área internacional, os bancos visaram a uma redução da sua "exposure" em relação aos países devedores, tanto pelo fator de risco, como pela percepção por parte dos acionistas e de potenciais investidores do acúmulo de percentual elevado de empréstimo problema por parte de um banco.

Em virtude de tais acontecimentos, nos países em desenvolvimento, a taxa de crescimento caiu de 3,3% em 1985 para 2% em 1986. A deterioração nas relações de troca alcançou um patamar inédito: de meados de 1984 até fins de 1985, o preço dos produtos primários baixou 20%. A redução de investimentos nos países devedores, assim como o declínio do crescimento nesses países prejudicou tanto credores quanto devedores, uma vez que diminuiu a capacidade de importar daqueles. Por isso, a mudança de ótica processou-se no sentido também de enfatizar o setor produtivo, e não só o financeiro.

5. A renegociação e algumas sugestões à solvência da Dívida

Quanto à renegociação da dívida há dois aspectos a serem considerados: um jurídico, as cláusulas de vinculação ou paridade de tratamento; e um econômico, que são os juros.

5.1. Da Paridade de Tratamento

O princípio da paridade de tratamento, de acordo com a visão de Luiz Olavo Baptista , "é a conseqüência do fato de que uma reestruturação da dívi-

da só será bem sucedida se o devedor soberano e todos os credores relevantes que participam da negociação chegarem a um acordo, onde um tratamento igual será dado a credores equivalentes em relação a uma dívida correspondente".[8] Ou seja, nessa relação, devedores e credores devem estar em um mesmo patamar, observado que todos têm o mesmo direito de opinar na negociação da dívida. Todavia, os credores brasileiros, na sua maioria, são bancos privados. Por serem estes em grande quantidade e para que o princípio supracitado fosse assegurado, criou-se o "Steering Comitee".

Essa organização, nascida a pedido de um país devedor, subdivide-se em subcomissões econômicas e de documentação jurídica. Depois, obter-se-á o pacto entre país devedor e "Comitee", que será analisado pela comunidade bancária. O FMI acompanha as negociações. Após isso, o texto aprovado é debatido com cada um dos bancos representados, até que o último deles se una à proposta, que então se torna obrigatória pela assinatura de contratos.

A liberdade dos bancos não representados limita-se pela "mandatory prepayment clause", que determina o pagamento na mesma proporção, impedindo o privilégio de um dos credores, contratualmente posto em posição similar à de uma empresa concordatária. Essa condição dispõe, no contrato, o princípio da paridade.

Os riscos dessa cláusula aludem a que, no futuro, algum banco norte-americano possa acionar os membros da organização, responsabilizando-os pelas perdas sofridas por causa de uma negociação, bem como à possibilidade de um dos credores abdicar do reescalonamento e executar a dívida, induzindo à crise, ou forçando outros bancos a assumi-la.

Ainda há outros problemas que afetam o uso do princípio: o da diversidade de contratos e o da possível substituição de credor ou devedor. Neste caso, o Estado assume dívidas das empresas públicas ou privadas ou o credor cede o crédito a outro. Na situação dos contratos, cada país tem o seu direito e firma as vantagens e desvantagens da maneira que melhor entender e o que é justo em um país, pode não ser em outro, ocorrendo, assim, a desigualdade de tratamento.

5.2. *Dos Juros*

Os credores dos países em desenvolvimento, inclusive os do Brasil, têm consciência de que estas nações não têm condições de saldar por completo a sua dívida externa em curto período de tempo. Com o escopo de estar sempre reavendo algum valor da dívida, os credores submetem os devedores ao pagamento de juros.

[8] BAPTISTA, Luiz Olavo. *A renegociação da dívida externa*. Revista da FDR. São Paulo: [s.n.], n. 81, 1984, p. 51.

Compondo o serviço da dívida, existem os "baloon payments", antecipações da amortização que acontecem entre o período de carência e o tempo final e que são alternativas que influem no cálculo das comissões e dos juros. Tais elementos atingem o custo do dinheiro e os prazos, e há outros, que se referem à maior ou menor disposição de pactuar do banco, mas o principal é seu grau de "exposure" em relação ao devedor.

Nos acordos para a renegociação da dívida, o pagamento dos juros tem sido obrigatório. Porém, caso o país devedor não tenha recursos para a efetuação dos juros, deve pedir empréstimos aos bancos. Esse é um fato que serve apenas para mascarar a dívida, pois para que um dos credores seja pago, firma-se nova obrigação com outro.

As taxas de juros, no caso da dívida externa, são calculadas com base em dois fatores: 1) a lei da oferta e da procura do dinheiro nas grandes praças, que se expressa nas taxas LIBOR (taxas de juros oferecidas pelos bancos de Londres em operações com seus pares) e PRIME (taxas de juros cobradas pelos bancos norte-americanos dos seus dotes preferenciais); 2) o "SPREAD": é uma taxa de risco com margem de lucro que os bancos asseguram para si. É acrescida nas taxas supramencionadas.

5.3. O papel do FMI na renegociação da dívida externa

O FMI ou Fundo Monetário Internacional surgiu em 1944, na Conferência de Bretton Woods, em New Hampshire, com o objetivo de expansão do comércio internacional e para a promoção de cooperação monetária internacional.

Esse organismo internacional tem "os propósitos de vender divisas estrangeiras ou ouro, destinados à realização de transações internacionais entre seus membros, além de assistir os governos em seus problemas financeiros"[9].

Anteriormente a sua existência, os credores concediam valores através de um sistema centralizado de empréstimos e de forma voluntária. Estes credores, quando da negociação das dívidas, faziam-na individualmente, de acordo com o governo de cada país. Nesse contexto surgiu o FMI, como avalista dos credores e responsável pela implantação de "recomendações políticas" em cada país, de uma forma tal que a dívida e os juros fossem pagos da melhor forma possível.

Todavia, o FMI defende os interesses dos países ricos e, evidentemente, sua interferência é prejudicial aos devedores. Isso representa uma

[9] FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *O endividamento externo do Brasil e os incidentes possíveis em termos de imunidade*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], a. 29, n.115, p.470.

desvirtuação do escopo desse organismo internacional, que é a manutenção dos níveis de empregos e de produção, de modo que desenvolva os recursos dos países membros.

Na implantação das "recomendações políticas", o organismo deve conhecer o balanço de pagamentos e o nível de crescimento da produção interna, além da forma de distribuição de renda e dos índices inflacionários. Entretanto, a atuação do FMI é ineficiente em relação aos devedores, visto que sua política impõe desvalorizações cambiais que aumentam os custos dos bens e matérias-primas e agravam o custo social da dívida.

O FMI, para defender os interesses dos credores, desvirtuou suas funções e tornou-se órgão de manipulação dos seus acionistas, entre eles os EUA. Estes, por sua vez, atuam de forma a "impedir que os devedores ampliem suas reservas internacionais ou o seu poder de barganha em futuras negociações".[10]

Devido a essa explanação, muitos estudiosos brasileiros consideram prejudicial a presença do FMI na economia brasileira. Eles alegam que a submissão brasileira à cartilha de planos desse organismo está aumentando cada vez mais a dependência econômica da nossa nação em relação às grandes potências e tolhendo-lhe a liberdade de modernizar-se.

Diante da comprovação empírica de que a dívida externa causa prejuízo para ambas as partes, existem inúmeras propostas para a solução do problema do endividamento que serão analisadas a seguir.

5.4. Plano Baker

Esse plano surgiu em 1982 devido à comprovação de que a adoção de uma política financeira que protegesse os bancos não iria solucionar o problema da dívida. Fato que ficou comprovado com a suspensão do pagamento pela Bolívia e pelo Peru.

Entre as vantagens do Plano Baker está o fato de ter reconhecido a necessidade de impulsionar o crescimento dos países devedores e de ter proposto recursos adicionais para a promoção do crescimento. Além disso, tirou do FMI e atribuiu ao Banco Mundial o papel de tentar solucionar os problemas dos países em desenvolvimento.

Mesmo com o mérito desse plano de reconhecer o conteúdo político das relações entre devedores e credores, o que justificava uma intervenção oficial, foi criticado pela ênfase demasiada às referidas condicionalidades e pela desconfiança, por parte dos bancos comerciais, sobre o processo de ajuste, o que ocasionou a redução dos influxos de recursos financeiros nos países endividados.

[10] VERONESE, Josiane Rose Petry. *Dívida externa: uma forma de colonialismo econômico.* http:// www.cci.ufsc.br/~rdei/rdei2/veronese.html.

5.5. Posição da OAB acerca da dívida

Para a OAB, a dívida externa é o "mecanismo de extorsão superior a qualquer forma anterior de exploração econômica".[11] Isso devido à política de exploração adotada, que segundo a organização, estabelecia "a alteração unilateral dos juros iniciais de 6% a 8% para 20% ao ano, o dólar como moeda única para o pagamento da dívida e a implantação de uma política internacional de preços aviltantes em exportações dos países devedores."[12]

A negociação da dívida, para esse órgão representativo, deve atender a dois aspectos: 1) Deve haver participação do Congresso Nacional e da sociedade civil no processo de negociação, e não apenas a participação de banqueiros e burocratas; 2) A negociação deve ser feita a partir da reunião de vários devedores com os credores e não entre devedores e credores isoladamente. Em relação ao primeiro aspecto, notamos ser relevante, dado que o problema do endividamento seria solucionado de forma mais justa. Já o segundo aspecto faz-nos discordar da posição da OAB, visto que cada país possui estágios de desenvolvimento diferentes, assim como uma conjuntura político-econômico-social díspar. Isso vislumbra a idéia de que a dívida só será solucionada a partir das peculiaridades de cada país.

6. Conclusão

A dívida externa brasileira, atualmente, é um dos principais obstáculos ao crescimento do país. A nação necessita desenvolver-se e as transferências a que é obrigado a fazer representam uma restrição severa a essa necessidade. Isso porque diminui a capacidade de importação, compromete a capacidade de abastecer o mercado interno e manter sob controle a inflação, além de agravar a situação do setor público, que responde por cerca de 80% da dívida externa.

Todavia, as soluções oferecidas, na sua maioria, carecem de aplicação prática. Mesmo com a observação de que o sistema monetário internacional precisa ser reformado e que para o crescimento sustentado dos países endividados se efetive é preciso o financiamento de recursos. Para a adoção dessas estratégias os bancos privados e o FMI, vale ressaltar, principais credores brasileiros, são os principais entraves.

---

[11] ATA DO PROC. OAB-CP N.3084/85. In FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *O endividamento externo do Brasil e os incidentes possíveis em termos de imunidade*. Revista de informação legislativa. Brasília: [s.n.], 1992, p. 473.

[12] *Idem, p.473.*

Sabe-se que a dívida é impagável, mas sua negociação não é impossível. O que ocorre, como vimos, é que o processo negocial fere a Carta Magna de 1988 em seus princípios fundamentais, mais especificamente em seu art.1°, I; 3°, II e art.4°, I,III, IV e V.

Por isso, entendemos que o Brasil tem legitimidade para pedir a revisão de sua dívida externa, ou até mesmo, pedir a rescisão desses contratos, uma vez que o pagamento dos juros devidos suplantam o montante que nos resta pagar.[13]

7. Bibliografia

1. AMARAL, Sérgio. *Dívida externa: da crise de liquidez à crise de crescimento.* Revista Brasileira de Política Internacional. Rio de Janeiro: [s.n.], n.30, 1987, p. 27-37.
2. AQUINO, Rubin S. Etalli. *História das Sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais.* 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1984.
3. BAPTISTA, Luiz Olavo. *A renegociação da dívida externa.* Revista da FDR, São Paulo:[s.n.], n.81, jan./dez., 1986, p. 49-59
4. FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *O endividamento externo do Brasil e os incidentes possíveis em termos de imunidade.* Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], a 29, n.115, jul./set., 1992, p.469-494.
5. GALVÊAS, Ernane. *Da crise cambial à dívida externa.* http://www.mre.gov.br/getec/webgetec/bde/19/artigo3.html.
6. GLISI, Adhemar Paladini. *Independência do Brasil e dívida externa.* Inverbis. n.14, a. 2, ago./set., 1998.p.8-10.
7. GOLDENSTEIN, Sérgio. *A dívida externa brasileira evolução e crise 1964-1982.* Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
8. GRANDE DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO ESCOLAR DA NOVA CULTURAL. v. 2, 1987, p. 519.
9. OLIVEIRA, Luís Fernando Lima de. *A claúsula rebus sic stantibus no Direito Internacional Público – uma visão ética das relações internacionais.* Estudantes – Caderno Acadêmico. Recife: [s.n.], n. 5, 1999, p. 99-104.
10. PÉREZ, Jorge Enrique Romero. *Deuda externa: otra cara de la crisis.* Revista de Ciências Jurídicas. San José (Costa Rica): [s.n.], n.59, ene./abr., 1998. p. 63-112.

[13] OLIVEIRA, Luís Fernando. *A cláusula 'rebus sic stantibus' no Direito Internacional Público- uma visão ética das relações internacionais.* Estudantes- Caderno Acadêmico. Recife: [s.n.], n.05, 1999, p.103

11. TEIXEIRA, Francisco M.P.. *História do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1993.
12. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Dívida Externa: uma nova forma de colonialismo econômico*. http:// www.cci.ufsc.br/~rdei/rdei2/veronese. html.

ASPECTOS HISTÓRICOS NA DETERMINAÇÃO DAS DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS

Flávia Santiago (Aluna do 6º Período-Noite e Monitora de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito do Recife, Pesquisadora do Projeto PIBIC/CNPq, sob orientação do Prof. Dr. George Browne)

Sumário: 1. Introdução: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e processo histórico; 2. Antecedentes históricos da configuração dos Direitos Humanos; 3. A insersão dos Direitos Humanos no ambiente político: as cartas de concessão de direitos; 4. Os Direitos Humanos de Primeira Dimensão: a oposição de garantias individuais frente ao Estado; 5. Sobre a intervenção do Estado na vida privada: os Direitos de Segunda Dimensão; 6. Os direitos coletivos como Direitos Humanos de Terceira Dimensão; 7. Direito à Democracia: a possibilidade de uma Quarta Dimensão de Direitos; 8. Conclusões: da universalidade abstrata à concretização dos Direitos Humanos; 9. Bibliografia.

1. Introdução: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e processo histórico

A História dos Direitos Humanos, da adoção de alguns direitos, surgidos em face das novas necessidades sociais em determinado contexto histórico está profundamente ligada a uma redefinição, em cada um destes momentos, do papel do Estado. Tais direitos exigem tanto ações quanto omissões do Estado[1]. São oponíveis, por sua vez, não apenas a uma determinada Ordem Jurídica, mas, hoje, a toda a comunidade internacional[2]. Esta consagração também é indicadora de uma evolução filosófica e cultural, fazendo com que este tema seja largamente discutido tanto pelas disciplinas dogmáticas (Direito Constitucional) quanto pelas zetéticas de estudo do fenômeno jurídico[3].

---

[1] Para um estudo mais aprofundado sobre os *status* negativos e positivos, numa análise da teoria de Jellinek, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.247-260.

[2] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 52-103.

[3] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1998.

Esta evolução histórica, no sentido de classificar tais pretensões, com vistas às novas categorias criadas ao longo da história e a eleição de tais garantias frente ao Estado, como necessidades inerentes ao gênero humano, constitui o objetivo deste trabalho.

Para denominar tais momentos históricos, será utilizado o vocábulo "Dimensões", abandonando-se, assim, a expressão "Gerações", tendo em vista que esta pressupõe uma hierarquização[4]. Não se pode afirmar, por exemplo, que os Direitos Sociais da Segunda Dimensão impliquem um esquecimento dos Direitos de Liberdade.

Conforme pôde ser observado, fala-se aqui de Direitos Humanos e não de Direitos Fundamentais[5]. A despeito de serem expressões comumente utilizadas como sinônimas, os Direitos Fundamentais correspondem ao momento de positivação dos Direitos Humanos[5]. Ser um Direito Fundamental significa que determinado direito é oponível frente a um Estado. Já um Direito Humano pertence ao homem em qualquer situação, diante da sua condição como tal[6]. Essa é a perspectiva que nos interessa trabalhar neste estudo.

2. Antecedentes históricos da configuração dos Direitos Humanos

Não se pode falar que a idéia de direito decorrente da própria natureza humana seja uma característica da Modernidade. Guardadas as devidas proporções, como a falta de uma correlação direito do indivíduo x dever do Estado, ainda na Antigüidade podem-se verificar exemplos de um respeito a determinados "direitos", como na Roma Antiga, com o Edito de Tolerância de Milão (313 d.C.), que permitiu a liberdade religiosa[7]. Tal permissão, entretanto, não significou uma conquista, mas apenas uma concessão temporária, logo depois revogada.

A grande importância, portanto, do Mundo Antigo para uma Teoria dos Direitos Humanos são algumas idéias-chave, trazidas pela religião e pela filosofia, que tanta influência tiveram para os teóricos do Direito Natural e do pensamento humanista de uma forma geral, como a igualdade de todos perante Deus e a unidade universal de todos os homens.

---

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 36-38.

[5] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 514.

[6] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 528.

[7] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.419.

Já na Idade Média, falava-se de princípios que, de cunho suprapositivo, trariam legitimidade ao exercício do poder[8]. Tais idéias, juntamente com as teorias contratualistas, serviram mais tarde de fundamento para as Revoluções Burguesas.

Mas foi principalmente a partir do século XVI, que todas estas teorias vieram à tona, influenciadas pelo pensamento tomista de valorização da dignidade humana. Mais tarde, a dignidade também foi considerada por Pufendorf, que a colocou como o principal postulado de seu sistema de direitos naturais. Racionalismo (Grocio), direitos à vida, à integridade corporal e à imagem (Donellus), igualdade humana e soberania popular (Althusius) foram algumas das novas concepções trazidas pelos naturalistas. Locke é considerado um grande sistematizador destas idéias, ao converter estes direitos em finalidade da sociedade civil e princípio legitimador dos governos, opinião um século depois corroborada no Contrato Social de Rosseau e com Kant, que além de ser um dos maiores preconizadores dos direitos de liberdade, também contribuiu diretamente para a conceituação do Estado de Direito[9], onde as leis prevaleceriam[10], princípio norteador das ações estatais até nossos dias.

A substituição da expressão "Direitos Naturais" para o termo "Direitos Humanos" foi popularizada, por sua vez, apenas no século XVIII, pela obra "The Rights of Man", de Thomas Paine, indicando a importância que essas idéias tiveram neste século. A expressão "Direitos Fundamentais" também surgiu neste período, mas não com as características peculiares que a diferenciam dos Direitos Humanos, vistas "supra".

3. A inserção dos Direitos Humanos no ambiente político: as cartas de concessão de direitos

Como todo processo histórico, a positivação dos Direitos Humanos não se deu de maneira imediata e muito menos uniforme. Na Idade Média, podem ser destacadas as cartas de franquia e os forais concedidos pelos monarcas da Península Ibérica a membros da nobreza e a alguns dos poucos representantes da burguesia. O exemplo mais citado, no entanto, é o da *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215, o clássico acordo firmado entre o Rei João Sem Terra e a nobreza, com a concessão de garantias

[8] PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 30.
[9] Idem p. 32.
[10] HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p.238-241.

como a propriedade e a possibilidade de utilização do instituto do *Habeas Corpus*.

Tais garantias não podem ser consideradas Direitos Humanos propriamente ditos, pois se referiam a determinados estamentos da sociedade, que num contexto de profundas desigualdades, serviam para acentuá-las. Correspondiam a concessões do Rei, com o objetivo de evitar maiores conflitos com as classes mais privilegiadas[11].

Foi a Reforma Protestante e as posteriores guerras religiosas que permitiram a consagração do talvez primeiro direito generalizadamente garantido, que foi a liberdade de crença, com o Edito de Nantes.

Daí se seguiram as Declarações de Direitos inglesas do século XVII, que foram um marco para o abandono dos direitos estamentais e ampliação das liberdades genéricas.

Verdadeiras Declarações de Direitos, com a enumeração precisa de Direitos Humanos e de correspondentes garantias frente ao Estado, foram as da Virgínia (Estados Unidos, 1776) e a célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789). Muito se discute sobre o papel que cada uma delas tenha tido na consagração definitiva dos Direitos Humanos. Mas não se pode questionar a realidade de que, a despeito do caráter mais pragmático da Declaração da Virgínia, foi a declaração catalisadora dos ideais da Revolução Francesa que maior importância teve na adoção dos Direitos Humanos pela maioria dos países no mundo. Na Declaração Francesa, estes direitos pertenceriam ao homem como tal, enquanto na Declaração da Virgínia, seriam oponíveis apenas àquele determinado Estado (Direitos Fundamentais, portanto). Na verdade, ambas são fruto das Revoluções Liberais do século XVIII e independentemente de suas particularidades, grande importância tiveram no contexto de positivação dos Direitos Humanos[12].

4. Os Direitos Humanos de Primeira Dimensão: a oposição de garantias individuais frente ao Estado

O conteúdo das duas Declarações já citadas reside preponderantemente sobre os chamados Direitos de Primeira Dimensão. São direitos que exigem uma abstenção do Estado, refletindo a ideologia do liberalismo que marcou as duas grandes Revoluções Burguesas. Para a burguesia ascendente, era indispensável não apenas derrubar o Estado absolutista, mas

[11] PEREZ LUÑO, Antonio E. Op. cit. p.38.

[12] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 88-97, em que o autor faz uma minuciosa comparação entre as duas Declarações.

construir um novo Estado, de acordo com as novas necessidades. Este deveria ficar restrito às funções indelegáveis, como a Jurisdição. Daí separar, por exemplo, o próprio poder estatal, com a consagração do Princípio da Separação dos Poderes, de Montesquieu[13] na Declaração dos Direitos do Homem. A Constituição seria, portanto, um estatuto das garantias dos indivíduos com o escopo de evitar abusos por parte do Estado e também instrumento de organização do poder estatal.

Princípios como a liberdade, a propriedade privada inviolável e as liberdades coletivas, como de associação e de imprensa, foram erigidos à categoria de indiscutíveis. Foi garantida uma esfera de autonomia prevista frente ao Estado. Daí falar-se de "direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado",[14] sendo direitos puramente subjetivos ou, para alguns, direitos de cunho tipicamente individualista. O governo passa a ser, neste momento, para o indivíduo e não o indivíduo para o governo[15], havendo uma "inversão de perspectiva", sendo abandonado o Estado de bases organicistas, em que tudo era realizado para o coletivo. O indivíduo passa a ser o centro de atenções da atividade estatal.

Esse fundo individualista, tão característico do pensamento liberal-burguês[16], pode ser verificado em parte das constituições liberais, que estabeleciam o voto censitário, limitando o acesso da maioria ao poder inclusive formalmente.

5. Sobre a intervenção do Estado na vida privada: os Direitos de Segunda Dimensão

A discussão sobre a necessidade de uma intervenção estatal para a garantia de novos direitos foi uma característica marcante do século XIX. O proletariado foi adquirindo, ao longo deste século, um papel de protagonista na história. A questão é que esta classe era a mais afetada pelo Estado Liberal, à medida que este não interferia nas relações sociais. A liberdade contratual permitia que flagrantes abusos fossem cometidos no contexto pós-Revolução Industrial[16]. De nada adiantava a liberdade formal se na prática não havia autonomia da vontade para os trabalhadores.

[13] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 138-161.
[14] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. n. 5, p. 517.
[15] BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade - para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 9-11.
[16] LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999,p. 126.

Viu-se que as desigualdades econômicas tornavam impossível a concretização de uma igualdade material.

Tal como as Declarações de Direitos, no século XVIII, considera-se o Manifesto Comunista de Marx e Engels (1848) como a carta destes novos direitos[17]. Caberia ao Estado modificar, ou pelo menos atenuar as diferenças sociais, através de uma intervenção na economia e da prestação de serviços, principalmente educação, saúde e trabalho (pilares do Welfare State). Daí falar-se que tais direitos seriam direitos de crédito em relação ao Estado.

A adoção destes novos direitos não implicava uma superação dos Direitos de Liberdade (civis e políticos). Significava que para efetivamente garanti-los, o papel do Estado haveria de ser transformado. Contrariando a idéia de não-superação, apenas a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado[18] (URSS, 1918), que ignorou o reconhecimento de qualquer direito individual.

Mas os Direitos de Segunda Dimensão não implicam apenas prestações estatais positivas, como assistência social e trabalho. Também são consagradas novas liberdades, especialmente a de sindicalização, e a de greve. Mesmo com a sua coletivização, seu núcleo continua a ser o indivíduo.

A constitucionalização definitiva desses direitos, de forma sintetizada, com a destinação específica de uma Ordem Social e Econômica foi com a Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), que teve como precedente a Constituição Mexicana de 1917. Foi a Carta de Weimar que influenciou todas as Constituições Sociais deste século, incluindo-se aí as brasileiras a partir de então.

Os Direitos de Segunda Dimensão são, nestas Constituições, subdivididos em: Direitos Econômicos (o Estado interferindo na atividade econômica, fiscalizando), Sociais (as liberdades sociais) e Culturais (a educação principalmente, pressuposto da liberdade material e, numa esfera maior, da Democracia).

A grande questão destes direitos é a de sua efetivação. A sua consagração nas Constituições do pós-guerra é princípio assente. O problema reside no fato de que, na maioria das vezes, tais normas se situam no âmbito programático, não garantindo uma vinculação da atividade estatal.

Daí Robert Alexy estabelecer uma espécie de escala de efetividade, em que as normas de proteção mais forte seriam as que garantem ao indi-

[17] PEREZ LUÑO, Antonio E. Op. cit. p. 38.

[18] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 163-165.

víduo direitos subjetivos propriamente ditos, com possibilidade de efetivação por via judicial e as de menor escala seriam as que fundamentam a atuação do Estado sem uma garantia objetiva[19].

6. Os Direitos Coletivos como Direitos Humanos de Terceira Dimensão

De acordo com o processo histórico, o surgimento de um novo contexto traz a necessidade de garantia de direitos mais adequados à nova realidade. Quando se imaginava que com os Direitos Sociais já se havia pensado em todas as formas de proteção da vida e do bem-estar humanos, atentou-se para o fato de que o impacto tecnológico, com a degradação do meio-ambiente; a pesquisa na área bio-genética, e seus efeitos, como a clonagem; o processo de Guerra Fria e de guerra étnicas; o crescimento do poder dos meios de comunicação e sua influência sobre todas as camadas sociais acarretam um clamor para que os novos direitos tenham uma titularidade coletiva. Os próprios Estados e as Nações passaram a ter direitos, como ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos.

Os indivíduos, singularmente, também podem reivindicar tais direitos. Daí serem denominados Direitos Coletivos. No caso do direito ao desenvolvimento, em relação ao indivíduo este implicaria um acesso à educação, ao trabalho, à saúde e a uma alimentação adequada (sendo um típico direito difuso). Com os Direitos de Terceira Dimensão, a questão dos Direitos Humanos sai da órbita do Estado, e passa a ser problema de toda a comunidade internacional, sendo ponto culminante do processo de internacionalização iniciado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948).

É a coletividade nota característica de tais direitos. Celso Lafer afirma serem direitos cuja titularidade pertence aos grupos humanos, abrangendo desde a família à humanidade.

7. Direito à Democracia: a possibilidade de uma Quarta Dimensão de Direitos

Questiona-se ainda acerca da possibilidade da existência de Direitos de Quarta Dimensão. Na realidade, para a maioria dos autores, os direitos de Terceira e Quarta Dimensão se confundem. Não haveria diferença marcante entre um direito de valorização da vida frente à pesquisa científica ou um direito de liberdade da Primeira Dimensão, em que pese as diferenças de contexto histórico.

[19] ALEXY, Robert. Op. cit. p. 484

Destaca-se assim o original pensamento do brasileiro Paulo Bonavides[20]. Para ele, a Democracia Direta é o direito de Quarta Dimensão por excelência. Seu posicionamento tem o diferencial de propor uma nova categoria, sendo evolução no contexto das Dimensões de Direitos.

O direito à Democracia só se efetivaria em um contexto de respeito aos Direitos das três dimensões anteriores e com a possibilidade de concretização de uma Democracia Direta, com a utilização dos mais avançados meios tecnológicos para a realização constante de plebiscitos e *referenda*, traduzindo assim uma maior legitimidade tanto ao Estado, quanto a qualquer forma possível de convivência social. Seriam também Direitos de Quarta Dimensão, o direito à informação e ao pluralismo de idéias, que constituiriam pressupostos da Democracia, pois a informação deve ser, neste contexto, afastada de qualquer influência da mídia que tende a ser manipuladora.

O surgimento da Democracia como Direito Humano está ligado, portanto, ao momento histórico do Neoliberalismo, da globalização econômica, que doutrina uma falsa despolitização da sociedade e a queda do conceito de Estado Nacional.

8. Conclusões: da universalidade abstrata à concretização dos Direitos Humanos

Conforme pôde ser visto neste breve resumo da evolução das Quatro Dimensões de direitos, a questão dos Direitos Humanos não está mais ligada à busca de um fundamento universal para todos eles. Talvez seu único fundamento seja a consagração de novos direitos alinhada ao surgimento de necessidades. Daí não concordarmos com a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando este atenta para o prejuízo de uma possível "inflação" de direitos[21].

As Quatro Dimensões acabaram por adotar, respectivamente, os três ideais da Revolução Francesa. Liberdade, igualdade e fraternidade[22] podem ser considerados os princípios norteadores da Primeira, Segunda e Terceira Dimensões de Direitos. Partiu-se, portanto, da consagração de

[20] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1955, p. 349-363.
[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 67-68.
[22] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. n. 7, p. 438-460, em que o autor baseia seu estudo das Dimensões de Direitos na tríade Liberdade-Igualdade-Fraternidade .
[23] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.1-5.

direitos individuais para a chegada nos direitos coletivos, pertencentes até ao Estado. Apesar disto, não deixam de ser Direitos Humanos. Seu fundamento é o homem, sua finalidade é garantir uma existência digna a ele, independentemente do momento histórico em que vive. E é como fundamento do Direito que há a possibilidade de concretização desse ideal.

Se para garantir a dignidade humana for necessária a consagração de direitos cada dia mais específicos, como o das mulheres, dos homossexuais, dos idosos e das crianças, essa especialização dos Direitos Humanos se faz válida, à medida que a idéia é, à luz do princípio da isonomia, garantir uma igualdade material. Daí a assertiva de que, nesta evolução, passou-se de uma universalidade abstrata para uma universalidade material, concreta.

A despeito das críticas formuladas ao Prof. Bonavides, a Democracia, independentemente de ser consagrada ou não como Direito de Quarta Dimensão, tem profunda ligação com o tema Direitos Humanos. Acreditamos que ela seja o grande catalisador de todos os Direitos, só podendo existir, realmente, quando da total concretização destes. Importante se faz, neste contexto, a lição de Norberto Bobbio[23], que em sua "Era dos Direitos", faz uma correlação necessária entre uma real garantia e efetividade dos Direitos Humanos como ponto de partida para a obtenção de uma verdadeira Democracia e desta como pressuposto para a Paz entre os homens.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
2. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
3. _____. *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
4. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.
5. _____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1999.
6. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
7. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica,Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1998.
9. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1995.
10. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

11.LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
12.PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.
13.PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
14.SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
15.SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
16.ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

APOIO CULTURAL:

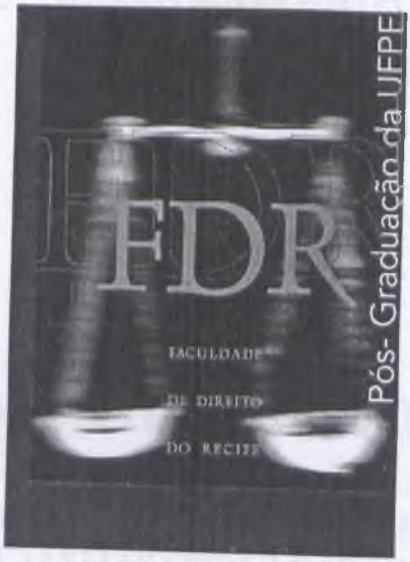
DAVID FERNANDES

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Livraria Americana

RUA AFONSO PENA, 79 (AO LADO DA UNICAP)
PÓS GRADUAÇÃO E ESPECIALIZAÇÃO DA UFPE
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE (SALA DO D.A.)
TELEFAX: 423-9711/222-4946
CEL.: 9974-6125

NOVAS TURMAS A PARTIR DE MARÇO DE 2001
RESERVE JÁ SUA VAGA – FONE: 3325-5100



Cursos de Especialização Previstos para 2001:
PROCESSO CIVIL
DIREITO ADMINISTRATIVO
DIREITO TRIBUTÁRIO
DIREITO DO TRABALHO E RELAÇÕES SOCIAIS
DIREITO PÚBLICO
CIÊNCIAS CRIMINAIS

TABELIONATO FIGUEIREDO
8º OFÍCIO DE NOTAS DO RECIFE

Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho
Tabelião Público

SERVIÇOS NOTARIAIS COM ESPECIALIZAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

ESCRITURAS PÚBLICAS – TESTAMENTOS – PROCURAÇÕES PÚBLICAS
RECONHECIMENTO DE FIRMAS – AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS

Rua Imperador D. Pedro II, nº 362 – Santo Antônio
Fone: 3224.4799 - Fax: 3224.6079
e-mail: ivanfig@elogica.com.br
RECIFE - PERNAMBUCO

DADSF

Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho

O DADSF agradece a todos os que lutam pelo desenvolvimento da pesquisa científica e das letras da nossa Faculdade de Direito do Recife:

Prof. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Mozart Neves Ramos
Prof. Geraldo José Marques Pereira
Prof. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa
Prof. João Maurício Leitão Adeodato
Prof. Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti
Prof.ª Anamaria Campos Torres
Prof. José Gláucio Veiga
Prof.ª Margarida de Oliveira Cantarelli
Prof. Maria Regina Montenegro Rosa e Silva
Prof. Nelson Nogueira Saldanha
Prof. Nilzardo Carneiro Leão
Prof. Sérgio Torres Texeira
Prof. José Luiz Delgado
Prof. Maria Regina Pinto Ferreira.
Prof.ª Eugênia Barza
Prof. William da Costa Pinheiro
Prof.ª Fabíola Albuquerque
Prof. Manoel Erhardt
Prof. Aluisio Xavier

Saudações Acadêmicas
Gustavo Carneiro Leão
Presidente do DADSF

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA
ORIGEM Doação
R$ 21,00

091.
Inv./2019

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

Doação ex. aluno André Melo G. Pereira
Jan/2021

EDICÕES
BAGAÇO