

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 197

Brasília | Janeiro – Março/2013

Ano 50

Fotografia: Sandra Bethlem

SENADO FEDERAL





Senado Federal

MESA

Biênio 2013/2014

Senador Renan Calheiros
PRESIDENTE

Senador Jorge Viana
1º VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá
2º VICE-PRESIDENTE

Senador Flexa Ribeiro
1º SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela
2ª SECRETÁRIA

Senador Ciro Nogueira
3º SECRETÁRIO

Senador João Vicente Claudino
4º SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Magno Malta
Senador Jayme Campos
Senador João Durval
Senador Casildo Maldaner



Brasília | ano 50 | nº 197
janeiro/março – 2013



FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: DORIS MARIZE ROMARIZ PEIXOTO
SECRETÁRIA-GERAL DA MESA: CLAUDIA LYRA NASCIMENTO

IMPRESSO NA SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
DIRETOR: FLORIAN AUGUSTO COUTINHO MADRUGA

PRODUZIDO NA SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
DIRETORA: ANNA MARIA DE LUCENA RODRIGUES

COORDENADORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Angelina Almeida Silva
REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto e Walfrido Vianna
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Jéssica Fernandes Costa e Vanessa Cristina Pacheco
REVISÃO DE PROVAS: Débora Oliveira e Yara da Silva
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku e Letícia Tôrres
PROJETO GRÁFICO E CAPA: Lucas Santos de Oliveira
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas
– Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas,
1964-.

Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, n. 34 publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

Sumário

- 7 **Fundamentos para uma política de acesso à reparação civil por danos criminais**
Juarez de Souza
- 29 **Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências**
Marcus Dantas
- 51 **Aspectos penais do trabalho escravo**
Carlos Henrique Borlido Haddad
- 65 **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**
Ivan Luiz da Silva
- 75 **Panorama internacional das patentes biotecnológicas**
Bruno Torquato de Oliveira Naves
- 85 **A integração pelo Direito e seus limites constitucionais. A União Europeia e a “Sentença Lisboa”, do Tribunal Federal Constitucional Alemão**
Patrícia Luíza Kegel
- 103 **Direitos e garantias fundamentais do trabalhador e os Estados-Partes do Mercosul**
Eduardo Biacchi Gomes
Andréa Arruda Vaz
- 117 **Implantação das cotas raciais nos concursos públicos. Um debate necessário**
Nina Trícia Disconzi Rodrigues e
Altemar Constante Pereira Júnior
- 143 **Crimigração. A criminalização do estrangeiro no Brasil e seus efeitos**
Márcio Adriano Anselmo
- 161 **Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85**
Américo Bedê Junior
- 175 **A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito. Contribuições para a teoria e para a prática democrática**
Raquel Tiveron
- 189 **Poder Legislativo e políticas públicas. Uma abordagem preliminar**
Antonio Carlos Torrens

- 205 **Exclusão extrajudicial de sócio minoritário de sociedade limitada. (Art. 1.085 do Código Civil)**
Luiz Antonio Soares Hentz
Fabio Marques Dias
- 223 **A Emenda Constitucional nº 24/99 e o Processo do Trabalho. Mutações infraconstitucionais e ajustes conforme a Constituição**
Luciano Athayde Chaves
- 249 **Direito do Comércio Internacional. Delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível**
Leila Bijos
João Rezende Almeida Oliveira
Leonardo Garcia Barbosa
- 257 **A vida de muitos, mas também a vida de poucos. Análise jurisprudencial do princípio da boa-fé objetiva e do dever de informar nas relações de consumo**
Walfrido Vianna Vital da Silva
- 285 **Teoria econômica aplicada ao processo civil brasileiro**
Cecília Barbosa Macêdo Correia
Dany Rafael Fonseca Mendes
- 301 **A essência da Constituição. Uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno**
Vinicius de Moura Xavier

Seção Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal

- 317 **Teoria dos jogos e fechamento de empresas**
Leonardo Garcia Barbosa

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

Fundamentos para uma política de acesso à reparação civil por danos criminais

JUAREZ DE SOUZA

Sumário

1. Introdução. 2. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Civil e Penal. 3. Por uma política pública de acesso à ação civil *ex delicto*. 4. Conclusão.

1. Introdução

O Direito é uma ciência estruturada, essencialmente, em bases dicotômicas. Em geral, a relação jurídica envolve dois ou mais sujeitos, cujos conflitos de interesses giram em torno de um mesmo bem da vida (CÂMARA, 2006, p. 65-116; CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2005). Assim, a todo direito corresponde uma obrigação, um dever-ser sob a ameaça de sanção em face do seu descumprimento, da sua inobservância, de modo a garantir a tutela efetiva do direito violado.

O nosso ordenamento jurídico “torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”, conforme art. 91, do Código Penal, e assegura à vítima o direito de exigir do agente causador, ou de seus sucessores, o cumprimento da sentença penal condenatória na esfera cível. Em outras palavras, deve esse agente indenizá-la pelos danos morais e materiais que lhe causou.

No Brasil, a gravidade das condutas criminosas tem atingido níveis próximos ao de uma guerra civil. E, pior, guerra não declarada. Sabemos que, em grande medida, são delitos praticados por pessoas, muitos ainda bastante jovens, que não têm a menor capacidade econômico-financeira para absorver o ônus da responsabilidade civil que sua conduta enseja. Igualmente grave, o seu responsável civil também não tem, por vezes, tal capacidade econômico-financeira para a reparação. Em decorrência,

Juarez de Souza é Ph.D em Economia (University of Illinois at Urbana-Champaign – EUA). Professor adjunto da UnB (Instituto de Ciência Política) e Consultor Legislativo do Senado Federal.

as vítimas são dura e duplamente sacrificadas: sofrem em si mesmas os efeitos danosos da ação do delinquente, sujeitando-se aos ditames do monopólio da violência nas mãos do Estado (o *jus puniendi* é monopólio estatal), a quem caberá decidir, nos termos da lei geral e abstrata, sobre a punição ou não do agente; e (as vítimas) sofrem, também, com a impossibilidade de o causador mitigar financeiramente o dano, mediante a chamada reparação civil.

De outro lado, as vítimas nem sempre dispõem de recursos para mover um processo judicial, ainda que agora simplificado sob a forma de cumprimento de sentença, como no caso de “execução civil” ou liquidação da sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 475-N, P. Único, do Código de Processo Civil – CPC).

Embora tenhamos avançado no campo da responsabilidade civil desde meados dos anos 80, com a introdução da Ação civil pública (ACP) em nosso ordenamento jurídico, com a introdução da responsabilidade civil objetiva do Estado, seus agentes e concessionários, dos fornecedores no âmbito das relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor – CDC) e, particularmente, com a positivação do assunto em nosso modelo civilista de 2002, é de se notar que ainda há muito por fazer, consideradas as tristes estatísticas criminais atuais.¹

Os modelos civilista e penal vigentes, embora consistentes e complementares, não têm eficácia plena no que diz respeito ao desdobramento da responsabilização civil do agente causador do dano em face da decisão na esfera penal. Com efeito, a lesão ou ameaça de lesão a um bem juridicamente protegido pelo Estado gera, inexoravelmente a partir da sentença penal condenatória transitada em julgado, o direito de ação, tanto por danos morais, quanto materiais, ou por ambos, desde que decorrentes daquela lesão ou ameaça de lesão. É a denominada responsabilidade civil *ex delicto*.

O Estado também é vítima direta de crimes, perpetrados por agentes que, de algum modo, se relacionam com as várias atividades estatais. O raio nessa esfera tem dimensão gigantesca, estendendo-se da pérfida corrupção ativa e passiva ao abominável desvio de escassos recursos públicos destinados aos mais diversos setores carentes; da sonegação de

¹ Apenas em 2003, houve 75 mil homicídios e tentativas; 61,9 mil lesões corporais dolosas, incluindo as seguidas de morte; 24 mil estupros e atentados violentos ao pudor; 856,7 mil roubos e 2,1 milhões de furtos. Conforme dados na publicação Mapa da Violência 2012 – Os novos padrões de violência homicida no Brasil – ocorreram 13.910 homicídios em 1980, a uma taxa por 100 mil habitantes de 11,7. Os dados evoluíram para, em 2003, 51.043 e 28,9, respectivamente, permanecendo nesse patamar em 2010, quando o total de homicídios no País atingiu 49.932 e a taxa de 26,2. No período 1980-2010, em pouco mais de 2 décadas, portanto, 1.091.125 foram assassinadas no Brasil. Não bastasse, o número de óbitos em acidente de trânsito atingiu, entre 1996 e 2010, a estúpida cifra de 518.500, sendo que apenas em 2010, foram registradas 40.989 mortes nessa modalidade (WAISELFISZ, 2011).

impostos – crimes contra a ordem tributária – à manipulação odienta de informações privilegiadas – tráfico de influência e exploração de prestígio –; da prevaricação e peculato à formação de quadrilha para fraudar concorrências públicas, entre outros.

Assim como o Estado é impelido a reparar objetivamente danos causados a terceiros por seus agentes, nada mais lógico do que garantir ao Estado o direito de pleitear a reparação civil àqueles que, igualmente, lesionaram ou ameaçaram lesionar um bem estatal e juridicamente tutelado pelo próprio Estado.

Independentemente do juízo de valor que se queira deduzir dessa situação, o fato é que a certeza da impunidade civil – para não falarmos das impunidades penal e civil em conjunto – reveste-se da maior importância na explicação e, quiçá, na reversão do atual quadro caótico nas relações interpessoais em nosso País.

Com efeito, este artigo busca nas bases teórico-normativas o desdobramento da responsabilidade penal sobre a responsabilidade civil, isto é, as implicações civis de uma conduta tipificada como criminosa em nosso ordenamento jurídico. Perquire, ainda, em que medida esses fundamentos permitem formular uma política pública de acesso das vítimas à ação civil *ex delicto*, de modo que possam obter minimamente a reparação pelo dano sofrido.

2. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Civil e Penal

Durante muito tempo, a questão da reparabilidade por danos teve um enfoque eminentemente patrimonialista, a exemplo do tratamento dado ao assunto no Código Civil de 1916. Argumentava-se que a indenização por atos ilícitos, especialmente em caso de danos morais, era incompatível com o direito privado, porquanto não visava recompor o patrimônio do ofendido.²

Desse modo, argumentava-se que a indenização teria um caráter de pena, ou mesmo um caráter “aflitivo da reparação”, ou uma espécie de compensação civil com função penal.

O autor deste artigo é partidário da ideia de que pena privada não é fundamento para satisfazer a reparação aquiliana. Não advoga o valor permutativo do Direito, no sentido de que, para um ato ilícito com maior gravidade, já intervém o Direito Penal com aplicação de pena, e, portanto, não haveria mais motivo para acrescentar sanção civil.

² Yussef Said Cahali (2005, p. 1-44) faz uma excelente revisão de literatura no capítulo 1 de sua obra *Dano Moral*.

O ato ilícito criminoso tem consequências na esfera do Direito Público e deve ter consequências na esfera do Direito Civil. O remédio contra a ilicitude da conduta, no plano social, pertence ao Direito Penal e tem como consequência aplicação de uma pena. No plano das relações interpessoais, pertence ao Direito Privado, tendo como consequência o ressarcimento à vítima contra os resultados danosos do ato.

2.1. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Penal

A teoria geral do Direito Penal – do crime e das penas – está fundada em uma série de princípios, dentre os quais se destacam o princípio da reserva legal estrita (*nulla poena sine previa lege*), o princípio do devido processo legal (o *due process of law* herdado do direito inglês) e o princípio que postula o Direito Penal como *ultima ratio*. No primeiro caso, consagrado como um dos direitos fundamentais do cidadão em nossa Constituição, reconhece-se o direito de punir reservado ao Estado, desde que amparadas em lei prévia tanto a tipificação quanto a cominação da pena. Com efeito, a lei penal não retroage para prejudicar o réu, mas tão somente para beneficiá-lo. Se o agente pratica uma conduta em determinado momento do tempo e esta não é tipificada como crime, não poderá a lei penal alcançá-lo se, no futuro, vier a ser considerada criminosa.

A observância do devido processo legal é de fundamental importância, tanto para possibilitar o contraditório e a ampla defesa, quanto para coibir arbitrariedades por parte das autoridades processantes *lato sensu* (do delegado de polícia que preside um inquérito ao promotor de justiça que formula a acusação e ao juiz que presidirá o processo propriamente dito). Um dos desdobramentos desse princípio consiste exatamente na permanente busca da garantia de que ninguém será condenado sem a

observância rigorosa do *due process of law*, nem será privado de sua liberdade até que a sentença penal condenatória tenha o seu trânsito em julgado. Preserva-se, assim, a presunção da não culpabilidade, como *conditio sine qua non* para que se desenvolva de forma justa o processo e que o resultado seja igualmente justo.

A concepção do Direito Penal como *ultima ratio* é uma das grandes contribuições do pensamento penalista. Com efeito, o poder de coerção do Estado em face de condutas comissivas ou omissivas danosas a terceiros deve ser circunscrito e exercido de todas as maneiras possíveis, objetivando a correção do desvio daquele comportamento, exceto, em princípio, mediante a adoção de privação de liberdade do cidadão. Apenas em última instância – como uma espécie de *last resort* – deve o poder público utilizar-se do meio cruel disponível, isto é, aceito pelas sociedades de um modo geral, que é a aplicação das normas penais.

Desse modo, se for possível adotar uma sanção cominatória a um determinado comportamento lesivo, como resposta e reação negativa da sociedade à conduta, aplique-se a sanção cominatória, de natureza civil. Eleve-se essa sanção ao quadrado, ao cubo etc., mas apenas residualmente se aplique o direito penal, tal a gravidade e a seriedade de que se reveste essa forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, particularmente no tocante à aplicação da pena privativa de liberdade.

Como se vê, são princípios garantistas, isto é, que visam a proteger o cidadão em face do poder monopolista do Estado de punir, limitando-o à estrita observância dos ditames legais no exercício desse poder, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual.

O nosso sistema penal adota a teoria do resultado. Todavia, apena-se o crime tentado quando, por razões alheias à vontade do agente, o crime não se tenha consumado.

De outro lado, para que uma conduta seja considerada criminosa é preciso que o fato seja típico (tipificado em lei), ilícito ou antijurídico (o indivíduo agiu em desconformidade com a ordem legal estabelecida) e culpável (a sua conduta não passa pelo crivo da exigibilidade de conduta diversa, ensejando um grau de reprovabilidade social tal que se sujeita o indivíduo à aplicação de uma sanção penal).

Evidentemente a concepção teórica do Direito Penal ensina que há uma série de elementos a serem considerados, tanto na elaboração da norma legal, geral e abstrata, quanto na sua aplicação, na dosimetria e na execução da pena. Destarte, é imprescindível que se atente para os fatos atípicos, a exemplo de erro sobre elementos do tipo, quando, por exemplo, o agente não sabe que está praticando um crime. Enfim, considerar a tipicidade numa perspectiva conglobante, como ensina Zaffaroni; as excludentes de ilicitude (a legítima defesa, na qual se inclui a variante descriminante putativa, o exercício regular de direito, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal). Além disso, tanto a teoria quanto a positivação das normas penais atentam para as imputabilidades, isto é, para as hipóteses de isenção de pena, a exemplo da menoridade, do doente mental de todos os gêneros inteiramente incapaz de discernir o caráter ilícito do fato praticado “ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Títulos II e III do CP, arts. 13 a 28).

O fato é que responde pelo crime quem, de qualquer modo, para ele concorreu e na medida de sua culpabilidade, não se comunicando, todavia, “as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” (art. 30, do CP). Mas, exceto disposição em contrário, não será objeto de punição ajuste, determinação ou instigação, se o crime não chega ser, pelo menos, tentado (art. 31, CP).

Tem lugar, a propósito, uma outra construção teórica do Direito Penal a respeito do chamado concurso de agentes. Pela teoria dos antecedentes causais, a regressão no concurso seria *ad infinitum*. O nosso modelo penal adota, porém, a teoria do resultado e a da equivalência dos antecedentes causais, isto é, o resultado somente é imputável a quem lhe deu causa – a quem praticou a ação ou omissão sem a qual o resultado criminoso não teria ocorrido (art. 13, caput, CP) e todas as causas e fatos valem se o agente agiu com dolo ou culpa, respondendo sempre na medida de sua culpabilidade (art. 13, c/c art. 29, todos do CP). As teorias excluem somente a hipótese disposta na primeira parte do §1º do art. 13 do Código Penal, qual seja, a causa superveniente relativamente independente exclui a imputação do crime ao agente quando, por si só, produziu o resultado. Imputam-se, porém, os fatos anteriores a quem os praticou.

Importa ressaltar que o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado tipificado como criminoso de sua conduta é condição indispensável para a imputação da responsabilidade penal. É por isso que responde pelo crime (pelo resultado danoso a um bem juridicamente tutelado pelo Estado) aquele que lhe deu causa (o agente que praticou o ato ou para ele concorreu, sempre na medida de sua culpabilidade). Esta é, também, uma construção teórica muito importante, pois analisa o crime sob o prisma da conexão entre a causa e o efeito da conduta comissiva ou omissiva do criminoso.

Satisfeitos os componentes analíticos do crime (fato típico, ilícito e culpável), o nexo de causalidade e o resultado da ação (ou tentativa, com a qualificação antes referida) conforme acima expostos, promovida a competente ação penal, assegurada a observância do devido processo legal com as exigências do direito ao contraditório e à ampla defesa do acusado, prolatada a sentença penal condenatória, o ordena-

mento jurídico estipula como um dos efeitos genéricos da condenação, “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”, em conformidade com o art. 91, I, do CP.

Para a segurança jurídica e estabilidade nas relações intersubjetivas requer-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que seja ajuizada, na esfera cível, a correspondente ação de reparação de danos morais e materiais, ao alvedrio do ofendido ou de seus familiares, em caso de sua morte ou de sua incapacidade para a prática de atos da vida civil, seja em decorrência daquele dano ou não. O sistema assegura, também, o ajuizamento da ação cível antes mesmo da sentença condenatória, recomendando-se, porém, ao juiz da ação civil a suspensão do curso do respectivo processo, se intentada a ação penal (art. 64, Parágrafo único, do CPP).

A sentença penal condenatória sempre foi reconhecida em nosso ordenamento como um dos títulos executivos judiciais. As recentes mudanças modernizantes do processo civil brasileiro, de 2002 e 2006, incluíram esse tipo de título executivo entre aqueles sujeitos ao processo sincrético e, assim, ao rito do cumprimento de sentença, conforme o art. 475-I e seguintes do CPC. Isto é, embora não se trate de um título executivo oriundo de processo de conhecimento – próprio da área civil – a “execução” dar-se-á como se fosse oriunda da cognição. Desse modo, o ofendido peticionará o cumprimento da sentença, sujeitando-a à fase de liquidação, e com as peculiaridades das atividades executivas típicas do processo cognitivo.

Do exposto, observa-se que a concepção teórica do Direito Penal, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de normas legais hipotéticas, gerais e abstratas, funde-se com o lado civil da relação jurídica derivada da conduta considerada criminosa, na medida em que o causador do dano responderá penalmente e, a critério do ofendido, também civilmente. Fecha-se, assim, mais uma vez e, em tese, de modo perfeito, a velha dicotomia da ciência jurídica, como mencionado no início deste artigo.

Assim, examine-se a concepção teórica da ação penal que redundará – satisfeitos os pressupostos de admissibilidade e as questões de mérito – na referida condenação e na obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP).

A Teoria Geral do Processo ensina que a ação é o instrumento mediante o qual se formaliza, diante do Estado-juiz, a pretensão a um direito violado ou a uma ameaça de lesão. Satisfeitas as condições da ação (legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), assim como os pressupostos processuais, o juiz instaura um processo, determinando a citação do réu para que se defenda da acusação

posta em juízo contra ele. Tem início, assim, um conjunto de atos legais (processo), distribuídos de forma ordenada (procedimento), para que a verdade dos fatos, consignada nos autos, forneça ao juiz elementos formadores de sua convicção e este possa, em nome do Estado, prolatar, de forma motivada, a respectiva sentença.

Na esfera cível, a decisão judicial reveste-se de força coercitiva, compelindo a parte vencida ao cumprimento espontâneo da obrigação nela contida, ou, sujeitando-a à execução forçada, caso não satisfaça espontaneamente o *decisum*. Ressalte-se que também nessa fase são assegurados a ampla defesa e o contraditório, mediante a impugnação do cumprimento de sentença.

Na esfera penal, o substrato do direito material em questão difere, obviamente, daquele da área cível. Assim, não apenas o processo e os procedimentos têm as suas peculiaridades, mas também os efeitos da condenação. Embora seja resguardado o direito à apelação, à busca de uma revisão de decisão em outro grau de jurisdição e aos demais recursos cabíveis em face de uma sentença penal condenatória – mesmo que transitado em julgado, como é o caso da revisão criminal – o Estado faz cumprir coercitivamente o *decisum*, empregando a força física, se necessário (via de regra). Ao réu condenado em crimes sujeitos à pena de reclusão (delitos graves, como os crimes dolosos contra a vida, tráfico de drogas, extorsão, estupro etc.), por exemplo, não é dado o direito de apelar em liberdade, ainda que matéria extremamente controversa, na medida em que feriria – argumenta-se – o princípio da presunção de não culpabilidade do condenado, pois ainda não teria transitado em julgado a sentença penal.

Com efeito, nessas hipóteses não existem as alternativas do cumprimento espontâneo da sentença ou da submissão à execução forçada. Excetuando-se a hipótese de infrações de menor potencial ofensivo (crimes e contravenções

com pena privativa de liberdade com até dois anos de detenção), somente resta ao condenado cumprir a pena privativa de liberdade que se lhe tenha sido aplicada, na expectativa de obtenção dos benefícios durante a execução (v.g., regime progressivo, liberdade condicional), ou da promulgação de uma nova lei penal retroativa que, se for mais benéfica, tem aplicação e eficácia *pro reo*.

Vimos antes que o Estado detém o monopólio da violência em nossa sociedade. Destarte, chama para si o *jus puniendi* e confronta-o com o *jus libertatis* do cidadão diante da acusação da prática de um ilícito penal. Isso não é feito de modo aleatório, porquanto, além do princípio da reserva legal estrito já mencionado, que subordina e limita o próprio direito punitivo monopolista do Estado, há condutas que interessam ao próprio ofendido para promover a ação penal ou não. Trata-se de decisão de cunho pessoal e íntimo, a exemplo dos crimes contra os costumes, de modo geral, e contra a liberdade sexual e a honra, em particular.

A mulher ofendida em sua liberdade sexual, por atos violentos ao pudor ou estupro, por exemplo, pode não desejar expor-se aos procedimentos que o processo envolverá, tornando-a vítima pela segunda vez, ainda que o processo corra em segredo de justiça. Com efeito, a ordem jurídica confere-lhe o direito de provocar ou não a atividade jurisdicional mediante queixa. Nessa hipótese, estaríamos diante de uma ação penal pública de iniciativa privada, não obstante jurisprudência recente reconhecer o direito de ação, em tais casos, também ao Ministério Público.

Por outro lado, para a grande maioria de crimes, o Estado age de ofício, i.e., uma vez constatada a materialidade do crime e os indícios suficientemente fortes de autoria da prática delituosa, o poder público (Estado-administração) promoverá a assim denominada ação

penal incondicionada. Como o nosso sistema é acusatório, caberá ao outro braço do Estado, o Estado-juiz, ou braço jurisdicional, processar e julgar o acusado.

Nessas hipóteses estão especialmente os crimes dolosos contra a vida, contra o patrimônio, contra a incolumidade e a fé públicas, contra a família e contra a Administração Pública, incluindo-se evidentemente os crimes contra a administração da Justiça.

Embora se possa argumentar, ou fazer uma leitura, do caráter superestrutural do papel do Estado nessa divisão, visto que se selecionam previamente os fatos sociais em que tomará a iniciativa para preparar e perpetrar a punição do agente e, sobretudo, independentemente da vontade do ofendido, não há como negar o caráter garantista, da sociedade como um todo, subjacente a esta estrutura. Tanto é assim que, se o Estado-administração – por qualquer razão – não tomar as providências, no prazo determinado por lei, nas hipóteses da ação penal incondicionada, ao ofendido é assegurado o direito de promovê-la. Tem-se, assim, a chamada ação penal (pública) de iniciativa privada subsidiária da pública, além das sanções aplicáveis ao Ministério Público, se for o caso.

O misto de referencial teórico-normativo (ou puramente teórico, se se admitir a norma legal como hipoteticamente formulada para ser aplicada ao caso concreto), que vimos, é fundamental para compreendermos a relação intersistêmica da esfera penal com a civil, tal qual ela se encontra, para que prospectivamente possam ser formuladas mudanças e ajustes compatíveis com as demandas sociais de nossos dias.

Vejamos, então, a positivação material e processual penal relevante para o presente artigo.

No Código Penal, há uma série de dispositivos relativos à obrigação de reparação civil do dano causado à vítima (ou a seus herdeiros) pelo ofensor (e, conforme o caso, pelo seu responsável civil), ora como instrumento de internação dos efeitos de decisões judiciais estrangeiras; ora como condicionante à redução da pena a ser aplicada; ora como requisito para a concessão de benefícios durante a execução penal, ou mesmo, para a concessão da própria reabilitação e, destacadamente nesse artigo, como objeto de minimização dos efeitos que o resultado da ação criminosa causa sobre a condição material e psicológica da vítima e seus dependentes, no plano das pessoas físicas de *per se*, ou sobre entidades públicas ou privadas, no âmbito material ou de sua reputação e imagem, na esfera do direito pessoal (moral).

Assim, a possibilidade de incidência eficaz da obrigação da reparação civil é vasta: seja como forma de produzir no País os efeitos de sentença estrangeira, mediante a respectiva homologação, quando a aplicação da lei brasileira à espécie produzir as mesmas consequências para os crimes

cometidos no exterior; seja como forma de condicionar a concessão de progressão de regime para os delinquentes contra a Administração Pública; seja para a aplicação de penas restritivas de direito em substituição à pena privativa de liberdade, mediante prestação pecuniária à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destino social (entre 1 e 300 salários mínimos, fixada pelo juiz); seja instituindo o cumprimento da reparação do dano como requisito essencial para não motivar a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena; seja impondo como uma das condições requeridas para a concessão de reabilitação penal, o ressarcimento do dano causado à vítima pelo crime – salvo diante da impossibilidade absoluta de o ofensor poder cumpri-lo, de renúncia da vítima ou de novação da dívida; seja instituindo a desvinculação da renúncia tácita do direito de queixa do ofendido – em face da prática de atos incompatíveis com o seu direito de promover a ação penal privada –, com o fato de o mesmo receber a indenização do dano causado pelo crime.

Na esfera dos crimes em espécie, o Código Penal tipifica, em seu art. 171, §2º, V, como crime formal a “fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro”, isto é, como um dos subtipos de estelionato, caracterizado pela conduta do agente que, por meio fraudulento, obtém (ou tenta obter, no caso de tentativa) para si, ou para outrem, vantagem ilícita. Dentre as hipóteses criminosas fraudulentas figuram, também, a lesão do próprio corpo ou saúde ou o agravamento as consequências da lesão, de modo a superdimensionar o valor da indenização que o direito lhe confere pelo dano de que foi vítima. De igual modo, ao estabelecer a hipótese criminal para o peculato culposo concorrente, o estatuto penal admite até mesmo a extinção da punibilidade, caso o funcionário criminoso concorrente repare o dano causado à Administração Pública antes da sentença irreversível, conforme disposto no art. 312, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Para as infrações de menor potencial ofensivo, definidas como o crime ou contravenção cuja pena cominada máxima seja igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não com multa, foram instituídos em nosso ordenamento, mediante a Lei nº 9.099, de 26.09.1995, e, obedecendo a determinação preconizada pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC), os Juizados Especiais Criminais (JECs). Pelo mesmo diploma legal, foram criados os Juizados Especiais Cíveis. Depois, em 2001, foram criados, pela Lei nº 10.259, de 12.7.2001, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal. Isto é, com competência para, na esfera criminal, “processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e de continência”, conforme disposto no art. 2º

daquela lei. Na esfera cível, com competência para “processar, conciliar e julgar as causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 salários mínimos, bem como executar as suas sentenças” (art. 3º, *caput*, da referida lei).

Reproduziu-se, assim, também nesse campo, o privilégio de uma justiça especializada federal, destinada a tratar das causas em que tenham como rés a União e suas entidades (autarquias, fundações e empresas públicas, art. 6º, II, da lei), excluídas as causas “de maior complexidade”, naturalmente, como se depreende do rol taxativo contido no art. 3º, §1º e seus incisos, do referido diploma legal: as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, as ações populares e por improbidade administrativa, as execuções fiscais, bem como as causas que versarem sobre interesses difusos e coletivos ou individuais homogêneos, sobre bens imóveis da União e suas entidades (exceto os das empresas públicas), sobre anulação ou cancelamento de ato administrativo federal (exceto atos de natureza previdenciária ou relativo a lançamento de tributos), e ação de impugnação a pena de demissão aplicada a servidores públicos civis ou sanções disciplinares impostas a militares.

Para os efeitos deste artigo, importa ressaltar que, no plano penal, a esfera de atuação dos juizados estaduais e federais está delimitada às infrações de menor potencial ofensivo – como acima definidas – e submetida ao rito sumário, como forma de agilizar a prestação jurisdicional. No plano cível, ambas obedecem também aos ritos do procedimento sumário e tratam de causas de menor complexidade, caracterizadas pelo valor da causa não excedente a 40 salários mínimos (nos JECs estaduais) ou a 60 salários mínimos no caso dos JECs federais. Importa ressaltar, também, que em ambas as esferas foram adotados os mesmos institutos da transação penal e da composição

dos danos resultantes de ilícito criminal.³ Esse é um dos pontos relevantes, em vista do objeto do presente estudo, como veremos em seguida.

Depreende-se, até aqui, que o modelo adotado pelo Código Penal obedece à lógica da reparação do dano causado ao titular do direito (portanto, à vítima, aos seus herdeiros ou representante legal) pela conduta criminosa do ofensor, como instrumento para minimizar os efeitos da aplicação da pena, ou para impor a revogação da suspensão condicional da pena, ou para permitir a extinção da punibilidade, ou para impedir a concessão da reabilitação, ou mesmo para caracterizá-la como uma obrigação de pagar quantia certa (a sentença penal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar e transforma-se em título executivo judicial, cuja “execução” está sujeita ao denominado “cumprimento de sentença”, conforme visto antes). Deixa à vítima a iniciativa de propor a ação de reparação do dano pela conduta criminosa, mesmo que se trate de crime de ação penal pública incondicionada. Isto é, o Estado – no exercício de seu *jus puniendi* e de modo consentâneo com a modernidade – retira da vítima a possibilidade de ela punir o infrator “com as próprias mãos” – aplicando a pena privativa de liberdade ou qualquer outro tipo de pena⁴ –, salvo a exigência de reparação civil. Em suma, nos crimes ou contravenções criminais cuja pena privativa de liberdade cominada exceda a dois anos, cumulada ou não com multa, o Estado não

3 O art. 1º da Lei nº 10.259, de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, é cristalino quanto à aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei nº 9.099, de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais: os dispositivos serão aplicados àqueles juizados, naquilo que não conflitam com essa lei especial.

4 O sistema penal brasileiro adota, além da pena privativa de liberdade, as hipóteses de penas restritivas de direitos – a exemplo da prestação de serviços à comunidade – e de pena de multa, de natureza pecuniária (arts. 32 e seguintes do Código Penal).

oferece à vítima, de pronto, qualquer outro instrumento jurídico, a não ser a prerrogativa do livre acesso ao Judiciário, que obviamente não se eximirá de apreciar lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito, conforme direito fundamental garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Entretanto, o modelo adotado pelos Juizados Especiais – estaduais ou federais – obedece à lógica da composição dos danos civis e da transação penal, independentemente de se tratar de conduta sujeita a ação penal pública incondicionada, condicional ou queixa.

Com efeito, já na audiência preliminar, o juiz buscará a conciliação e, para tanto, “esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”, (art. 72 e seguintes da Lei nº 9.099, de 1995). Se ocorrer a composição civil dos danos, solução acordada entre ofensor e ofendido, e o ofensor concordar com a aplicação de pena alternativa à pena privativa de liberdade, o juiz determinará, de acordo com o art. 74 da lei, a redução do acordo a termo e o homologará mediante sentença irrecorrível e com eficácia de título executivo no juízo cível competente.

Na hipótese de crime de ação penal de iniciativa privada, ou ação penal pública condicionada à representação, a composição civil impõe ao ofendido a sua renúncia ao direito de queixa ou ao de representação. De outro modo, se não houver o acordo sobre os danos civis, o seu direito de queixa ou ao de representação permanecerá por seis meses, a contar da data em que tomou conhecimento da autoria do delito, após o que incorrerá em decadência do direito (art. 74, parágrafo único e 75, parágrafo único, c/c art. 38 do CPP).

O Ministério Público, por outro lado, oferecerá a transação penal se houver a representação ou se se tratar de ação penal pública incondicionada. A proposta do *parquet* será especificada pela aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, e não será admitida se o agente não tiver sido condenado, em sentença definitiva, pela prática de crime sujeito a pena privativa de liberdade; não tiver sido beneficiado pela transação penal nos cinco anos anteriores à nova transação (a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa) e se as circunstâncias pessoais e delituosas indicarem que a adoção da medida não é, ao mesmo tempo, necessária e suficiente.

Aceita a proposta pelo ofensor e seu defensor, o juiz aprecia-la-á. Acolhendo-a, prolatará sentença determinando a aplicação da pena restritiva dos direitos ou multa, “que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos” (art. 76, §§4º e 5º, da Lei nº 9.099/95). Todavia, essa sentença, assim como a que rejeitar a denúncia ou queixa, é recorrível, mediante apelação, no prazo de dez dias (art. 82).

À falta de conciliação na reparação dos danos civis, o ofensor poderá oferecer oralmente a queixa, se se tratar, obviamente, de ação penal de iniciativa privada. De igual modo, no caso de ação penal de iniciativa pública e ausente o acordo na transação penal na fase preliminar, o Ministério Público oferecerá, oralmente, a denúncia. O procedimento sumaríssimo será, porém, transformado em sumário se a complexidade e as circunstâncias do caso assim o determinarem, por determinação de ofício pelo juiz, no primeiro caso, ou por requerimento do MP, no segundo.

Em síntese: o legislador trouxe para o âmbito dos juizados especiais criminais hipóteses delituosas (infrações de menor potencial ofensivo) em que são permitidas transações penais (entre a vítima e o ofensor, ou entre este e o Ministério Público, conforme o caso) e “sempre que possível a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade” (art. 62, *in fine*, da Lei nº 9.099/95), além dos critérios de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Examinaram-se, até aqui, dois paradigmas do Direito positivo brasileiro para tratar da responsabilização civil de uma pessoa física, mediante reparação pecuniária por danos materiais ou morais, cumulados ou não, decorrentes de qualquer forma de conduta criminosa – dolosa ou culposa – que a conduta do ofensor causar a outrem.

Analisam-se, agora, dois outros paradigmas relacionados ao direito à indenização civil (por danos materiais e morais), mas não vinculados de modo direto à aplicação de lei penal propriamente dita. Os paradigmas estão contidos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e na Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, e dizem respeito ao instituto da ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais.

No primeiro caso, a Lei nº 7.347/85 circunscreve a responsabilização civil de agentes que causarem danos materiais e morais a interesses difusos ou coletivos, em cujo rol exemplificativo se destacam: o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor cultural, paisagístico, histórico, estético ou histórico, a ordem econômica e a economia popular, assim como a ordem urbanística.

Esse diploma legal estipula os entes da federação e suas entidades (União, Estados, Municípios, suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), as associações que defendam interesses difusos e coletivos, assim como o MP como legitimados para a propositura da ação de responsabilização civil e de reparação pelos danos causados. Mesmos os juízes e tribunais que tiverem conhecimento de fatos ensejadores de propositura da ação civil pública, deverão remeter as peças ao MP para as providências.

Ressalte-se, todavia, que na ação civil pública, o Ministério Público agirá obrigatoriamente como fiscal da lei (*custos legis*), se não intervier

no processo como parte, e poderá, ainda, sob sua presidência, instaurar inquérito civil e requisitar documentos, perícias, informações etc. Ademais, os órgãos públicos legitimados poderão “tomar dos interessados (leia-se: causadores dos danos) compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (art. 5º, §6º, da Lei).

A sanção aplicável ao causador do dano poderá consistir em obrigação de fazer (cumprimento da prestação de atividade devida), não fazer (cessação da atividade nociva) “ou cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”, e condenação em dinheiro pelo dano causado (arts. 11 e 13 da Lei da ação civil pública). Nessa hipótese, os recursos da indenização irão para o fundo público destinado a financiar a “reconstituição dos bens lesados” – o chamado Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD), regulado pelo Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994.

No segundo caso, positivado pela Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, o ordenamento instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, sem prejuízo da ação de indenização promovida pelo próprio prejudicado.

Na hipótese, o MP agirá de ofício, ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários (CMV), visando a evitar prejuízos “ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente” quando decorrerem de operações fraudulentas, “prática não equitativa”, manipulação de preços ou criação de condições artificiais no mercado de valores mobiliários, ou quando os danos causados tiverem origem na compra e venda desses valores, realizadas por administradores e acionistas controladores de

companhia aberta em função de informações privilegiadas e ainda não informadas ao mercado, ou de omissão ou informação incompleta dessas informações.

Nessa hipótese, a intervenção do Estado na reparação civil pelos danos é tão pronta e eficaz, ainda que na positivação de normas legais, que “as importâncias da condenação reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo”, assegurando-se ao investidor, mediante edital, o direito à habilitação de sua parcela pelo prazo de dois anos (art. 2º, da referida Lei). De igual modo, a parcela não reclamada irá compor aquele Fundo público da ação civil pública.

Depreende-se que, em ambos os casos de ação civil pública, uma vez causado um dano a interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, o agente causador será responsabilizado civilmente, mediante ação direta do MP, de ofício, ou, pelo menos, mediante atuação obrigatória como fiscal da lei. Com efeito, a ação civil pública imporá ao agente ofensor uma sanção, mediante um termo de ajustamento de conduta (TAC), a condenação por obrigação de fazer, não fazer, multa cominatória diária ou indenização em dinheiro. Essa função não é dispensada ao MP no caso da ação penal, seja ela de iniciativa privada, seja ela de iniciativa pública condicionada ou incondicionada. Na hipótese, caberá ao *parquet* oferecer ou a denúncia, presentes os fortes indícios de autoria e materialidade do crime, as condições da ação e a justa causa.

A diferença está, portanto, a refletir a valoração relativa que a sociedade confere – por meio de seus representantes legisladores – aos bens da vida: se se tratar de um incêndio, de um derramamento de combustíveis no mar ou de crimes contra a ordem econômica ou à economia popular, aplicar-se-á à conduta a lei penal respectiva, e ao dano a ação civil pública, conforme visto acima. Porém, se se tratar de

um crime doloso contra a vida, ou na forma culposa desde que como tal previsto na ordem penal, e ainda que se dispense a essa conduta o tratamento material e processual conferido pela chamada ação penal pública incondicionada, ao titular do direito de reparação do dano (à vítima sobrevivente, aos seus herdeiros ou representante legal) caberá a iniciativa para a ação de reparação. Não há, por parte do Estado, qualquer iniciativa para proteger nesse sentido o titular do direito à indenização, mormente a vítima, exceto o oferecimento – não gratuito – da estrutura do Poder Judiciário para decidir sobre a respectiva lide cível.

2.2. Referencial teórico e normativo da Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil é uma esfera do Direito que cuida da relação intersubjetiva e que se volta, essencialmente, para a vítima de um dano, de modo a garantir a restituição do bem sacrificado, ou a compensação pelo bem sacrificado, se não lhe for possível retornar à condição anterior – a chamada tutela específica para recompor a condição anterior ao fato danoso. Assim, diferentemente do ordenamento penal, que se volta para o ofensor, a responsabilidade civil visa a proteger a vítima, obrigando o ofensor a reparar o dano causado.

Há dois mundos na esfera da Responsabilidade Civil: a contratual, decorrente do descumprimento de uma obrigação previamente assumida, de uma cláusula contratual; e a extracontratual, decorrente da prática de atos ilícitos, da violação de um direito pela inobservância do dever de cuidado. Portanto, duas são as fontes diversas de obrigações: a lei ou o contrato, com diferentes consequências.

Neste artigo, o ponto de contato com o Direito Penal será feito com a responsabilidade derivada da prática de atos ilícitos, isto é, a

responsabilidade aquiliana, que incorpora a proporcionalidade entre a conduta do agente e a ofensa para configurar a sanção, introduz a culpa como pressuposto ou condição para caracterizar a responsabilidade, e permite a pena pecuniária como forma de indenização na reparação do dano – a chamada monetização do dano. A *Lex Aquilia*, de 286 a.C., é posterior à Lei das XII Tábuas, que consistia na aplicação da pena de Talião pelo próprio Estado, na base do “olho por olho, dente por dente; braço por braço, perna por perna.”, configurando uma espécie de vingança estatal, substitutiva da vingança privada e, claramente, não proporcional.

Para Maria Helena Diniz (2004), a Responsabilidade Civil

“é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou em razão de simples imposição legal”.

Note-se que o motivo pode derivar, também, de imposição contratual.

De todo modo, cabe observar que a obrigação é um dever jurídico primário ou originário, enquanto a responsabilidade consiste em um dever jurídico secundário ou sucessivo. Como toda e qualquer relação jurídica envolve dois ou mais sujeitos em torno de interesses opostos, conflitantes sobre um bem da vida, a distinção da origem do dever jurídico – se originário, obrigacional; ou se secundário, sucessivo; se de lei ou de contrato – torna-se relevante, porquanto a responsabilidade é uma espécie de sombra da obrigação. Destarte, a responsabilidade é dever jurídico acessório, enquanto o da obrigação é principal. Logo, a relação entre ambas obedece a um dos Princípios Gerais do Direito: a sorte do acessório segue a do principal. A obrigação é o espelho no qual a responsabilidade civil se

enxerga. Ela somente surge quando há o descumprimento da obrigação e funciona como um mecanismo possível de recomposição do *statu quo ante*.

Ainda no plano conceitual, cabe lembrar que a responsabilidade direta diz respeito ao dever jurídico que o próprio causador do dano tem de repará-lo, ao passo que na responsabilidade indireta, o responsável responde pela reparação do dano causado por outrem a ele legalmente ou contratualmente vinculado. A responsabilidade civil alcança, ainda, a reparação por dano causado a coisa animada ou inanimada, assim como a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

Em ambas as situações o indivíduo responde pelo dano material ou moral, ou ambos, que causar a outrem. Todavia, na responsabilidade subjetiva, o sujeito responde por culpa, caracterizada por imprudência, negligência ou imperícia, enquanto que na responsabilidade objetiva responde pelo dano material ou moral causado, independentemente de culpa ou dolo. Em qualquer caso, é indispensável o nexo de causalidade (CAHALI, 2007, p. 13-88).⁵

Do ponto de vista normativo, examinam-se, agora, os dispositivos sobre o tema na Constituição Federal, nos Códigos Civil e de Processo Civil, bem como nas leis extravagantes, a exemplo da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a ação civil pública, e da Lei nº 7.913, de 1989, que disciplina a aplicação da ação civil pública no âmbito do mercado mobiliário.

A Assembleia Nacional Constituinte assim inscreveu, no monumental art. 5º da Lei Maior, os Direitos e Garantias Fundamentais, *verbis*:

“(…) assegurando-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

LXXV – O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

No âmbito dos Direitos Sociais, além de indenizações compensatórias asseguradas ao trabalhador nas relações de emprego, o seguro contra acidentes de trabalho não exclui a responsabilidade do empregador pela indenização, “quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, I e XXVIII, da CF).

⁵ Silvio Venosa (2005, p. 53) observa que “a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo de causalidade que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre, no caso concreto, é fácil estabelecer a relação entre a causa e o efeito”.

Por outro lado, a chamada responsabilidade civil objetiva do Estado está consagrada no art. 37, §6º, da Constituição, *verbis*:

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Já na tradição civilista codificada, cabe lembrar em primeiro lugar que, violado o direito, nasce a pretensão para o seu titular, sujeita esta à prescrição e à renúncia expressa ou tácita. No nosso modelo, essa regra consta do art. 189 do Código Civil e aplica-se, obviamente, de modo direto ao tema sob estudo, porquanto tem como foco a responsabilidade civil extracontratual, qual seja, o dever e a obrigação que uma pessoa tem de reparar o dano causado a outrem por sua conduta nas relações sociais, de forma voluntária ou involuntária, mas não contratual.

No que diz respeito ao tratamento da responsabilidade civil em nosso ordenamento civil, o Código de 2002 consagrou um avanço inegável, especialmente no campo da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, derivada da prática de ato ilícito. Registre-se, a propósito, que o direito a indenização por perdas e danos derivada de responsabilidade contratual não é objeto da presente artigo, ainda que importante matéria nas relações obrigacionais e contratuais. O Direito impõe ao devedor a responsabilidade de reparar as perdas e danos experimentadas pelo credor em face do não cumprimento de obrigações contratuais (art. 389 do Código Civil). Refere-se, esta, à responsabilidade contratual.

Para tanto, o legislador caracterizou o ato ilícito sob duas vertentes: a primeira, pela responsabilidade de natureza subjetiva, ao estabelecer que aquele que violar direito e causar

dano a outrem, ainda que danos morais, seja por ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência comete ato ilícito (art. 186 do Código Civil). A segunda vertente, caracterizada pela responsabilidade de natureza objetiva, tem como base o abuso de direito ou o exercício do direito pelo seu titular de forma abusiva, ou seja, quando “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187 do Código Civil).

Assim como o Direito Penal, O Direito Civil afasta a ilicitude de atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. A regra civilista não considera ilícito, ainda, “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, desde que praticado nos limites do necessário e indispensável para afastar o perigo (art. 188, I e II, do Código Civil).

O avanço da construção civilista de 2002 está contido, sobretudo, no Título X do Código Civil, arts. 927 a 954, que tratam especificamente da responsabilidade civil: da obrigação de indenizar (ou reparação civil) e da indenização. Isto é, normatiza a responsabilidade civil subjetiva ao especificar que o agente, quando causa dolosa ou culposamente dano a outrem, passa a ter a obrigação de reparar o dano (prejuízo), e normatiza, também, a responsabilidade civil objetiva das pessoas, nas relações privadas, ao estipular que a obrigação de reparar o dano estará caracterizada – independentemente de culpa – “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Diz-se “nas relações privadas” porque, nas relações públicas, a responsabilidade civil objetiva do Estado e seus agentes está regulada pela CF (art. 37, §6º). Ressalte-se, ademais, que a responsabilidade objetiva a que se refere o Código Civil aplica-se a outros casos especificados em lei, a exemplo

do modelo protetivo adotado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990, igualmente consagrado no Código Civil, art. 931).

Além da atribuição de responsabilidades aos pais, pelos filhos menores; do tutor e curador, respectivamente pelos pupilos e curatelados; do empregador ou comitente, por seus empregados; do dono ou detentor do animal etc., pela reparação civil, importa ressaltar – para os efeitos deste artigo – o disposto no art. 935, do Código Civil, *verbis*:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Ou seja, as normas civilistas guardam, nesse particular, correspondência com as normas penais examinadas.

3. Por uma política pública de acesso à ação civil *ex delicto*

Os constituintes estabeleceram, de forma categórica, o papel do Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁶.

Não obstante as reformas constitucionais de 1998 (EC19/98) e de 2004 (EC 45/04), que promoveram mudanças na órbita do Estado-administração, assim como do Estado-juiz, a não atuação do Ministério Público em matéria de direitos individuais disponíveis permanece como dantes, sem exceção.

O substrato dos fundamentos expostos nas seções anteriores deste artigo permite formular uma política pública que viabilize o acesso das vítimas à ação civil de reparação de danos, mediante a modificação constitucional no papel do ministério público, de modo que o Estado possa – por meio do órgão ministerial – colocar à disposição das pessoas os meios de que precisam para agir judicialmente, isto é, exercer o seu direito de ação.

Sabe-se que o Ministério Público tem o monopólio da ação penal pública incondicionada (*jus persecutiones*). O que se propugna aqui é que seja estendida a atuação desse órgão, para que ofereça à vítima – em paralelo à ação penal – a postulação da correspondente ação civil indenizatória. Nada impede, aliás, que essa função seja exercida pela Advocacia Pública, igualmente em paralelo com a dimensão penal mo-

⁶ Vide artigos 127 e 134 da Carta Política de 1988.

vida pelo *parquet*. A decisão de prosseguir no feito, mediante juízo de conveniência e oportunidade, bem como a de peticionar a liquidação e cumprimento da sentença dependerão única e exclusivamente da vítima, ou seu representante legal, ou de seus herdeiros.

Com a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, houve uma série de inovações no processual penal, mediante a introdução de procedimentos modernos e ágeis, visando a ampliar a atuação das pessoas envolvidas no delito, corrigir distorções e, sobretudo, atingir o atendimento do preceito constitucional, relativamente recente em nosso sistema, que diz respeito à duração razoável do processo. Entre as inovações, pode-se citar a eliminação da hipótese de prescrição da pretensão punitiva do Estado se o réu não responder ao processo (caso do foragido), assim como a definição de prazos exíguos e certos para atuação das partes – no ciclo que se estende a partir da produção de provas, do requerimento de diligências, do oferecimento de memoriais e de alegações finais.⁷

No que interessa ao objeto deste artigo, enfatize-se que, na minirreforma de 2008, foi mantida a tradicional possibilidade de atuação processual do querelante, ou do assistente do Ministério Público. Manteve, também, a possibilidade de permissão para que o ofendido, ou seu representante legal – ou seus herdeiros, no caso do seu falecimento, incapacidade para atos da vida civil ou de invalidez permanente, por exemplo –, possam atuar como assistente do Ministério Público na ação penal pública. A admissão depende de manifestação prévia do *parquet* e, evidentemente, da sua aprovação pelo juiz que preside o processo.

Com efeito, o ofendido – ou seu substituto processual – pode propor meios de prova, requerer perguntas a testemunhas, aditar o libelo e os articulados. Todavia, na audiência de instrução e julgamento, o juiz procederá à tomada de declarações do ofendido, à inquirição de testemunhas, às acareações, à manifestação de peritos e, por último, como deve ser no devido processo legal garantista, interroga o acusado. Assim, o ofendido passou a participar efetivamente da instrução criminal.

Esse modelo processual penal inovador peca, todavia, por não viabilizar, para o ofendido, o liame entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil do acusado, exatamente nessa fase processual. Não está na esfera de competência do magistrado perguntar ao ofendido se, com base no inquérito policial, na denúncia, e nas provas colhidas, deseja exercer o seu direito de agir na esfera civil para pleitear a reparação do dano sofrido, pois essa hipótese não foi considerada pelos formuladores

7 Vide Livro I, Título VIII, que trata do Juiz, do ministério público, do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares da justiça – arts. 251 e seguintes, e Livro II, Título I – Processo Comum, arts. 394-405, todos do Código de Processo Penal, com a redação dada pela citada Lei nº 11.719, de 2008.

da reforma nem pelos legisladores. Ressalte-se, em verdade, que a reforma de 2008, de fato, inovou e avançou ao determinar que, em caso de sentença condenatória, o magistrado fixe valor mínimo para reparação de danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV, do Código de Processo Penal, conforme a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Contudo, para que a vítima – ou seus herdeiros – não fique à mercê da sentença condenatória, nos termos acima, cabe ao Estado promover a adoção de uma política pública, com a qual o Estado-administração e o Estado-juiz possam oferecer ao ofendido – ou a seus herdeiros – os meios para mover a ação de reparação de danos perpetrados pelo acusado, ou mesmo pelo réu, dada a mencionada independência entre as esferas penal e cível em nosso ordenamento.

Uma das possibilidades de oferecimento desses serviços pelo Estado pode ser identificada, também, na missão constitucional da Defensoria Pública. No caso, e alternativamente, o critério para filtrar a demanda poderia ser o nível de renda do ofendido. Aqueles mais pobres teriam os serviços gratuitamente oferecidos pelo Estado, respeitando-se sempre a discricionariedade dos demandantes. Seria um avanço, porquanto os juridicamente pobres não dispõem, por definição, de meios para financiar os custos do processo judicial, sem sacrificar aspectos importantes de sua vida e de seus próprios familiares.

De resto, deve ser enfatizado que a modalidade de atuação ministerial proposta já é praticada na esfera de crimes ambientais e de crimes contra a ordem financeira, especificamente no caso de delitos contra os investidores no mercado de valores mobiliários.

4. Conclusão

Os Constituintes originários de 1987/88 estabeleceram, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança. Prescreveram, na esfera penal, uma série de princípios, estendendo-se do requisito da observância do princípio do devido processo legal à exigência de tipificação anterior ao fato e prévia cominação legal, para que uma conduta seja considerada criminosa e, assim, sujeita à aplicação de pena. Incluíram o princípio da não-culpabilidade ao estipular que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”, assim como o direito à indenização do condenado, pelo Estado, em caso de erro judiciário ou de excesso de tempo na prisão no cumprimento de pena.

No que diz respeito ao foco deste artigo, é de especial interesse notar que os Constituintes originários determinaram, em última norma progra-

mática das Disposições Gerais da Constituição, que cabe ao poder público dar a “assistência aos herdeiros e dependentes carentes da pessoa vitimada por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.” (art. 245, Constituição Federal). Todavia, decorridos mais de vinte anos de vigência da Constituição de 1988, a lei estabelecendo as hipóteses e condições em que o poder público dará a assistência ainda não foi produzida pelo constituinte ordinário.

Nesse sentido, como o Código Penal e suas leis processuais precedem temporalmente à Constituição, é preciso que se faça uma leitura de seus dispositivos à luz da Constituição, como se adotássemos uma espécie de filtro constitucional para as normas do sistema normativo penal. Não obstante a defasagem temporal, a lei processual já dispunha acerca da possibilidade de o Estado atuar na reparação civil *ex delicto*, desde que o ofendido, ou melhor, ainda, o titular do direito à indenização (incluindo os seus herdeiros ou responsável civil) fosse juridicamente pobre e desde que a requeresse ao Ministério Público. Esta função encontra-se, hoje, reservada às Defensorias Públicas, caracterizando, assim, uma inconstitucionalidade progressiva daquela norma processual.

Na esfera da responsabilidade civil, foram examinados os direitos constitucionais fundamentais inscritos nos arts. 5º, 6º e 37, todos da Lei Maior; no Código Civil e nas leis instituídas da ação civil pública – a relativa aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e a relativa aos investidores no segmento de valores mobiliários do mercado financeiro. Buscou-se examinar o dever de reparar danos materiais e morais de natureza extracontratual, derivados, portanto, de condutas nas relações sociais não contratuais. Conclui-se que o sistema civilista, adotado a partir de 2002, representa um grande avanço no tratamento da responsabilização civil *ex delicto* no Brasil, até porque o Código entrou

em vigência 33 anos após a criação da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil (maio de 1969) e 12 anos após a vigência da nova Constituição, incorporando uma visão além da patrimonialista sobre o tema – logo, desse ponto de vista, com uma vantagem enorme em relação ao tratamento conferido ao assunto pelo Código Civil de 1916 e pela ordem penal infraconstitucional.

Institucionalizou-se a responsabilidade civil objetiva, especialmente a do Estado *lato sensu*, de seus concessionários e a dos agentes causadores de danos, quando as atividades que normalmente desenvolvem expuserem a riscos os direitos das pessoas ou quando forem fornecedores nas relações de consumo. A responsabilidade civil aquiliana, correspondente a danos materiais e morais decorrentes de atos ilícitos, encontra-se disciplinada também de modo satisfatório, permitindo ao juiz fixar a indenização, por equidade, quando materialmente não for possível quantificá-la. A propósito, não obstante a instituição de alguns parâmetros a serem observados na fixação da reparação civil em casos de homicídio, lesões corporais leves e graves, inclusive as derivadas de erro médico-hospitalar, não há como negar que pouco se avançou em matéria de parametrização para a responsabilidade civil por danos morais.

Do exposto, conclui-se que sob a ótica teórico-normativa os modelos penal e civil se complementam na esfera da responsabilização do ofensor pelo dano que causar à vítima, mediante o instituto da ação civil *ex delicto*, do indiscutível dever de reparar danos por atos ilícitos, ainda que provoquem somente danos morais – entendidos estes como violação ou ameaça de lesão a direitos da personalidade.

Em matéria de ação civil *ex delicto* propriamente dita, destaca-se a prevalência do princípio da independência entre as esferas penal e civil, mas, ao mesmo tempo, o ponto

de contato que essa ação faz nas duas áreas clássicas do Direito.

Com efeito, garante-se à vítima, ou aos seus herdeiros, o direito de ação, fazendo especialmente a sentença penal condenatória transitada em julgado título executivo no cível. Ademais, permite-se ao juiz, nos casos de ações paralelas, suspender ou não o curso de processo civil, desde que a sua decisão de mérito dependa de definição no plano criminal.

Apesar dos avanços constatados, há uma clara opção de política criminal-civilista, no que diz respeito à atuação do Estado para a reparação dos danos: se se trata de crime ambiental, ao patrimônio histórico, à ordem econômica e urbanística, o Ministério Público age *ex officio* e independentemente de qualquer vinculação com a possível ação penal respectiva. No caso dos investidores no mercado de valores mobiliários, tanto faz a ação *ex officio* ministerial quanto a mediante requisição da CVM: em ambos os casos, os investidores estarão protegidos do ressarcimento, bastando-se, para tanto, a sua habilitação para o crédito correspondente ao prejuízo que sofreu. Os recursos não reclamados pelos investidores, no prazo de dois anos, assim como os decorrentes das multas e do valor da indenização fixado para reparar o dano causado a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, constituirão o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD).

Na esfera da responsabilidade civil por ato criminoso, não existe essa atuação civil *ex officio* do Ministério Público. Nem mesmo quando promove a ação penal incondicionada, qualquer que seja a espécie de crime. Argumenta-se que, consoante a Constituição Federal, o *parquet* não defende direitos individuais disponíveis. Por isso não lhe cabe promover ação civil *ex delicto*, salvo na hipótese de requerimento da vítima juridicamente pobre e, mesmo assim, onde não houver sido instituída a Defensoria Pública.

Igualmente lacunoso e grave: o Constituinte derivado sequer elaborou a lei determinada pela Assembleia Nacional Constituinte. E, por isso mesmo, também, propugna-se aqui a formulação de uma política de acesso à justiça, nessa seara.

Há, assim, evidente lacuna normativa na ponte que une o sistema penal ao sistema civil: apesar dos mais de 20 anos de Constituição Federal, ainda não existe a norma programática destinada a obrigar o poder público a assistir os herdeiros de vítimas de crimes dolosos e determinada pelos Constituintes originários. Em segundo lugar, embora o Estado exerça o seu direito de ação e de punição em crimes sujeitos à ação penal pública incondicionada – destacadamente nos dolosos contra a vida e a integridade corporal, ou de periclitamento da vida e da saúde, contra o patrimônio e contra a fé pública e a Administração Pública – e, portanto, independentemente da vontade da vítima ou de seus herdeiros, ele não estende essa ação para a esfera cível.

Por isso, propugna-se a instituição da ação civil pública *ex delicto* “incondicionada”, de modo que o Estado feche o ciclo da interação dos sistemas penal e civil, dando concretude ao mandamento constitucional originário. O sistema poderia evoluir na direção propugnada, iniciando-se pelos crimes dolosos e hediondos contra a vida e a integridade corporal ou da saúde, e mormente em face de homicídios e de acidentes de trânsito, e pelos graves delitos contra a Administração Pública. No primeiro caso, os recursos contribuiriam para amenizar o sofrimento especialmente dos herdeiros e dependentes carentes da vítima; no segundo, os recursos poderiam fortalecer o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e, assim, serem revertidos para o combate às causas dos delitos.

Visto de outra forma, seria perfeitamente cabível a adoção de mecanismo processual

sincrético, mediante o qual o juiz criminal – para além do vigente dever de fixar valor mínimo de indenização por danos em sentença penal condenatória – oferecesse ao ofendido ou a seus herdeiros, em plena audiência de instrução e julgamento, a informação, a opção e os meios processuais para agir na esfera cível, independentemente do desfecho do caso na esfera penal.

O papel do Ministério Público poderia, igualmente, ser reforçado na formulação da política aqui exposta, mediante a atuação em conjunto, ou de modo paralelo, com as defensorias públicas que, por definição, devem colaborar para o acesso das pessoas juridicamente pobres à Justiça.

Referências

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CINTRA, Antonio C. Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 4 v.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2011. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2012.

Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências

MARCUS DANTAS

Sumário

Introdução. 1. O percurso da doutrina majoritária na caracterização dos vícios da posse. 2. A tese restritiva e a tese ampliadora dos vícios: caracterização da violência. 3. Os efeitos da posse injusta: impossibilidade ou impropriedade na defesa da posse. 3.1. Efeitos da posse injusta: a questão da usucapião. 3.2. O caráter incontestado da posse. 3.3. A relação entre vícios objetivos e subjetivos. Conclusão.

Introdução

A doutrina majoritária considera que o elenco dos vícios da posse estabelecidos no Código Civil não é exaustivo. O entendimento, contudo, não é livre de controvérsias, e tem ganhado a adesão de nomes de relevo entre os especialistas. O objetivo deste artigo é analisar criticamente essa interpretação restritiva dos vícios da posse e demonstrar as polêmicas consequências de tal raciocínio. O objeto de investigação justifica-se porque o pensamento doutrinário sobre o tema é extremamente divergente em vários pontos acerca do assunto, que tem grande apelo social.

Para realizar essa tarefa, o estudo percorrerá o seguinte caminho: na primeira seção, será feito um relato do modo como a doutrina costuma conceituar os vícios da posse e estabelecer a relação existente entre eles, para delimitação de um ponto de partida do trabalho.

Na continuação, será feita uma identificação mais precisa dos pontos em que os estudiosos costumam divergir, e das possíveis inconsistências ou problemas na compreensão de cada tese, levando-se em consideração as dificuldades naturais da interpretação, da eventual existência de detalhes que possam modificar o resultado final daquilo que se pretende dizer etc.

Um exemplo pode servir para esclarecer aonde se quer chegar aqui: Farias e Rosendal (2010, p. 83) consideram que a invasão de uma

Marcus Dantas é mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFJF (MG).

propriedade feita à luz do dia e sem confronto com quem quer que seja não se enquadra na caracterização da posse injusta pelo vício da violência. Escrevem os autores:

“Assim, não é considerada violenta a posse caso o uso da força realize-se para a remoção de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas). Pensamos que só há violência quando o apossamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que se oponha a isto. Havendo abandono, não é crível pensar em uma ‘presumida oposição’ por parte de um possuidor que se mostrou inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia.”

Por outro lado, Tartuce e Simão (2009, p. 57) dão o seguinte exemplo de posse injusta:

“Posse violenta: Integrantes de um movimento popular invadem violentamente, removendo e destruindo obstáculos, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo sua função social.

Posse clandestina: é obtida às escondidas, de forma oculta, à surdina, na calada da noite. É assemelhada ao crime de furto. Ex.: integrantes de um movimento popular invadem, à noite e sem violência, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.”

Pelos trechos indicados é possível ter uma dúvida legítima sobre a relevância da função social¹ para a caracterização da injustiça da

posse. Só haverá violência se ela não estiver sendo cumprida? Se o imóvel for improdutivo e houver confronto direto com um caseiro a solução será diferente? O peso maior na caracterização do vício deve ser dado à função social ou a existência de um confronto para a obtenção da posse? São questões em aberto que acabam dificultando a percepção plena da mensagem que os autores pretendem transmitir.

Na terceira seção do artigo o objetivo será o de organizar sistematicamente as informações colhidas nas seções anteriores, procurando uma interpretação que possa estabilizar as divergências possivelmente existentes.

1. O percurso da doutrina majoritária na caracterização dos vícios da posse

Para realizar a tarefa de explicar quais são os vícios objetivos e subjetivos da posse, os especialistas normalmente utilizam uma estrutura semelhante a esta: tendo em conta a redação do artigo 1200 do Código Civil – qual seja, “É justa a posse que não for violenta, precária ou clandestina” –, a caracterização da justiça da posse é feita por oposição: “É injusta, por exclusão, quando presentes quaisquer dos vícios acima citados” (LOUREIRO, 2008, p. 1090).

Em seguida, os autores tratam de indicar o significado de cada um dos vícios apontados no referido artigo, não raro relacionando-os com os tipos penais que seriam equivalentes a cada um deles, com o objetivo de esclarecer-lhes o conteúdo: o roubo (violência), o furto (clandestinidade) e a apropriação indébita (precariedade). É muito comum o entendimento de que tais vícios são relativos, ou seja, só podem ser alegados por quem foi vítima deles. A consequência é que aquele que obteve a posse por

1 Neste sentido Didier Jr. (2010, p. 190): “(...) pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto

implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade”.

um dos modos anteriormente apontados somente pode defender sua condição perante terceiros, ou seja, não tem ação contra o possuidor originário, como aponta Venosa (2011, p. 67): “A posse somente será viciada em relação à alguém. (...) Assim, como consequência, essa posse injusta, sendo relativa, pode ser protegida pelos interditos contra terceiros que a ameacem e pretendam-na para si.”

A estrutura redacional utilizada no artigo 1200 acaba repetindo-se no dispositivo seguinte, no qual o Código Civil trata da boa-fé:

“Art. 1201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”

Da mesma maneira, a interpretação *a contrario sensu* impõe-se para delimitação da má-fé: “De má-fé, ao contrário da posse de boa-fé, toda aquela em que o possuidor sabe ou tem ciência do vício ou obstáculo impeditivo da aquisição da posse de que se encontra investido” (RIZZARDO, 2007, p. 45).

Segue-se uma indicação de que a presença de vícios objetivos e subjetivos repercute na definição de quem tem direito sobre os frutos; como se dará o ressarcimento das benfeitorias eventualmente realizadas; bem como na delimitação da responsabilidade por eventual dano causado ao bem que é objeto da posse.²

Em geral, o percurso investigativo sobre o tema encerra-se na indicação da autonomia entre os vícios objetivos e subjetivos, para que se evite a conclusão de que a posse justa necessariamente seria de boa-fé, ao passo que a má-fé só estaria presente quando fosse possível caracterizá-la como injusta³.

Esse é o modo relativamente consensual como o tema é tratado. Os pontos de discórdia dos autores costumam ser bastante variados. Aqui, somente alguns deles serão estudados, basicamente aqueles que têm reflexo em dois dos assuntos que, à primeira vista, são os mais polêmicos

2 A doutrina diverge na identificação dos mais relevantes efeitos da posse, sendo tradicional a indicação dos sete efeitos realizada por Clóvis Beviláqua (1976, p. 60-61): “I) o direito ao uso dos interditos; II) a percepção dos frutos; III) o direito de retenção por benfeitorias; IV) a responsabilidade pelas deteriorações; V) a posse conduz à usucapião; VI) se o direito do possuidor é contestado, o ônus da prova compete ao adversário, pois que a posse se estabelece pelo fato; VII) o possuidor goza de posição mais favorável em atenção à propriedade, cuja defesa se completa pela posse”. A classificação é expressamente abraçada por alguns importantes autores: Monteiro (2011, p. 53) e Diniz (2012, p. 82).

3 É o que ocorre em: A referência quanto a não equivalência entre “posse de boa-fé” e “posse justa” está presente no trabalho de um considerável número de autores. Barros (2007, p. 40), Coelho (2010, p. 38), Melo (2010, p. 43), Tartuce e Simão (2009, p. 63), Gomes (2010, p. 50).

no tratamento do instituto da posse: a sua possibilidade de defesa – que em última instância define quem deve permanecer ou retomar a posse – e a condução à usucapião – que pode levar à aquisição da propriedade. Para a análise dessas duas questões, os tópicos de maior relevância costumam ser estes:

- a) a amplitude do elenco dos vícios da posse, tema refletido na divergência acerca do conceito de violência;⁴
- b) os efeitos da posse injusta no que tange à usucapião;⁵
- c) o significado exato da ideia de que o esbulhador não pode defender-se frente ao possuidor justo;⁶

4 Em menor medida, também existe divergência acerca dos termos “clandestinidade” e “precariedade”. Sobre o primeiro, pairam dúvidas sobre se poderia ocorrer durante o dia. A maior parte dos estudiosos utiliza o exemplo da posse que “é obtida às escondidas, de forma oculta, à surdina, na calada da noite” (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 59). “Posse clandestina é a adquirida furtivamente, de modo oculto, sem ciência dos interessados” (WALD, 2011, p. 90). Orlando Gomes, utiliza um exemplo que é quase tido como conceito: “(...) aquele que, à noite, muda a cerca divisória de seu terreno, apropriando-se de parte do prédio vizinho”. O conceito efetivamente dado pelo autor, porém, é mais amplo: “Posse clandestina é a que se adquire às ocultas. O possuidor a obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas”. Vê-se que o momento (dia ou noite) não é integrante do conceito, que se perfaz pelo apossamento realizado sem o conhecimento do possuidor. Caio Mário da Silva Pereira (2010b, p. 22) esclarece: “Clandestina é a posse que se adquire por via de um processo de ocultamento (*clam*), em relação àquele contra quem é praticado o apossamento. Contrapõe-se-lhe a que é tomada e exercida pública e abertamente. A clandestinidade é defeito relativo: oculta-se da pessoa que tem interesse em recuperar a coisa possuída *clam*, não obstante ostentar-se às escâncaras em relação aos demais”. Quanto ao segundo termo, “precariedade” majoritariamente se entende que decorre da quebra da confiança existente no ato de se negar a devolver o bem sobre o qual se tem posse quando instado a tanto. Divergem os autores sobre se esse vício poderia ser de algum modo sanado. É comum a citação do pensamento de Silvio Rodrigues (2009, p. 31), defensor da tese de que a precariedade não seria passível de convalidação porque o dever de restituição da coisa nunca cessa. Posiciona-se de maneira contrária a esse entendimento: Melo (2010, p. 48). Exemplo muito utilizado pela doutrina ao tratar da posse precária é o do locatário que se nega a devolver o bem locado. É o que se vê, por exemplo, em: Caio Mário da Silva Pereira (2010b, p. 22) e Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 70). Fábio Ulhóa Coelho (2010, p. 39-40) critica esse exemplo, nos seguintes termos: “(...) não há nenhum abuso de confiança por parte do locatário quando deixa de adimplir uma de suas obrigações contratuais. Ele é apenas um inadimplente. (...) O locatário não é alguém que recebe a detenção da coisa e, traindo a confiança do possuidor, resolve tomá-la para si. Não existe precariedade, portanto, no ato do locatário de ficar com o bem locado quando o devia devolver. (...) A ação judicial do locador visando a restituição do bem será apreciada à luz do direito das obrigações e não do das coisas – se o bem locado for imóvel, será necessariamente uma ação de despejo (Lei nº 8.245/91, art. 5º) (...). Se a posse do locatário se tornasse injusta, caberia a reintegração de posse, o que não é verdade”. Resta saber se há uma impossibilidade jurídica da utilização da ação possessória ou de uma inadequação tendo em vista a estratégia adotada pelo possuidor ao retomar o imóvel.

5 Alguns estudiosos não cuidam especificamente desse ponto e, ao tratarem da usucapião, referem-se apenas à boa-fé como requisito literalmente indicado no art. 1.242, sem se repetirem na explicação que anteriormente deram ao tema. É o que ocorre em: Monteiro (2011, p. 147-155) e Wald (2011, p. 114).

6 “Não se imagine (...) que a posse injusta se ache inteiramente desamparada. Ainda que se ressinta dos vícios (...), a posse pode ser defendida pelos interditos, não contra aquele, evidentemente, de quem foi tirada pela violência, pela clandestinidade, ou pelo abuso de confiança, mas contra terceiros, que eventualmente desejem arrebatar a posse para si” (MONTEIRO, 2011, p. 41). Parte da doutrina entende que essa relatividade decorre de uma dupla qualificação do esbulhador: possuidor justo perante terceiros e “possuidor direto” perante o esbulhado. “Nessa situação, temos que o possuidor injusto será reputado

d) em que termos é possível verificar plenamente uma independência entre os vícios objetivos e subjetivos;⁷

Tomando como referência a lista exposta na seção anterior, o primeiro desafio será o de verificar a controvérsia em torno da extensão do elenco de vícios da posse estabelecido pelo Código.

Basicamente, é possível resumir o problema da seguinte maneira: de um lado estão aqueles que entendem que a lei indica um conjunto fechado de possíveis vícios que a posse pode apresentar. Considerando-se o fato de que a violência, a clandestinidade e precariedade tornam a posse injusta, em todas as outras formas de aquisição a posse seria justa (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 82).

Do lado oposto estão os defensores da ideia de uma lista não exaustiva, pois isso significaria qualificar como “posse justa” a uma série de situações que afrontam ao direito, ainda que possam ser compreendidas como não enquadradas no conceito de violência, clandestinidade e precariedade (GONÇALVES, M., 1998, p. 53; LOUREIRO, 2008, p. 1090; GONÇALVES, C., 2011, p. 88).

Para a resolução dessa disputa, é fundamental saber quais os efeitos da posse injusta. Entre as mais variadas consequências, será enfocada aqui, como já indicado, somente a propalada impossibilidade de uso dos interditos possessórios⁸ e a repercussão da injustiça para fins de aquisição pela usucapião⁹.

2. A tese restritiva e a tese ampliativa dos vícios: caracterização da violência

A controvérsia sobre a extensão das situações viciosas pode ser pesquisada a partir da polêmica em torno do conceito de violência. É sobre esse vício que a doutrina normalmente faz uma análise mais detida. Em geral, paira sobre os estudos a sombra dos conflitos em torno da efetivação do

possuidor do bem face a um terceiro e possuidor direto ante ao desapossado injustamente que poderá, manejando a proteção interdita, recuperar o seu patrimônio vilipendiado” (MELO, 2010, p. 39; FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 86).

7 A doutrina costuma fazer referência à independência entre os vícios alertando que nem sempre uma posse de boa-fé será justa, da mesma forma que nem sempre uma posse de má-fé será injusta. É o que se vê em: “Em regra, a posse justa é uma posse de boa-fé, mas nada impede que haja uma posse justa qualificada pela má-fé” (PINTO, 2011, p. 505). E ainda: “Nem sempre se confundem os conceitos de posse justa e posse de boa-fé. Um possuidor de boa-fé pode ter posse injusta. (...) Também é perfeitamente possível que alguém possua de má-fé, sem que tenha obtido a posse de forma violenta, clandestina ou precária” (VENOSA, 2011, p. 74).

8 A importância do tema não escapa a melhor doutrina: “A proteção conferida ao possuidor é o principal efeito da posse” (GONÇALVES, 2011, p. 130).

9 “A posse injusta (...) Não se presta (...) para a percepção de frutos e para efeito de usucapião” (NADER, 2008, p. 47).

direito a moradia. É esse o problema que parece estar em jogo quando os defensores da tese restritiva chamam atenção para a relevância da função social na identificação dos vícios da posse (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 190).¹⁰ Subentende-se que a restrição à injustiça facilitaria o acesso a terra e a ampliação das chances de o possuidor usucapir o imóvel.

A doutrina concorda que a violência se materializa pelo uso da força, mas não existe consenso sobre em que circunstância ele efetivamente a caracterizaria. Não há dúvidas de que quando é utilizada diretamente contra uma pessoa, a força representa aquisição violenta, mas permanece a interrogação sobre se tal uso direcionado apenas indiretamente, sem que tenha ocorrido um conflito com alguém, seria suficiente para a materialização da injustiça da posse adquirida desse modo.

De acordo com a tese restritiva, somente os vícios expressamente indicados geram a injustiça da posse. O que essa corrente tem a dizer sobre a extensão do uso da força? Novamente o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald é importante para análise do problema, já que enfrentam a questão de maneira direta:

“A injustiça da posse é excepcional e o art. 1200 do Código Civil deve ser interpretado restritivamente. Assim, não é considerada violenta a posse caso o uso da força realize-se para a remoção de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas). Pensamos que só há violência quando o apossamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que se oponha a isto. Havendo abandono não é crível pensar em uma ‘presumida oposição’ por parte de um possuidor que se mostrou inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 82).¹¹

E os autores continuam desenvolvendo a sua posição em uma importante citação:

“O art. 1200 do Código Civil é uma norma exaustiva – *numerus clausus*. Caso se entenda tratar de dispositivo exemplificativo – ao argumento de a injustiça surgir em qualquer situação de aquisição contrária à vontade do possuidor originário –, mesmo aquele que adquirisse a posse à luz do dia, de forma ostensiva e sem preocupar-se em escondê-la de quem a abandonou, seria taxado de possuidor injusto. Assiste razão a

10 Não por acaso, nos trechos anteriormente destacados da obra de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010) e Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2009) o tema da posse violenta é tratada a partir de tal situação: a disputa pela terra por parte de movimentos sociais.

11 No mesmo sentido da tese restritiva: “A violência é dirigida contra o possuidor anterior, contra pessoas. Não é a violência praticada contra a coisa. Não atenta contra posse quem rompe obstáculos para ingressar em imóvel abandonado, não possuído e por ninguém reclamado, ou nas mesmas condições se apossa de coisa móvel de ninguém ou abandonada, porque nessas hipóteses não existe posse anterior” (VENOSA, 2011, p. 69).

Álvaro Bourguignon ao frisar que basta que a posse não seja violenta, clandestina ou precária para que seja considerada justa, pois ‘em nosso sistema não é o fundamento jurídico que a qualifica como tal, mas o fato ou ato material mediante o qual se adquire ou conserva’. Não podemos aderir a tese do *numerus apertus* por duas razões básicas: primeiro, se fosse concedida tal elasticidade ao conceito de injustiça da posse, a posse justa seria somente aquela adquirida por relação jurídica de direito real ou obrigacional, e aí estaríamos inadvertidamente introduzindo o juízo petitório no possessório, pois só a posse oriunda da propriedade seria passível de tutela, quando, em verdade, há uma autonomia entre a posse e a propriedade; segundo, aprofundaríamos o processo de exclusão social ao qualificarmos como posse injusta a corriqueira situação em que inúmeras famílias ocupam imóveis abandonados, nos quais os proprietários recusaram adimplemento ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF)” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 87).

Representativo da concepção diametralmente oposta, Marcus Vinícius Rios Gonçalves informa, em uma conhecida citação que:

“(…) ao enumerar os vícios da posse, não esgotou [o Código] as possibilidades pelas quais uma posse torna-se viciosa. Mais simples seria, pois, dizer que há posse viciosa quando houve esbulho, considerando tal expressão como a tomada de posse não permitida, nem autorizada. Inegável, portanto, que o que invade, ainda que a céu aberto, e sem incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 489 do Código Civil (art. 1200 do Código atual), ainda assim terá praticado esbulho, e ainda assim terá contaminado a posse por ele adquirida, em relação ao anterior proprietário” (GONÇALVES, M., 1998, p. 53).

No trecho indicado como exemplo da tese restritiva os autores entendem que:

“(…) só há violência quando o apossamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que se oponha a isto. Havendo abandono, não é crível pensar em uma ‘presumida oposição’ por parte de um possuidor que se mostrou inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 83).

Sem dúvida alguma a violência no ato de aquisição se materializa como força empregada *contra a vontade* do possuidor e, por tal razão, ela é indevida e repugna ao direito. Se há concordância do possuidor acerca do apossamento o emprego da força não tem razão de ser. A situação seria de transmissão da posse.

Mas o modo como o argumento seguinte é encaminhado dificulta a compreensão da tese de fundo. De início, lê-se que “Assim, não é considerada violenta a posse caso o uso da força realize-se para a remoção

de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas)” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 83).

A passagem dá a entender que se não houver um embate físico, não haverá violência no uso da força, razão pela qual a posse será justa. Mas esse raciocínio não mostra tudo sobre a tese dos autores, merecendo aprofundamento.

A existência de cercas e cadeados indica, sim, a vontade do titular da posse em resguardar o seu direito. Se o imóvel estiver vazio no momento da invasão, não haverá embate físico e nem por isso a posse será justa, porque não é a falta de alguém no imóvel que caracteriza a ausência de posse, e nem permite a conclusão de que o bem foi abandonado. Tanto é assim que o exemplo de Tartuce e Simão (2009, p. 57) é justamente este: “Posse violenta: Integrantes de um movimento popular invadem violentamente, removendo e destruindo obstáculos, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo sua função social”.

Fica claro que o peso maior para a caracterização da injustiça pela violência não está no fato de ela ter sido empregada contra uma pessoa ou apenas na remoção de obstáculos. Os autores sugerem que o uso da força para a obtenção da posse de um imóvel abandonado não gerará posse injusta quando ele tiver sido caracterizado dessa maneira, porque a função social estará sendo descumprida. A *contrario sensu*, quando a função social estiver sendo cumprida, mesmo a força empregada apenas na remoção de cercas e obstáculos caracterizará a violência geradora da posse injusta.

Só isso já é suficiente para que se possa reconhecer a pertinência da tese ampliadora dos vícios, pois autores têm considerado que a força pode qualificar a posse como injusta mesmo quando não é empregada diretamente contra uma pessoa, desde que o bem esteja cumprindo

a sua função social. Essa é uma hipótese que se enquadraria perfeitamente na linha ampliadora.

Corroborando essa tese, quando Marcus Vinícius Rios Gonçalves (1998, p. 53) faz a defesa da tese ampliadora, trata de uma situação na qual a função social não está em jogo: “o que invade, ainda que a céu aberto, e sem incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 489 do Código Civil (art. 1200 do Código atual), ainda assim terá praticado esbulho, e ainda assim terá contaminado a posse por ele adquirida, em relação ao anterior proprietário”.

Vê-se que não há um verdadeiro embate entre as correntes. A tese restritiva defende que a função social deve ser levada em consideração na qualificação dos vícios, de modo que, se ela estiver sendo cumprida, mesmo aquele que invade a “céu aberto” estará praticando esbulho.

Os defensores da tese da interpretação restritiva aduzem outros importantes argumentos para a consolidação de sua proposta. Em uma linha de argumentação consequencialista, entendem que a interpretação ampliadora dos vícios aumentaria de tal sorte as hipóteses de posse injusta, que apenas a posse “adquirida por relação jurídica de direito real ou obrigacional” seria capaz de gerar posse justa. Isso criaria uma indevida intromissão do “juízo petitório no possessório, pois só a posse oriunda da propriedade seria passível de tutela, quando, em verdade, há uma autonomia entre a posse e a propriedade”.

Não há dúvida de que a tese ampliadora, por definição, aumentaria as situações nas quais a posse injusta poderia ser verificada. Mas ainda, que na maior parte dos casos ela pudesse ser somente aquela que decorre de uma relação de direito real ou obrigacional, é importante lançar um questionamento sobre a conclusão: haveria mesmo uma confusão do petitório com o juízo possessório?

A polêmica acerca de uma eventual confusão entre o petitório e o possessório no direito

brasileiro é antiga.¹² De forma muito resumida, ela gira em torno do reconhecimento da autonomia da posse frente à propriedade,¹³ o que significa que nem sempre o detentor do título sairá vencedor em uma demanda possessória, pois posse e propriedade não necessariamente andam juntas. Assim, o juízo possessório cinge-se à verificação de quem realmente exerce a posse, ainda que não tenha um título que lhe dê um “direito a ter posse”, o que seria característico do juízo petitório.

O repúdio à confusão entre os âmbitos de análise pretende evitar que o proprietário tenha a posse decidida a seu favor somente por ser proprietário, sem ter conseguido comprovar que exerce efetivamente a posse sobre o bem. O pressuposto é justamente o fato de que nem sempre quem tem o título sairá vencedor em uma demanda possessória.

A qualificação da posse deriva de uma análise sobre o modo pelo qual ela foi adquirida. Essa dinâmica, salvo melhor juízo, permanecerá a mesma se houvesse uma ampliação das hipóteses de injustiça. O título indica apenas que ela foi obtida por uma via que não afronta ao direito, do mesmo modo que é possível dizer que ela é justa porque sua origem não remete à nenhuma das hipóteses do art. 1200 do Código Civil.

O juízo possessório pode ser organizado em torno de duas perguntas principais: “quem tem a posse”? e “quem merece ficar com a posse”? Assim, a primeira pergunta, “quem tem a pos-

se”?, continuaria sendo respondida a partir da verificação daquele que possui o exercício de fato dos poderes inerentes à propriedade, ao passo que a resposta à indagação: “quem tem a posse justa”?, permaneceria dependendo da análise da justiça ou injustiça da forma como foi adquirida.

A ampliação das hipóteses de injustiça poderia gerar o entendimento de que sempre que houvesse posse titulada, justa, ela prevaleceria sobre a injusta. Mas cabe a pergunta: o possuidor injusto não pode vencer o possuidor justo numa demanda possessória?

Ao que parece, sim, bastando reconhecer que, dependendo do tempo transcorrido entre o esbulho e a demanda, os requisitos para usucapião já podem ter-se consolidado, ainda mais se se levar em conta que em determinadas hipóteses os prazos são bastante curtos. Em tais condições, a tentativa de retomada da posse seria obstada pela alegação da usucapião.¹⁴

Da mesma forma, se o esbulhado tentasse retomar a posse pela força em momento posterior ao apossamento, o possuidor injusto teria condições de utilizar a ação de reintegração e sair vitorioso na demanda.¹⁵

Pelos exemplos, vê-se que nem sempre quem tem a posse titulada, justa, sairá vencedor em uma tentativa de retomada, do mesmo modo que nem sempre aquele que tem o título terá a posse.

A discordância entre a tese restritiva e a tese ampliativa não está na identificação das formas

12 A discussão remonta ao Código de 1916, em função da redação do artigo 505, permanecendo a relevância da Súmula 487 do STF para o entendimento da questão (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2011, p. 470-471).

13 No intuito de tornar inequívoca a autonomia da posse frente à propriedade, foi aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011 o Enunciado 492, de autoria de Gustavo Tepedino e Pablo Renteria (2011): “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”.

14 Nesse sentido: S. 237 do STJ: “O usucapião pode ser argüido em defesa”. Em função das peculiaridades do rito próprio da ação de usucapião, tal alegação só tem força para fazer com que o pedido de reivindicação seja julgado improcedente, não servindo, porém, para gerar título declaratório do domínio. Resp 725.222/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 28/06/2005.

15 “Art. 927. Incumbe ao autor provar: I – a sua posse; II – a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu; III – a data da turbacão ou do esbulho; IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.”

pelas quais os vícios podem materializar-se, mas no peso que a função social pode desempenhar na sua caracterização. A ampliativa não a tem como elemento relevante para a qualificação do apossamento, ao passo que, para a tese ampliativa, a função social teria importância fundamental.¹⁶

O desenvolvimento da tese restritiva ressalta ainda um aspecto importante, relativo à transmissão da posse. Considera-se que as hipóteses de vícios são exaustivas, de modo que fora dos casos tipificados haveria posse justa. Porém, isso não significa que a posse seja hígida, pois em pelo menos uma situação a posse pode ser interpretada como justa – desde que não tenha sido obtida por violência, clandestinidade ou precariedade –, mas, ao mesmo tempo, pode repudiar ao direito por outros motivos.

É o que ocorre na aquisição a *non domino* de uma posse originariamente viciada. Muitos doutrinadores consideram que haveria ali uma posse justa, porque não foi adquirida pela violência, mas ilegítima. É como pensa, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 38), ao entender que: “(...) se alguém encontrou na rua um envelope com dinheiro, cujo dono não é possível identificar e, em vez de o levar à autoridade policial, resolve apropriar-se do bem exerce posse de má-fé (tem plena consciência de que aquele dinheiro não é dele), mas justa (mansa, pacífica e induvidosa).” Parte-se do princípio de que a transferência da posse originalmente injusta seria capaz de sanar o vício na

aquisição, fazendo com que o adquirente tivesse posse justa. Esse será um argumento investigado posteriormente, dada a sua especificidade.

Por ora, é possível resumir a questão assim: a diferença entre as correntes está no maior ou menor peso dado à função social na caracterização dos vícios; não haveria invasão do petitório no possessório porque a identificação dos vícios seria feita da mesma forma que hoje, pela verificação de como a posse foi obtida. Ninguém passaria a “ser possuidor” por “ter posse justa”, da mesma forma que hoje ninguém “é possuidor” simplesmente por “ter um título”. Por fim, ressalte-se que o possuidor injusto pode vencer o justo numa demanda possessória, a depender do tempo em que ela ocorre.

Esse raciocínio parte do princípio de que é possível usucapir mesmo tendo posse injusta, o que é polêmico. Para que tal situação seja examinada, a próxima seção será dedicada ao exame das consequências de uma posse injusta.

3. Os efeitos da posse injusta: impossibilidade ou impropriedade na defesa da posse

É comum afirmar-se que o possuidor injusto não pode se utilizar dos interditos possessórios e que a posse injusta não é capaz de conduzir à usucapião. Essas duas teses serão examinadas nos tópicos adiante.

A doutrina é unânime em indicar que os vícios da posse são relativos (MONTEIRO, 2011, p. 41; TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 59; COELHO, 2010, p. 36; PEREIRA, 2010b, p. 22; LOUREIRO, 2008, p. 1090). A princípio, tal afirmação indica que o esbulhador não teria ação para a defesa de sua condição contra o esbulhado: “Verifica-se, pois, que o possuidor injusto não tem ação possessória contra aquele de quem a coisa foi tirada pela violência, clandestinidade ou precariedade” (BARROS, 2007,

¹⁶ Para a utilização da ação possessória, o CPC exige a prova da posse e do esbulho. É natural que se entenda que somente o possuidor justo teria condições de cumprir tais requisitos. Mas isso é apenas uma presunção relativa, porque, se o possuidor originalmente esbulhado recorrer à força para tentar retomá-la muito após a sua perda, possuidor atual, inicialmente injusto, terá todos os requisitos a seu favor: a posse, visto que o CPC não a qualifica como justa ou injusta, e o esbulho, agora cometido pelo possuidor originário. Em tais condições, a função social como elemento de qualificação da posse surge como uma questão de mérito, referente àquele que merece ficar com a posse.

p. 74; VENOSA, 2011, p. 67; GONÇALVES, C., 2011, p. 103). O que muitas vezes não fica claro é se a relatividade dos vícios impede o uso dos interditos pelo possuidor em virtude de uma proibição legal, ou esse uso é apenas impertinente. Segundo Arnaldo Rizzardo (2007, p. 97):

“Há situações especiais em que é incabível a ação possessória contra determinadas pessoas, permitidas relativamente a outras. Se alguém obteve a posse por atos de violência ou clandestinidade, é despropositada a ação dele contra o esbulhado, se este ingressa no imóvel, retomando-o espontaneamente.”¹⁷

A citação é exemplar da dúvida aqui exposta: a utilização dos interditos é “incabível” ou é “despropositada”? São hipóteses muito distintas, porque se ela é incabível, talvez a questão remeta aos requisitos para a propositura da ação, ocasião na qual ficaria constada a falta de interesse ou de legitimidade para a utilização do mecanismo processual. Se o manejo dos interditos for *despropositado*, então o problema será relativo à estratégia a ser utilizada pelo esbulhador na defesa de sua posição.

De início, vê-se que as ações possessórias servem para proteção da posse; e num cenário onde ela é ameaça, deve ser analisada a tese de que o esbulhador “não tem ação possessória” para se defender perante o esbulhado. Observando os requisitos para utilização de tais ações, é possível ler no CPC: “Art. 927. Incumbe ao autor provar: I – sua posse; II – a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu; III – a data da turbacão ou do esbulho; IV – a continuação da

posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.

Das exigências do artigo, não se vê ali nenhuma expressa proibição a utilização de tais ações pelo esbulhador. Resta, então, a segunda alternativa, ou seja, talvez o uso dos interditos seja impertinente.

Um exemplo pode ajudar a elucidar a questão: alguém invade propriedade alheia com uso da violência, caracterizando inegavelmente o vício na aquisição. O esbulhado tem duas possibilidades: a defesa imediata de sua posição por meio do conflito direto, no exercício de sua autodefesa,¹⁸ ou a busca de uma medida judicial para a posse perdida, ou seja, o uso de uma ação para reintegração da sua posse.

Nesse contexto, o esbulhador não poderia utilizar os interditos simplesmente porque tais ações servem para defesa da posse que, no caso, está com ele, o esbulhador, ainda que seja uma posse injusta. Se um dos requisitos para a ação de reintegração é a prova do esbulho, parece certo que o esbulhador não poderá utilizá-la tendo em vista a sua posição no imbróglio. Ou seja, não há uma proibição legal, mas uma impossibilidade lógica.

Exemplo 2: um terceiro pretende utilizar-se da ação de reintegração para pleitear judicialmente a posse esbulhada de outro. Será que isso é possível? Certamente que não. Mas não porque o esbulhador “tem uma ação” contra o terceiro que não teria contra o esbulhado, como se pode depreender da ideia de que os vícios “são relativos e, portanto, somente o esbulhado poderá alegá-lo”. A razão é que o terceiro não conseguirá provar a ocorrência do esbulho, um

17 A mesma dificuldade pode ser vista na citação de Paulo Nader (2008, p. 47): “A posse injusta não impede a proteção possessória em face de terceiro. O pleito só não tem cabimento em face de quem foi adquirida”. Novamente se impõe a pergunta: esse pleito não tem cabimento porque não é recomendável ou porque não é permitido pelo ordenamento?

18 Código Civil, art. 1210, par. 1º: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

dos requisitos para intentar a ação. A questão diz respeito à posição de cada um na relação processual.

Exemplo 3: um terceiro repele violentamente o possuidor injusto do imóvel. Este poderá retomar sua posse perante esse terceiro? Sem dúvida, pois terá todos os requisitos exigidos pelo CPC, uma vez que tinha a posse e sofreu esbulho.

Outro exemplo pode tornar a situação ainda um pouco mais clara, considerando agora a posição do possuidor justo que a perdeu para o esbulhador: se o esbulhado pretende retomar à força a posse que perdeu, muito tempo depois de o esbulho ter ocorrido, ele certamente estará agindo fora do seu direito. Ele precisaria utilizar os mecanismos processuais disponíveis para se ver reintegrado na posse, sem o quê estará valendo-se da justiça privada, ilegal em tal circunstância. Pergunta-se: o esbulhador, aquele que injustamente o retirou do imóvel não poderá utilizar a ação de reintegração na hipótese? Os requisitos exigidos pela lei, ao que parece, estariam presentes: a posse (ainda que originariamente injusta), o esbulho (perpetrado agora pelo antigo possuidor utilizando da força), e a perda da posse. A dinâmica seria a mesma se fosse um terceiro que tivesse retirado a posse à força do esbulhador, que poderia retomar a sua condição de possuidor, ainda que injusto, mediante o interdito.

De modo sintético, se tal raciocínio estiver correto, então não procede a ideia de que o esbulhador não pode utilizar-se das ações possessórias. A situação padrão por meio da qual o problema é enfrentado gera para ele um obstáculo intransponível, simplesmente porque quem esbulhou não tem como provar que sofreu o esbulho para poder utilizar-se da ação de reintegração. Da mesma maneira, se o esbulhado retomar pela força a posse perdida há tempos, o esbulhado terá todos os requisitos para intentar a ação de reintegração, demonstrando ainda uma vez que não existe o impedimento alegado pela doutrina.¹⁹

3.1. Efeitos da posse injusta: a questão da usucapião

Resta saber qual o efeito da qualificação da posse como injusta para fins de aquisição da propriedade pela usucapião. Grande parte da doutrina se posiciona claramente sobre o assunto. São comuns indicações do tipo: “aquele que tem posse injusta não tem posse usucapível, ou seja, não pode adquirir a coisa por usucapião” (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 59),

¹⁹ Outro aspecto ainda pode ser ressaltado. Diante do reconhecido caráter dúplice das ações possessórias, mesmo no caso padrão pelo qual o tema é tratado o esbulhador poderia intentar pedidos contra o autor da ação de reintegração como, por exemplo, ressarcimento dos valores gastos em benfeitorias. Em tais condições, ainda que esteja na posição de réu, parece inevitável que poderá tomar uma posição ativa na ação de reintegração.

entendimento compartilhado ainda por Arnaldo Rizzardo (2007, p. 276), Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 212), Marco Aurélio Bezerra de Melo (2010, p. 39) e Roberto Senise Lisboa (2011, p. 178). Em outras oportunidades, porém, fala-se que a “posse contestada não gera usucapião” (COELHO, 2010, p. 99), ou que a posse injusta pode gerar a aquisição pela usucapião unicamente na modalidade extraordinária (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 82).

Diante do quadro, é possível ter dúvidas concretas sobre como a questão deve ser entendida: é ou não possível usucapir tendo posse injusta? Somente na hipótese de usucapião extraordinária a posse pode ser injusta?

Um rápido exame das modalidades de usucapião presentes no Código Civil mostra que a hipótese na qual a posse é qualificada de forma vinculada aos vícios objetivos e subjetivos é a ordinária, prevista no art. 1242²⁰, ao exigir a posse seja “contínua, incontestada, com justo título e boa-fé.” Como tais qualidades devem ser encaradas? É o que se pretende examinar adiante.

3.2. O caráter incontestado da posse

Os dispositivos legais ora apresentam a expressão “contínua e incontestadamente”, ora tratam de uma posse exercida “sem interrupção nem oposição”. Parte considerável da doutrina costuma interpretar tais expressões como sinônimas de uma posse “mansa e pacífica”, em dois sentidos diferentes: o primeiro, como equivalente à posse justa, aquela que não foi adquirida de modo vicioso; o segundo, como a que não foi contestada por quem quer que seja (COELHO, 2010, p. 37; MONTEIRO, 2011, p. 41; VENOSA, 2011, p. 67).

Numa primeira acepção, posse “mansa e pacífica” seria necessariamente uma posse justa, porque se ela tiver sido adquirida mediante violência não será “mansa e pacífica” e, portanto, não dará ensejo à usucapião. É o que se lê no seguinte trecho:

“Deve-se apresentar, também, como pacífica ou incontestada, palavras empregadas no art. 1242 do Código em vigor. O termo expressa que ela se tenha estabelecido e se exerça desprovida de violência, quer física quer moral. Uns sustentam que os atos pelos quais se revelou não podem ter forçado uma deposição brutal do antigo possuidor, ou levando o mesmo

20 “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

a abandonar a coisa. Mas a *ratio* mais consentânea com a realidade e a interpretação vigente é que, apesar de maculada na sua origem pela violência, torna-se pacífica a partir do instante de cessação do vício. (...) Cumpre não venha, outrossim, revestida dos vícios da violência, precariedade e clandestinidade. Quer significar que deve ser justa, dentro dos parâmetros do art. 1200 do Código Civil” (RIZZARDO, 2007, p. 276).

É possível enfrentar a exigência de que a posse seja “mansa e pacífica” em sua própria substância, através da seguinte indagação: como a posse pode não ser “mansa e pacífica”? Existe uma posse “conturbada e conflituosa”? Ao que parece, não.

Enquanto houver um conflito em torno da obtenção da posse, ela na verdade não se terá consolidado como tal. É o próprio Código Civil que atesta essa impossibilidade no artigo 1208²¹. A situação mostra que enquanto houver conflito, não haverá posse, razão pela qual é possível considerar que ela só se materializará quando a paz em torno dela tiver sido estabelecida. Em tais condições, toda posse, por ser posse, pressupõe uma estabilização da sua condição para que haja exercício dos poderes inerentes à propriedade.

Rizzardo (2007) parece trilhar essa linha de raciocínio ao indicar: “... a *ratio* mais consentânea com a realidade e a interpretação vigente é que, apesar de maculada na sua origem pela violência, torna-se pacífica a partir do instante de cessação do vício.” No entanto, talvez no intuito de não reconhecer que uma posse injusta possa gerar usucapião, o autor faz referência a uma “cessação do vício” em momento posterior à violência, o que transforma a posse injusta em posse justa. Só assim é possível compreender a continuação do trecho, em que se lê: “Cumpre não venha, outrossim, revestida dos vícios da violência, precariedade e clandestinidade. Quer significar que deve ser justa, dentro dos parâmetros do art. 1200 do Código Civil”. Na verdade, mesmo considerando uma eventual cessação dos vícios²², a posse teria sido objeto de violência em sua origem, razão pela qual a tese parece contraditória.

21 Importante ainda ressaltar que parte da doutrina equivocadamente considera que existe “posse violenta, clandestina ou precária”, quando na verdade só existe posse após a cessação da violência, clandestinidade e da precariedade. A partir de então, haveria posse injusta. Em tais condições, é possível questionar a ideia de que o requisito da “mansidão ou pacificidade” impediria que uma posse adquirida mediante violência pudesse gerar a usucapião. E isso por um motivo simples: a violência, por exemplo, impôs-se para a aquisição da posse e somente após a sua cessação é que a posse surgiu. Se não foi contestada após esse momento inicial, então a posse é “mansa e pacífica” da mesma forma, porque após a sua consolidação, não houve qualquer tipo de questionamento capaz de mudar a situação.

22 Parte da doutrina considera que a passagem do tempo, por si só, é capaz de sanar o vício da posse, transformando uma posse inicialmente injusta em uma posse justa. “(...) se o adquirente a título clandestino ou violento provar que sua clandestinidade ou violência cessaram há mais de ano e dia, sua posse passa a ser reconhecida (CC, art. 1208), convalidando-se dos vícios que a maculavam” (DINIZ, 2012, p. 63). Considerando que

De todo modo, parece equivocado o argumento de que a posse adquirida pela violência não gera usucapião porque não é pacífica. Toda posse é pacífica, no sentido de que é estável. Se for instável é porque não se consolidou como tal e, portanto, o prazo para usucapião ainda não estará em curso. Enquanto houve violência, não houve posse. Se o esbulhado posteriormente se manteve inerte, parece que só forçadamente será possível dizer que a posse não é “contínua e incontestada” (ou “mansa e pacífica”).

A qualificação exigida pelo Código deve ser investigada por partes. Quando se exige a continuidade, o objetivo é evitar a interrupção do exercício da posse sobre o imóvel que se quer usucapir. Isso é o mesmo que dizer que o usucapiente deverá ter exercido ele mesmo todo o tempo necessário para a usucapião ou, na hipótese de soma das posses, que a dele tenha sido adicionada à do seu imediato antecessor.

Por outro lado, quando se faz referência a uma posse “incontestada”, tal requisito pode ser interpretado como referente àquela que nunca sofreu qualquer objeção de quem quer que seja (COELHO, 2010, p. 99),²³ e parte da doutrina considerada a expressão “mansa e pacífica” nesse sentido. Roberto Senise Lisboa segue essa linha de raciocínio, utilizando a expressão “mansa e pacífica” como sinônima de “incontestada”: “Mansa e pacífica é aquela que não veio a sofrer qualquer espécie de oposição por parte do proprietário ou de terceiro” (LISBOA, 2011, p. 179).

Também esse modo de compreender a exigência não é adequado, pelo simples fato de que o direito de ação é incondicionado,²⁴ razão pela qual é impossível impedir que alguém tenha a sua condição de possuidor contestada judicialmente. Exigir ainda que a posse não tenha sido materialmente contestada, pelo eventual uso da força de quem quer que seja, é ainda mais improvável.

O artigo exige que o possuidor tenha estado nessa condição de modo contínuo e incontestado. Pois bem. Ver em que momento a posse

tal convalescimento pelo tempo deve ser analisado “caso a caso”: “(...) é comum afirmar, conciliando-se o art. 1208 do CC com o art. 924 do CPC, que, após um ano e um dia do ato de violência ou de clandestinidade, a posse deixa de ser injusta e passa a ser justa. Apesar desse entendimento (...) filiamo-nos à corrente que prega a análise dessa cessação caso a caso, de acordo com a finalidade social da posse” (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 58; MELO, 2010, p. 59-60). De modo acertado e contrário a este entendimento: “Há nessa posição um erro de perspectiva. (...) enquanto perdurar a violência e a clandestinidade, nem posse existe, mas mera detenção. Quando cessam é que nasce a posse injusta. A posse injusta somente se converte em posse justa se mudar o que ela tem de ilícito, ou seja, a sua causa. Logo, somente com a inversão da *causa possessionis*, da razão pela qual se possui, é possível a conversão da posse injusta em justa, porque se retira a ilicitude de sua origem” (LOUREIRO, 2008, p. 1092).

23 “Para o período exigido é necessário não ter a posse sofrido impugnação” (VENOSA, 2011, p. 212).

24 A única hipótese de condicionamento do direito de ação no direito brasileiro é relativo à Justiça Desportiva. CF art. 5º, XXXV, c/c, CF art. 217, par. 1º.

é contestada também é relevante para o cumprimento do requisito. Se o esbulhador tiver permanecido em sua posse durante todo o período necessário para usucapir, uma eventual tentativa de retomada por parte do esbulhador não seria capaz de impedir a aquisição. O esbulhador se defenderia alegando usucapião.

O posicionamento doutrinário correto é o que interpreta a exigência no sentido de que a posse não tenha sido retomada pelo seu legítimo titular, como se lê em: “Para que a posse se configure como mansa e pacífica, não pode ter sido objeto de contestação levada a cabo pelo proprietário contra o qual se deseja usucapir, desde que este seja titular de interesse juridicamente tutelado e desde que não seja vencido na ação possessória” (TEPEDINO, 2010, p. 313-314). Trata-se de uma forma de manter alguma pertinência no requisito legal, mas que, no fundo, é absolutamente inócua: se o possuidor justo, uma vez esbulhado, tiver sido reintegrado judicialmente à sua posse, logicamente o esbulhador não terá direito à usucapião simplesmente porque não terá mais a posse e não porque ela foi “contestada”. Exigir que o usucapiente não tenha perdido a posse para alguém com melhor direito é o mesmo que exigir que ele ainda seja possuidor quando pleitear a aquisição pela usucapião.

Tais conclusões mostram que tanto a exigência de que a posse seja “mansa e pacífica”, quanto a de que ela seja “incontestada” parecem supérfluas. Isso porque “mansa e pacífica” ela sempre será por se ter estabilizado como posse, ao passo que “incontestada” ela pode não ser em hipótese alguma, o que mostra a impropriedade da exigência.²⁵

3.3. A relação entre vícios objetivos e subjetivos

Em geral, a investigação dos vícios da posse é feita junto com um alerta: o de que há uma independência entre os vícios objetivos e subjetivos. Segundo essa interpretação, a posse pode ser, por exemplo, justa e de boa-fé; injusta e de má-fé; injusta e de boa-fé; justa e de má-fé. O pensamento de Orlando Gomes (2010, p. 50) destaca-se nessa linha de entendimento:

“Não há coincidência necessária entre a posse justa e a posse de boa-fé. À primeira vista, toda posse justa deveria ser de boa-fé e toda posse de boa-fé deveria ser justa. Mas, a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquire de quem

²⁵ A tese pode ser ainda criticada por ser aplicável tanto ao possuidor justo quanto ao injusto. Imagine-se o caso de um possuidor justo e não proprietário. Se ele tiver a sua posse contestada judicialmente por um terceiro que venha a ser derrotado na disputa, não poderá usucapir o bem por não ter posse “incontestada”?

a obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência; Também é possível que alguém possua de má-fé, embora não tenha posse violenta, clandestina ou precária.”

Se a posse de boa-fé é aquela onde se ignora o vício ou obstáculo existente, causa estranheza a possibilidade de ela ser qualificada ao mesmo tempo como justa e de boa-fé. Se ela é justa, não há vício nem obstáculo na forma como foi adquirida. Em tais condições, a afirmação de que “à primeira vista, toda posse justa deveria ser de boa-fé e toda posse de boa-fé deveria ser justa” não parece correta. Como isso é possível?

Boa-fé é ignorância dos vícios ou obstáculos. “Ignorar” e “conhecer” são verbos transitivos, ou seja, sempre e necessariamente remetem a *algo* que se ignora ou conhece, sem o que não fariam sentido. Tanto no estado de boa-fé quanto no de má-fé, o possuidor é aquele que ignora ou conhece os vícios ou obstáculos que maculam a sua posse. Se é assim, então nas duas hipóteses a posse apresenta problemas, ou seja, não se trata de uma posse hígida. Conhecendo-o ou não, o vício está lá, isto é, trata-se de uma posse injusta²⁶. Uma posse justa e de boa-fé seria um *nonsense*.

Isso compromete a ideia de uma verdadeira independência entre os vícios objetivos e subjetivos, porque só há um vício subjetivo porque há um vício objetivo, o que seria uma forma bastante razoável de interpretação. É incômoda a ideia de que possa existir um vício subjetivo sem que nada exista objetivamente para ser ignorado ou conhecido.

A única forma de compatibilizar a ideia de uma posse justa com aquela em que o possuidor ignora o vício ou obstáculo é realizando uma diferenciação entre os conceitos de “vício” e de “obstáculo”.²⁷ Desse modo seria possível dizer que a posse é justa, por não ter sido adquirida mediante violência, clandestinidade ou precariedade, mas, por qualquer outro motivo que seja, ela repugna ao direito. Em qual situação isso ocorreria? O exemplo normalmente indicado é o da aquisição a *non domino*. Aquele

26 Arnoldo Wald (2011, p. 91) faz menção a essa peculiaridade: “Devemos distinguir a posse de boa-fé da posse justa. É justa quando inexiste vício na sua aquisição e é de boa-fé quando o possuidor ignora a existência do vício mencionado”.

27 A mesma dificuldade fica patente no seguinte trecho: “(...) é perfeitamente possível que alguém possua de má-fé, sem que tenha obtido a posse de forma violenta, clandestina ou precária” (VENOSA, 2011, p. 75). Em outro trecho o autor escreve: “Se o sucessor recebe posse injusta, ser-lhe-á conveniente iniciar e defender a existência de novo período possessório para livrar-se da mácula da posse anterior” (VENOSA, 2011, p. 77). Se o possuidor não obteve por nenhum modo vicioso, a sua posse é justa. Para que seja “justa” e de má-fé, é preciso que exista um obstáculo não ignorado e que interfira no seu exercício regular. Mas se ele inicia nova contagem do prazo prescricional por saber do defeito da posse, ainda que ela seja “depurada” da mácula, ele não poderá usucapir na modalidade ordinária, porque ele não terá a boa-fé exigida pela lei. De nada adiantaria realizar essa “depuração” se ela é consciente, ou seja, com conhecimento dos vícios originariamente presentes. Sendo de má-fé, não gera usucapião ordinária.

que adquiriu de quem esbulhou não comete vício. Não tendo ciência da forma como a posse foi adquirida, terá posse justa e de boa-fé.

Mas existem outros aspectos na citação de Orlando Gomes que precisam ser analisados. Na continuidade do trecho destacado é possível ler que:

“Mas, a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquire de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência; Também é possível que alguém possua de má-fé, embora não tenha posse violenta, clandestina ou precária” (GOMES, 2010, p. 50).

Fica claro que existem situações que não se enquadram na categoria dos vícios, mas o autor trata-as como geradoras da posse injusta, ainda que não equiparáveis às formas viciosas tradicionalmente conhecidas. A aquisição da posse de quem a obteve injustamente não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 1200, mas como classificá-la? A posse adquirida nesses termos é justa ou injusta?

A dúvida transparece na própria escrita de Orlando Gomes (2010), porque no primeiro trecho destacado ele parece fazer uma diferenciação entre “vício” e “obstáculo”, e só assim é possível compreender uma posse que seja justa e de boa-fé. A posse seria justa porque não foi adquirida de modo vicioso, mas repudia ao direito de outro modo, como na aquisição a *non domino* sendo, portanto, ilegítima. Mas na sequência, o autor cuida dessa situação indicando que a “transmissão dos vícios permite que um possuidor tenha posse injusta, se adquire de quem obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência”. O trecho dá a impressão de que se a posse é originariamente injusta; então, ela permanecerá assim após a transmissão.

Em verdade, a resposta toca em um ponto bastante polêmico, referente à transmissão dos vícios originários da posse. Parte da doutrina considera que a transmissão seria mecanismo capaz de sanar os vícios decorrentes do modo violento, clandestino ou precário pelo qual a posse foi adquirida, fazendo com que o sucessor tenha, portanto, posse justa, ainda que ilegítima. Se tiver conhecimento dos vícios presentes na origem da posse que adquiriu, a posse será “justa”, porque não se enquadrará nas situações descritas no art. 1200, mas de má-fé, porque saberá o modo como foi obtida inicialmente (COELHO, 2010, p. 38). Por outro lado, se o possuidor ignora os vícios presentes na aquisição da posse que recebeu, ela será “justa” e de “boa-fé”.

Todavia, considerar que a transmissão é capaz de livrar a posse injusta de seu vício de origem contraria o sistema do próprio Código. Se injustiça encerra um defeito, não seria possível transmitir a posse sem ele, em respeito à regra, própria da teoria geral do Direito Civil, de que ninguém pode transmitir melhor direito do que possui.²⁸ Assim, a transmissão da posse injusta não modificaria sua qualificação, de

28 Caio Mário (2010a, p. 397) esclarece a questão de forma absolutamente precisa, valendo a transcrição da passagem: “Se por aquisição originária, problema é apenas a investigação do fato da aquisição, sem se cogitar da fase anterior ao instante em que a relação jurídica surgiu para o titular. Desde que assentada a justaposição do sujeito ao direito, em virtude do fato aquisitivo hábil, e a observância das prescrições legais, conclui-se pela sua pureza. Se, ao revés, é derivada, será preciso cogitar se o fenômeno da aquisição foi regular, e, também, da integridade do direito preexistente, de vez que, se não era escorreito no antecessor, vicioso passou ao atual titular, pois ninguém pode transferir mais direitos do que tem: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”. Nessa linha de entendimento, foi aprovado na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011, o Enunciado 494, de autoria de Gustavo Tepedino, Marcus Dantas e Pablo Renteria (2011): “A faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo da posse de seu antecessor não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre do vício objetivo que maculava a posse anterior”. Posicionando-se favoravelmente a este entendimento, ver: Farias e Rosendvald (2012, p. 84).

modo que, seja de boa ou má-fé, ela permaneceria como posse injusta. É a esse aspecto que Orlando Gomes (2010, p. 50) se refere quando escreve: “Mas a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquire de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência”.

Diante do quadro exposto, vê-se que só é possível falar de uma posse “justa” e de “boa-fé”, fazendo uma diferenciação entre os “vícios” e “obstáculos” e considerando, ainda, que a transmissão da posse originariamente viciada é capaz de torná-la justa.

É preciso ressaltar ainda que os especialistas realizam todo esse percurso interpretativo para evitar aqueles mesmos supostos efeitos nocivos que a doutrina costuma enxergar como consequência da posse injusta, quais sejam, a “inexistência de ação” para defesa frente ao possuidor esbulhado e a “impossibilidade” de usucapir o bem. É o que se lê no seguinte trecho: “Se o autor da herança transmite ao herdeiro posse injusta, esta continuará necessariamente com o vício. O sucessor singular tem a prerrogativa de escolher unir sua posse à do antecessor ou não. Esse aspecto ganha importância no usucapião” (VENOSA, 2011, p. 77). Ambos os efeitos já foram analisados anteriormente, tendo como referência a aquisição originária da posse. Como ficariam na hipótese de aquisição derivada?

O CPC exige a demonstração do esbulho para que se intente a ação de reintegração de posse. Novamente, a posição ocupada pelo adquirente o impediria de ser posto como réu numa possessória porque a aquisição derivada não equivale ao esbulho perpetrado originariamente. Mas existe uma exceção: se o adquirente estiver de má-fé, ou seja, tiver conhecimento desse vício original ele passa a ser uma espécie de cúmplice do esbulhador, podendo figurar no polo passivo da ação de reintegração. Estabelece o Código Civil: “Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era”.

O que salta os olhos aqui é o fato de que o elemento fundamental para a utilização da possessória contra o adquirente não está na qualificação da sua posse como “injusta” ou “ilegítima”, que é irrelevante para esse fim, mas sim no conhecimento ou não do vício de origem.

O segundo motivo pelo qual os doutrinadores procuram restringir as hipóteses de posse injusta diz respeito à usucapião e aqui também a questão relevante é o conhecimento ou desconhecimento do possuidor acerca deles.

Se a posse de boa-fé é aquela em que o possuidor ignora o vício ou obstáculo, nada impede a usucapião de uma posse injusta ou “ilegítima”, desde que o usucapiente desconheça a injustiça da sua posse. Nesse sentido:

“As posses violenta e clandestina, na verdade, só nascem quando cessam os ilícitos. Enquanto perduram, são simples detenção. O que se exige é que durante o prazo necessário à usucapião não haja atos violentos ou clandestinos, embora a posse seja injusta, porque a sua causa original é ilícita. Prova intuitiva maior disso é que, se alguém invadir com violência uma gleba de terras e, cessada a reação do esbulhado, permanecer por mais de quinze anos sem ser molestado, terá usucapião, apesar da injustiça original de sua posse” (LOUREIRO, 2008, p. 1093).

É certo que aquele que invadiu um imóvel mediante violência não poderá alegar desconhecimento do vício existente no seu ato. Impossível, portanto, usucapir pela modalidade ordinária, mas não pelo fato da posse ser injusta, e sim por não haver como alegar ignorância.²⁹ Mas no caso da aquisição a *non domino*, como no exemplo citado por Orlando Gomes (2010), a transmissão dos vícios permite que o possuidor de boa-fé tenha posse injusta. Em tal circunstância, mesmo a usucapião na modalidade ordinária seria cabível.

Conclusão

De tudo o que foi visto sobre a maior ou menor extensão do elenco de vícios da posse, percebe-se os que consideram a função social um elemento fundamental para a sua caracterização, e aqueles que simplesmente não se referem a ela para realização dessa tarefa. Não é possível, portanto, falar de uma divergência uma vez que as correntes não se servem das mesmas referências para a construção de suas teses. Ambas concordam que, por exemplo, a remoção de cercas e obstáculos para o apossamento de um imóvel produtivo gerará uma posse injusta. O que está em jogo é a importância da função social na qualificação da posse.

Os defensores da tese restritiva partem do princípio de que o possuidor injusto não teria como defender sua posição frente ao esbulhado, e ficou demonstrado que esse raciocínio pode ser francamente problematizado. Isso porque a defesa da posse ocorre por parte de quem a perdeu ou está sendo atacado, e as possibilidades de defesa dependem do momento da contestação da posse, da pessoa que a realiza, e de outros elementos que tornam o tema bem mais complexo do que possa parecer à primeira vista.

O outro efeito da posse injusta que motiva os defensores da tese restritiva diz respeito à usucapião. Eles entendem que a injustiça impede a aquisição por essa via. Isso também pôde ser contestado pela verificação

²⁹ Da mesma forma, surge aqui o tema do momento em que a boa-fé se transforma em má-fé pela contestação da posse. Possível encontrar aqui uma relação entre posse “mansa e pacífica” e uma posse de boa-fé.

de que a legislação dá maior ênfase ao vício subjetivo para caracterização da posse apta a esse fim. Sendo “injusta” ou “ilegítima” a posse precisa ser é de “boa-fé” para que seja capaz de gerar a aquisição pela usucapião.

Mesmo a aquisição *a non domino* pode ser contestada como exemplo em que haveria posse justa, mas ilegítima. Para tanto, basta o reconhecimento de que ninguém pode transmitir melhor direito do que possui, de modo que o possuidor injusto não pode transmitir uma posse justa. Assim, mesmo o entendimento de que a aquisição da posse pelo terceiro não se enquadra em uma das modalidades expressamente indicadas no art. 1200 do Código Civil – pois que não é hipótese de violência, de clandestinidade ou precariedade – não é capaz de afastar a qualificação da posse como injusta. Isso mostra que o elenco de vícios não é exaustivo, havendo injustiça para além das situações ali traçadas.

Ao final, percebe-se ainda que mesmo alguns dos mais perniciosos efeitos decorrentes da injustiça da posse podem ser relativizados, já que o possuidor injusto tem mecanismos processuais de defesa da sua condição, além de ser possível usucapir mesmo tendo posse injusta, desde que, na modalidade ordinária, haja boa-fé.

Referências

- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil: direito das coisas e responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. v. 3.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil: direito das coisas e direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2008.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil e teoria geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010a. v. 1.

_____. *Instituições do Direito Civil: direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010b. v. 4.

PINTO, Cristiano Sobral. *Direito Civil sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2009. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____; DANTAS, Marcus; RENTERIA, Pablo. ENUNCIADO 494: V Jornada de Direito Civil. *Conselho de Justiça Federal*, Brasília, nov. 2011.

_____; RENTERIA, Pablo. ENUNCIADO 492: V Jornada de Direito Civil. *Conselho de Justiça Federal*, Brasília, nov. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

Aspectos penais do trabalho escravo

CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito. 3. A existência de exploração. 4. Trabalho forçado. 4.1. Trabalho degradante. 5. Imputação objetiva. 6. Conclusão.

1. Introdução

O trabalho humano conheceu diversos paradigmas de organização no vólcver histórico e isso é refletido nas variadas formas de exercício do labor que existem atualmente. Sendo o trabalho um valor e uma categoria de análise para diversas ciências, tal como para a Economia e o Direito, ele é peça fundamental na explicação de significativo número de fenômenos sociais. Um desses fenômenos, historicamente concebido, apresenta-se com força renovada, conquanto legalmente proscrito. Trata-se do trabalho escravo, uma chaga que aflige grande quantidade de trabalhadores rurais e que, em face de suas características e dos bens jurídicos envolvidos, especialmente a liberdade e a dignidade, atinge a própria sociedade brasileira. Não se pode esquecer que é mediante a liberdade que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. E a liberdade da pessoa física constitui a primeira forma de liberdade que o homem deve conquistar. Ela se opõe ao estado de prisão ou ao estado de escravidão, conduta condenada, posto que praticada legalmente por centenas de anos no mundo (GOULART, 2006, p. 499-500).

Nas primeiras leituras feitas sobre a questão do trabalho escravo, para analisar quase uma centena de processos que tramitavam na Justiça Federal de Marabá/PA, deparei-me com um livro de Eugenio Florian, renomado autor italiano, chamado *Delitti contro la libertà individuale*, escrito em 1936. Nessa obra, ele falava sobre a escravização – *l'asservimento*

Carlos Henrique Borlido Haddad é mestre e doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); professor adjunto da UFMG; e juiz federal.

– de trabalhadores nas fazendas brasileiras. O curioso não foi o fato de alguém da Itália fazer referência ao trabalho escravo no Brasil, na década de 1930. O surpreendente foi o fato de Nelson Hungria, autor do anteprojeto do Código Penal de 1940, ter dito que Florian conhecia o Brasil tão imperfeitamente quanto o idioma que aqui se fala.

Passadas mais de sete décadas desde a afirmação de Florian, encontram-se em debate no Congresso Nacional meios de erradicar o trabalho escravo no Brasil, como extrair pela raiz o mal causado pelo específico delito. A mais conhecida discussão refere-se à proposta de emenda constitucional que determina o confisco de propriedades em que for flagrada a prática de escravidão e seu encaminhamento para reforma agrária ou uso social. Além das alterações legislativas, muitos esforços têm sido empreendidos para, quimicamente, extinguir o trabalho escravo. E parte desses esforços passa pelo sistema de justiça criminal. Quanto a isso, tenho certa legitimidade para falar sobre a Justiça Federal, que, em novembro de 2006, foi indicada pelo Supremo Tribunal Federal como órgão competente para processar e julgar os crimes de trabalho escravo.

O trabalho escravo será analisado estritamente sob o enfoque jurídico, com realce dos aspectos penais, especialmente porque o contato com a matéria se limitou ao elevado número de processos que tramitaram na Subseção Judiciária de Marabá/PA.

2. Conceito

A conceituação do trabalho escravo depende, em grande medida, da conformação da figura penal prevista no art. 149 do Código Penal, mormente porque o conceito de escravidão fornecido pela Convenção sobre a escravatura, da Liga das Nações, é bastante limitado.

O trabalho escravo, como crime, não é a expressão mais adequada a se adotar. A figura delituosa é o plágio, que consiste em reduzir alguém a condição análoga à de escravo. A condição de escravo, em verdade, está abolida porque ninguém pode ser juridicamente considerado como tal. Uma coisa é o escravo sobre o qual se exercia o direito de propriedade; outra é o trabalho dele, exercido em condições similares às aquelas de tempos idos. Entretanto, a utilização da expressão de forma reduzida – trabalho escravo – não contém impropriedade pela abreviação do nome jurídico, em razão da maior facilidade de assimilação da ideia que a expressão léxica abriga.

As características do trabalho escravo moderno sofisticaram-se. A assimilação da ideia que a expressão contém gera certa perplexidade. Se utilizarmos a técnica de associação livre de palavras, as primeiras imagens que vêm à mente quando se fala em escravidão estão relacionadas à privação de liberdade, correntes, grilhões, chibatadas e senzala. Talvez seja por isso que sempre se imaginou que o crime apenas estaria caracterizado quando pessoas fossem encontradas acorrentadas em senzala oitocentista. Não é por outra razão que Bento de Faria (1958, p. 335) afirmava que o dispositivo do art. 149 do Código Penal “é de pura ornamentação, pois raramente será aplicável”. E, realmente, se pensarmos em escravos acorrentados em senzalas, na mais de uma centena de processos que tramitam ou já tramitaram na Subseção Judiciária de Marabá, em nenhum deles haveria a demonstração do trabalho escravo.

Portanto, é preciso analisar a questão sob outro enfoque. Se ponderarmos os efeitos do tempo sobre a sociedade, será constatado que houve uma evolução, uma melhora nas condições de vida da população em geral.

A cidade de Gramado, no Rio Grande do Sul, é essencialmente turística e altamente

organizada, habitada por muitas pessoas de pele clara, em região de clima temperado. Foi colonizada por alemães e italianos e o primeiro hotel contava, em 1918, com quatro camas, duas de ferro e duas de lona. Hoje, Gramado possui dezenas de hotéis e pousadas, cada um com mais atrativos, luxo e conforto do que o outro, o que demonstra que houve melhora nas condições de vida, em virtude do avançar dos anos.

Passaram-se mais de 120 anos desde a abolição da escravatura, pois a história da escravidão no país teve fim no dia 13 de maio de 1888, com a Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel. Antes disso, Petrópolis já existia e Dom Pedro II e sua corte tinham o hábito de passar boas temporadas na cidade. A viagem para lá durava dias, mas hoje, de automóvel, é feita em cerca de uma hora, partindo-se do Rio de Janeiro. Não é uma situação muito mais confortável?

Por fim, hoje se consegue falar ao telefone para os Estados Unidos, via Skype, pagando-se apenas cinco centavos por minuto. Em 1930, um minuto de conversa entre americanos e ingleses custava o equivalente a 300 dólares. As comodidades não ficaram mais baratas?

Nos dias atuais, o ser humano possui comodidades, conforto, facilidades e luxos que antes não conhecia. Maior expectativa de vida, melhores recursos médicos, mais conhecimento e informação, uso mais abrangente da tecnologia, meios de transporte e de comunicação mais eficientes e baratos. Se tudo experimentou evolução, não se pode conceber que a concepção de trabalho escravo não tenha sofrido igual progresso, salvo, obviamente, exceções que sinalizam um estado patológico, atrasado e ameaçado.

O Código Penal previa, desde 1940, o crime de plágio, que consistia em reduzir alguém a condição análoga à de escravo. Em 11 de dezembro de 2003, o tipo penal foi alterado pela Lei nº 10.803 e passou a contar com a seguinte redação:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”.

Anteriormente, reduzir alguém a condição similar à de um escravo equivalia a tipo específico de sequestro ou cárcere privado, uma vez que os escravos não possuíam um dos bens mais sagrados dos seres humanos, que é a liberdade, associado à imposição de maus-tratos ou à prática da violência. A Lei nº 10.803/03 “teve nitidamente por finalidade atacar o grave problema brasileiro do ‘trabalho escravo’, muito comum em fazendas e zonas afastadas dos centros urbanos, onde trabalhadores são submetidos a condições degradantes de sobrevivência e de atividade laborativa, muitos sem a remuneração mínima estipulada em lei, sem os benefícios da legislação trabalhista e, o que é pior, levados a viver em condições semelhantes a dos escravos, de triste memória na nossa história” (NUCCI, 2006, p. 625).

Desde a década de 1940, quando editado o Código Penal, a figura típica valia-se, de modo integral, da interpretação analógica. O modelo de conduta proibida era baseado em processo comparativo, sem o qual não se conseguia che-

gar à definição do delito (NUCCI, 2006, p. 626). Era preciso conhecer a condição de vida dos escravos para aferir se a suposta vítima recebia tratamento equiparado. Nessa comparação, avultava a importância da privação da liberdade e do completo estado de sujeição, que são as marcas consagradoras da escravidão pré-republicana, com suas correntes e grilhões, em que o escravo era objeto de posse e propriedade.

A reforma legislativa dispensou o recurso à analogia, pois, expressamente, indicou o que se entende como situação análoga à de escravo. Ao fazer a indicação do que seria essa condição, não se limitou a apontar a privação ou restrição da liberdade, mas também especificou que a submissão a trabalhos forçados, a jornada exaustiva ou a condições degradantes de trabalho, em caráter alternativo, preencheria o tipo penal.

Atualmente, há duas modalidades básicas de trabalho escravo: uma em que não há nenhuma alusão ao cerceamento da liberdade de locomoção e outra em que o crime somente se caracteriza quando o ir e vir é restringido. A submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva ou a condições degradantes de trabalho insere-se na redução a condição análoga à de escravo que prescinde da restrição da liberdade de locomoção. Embora a submissão a trabalhos forçados possa caracterizar-se pelo emprego de coação física (*vis absoluta*) sobre o obreiro que é obrigado a expender sua força de trabalho, o que importaria em restrição à liberdade de locomoção, a lei não afasta, ou melhor, permite a configuração do crime por meio da coação moral (*vis compulsiva*). O tipo penal satisfaz-se com o emprego de ameaça que leve o trabalhador a desenvolver atividade contra seu poder de escolha, sem que, necessariamente, haja restrição da liberdade de ir e vir. Por sua vez, a redução a condição similar à de escravo fica caracterizada quando há restrição, por qualquer meio, da liberdade de locomoção, por causa de dívida contraída com o empregador ou preposto, por força de cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador e em razão de vigilância ostensiva no local de trabalho ou de retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador.

Até o advento da nova redação do art. 149 do Código Penal, o tipo fazia referência apenas a reduzir alguém a condição análoga à de escravo, o que podia ser compreendido como o fato de o sujeito transformar a vítima em pessoa totalmente submissa à sua vontade, como se escravo fosse. Mas, a partir da nova redação, o crime passou a poder caracterizar-se independentemente da privação de liberdade. Não há mais necessidade de recorrer ao art. 7º, item 2, “c”, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional para obter o conceito de escravidão – o exercício de algum ou de todos os atributos do direito de propriedade sobre um indivíduo, incluindo o exercício desses atributos no tráfico de pessoas, em particular

mulheres e crianças – a fim de aferir o enquadramento da conduta ao tipo penal, especialmente porque não se deve confundir a escravidão com a condição análoga à de escravo. O ordenamento jurídico vigente não visa conceituar nem punir o trabalho escravo no sentido estrito do termo, mas dar ao tema tratamento mais abrangente; tanto é verdade que a expressão empregada é a de “condição análoga à de escravo”.

De acordo com Leite (2005, p. 169),

“a leitura atenta do preceptivo em causa está a revelar que a legislação pátria é mais abrangente do que a prevista na Convenção n. 29 da OIT, na medida em que amplia o conceito de trabalho em condições de escravidão, não se limitando a considerá-lo apenas sob o enfoque de cerceio da liberdade do trabalhador. Dito de outro modo, a lei brasileira considera trabalho em condições análogas à de escravo não apenas quando há cerceio da liberdade de trabalhar, mas também quando existentes condições de trabalho degradantes ou jornada exaustiva. Torna-se factível afirmar, portanto, que, em nosso ordenamento jurídico, o trabalho em condições análogas à de escravo constitui gênero que tem como espécies o trabalho forçado, o trabalho em condições degradantes e o trabalho realizado em jornada exaustiva”.

A norma penal, ao consagrar que o trabalho em condição análoga à de escravo caracteriza-se pela ocorrência do trabalho forçado ou pelas condições degradantes de trabalho, demonstra que a definição jurídica moderna de trabalho escravo não se limita apenas à restrição da liberdade de locomoção e da liberdade de utilização das potencialidades do obreiro (físicas e mentais), pois o trabalho escravo pode ocorrer, também, quando o trabalhador é submetido a condições laborais degradantes, que possibilitem a afetação da dignidade do ser humano (ARAÚJO JÚNIOR, 2006, p. 15-6).

A lei penal, ao tipificar a redução a condição análoga à de escravo, prescinde de que essa condição seja igual àquela em que viviam os escravos do Império Romano ou do Brasil colonial. Não se pode continuar adotando uma concepção caricatural da escravidão pré-republicana, como se todos os escravos vivessem cercados e vigiados vinte e quatro horas por dia. Essa caricatura tem levado um segmento doutrinário e jurisprudencial a entender que só há o crime de trabalho escravo se houver também o delito de cárcere privado (PRUDENTE, 2006, p. 43).

A nova redação do art. 149 do Código Penal incluiu as expressões “empregador”, “trabalhador”, “trabalhos forçados”, “jornadas exaustivas” e “local de trabalho”. O artigo seria topologicamente mais bem colocado caso fosse inserido no capítulo que trata dos crimes contra a organização do trabalho. Não há que se negar que reduzir alguém a condição análoga à de escravo atenta também contra a organização do trabalho,

genericamente considerada, a despeito de o crime ser classificado entre aqueles que violam a liberdade individual.

Deve-se compreender, a partir da vigência da Lei nº 10.803/03, que a lesão à liberdade pessoal provocada pelo crime de redução a condição análoga à de escravo não se restringe à movimentação ambulatorial, pois o leque de abrangência do tipo penal foi aumentado. Em verdade, os delitos inscritos no Título I, Capítulo VI, Seção I, da Parte Especial do Código Penal não se vinculam exclusivamente à tutela da liberdade de locomoção, como se pode perceber pela análise do delito de ameaça, inserido na mesma seção. A proteção dirige-se à liberdade pessoal, em que se inclui a liberdade de autodeterminação, segundo a qual a pessoa tem a faculdade de decidir o que fazer, como, quando e onde fazer.

3. A existência de exploração

Todas as condutas descritas no tipo penal, quando realizadas, levam a uma constatação: há exploração abusiva da força de trabalho. A submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva pretende extrair do trabalhador prestação laboral além do normalmente exigido, que ultrapassa suas limitações físicas, no intuito exclusivo de beneficiar o empregador. A sujeição a condições degradantes de trabalho, mesmo que o labor se desenvolva em limites físicos moderados, representa para o empregador maior oportunidade de lucro, porque se paga por prestação de serviço de baixo custo. A restrição, por qualquer meio, da liberdade de locomoção, por causa de dívida contraída com o empregador ou preposto, por força de cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador e em razão de vigilância ostensiva no local de trabalho ou de retenção de documentos ou objetos pessoais

do trabalhador, também possui a finalidade inequívoca de obter mais do que a ordinária força de trabalho pode oferecer. A vinculação do trabalhador ao local de prestação de serviço, seja por meio de coação física, tal como a vigilância ostensiva, seja por força de coação moral, a exemplo da servidão por dívida ou da retenção de documentos e objetos pessoais, garante a permanência da mão de obra na frente de trabalho por mais tempo do que determina a lei e constitui a forma mais evidente de utilizar a força do labor contínua e ininterruptamente.

Em todas essas situações, percebe-se grande desequilíbrio de forças, que vai além da mera subordinação que estigmatiza a relação de trabalho. Há exploração abusiva da força de trabalho e, mais do que privação da liberdade de locomoção, a liberdade de autodeterminação do trabalhador de poder colocar fim à exploração é o que se pretende tutelar. E não há dúvida de que a liberdade de autodeterminação, na maioria das vezes, está comprometida, pois “a estrutura econômica que estimula a concentração de renda e amplia a miséria promove a formação de um exército de reserva de trabalhadores dispostos a aceitar as piores condições em troca de um trabalho que lhe permita o sustento próprio e de sua família” (PALO NETO, 2008, p. 96).

Conquanto sejam degradantes as condições de labor em quase todos os processos que envolvem trabalho escravo, quase todos os trabalhadores resgatados pela equipe de fiscalização veem a situação de dominação e exploração a que estão submetidos como natural. Essa atitude de submissão e de aceitação do desamparo é, sem dúvida, fator que contribui para a perpetuação do trabalho escravo na região Sul do Pará (ROCHAS, 2003). A situação explica-se porque os trabalhadores

“caracterizam-se por serem pessoas iletradas, analfabetas ou com pouquíssimos anos de estudo. Quando traçamos um perfil de gênero,

descobrimos que são homens em sua grande maioria (98%), entre 18 e 40 anos (75%), que possuem como único capital de trabalho a força bruta e por isso são utilizados em árduas tarefas, principalmente na derrubada da floresta ou na limpeza da área já devastada (o conhecido roço da juquirá) para o plantio de pastos (80% dos casos) ou de outros insumos agrícolas” (AUDI, 2006, p. 77).

Em suma, o nível de reivindicações dos trabalhadores é baixíssimo.

Contudo, não se pode falar, diante desse conformismo, que há consentimento do trabalhador, o que seria causa de exclusão da ilicitude. Ou o consentimento é viciado, em face da exploração da miséria e da necessidade, ou se tutela bem indisponível. A inconsciência da vítima ou o seu consentimento não elidem o crime, em razão da indisponibilidade dos direitos protegidos (DE JESUS, 2001, p. 503; MIRABETE, 2005, p. 1183; NORONHA, 1996, p. 172). Como dizia Néelson Hungria (1945, p. 184), ninguém pode abdicar, total e indefinidamente, de seu *status libertatis*, pois isso importaria a anulação da própria personalidade.

É bastante provável que, entre as condições de subsistência dos trabalhadores “resgatados” e aquelas existentes no local de trabalho, não haja muita distinção. Tanto em sua residência, precariamente edificada, sem condições mínimas de salubridade e conforto, quanto no ambiente de trabalho, perceber-se-á a semelhança das situações. Se miserável é em casa, miserável continuará no local de trabalho, o que obstará a que se falasse na existência de aviltamento ou rebaixamento.

A grande diferença, contudo, reside na exploração a que fica submetido no ambiente de trabalho. A situação de indignidade experimentada no lar é fruto de deficiências individuais e sociais muitas vezes insuperáveis. A indignidade vivida no ambiente de trabalho é resultado da

exploração excessiva e irregular da mão de obra. O trabalho, que deveria funcionar como meio de libertação para alcançar melhor padrão de vida, não o propicia e, em si, é mal que contribui para a perpetuação das condições degradantes de vida do trabalhador.

A essência de qualquer forma de escravidão é a exploração da força de trabalho humana. Sem essa intenção exploratória, o fato social ou o ilícito penal poderá ser outro, mas de escravidão não se trata (PRUDENTE, 2006, p. 22). O trabalho que explora a miséria e a necessidade do trabalhador viola a dignidade da pessoa e é, portanto, degradante, independentemente do fato de as habituais condições de vida dele não serem comparativamente melhores. Uma coisa é a miséria como condição pessoal; outra, como palco em que se encena a exploração. Se o empregador pode fornecer condições dignas de labor, mas se omite em assim proceder, deixa clara a intenção de exploração predatória da força de trabalho, revela o dolo que informa sua conduta e autoriza incida o juízo de reprovação pela culpabilidade demonstrada.

Portanto, o delito descrito no art. 149 do Código Penal não se perfaz com a simples sujeição de trabalhadores a condições degradantes, a jornada exaustiva, entre outras situações. Outrossim, não depende, sempre, da demonstração de se ter limitado a liberdade de locomoção do trabalhador. Somente estará realmente configurado quando, praticando-se as condutas descritas no tipo penal, violar-se a liberdade de trabalho, que nada mais é do que a capacidade de o empregado autodeterminar-se e poder validamente decidir sobre as condições em que desenvolverá a prestação de serviço.

4. Trabalho forçado

O nome “trabalho forçado” teve sua origem na Organização Internacional do Trabalho

(OIT), que, em suas Convenções de nºs 29 e 105, utilizou a expressão para tratar do tema. Compreendia a escravidão e a servidão por dívida como formas tradicionais de trabalho forçado. A ele equiparava-se o trabalho compulsório.

O texto da Convenção nº 29 da OIT, em seu art. 2º, define o trabalho forçado ou obrigatório como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo, sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. O trabalho forçado não é criminalizado; ao revés, encontra respaldo no texto internacional, porque se admite que o indivíduo possa ser submetido a trabalhos obrigatórios por até 60 dias, a cada ano. O número de horas trabalhadas deverá ser o mesmo adotado para o trabalho livre, com pagamento suplementar dos excessos e com um dia de repouso semanal. O pagamento pelo trabalho deverá ser feito diretamente àquele que o presta e não ao seu chefe ou a qualquer autoridade.

Da definição e regulação encartadas no texto da Convenção nº 29 infere-se que o trabalho forçado, porque exigido contra a vontade do trabalhador, mesmo durante o período transitório em que será admitido até sua supressão final, deverá garantir o respeito à dignidade (ANDRADE, 2006, p. 13).

A nota característica do trabalho forçado é a liberdade. Quando o trabalhador não pode decidir pela aceitação do trabalho ou por sua interrupção ou cessação, há trabalho forçado. Como já dito, hodiernamente, o trabalho escravo não se vincula à liberdade, pois pode existir onde não haja restrição à locomoção. É suficiente que sejam degradantes as condições de trabalho. A liberdade ambulatorial não é mais o fundamento maior violado, mas sim outro mais amplo, consistente na liberdade de autodeterminação.

Todavia, o trabalho forçado foi equiparado, pela lei penal, a condição análoga à de escravo. O labor compulsório passou a ser uma das formas em que se manifesta o trabalho escravo, ao contrário do que preconiza a Convenção nº 105 da OIT, que previa a escravidão e a servidão por dívida como espécies do gênero trabalho forçado. Foi com base nas convenções da OIT que Andrade (2006, p. 14) concluiu que “trabalho forçado é, pois, uma categoria ampla, que envolve diversas modalidades de trabalho involuntário, inclusive o escravo”, na contramão do que restou estabelecido pelo Código Penal brasileiro.

4.1. Trabalho degradante

A esmagadora maioria dos processos criminais em que se apurava a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal, se resultou em condenação, foi sob a modalidade de condições degradantes de trabalho.

Degradação significa rebaixamento, indignidade ou aviltamento de algo. O tipo penal é aberto e cabe ao magistrado aferir o que seriam condições degradantes de trabalho, elemento normativo cheio de significados. O norte mais seguro a ser seguido é o recurso à legislação trabalhista, que disciplina as condições mínimas apropriadas ao trabalho humano. Não se pode dizer que a nova redação do art. 149 do Código Penal trouxe normas penais em branco, como defende Belisário (2005, p. 11), a despeito de necessitar da complementação da legislação trabalhista para se extrair significado jurídico-penal. O recurso às normas do trabalho mostra-se mandatário porque, como já dito, o crime atenta também contra a organização do trabalho, genericamente considerada, a despeito de ser classificado entre aqueles que violam a liberdade individual.

Por outro lado, não é qualquer constrangimento gerado por irregularidades nas relações laborais que determina a incidência do dispositivo. Por condições degradantes entendem-se as aviltantes ou humilhantes, não apenas em geral consideradas, mas também em face das condições pessoais da vítima, que afrontem a sua dignidade. Trabalho degradante apresenta conceito negativo, pois é aquele a que faltam condições mínimas de saúde e segurança, moradia e higiene, respeito e alimentação. Nessas circunstâncias, negam-se direitos básicos ao trabalhador, que é transformado em coisa e a quem se atribui preço, sempre o menor possível. Trabalho degradante é aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o desconsidera como sujeito de direitos, que o rebaixa e prejudica, e, em face de condições adversas, deteriora sua saúde (ANDRADE, 2006, p. 13).

A Unidade de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego, cujo trabalho foi responsável pela “libertação” de milhares de trabalhadores em condições análogas às de

escravo, comumente aponta, como aspectos dos trabalhos desenvolvidos em condições degradantes: a inexistência de água potável e de alojamento adequado; ausência de material para primeiros socorros no local de trabalho e de acomodações indevidas para os trabalhadores; falta de instalações sanitárias adequadas e de cozinha e refeitório para o preparo e consumo da alimentação; inexistência de fornecimento de equipamentos de proteção; fornecimento oneroso de alimentação e outros gêneros, inclusive equipamento de trabalho; ausência de exames médicos admissionais, periódicos e demissionais; manutenção de cantina para venda de artigos diversos aos trabalhadores; falta de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e do pagamento do salário legal; jornada de trabalho excessiva, acima dos limites previstos na legislação, falta de descansos e folgas legalmente estatuídas; servidão por dívida.

De todas as características acima citadas, algumas se afastam do trabalho degradante e mais se aproximam da mera infringência à legislação trabalhista. Simples irregularidades, como ausência de exames de saúde admissionais, periódicos e demissionais, não podem ser confundidas com trabalho degradante. Entretanto, boa parte das condições de trabalho mencionadas revela menoscabo com o trabalhador e com sua dignidade, de forma que podem ser consideradas como aviltantes.

Admitir empregado que não possua CTPS viola o art. 13 da CLT; deixar de manter abrigo para proteger os trabalhadores contra intempéries nos trabalhos a céu aberto ofende o art. 157, I, da CLT c/c o item 21.1 da NR-21 da Portaria nº 3.214/78; manter empregado trabalhando sob condições contrárias às disposições de proteção ao trabalho atenta contra o art. 444 da CLT; estipular pagamento de salário por período superior a um mês e deixar de efetuar, até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido, o pa-

gamento integral do salário mensal devido ao empregado fere o art. 459, *caput* e § 1º, da CLT; deixar de disponibilizar aos trabalhadores instalações sanitárias contraria o que é prescrito no art. 13 da Lei nº 5.889/73 c/c o item 31.23.1, “a”, da NR-31, texto da Portaria nº 86/2005; deixar de disponibilizar aos trabalhadores locais para refeição lesa o art. 13 da Lei nº 5.889/73 c/c o item 31.23.1, “b”, da NR-31, texto da Portaria nº 86/2005; deixar de disponibilizar aos trabalhadores alojamentos, quando houver permanência deles no estabelecimento nos períodos entre as jornadas de trabalho, ofende o art. 13 da Lei nº 5.889/73 c/c o item 31.23.1, “c”, da NR-31, texto da Portaria nº 86/2005; limitar, por qualquer forma, a liberdade do empregado de dispor de seu salário atenta contra o art. 462, § 4º, da CLT; deixar de disponibilizar aos trabalhadores alojados local adequado para preparo de alimentos fere o art. 13 da Lei nº 5.889/73 c/c o item 31.23.1, “d”, da NR-31, texto da Portaria nº 86/2005; deixar de fornecer aos trabalhadores, gratuitamente, equipamentos de proteção individual (EPI), quando necessário, vai de encontro ao disposto no art. 13 da Lei nº 5.889/73 c/c o item 31.20.1 da NR-31, texto da Portaria nº 86/2005; deixar de disponibilizar água potável e fresca em quantidade suficiente nos locais de trabalho viola o art. 13 da Lei nº 5.889/73 c/c o item 31.23.9 da NR-31, texto da Portaria nº 86/2005; deixar de equipar o estabelecimento rural com material necessário à prestação de primeiros socorros, considerando-se as características da atividade desenvolvida, fere o art. 13 da Lei nº 5.889/73 c/c o item 31.5.1.3.6 da NR-31, texto da Portaria nº 86/2005.

A conduta não pode ser considerada penalmente típica e ilícita por simplesmente desrespeitar imposições normativas de proteção ao trabalhador, mas por desprezar condições mínimas de labor. Trabalho degradante, ressalte-se novamente, apresenta conceito negativo, pois

é aquele a que faltam condições mínimas de saúde e segurança, moradia e higiene, respeito e alimentação. Nessas circunstâncias, negam-se direitos básicos ao trabalhador, cujo gozo permite distingui-lo dos demais seres vivos.

Por outro lado, o trabalho penoso e extenuante, que implica sacrifício físico e mental, não será considerado degradante se os direitos trabalhistas forem preservados e as condições adversas, mitigadas ou compensadas. A mitigação pode ser feita mediante o fornecimento de equipamentos de proteção, ao passo que a compensação, por meio do pagamento de adicionais e gratificações.

5. Imputação objetiva

Não é incomum o proprietário do imóvel rural onde foram encontrados trabalhadores em condições degradantes de labor valer-se da figura do “gato” ou empreiteiro para isentar-se de responsabilidade pela situação detectada. A própria Lei do Trabalho Rural, Lei nº 5.889/73, facilita essa conduta na medida em que reconhece a figura do empreiteiro no processo de intermediação da mão de obra (PALO NETO, 2008, p. 73). Constata-se que alguns acusados tencionam valer-se de brecha legal para imputar responsabilidade criminal a pessoas que não ostentam idoneidade financeira e formação educacional e, portanto, são mais propensas a aceitar resignadamente essa imputação. Valem-se de falsas terceirizações ou empreitadas – já reconhecidas como tais pela fiscalização do Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE) –, que visam a eximi-los de toda a responsabilidade como empregador.

Em Direito Penal, vigora o princípio da primazia da realidade sobre a forma, até mesmo como meio de se desvendar a culpabilidade pelo fato e não do autor. O recurso ao posicionamento jurisprudencial no âmbito trabalhista

afigura-se relevante para aplicar similar raciocínio em matéria criminal e bem definir a responsabilidade do empregador que comete crime nessa condição.

Em regra, sempre é importante verificar se houve empreitada ou terceirização de serviços propriamente dita, para saber se o âmbito é o previsto na Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1 do TST, específico para a responsabilização do dono da obra, ou se é aplicável a Súmula nº 331 do TST, específica para a terceirização. A Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1 do colendo TST não tem a extensão que normalmente lhe é dada. Tal verbete deriva da necessidade de proteger a pessoa natural, na maior parte das vezes, que empreende a reforma ou a construção de bem de sua propriedade, com finalidade domiciliar, sem qualquer intuito econômico.

As avenças firmadas com “gatos”, na verdade, são autênticas terceirizações de serviços, pois não trazem o período de vigência, nem se referem a obra certa, uma vez que os serviços e prazos de execução se dão conforme pedidos do contratante. É inaplicável a OJ nº 191 da SDI-1 do TST, porque as atividades desenvolvidas sob o comando do “gato” não objetivam empreender reforma ou construção no imóvel rural e possuem intrínseca finalidade econômica. Assim, estando caracterizada a terceirização de serviços, aplica-se o entendimento consagrado na Súmula 331, inciso IV, do colendo TST, a qual determina que, nos casos de terceirização, a entidade tomadora é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo empregador, porque se beneficiou diretamente da prestação dos serviços.

Idêntico raciocínio deve ser estendido à seara penal, sob pena de se atribuir responsabilidade a pessoas iletradas e hipossuficientes economicamente, que melhor se enquadrariam na condição de vítimas em vez de autoras.

É indubitável que o dispêndio de esforço físico pelos trabalhadores se reverte em prol do imóvel rural dos proprietários, que devem ser responsabilizados pelo que ocorre no local. A atividade exercida por eles, em regra, é essencial ao empreendimento da fazenda, sendo, pois, ilícita a terceirização que se perpetra. O princípio norteador dessa responsabilização proclama que aquele que se beneficia direta ou indiretamente do esforço laborativo humano deve responder, também, pelas obrigações decorrentes da sua prestação.

A tentativa de terceirizar os trabalhos desenvolvidos em imóvel rural pode ser forma de buscar, com artifício, encobrir o vínculo empregatício e, conseqüentemente, lesar o art. 9º da CLT, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos legais.

É possível imputar objetivamente a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal aos proprietários de imóveis rurais em vez de inculpar os “gatos”. O resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente imputado a seu autor quando sua atuação tenha criado, em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco (ou perigo) juridicamente proibida e tal risco se tenha materializado em resultado típico. A imputação do tipo pressupõe que o resultado tenha sido causado pelo risco não permitido criado pelo agente. Isso significa que, estando o risco produzido dentro do que normalmente se admite e se tolera socialmente, não caberá a imputação objetiva do tipo, ainda quando se cuide de ação dolosa que cause lesão ao bem jurídico de que se trate.

O proprietário de imóvel rural cria situação de risco não permitida ao delegar a “gatos” a contratação de trabalhadores e ao deixar de cumprir o papel que corresponde à expectativa de quem criou a regra, pois se omite em prover condições dignas de trabalho a pessoas que passaram a prestar serviços na fazenda. A contratação do “empreiteiro”, ato que, por si só, enquadrar-se-ia dentro do que é normalmente permitido, apresenta feições atípicas, pois envolve, geralmente, pessoa sem idoneidade financeira para suportar os ônus da prestação de serviço em condições dignas e salubres. O fato de ter pleno conhecimento de como se desenvolve a prestação do trabalho, do local onde os trabalhadores são instalados, de onde extraem água para consumo e se há ou não fornecimento de equipamentos de proteção reforça a ideia de que o proprietário rural responde pelo crime.

Como assevera Jakobs (2000, p. 58), “é certo que todos respondem exclusivamente por seu próprio injusto, mas não é certo que o injusto próprio só possa ser o injusto realizado de mão própria; tal afirmação chegaria a excluir completamente toda participação na fase prévia”. Dessa forma, mesmo que os proprietários de imóvel rural não desempenhem todos os atos que culminem na consumação do delito de plágio, imputa-se a eles o tipo objetivo porque ficam vinculados à infração não só quando concorrem para a realização pelas próprias mãos, mas também quando existe razão para imputar como próprio o ocorrido.

6. Conclusão

As formas contemporâneas de trabalho escravo configuram lesão aos direitos de liberdade individual e à dignidade humana, consagrados em nossa Constituição. A escravidão de nosso tempo apresenta características distintas daquela existente outrora, mas não deixa de ser reflexo da estrutura agrária brasileira, construída ao longo de nossa história pela mentalidade latifundiária e concentradora de terra, com violentas relações de dominação e opressão.

O Código Penal apresenta-se como norma decisiva para a conceituação do trabalho escravo, que pode ser caracterizado, alternativamente, das seguintes formas: submissão a trabalhos forçados; submissão a jornada exaustiva; trabalho em condições degradantes; restrição da locomoção por dívidas; cerceio do uso de meio de transporte para reter trabalhador no local de trabalho; vigilância ostensiva ou retenção de documentos com o fito de impedir que o obreiro deixe o local de trabalho.

A persistência do trabalho escravo no país explica-se pela existência de relações sociais de dominação e pela manutenção da mentalidade do latifúndio. A eliminação do trabalho escravo nas fazendas brasileiras depende necessariamente da superação da estrutura agrária violenta e desigual, caracterizada historicamente por relações sociais de dominação e poder. Não se trata, exclusivamente, de um problema jurídico. Não se cuida apenas de uma questão penal. O trabalho escravo não pode ser enfrentado como problema isolado, compartimentalizado ou somente como um crime praticado factualmente, em contexto de baixa complexidade. Deve ser encarado sob os enfoques social, jurídico e econômico para se tentar reduzir cada vez mais a sua ocorrência.

Referências

- ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. A servidão por dívidas e o princípio da dignidade humana: apontamentos sobre trabalho escravo, forçado e degradante. *Synthesis Direito Do Trabalho Material e Processual*, São Paulo, n. 42, 2006.
- ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. Dano moral decorrente do trabalho em condição análoga à de escravo: âmbito individual e coletivo. *Decisório Trabalhista*, Curitiba, ano XI, n. 148, 2006.
- AUDI, Patrícia. A escravidão não abolida. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Org.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.
- BELISARIO, Luiz Guilherme. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos*. São Paulo: LTr, 2005.
- DE JESUS, Damásio E. *Código penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1958. 3 v.
- FLORIAN, Eugenio. *Delitti contro il sentimento religioso e la pieta dei defunti*: delitti contro la liberta individuale: titolo IV e titolo XII del libro II del codice penale. Milano: Vallardi, 1936.
- GOULART, Rodrigo Fortunato. Direitos humanos e o trabalho escravo no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*: decreto lei no. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 / Vol. 6, Arts. 137 a 154. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições análogas à de escravo. *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*, Porto Alegre, v. 71, p. 146-173, n. 2, maio/ago. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

PALO NETO, Vito. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

PRUDENTE, Wilson. *Crime de escravidão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROCHAS, Jan et al. *Report on a supplementary study of the magnitude of slave labor in Brazil (relatório inedito)*. Brasília: International Labor Organization, 2003.

O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal

IVAN LUIZ DA SILVA

Sumário

Introdução. 1. Evolução histórico-conceitual do bem jurídico-penal. 1.1. Os ideais do Iluminismo. 1.2. As considerações de Feuerbach e Birnbaum. 1.3. Bem jurídico-penal para Karl Binding e Franz von Liszt. 1.4. A concepção neokantiana de bem jurídico-penal. 1.5. Teorias contemporâneas do bem jurídico. 2. Aspectos conceituais do bem jurídico-penal. 3. Notas conclusivas.

Introdução

A formulação de normas penais nos sistemas jurídicos decorre da necessidade de proteger determinados bens, que se encontram sob tutela jurídica, observando-se numa escala de importância a preferência pelo objetivo de salvaguardar a existência do indivíduo. Assim, estabelecer os critérios de seleção desses bens e valores fundamentais da sociedade é tarefa árdua, pois exige estudo, compreensão dos valores humanos e a concretização desses valores na sociedade. Com efeito, é oportuna a lição de Miguel Navarrete (apud LIBERATI, 2000, p. 158) que alerta nestes termos: “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”. Diante disso, exsurge que o Direito Penal perde legitimidade e eficiência quando não exerce sua tutela sobre um bem jurídico essencial à convivência humana (LIBERATI, 2000, p. 158-159).

Portanto, vislumbra-se a existência de um intrínseco relacionamento entre bem jurídico a ser tutelado e a sanção punitiva estatal, configurando, pois, uma associação que delimita a extensão da pena em função do

Ivan Luiz da Silva
é doutor e mestre
em Direito Penal
pela Faculdade de
Direito do Recife
(Universidade Federal
de Pernambuco).
Coordenador Estadual
do IBCCRIM em
Alagoas. Professor.
Procurador de Estado/
AL. Advogado.

valor atribuído ao bem jurídico lesado. Desse modo, o bem jurídico é dotado de relevância e significado suficientes para ser objeto de proteção da norma penal, por meio da pena criminal (LIBERATI, 2000, p. 159).

Por conseguinte, é preciso conhecer, definir e escolher quais são esses bens jurídicos passíveis de prioridade de proteção da norma penal incriminadora. Isso porque, como ensina Régis Prado (1996, p. 17), os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal devem ser somente aqueles considerados fundamentais à convivência social pacífica, uma vez que devem estar integrados como valores essenciais de determinada sociedade e, como tais, carecedores de proteção jurídico-penal. De outro modo, Wilson Liberati (2000, p. 160) adverte que “seria incoerente reclamar a proteção desses bens jurídicos se não estivessem identificados com a própria maneira de viver dos indivíduos dentro daquela comunidade. Nesse caso a pena teria sua função desviada de sua finalidade, incorrendo em desastre social sua fixação para estabelecer e definir os acontecimentos da vida social”.

A necessidade de proteção dos bens jurídicos decorre das funções essenciais do Estado Democrático de Direito, consistindo essa determinação política num indício de que o Estado está preocupado em proteger os bens jurídicos que a própria sociedade consagrou como valores fundamentais (LIBERATI, 2000, p. 159). Diante disso, Wilson Liberati (2000, p. 160) destaca que: “o bem jurídico escolhido pela sociedade representa a base existencial do sistema de penas de qualquer Estado, transformando-se num instrumento limitador da intervenção estatal (...) com a identificação de objetos concretos de tutela penal, tornando-se ele a *ratio* e o próprio conteúdo da tutela penal”.

De modo semelhante, Régis Prado (1996, p. 19) preleciona que a concepção de bem jurídico-

-penal é de capital importância para o Direito Penal (garantista e cientificamente moderno), que é instrumento próprio do Estado Democrático Social de Direito, pois “o bem jurídico possui uma transcendência ontológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo dependem, não já a estruturação técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura” (PRADO, 1996, p. 19).

Em conclusão, é imperioso admitir que o exercício do poder-dever estatal de punir somente se justifica quando se destina a tutelar criminalmente valores (consagrados como bens jurídicos) essenciais à convivência social pacífica.

Assim, a definição e a compreensão da noção de bem jurídico-penal é uma das formas mais consistentes de analisar o Direito Penal, estando a intervenção penal indissolivelmente vinculada às determinações do bem jurídico. Isso porque o estudo do bem jurídico é a primeira forma consequente para se abordar a valoração de um comportamento incriminado. Desse modo, a noção de bem jurídico-penal assume uma relevância primordial para a análise de qualquer área incriminadora.

1. Evolução histórico-conceitual do bem jurídico-penal

O bem jurídico é um importante instrumento limitador da intervenção penal e sua compreensão exige uma abordagem historiográfica de sua evolução conceitual. Isso porque o bem jurídico, tendo sua origem na sociedade, é histórico. Nesse sentido, é oportuno o magistério de Alice Bianchini (2002, p. 39): “[o bem jurídico] não pertence à sociedade em abstrato, senão que surge de um sistema concreto de relações sociais em determinado período”.

1.1. Os ideais do Iluminismo

A ideia de bem jurídico-penal surgiu com a filosofia penal iluminista e com o nascimento do Direito Penal moderno (PRADO, 1996, p. 21). Saliente-se que durante o *Ancien Régime* o Direito Penal era produzido de forma anárquica e as definições do delito, feitas de forma indeterminada.

A filosofia penal iluminista tinha como postulado a garantia dos bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas (PRADO, 1996, p. 23). Para tanto, formulou um conceito material de delito: uma “violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa ou ao Estado” (PRADO, 1996, p. 23).

Nesse contexto, o direito subjetivo configura-se como um eficaz instrumento para garantir a liberdade do cidadão frente ao arbítrio penal estatal (PRADO, 1996, p. 24).

1.2. As considerações de Feuerbach e Birnbaum

No final do século XVIII, Feuerbach desenvolveu sua teoria dos direitos subjetivos, baseada no pensamento do contrato social. Para ele, o Estado só poderia intervir penalmente quando houvesse um delito que lesionasse algum direito do cidadão. Assim, a lesão aos direitos subjetivos dos membros da sociedade burguesa era tida como o núcleo do delito. Sem a lesão a direito subjetivo não haveria crime a ser punido (SILVEIRA, 2003, p. 38).

Já no período da Escola Histórica do Direito, J. M. F. Birnbaum publicou, em 1834, seu famoso estudo sobre a tutela da honra – *Über das Erforderniss einer Rechtsgutverletzung zum Begriff des Verbrechens* – que reestruturou, por completo, o Direito Penal. É a partir daí que se introduz no Direito Penal a ideia de bem, substituindo, definitivamente, o então vigente conceito de direito subjetivo. É essa, pois, a origem do moderno conceito de bem jurídico-penal.

Ensina Maria Ferreira da Cunha (1995, p. 46), todavia, que Birnbaum não chegou sequer a utilizar a expressão “bem jurídico”, mas uma série de expressões do tipo descritivo que se podem identificar com aquele conceito. Em decorrência de tal formulação. Foi-lhe atribuída a paternidade da concepção de bem jurídico.

1.3. Bem jurídico-penal para Karl Binding e Franz von Liszt

Para Binding, o delito consistia na lesão a um direito subjetivo do Estado, havendo, contudo, total correlação entre a norma e o bem jurídico – a primeira sendo a única e definitiva fonte de revelação deste (SILVEIRA,

2003, p. 43). Nesse sentido, Kaufmann (apud PRADO, 1996, p. 25) destaca que “toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes”, de modo que as formulações de Binding alicerçam a moderna concepção de bem jurídico.

Para Liszt (2003, p. 139), por sua vez, o Direito tem a finalidade de tutelar os interesses da vida humana, pois “a proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”.

Em síntese, Liszt entende que o bem jurídico não é um bem do Direito ou da ordem jurídica; ao contrário, é um bem do homem que o direito reconhece e protege.

1.4. A concepção neokantiana de bem jurídico-penal

No início do século XX, surgiram as orientações espiritualistas e normativistas que, sob a influência neokantiana, desenvolveram uma concepção teleológica do bem jurídico no direito penal (PRADO, 1996, p. 29). Ensina Maria Ferreira da Cunha (1995, p. 64-65) que a espiritualização e normatização do bem jurídico teve início com a obra de Richard Honig (em 1919), que passa a identificar o bem jurídico como a *ratio* da norma. Assim, bem jurídico é compreendido como o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais, “não se confundindo com os substratos da realidade em que os valores poderão assentar, a sua origem é normativa” (CUNHA, 1995, p. 65).

No sistema criminal neokantiano, bem jurídico é compreendido como um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal (PRADO, 1996, p. 29), ou seja, “valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social” (JESCHECK, 1993, p. 232).

1.5. Teorias contemporâneas do bem jurídico

Após a Segunda Guerra Mundial, há uma revalorização do conceito de bem jurídico, no sentido de se determinarem os limites da intervenção penal (SILVEIRA, 2003, p. 48). As duas principais vertentes teóricas são as sociológicas e as constitucionais.

a) Teorias sociológicas

As teorias sociológicas do bem jurídico apresentam variadas concepções; em geral, buscam identificar o conteúdo do bem jurídico a partir de “argumentos sistêmicos ou de danosidade social”.

No entanto, Régis Prado (1996, p. 35) assevera que “nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico

capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros”.

b) Teorias constitucionais

No atual estágio da ciência jurídica, a valoração constitucionalista é um juízo ao qual todos os setores do Direito devem ser submetidos. Assim, é imperioso que o bem jurídico penalmente tutelado tenha, ao menos implicitamente, respaldo na ordem constitucional, sob pena de faltar-lhe dignidade jurídica. Desse modo, tem-se como inconcebível a tutela penal de bens não consagrados constitucionalmente como objeto de proteção jurídico-penal, ou, por outro lado, que colidam com os valores albergados pela Carta Magna, uma vez que na Constituição estão inscritos os valores supremos da sociedade que a editou (BIANCHINI, 2002, p. 43).

Isso porque “decorre do caráter limitativo da tutela penal o dever dirigido ao legislador ordinário, de contemplar as diretrizes constitucionais, bem como os valores na Carta inseridos nas ocasiões em que sua tarefa implicar a definição de bens jurídicos” (BIANCHINI, 2002, p. 43).

Assim, as teorias constitucionais do bem jurídico procuram estabelecer critérios capazes de limitar a atividade legiferante em matéria penal (PRADO, 1996, p. 43-44). Com efeito, Régis Prado (1996, p. 67) destaca que:

“(...) o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo direito penal como ante o direito penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. (...) A conceituação material do bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra bem como um valor. Esta circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico”.

De fato, é a norma constitucional que contém os valores supremos consagrados pela sociedade que a editou, de modo que o legislador penal infraconstitucional não tem a prerrogativa de ignorar ou contrariar o quadro axiológico posto pela Constituição. (BIANCHINI, 2002, p. 43). Por conseguinte, cumpre concluir que o conceito de bem jurídico é extraído da própria Constituição (PRADO, 1996, p. 44).

As teorias constitucionais do bem jurídico são classificadas em: a) teorias constitucionais amplas; e b) teorias constitucionais de caráter

restrito. A divergência entre ambas consiste tão somente quanto à maneira de vinculação da norma constitucional (PRADO, 1996, p. 44): para as primeiras, a Constituição serve de parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem, no entanto, ser taxativa; para as segundas, o texto constitucional determina, efetiva e taxativamente, que bens jurídicos devem ser penalmente tutelados.

Alice Bianchini (2002, p. 44) sintetiza a concepção das teorias constitucionais amplas nestes termos:

“a Constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional. Ampla margem de liberdade, pois, é concedida ao legislador na sua tarefa criminalizadora. Esta liberdade é regrada por princípios como o da necessidade, o do merecimento e a ordem constitucional”.

As teorias constitucionais restritas, segundo Régis Prado (1996, p. 45), “orientou-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional”.

Essas teorias buscam conciliar, de um lado, os direitos do agressor que serão restringidos; e, de outro, os direitos da vítima e da sociedade. Desse modo, ensina Alice Bianchini (2002, p. 47): “só se poderão restringir direitos fundamentais do primeiro quando tiverem sido atingidos direitos igualmente fundamentais da segunda”. Assim, a aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destinam a tutelar os valores albergados na Constituição (BIANCHINI, 2002, p. 47).

Sob esse prisma constitucionalmente restrito, os bens jurídicos suscetíveis de tutela penal devem, inafastavelmente, refletir os valores constitucionais. Por consequência, apenas no Texto Magno podem ser encontrados os bens jurídicos penais, que também devem representar os bens socialmente relevantes (BIANCHINI, 2002, p. 47-48).

2. Aspectos conceituais do bem jurídico-penal

A conceituação do bem jurídico-penal tem variado conforme o contexto histórico e jurídico sob o qual é formulado. Isso porque, o bem jurídico é concebido como um produto sócio-histórico, ou seja, decorre

“de um sistema concreto de relações sociais em determinado período” (BIANCHINI, 2002, p. 37-39). Assim, no Estado moderno, a concepção do bem jurídico advém “das limitações impostas ao direito penal e deve ser compreendida a partir dos princípios e valores que determinam este tipo de estrutura política” (BIANCHINI, 2002, p. 37).

Vários são os conceitos doutrinários do bem jurídico penal; todavia, todos são insuficientes, pois, segundo Figueiredo Dias (1999, p. 62-63), a teoria do bem jurídico não se encontra desenvolvida suficientemente para formular com nitidez e segurança um conteúdo fechado e apto a indicar o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.

Não obstante, há certo consenso em torno do núcleo central do conceito do bem jurídico que permite defini-lo como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 1999, p. 62-63).

Bem jurídico, para Jescheck (1993, p. 6), são bens vitais e indispensáveis para a convivência humana em comunidade que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal.

Welzel (1997, p. 5), por sua vez, entende que “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. (...) é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”.

No Direito Penal brasileiro, merece destaque os ensinamentos de Régis Prado (1996) e Cunha Luna (1985), que inicialmente trataram profundamente o tema (BIANCHINI, 2002, p. 39). Para Régis Prado (1996, p. 56) “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto

ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”. Esses bens são indicados especificamente pela própria Constituição e aqueles que se encontram em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático (PRADO, 1996, p. 69).

Assim, Régis Prado (1996, p. 73) afirma que “o conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre o qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e um dado momento histórico-cultural”.

Por sua vez, Cunha Luna (1985, p. 134) conceitua bem jurídico como bem fundamental que mais se aproxima dos “direitos naturais” do indivíduo e da sociedade, considerando, pois, como direitos naturais aqueles profundamente sentidos e vividos, cuja postergação impede ou dificulta gravemente a manutenção e o desenvolvimento do homem e da coletividade considerados como um todo.

Alice Bianchini (2002, p. 35), por seu turno, entende que bem jurídico é “um produto da sociedade, o que limita a intervenção do direito penal à necessária prevenção de danos sociais, não lhe permitindo salvaguardar concepções de índole ideológica ou moral, ou mesmo para realizar finalidades transcendentais. Ademais, concebe o direito penal a função de realizar prestações públicas necessárias à proteção desses bens”.

Analisando-se as conceituações acima expostas algumas ilações podem ser apresentadas: 1ª) a existência de grandes divergências atinentes ao conceito de bem jurídico; 2ª) o consenso sobre critério de limitação da intervenção penal; 3ª) sua colocação como conteúdo material do delito; 4ª) os conceitos apresentados permitem a compreensão de seu significado e relevância, mas não informam os elementos a serem consi-

derados para que se possam identificar materialmente os bens jurídicos dignos de proteção penal (BIANCHINI, 2002, p. 42).

Ensina Alice Bianchini (2002, p. 42) que essa deficiência na delimitação concreto dos bens jurídicos penalmente tuteláveis decorre de uma limitação fática, uma vez que é “impossível aprisionar o bem jurídico num conceito hermético, que esgote qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo”.

De outro lado, impede salientar que a noção de bem jurídico e sua delimitação material depende da estruturação política do Estado em que se situa. Assim, cumpre reconhecer que a compreensão do catálogo de bens jurídicos penalmente tuteláveis de um Estado Democrático de Direito diverge daqueles Estados de cunho ditatorial (SILVEIRA, 2003, p. 53).

Sobre o tema, é oportuno o magistério de Alice Bianchini (2002, p. 41) nestes termos:

“um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação desta classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. Em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem. A seleção dos bens jurídicos, a fim de contemplar os interesses individuais, à vista das necessidades concretas do indivíduo, encontra-se sujeita a limitações impostas ao Estado, no exercício do *jus puniendi*”.

Segundo Hermazábal Malarée (apud BIANCHINI, 2002, p. 41), no Estado de Direito a seleção dos bens jurídico-penais deve ser orientada pela comunicação democrática a respeito a necessidade de tutelar penalmente determinadas relações sociais particulares. Assim, o bem jurídico surge das próprias bases da relação social e constitui a culminação do processo de participação política. Por conseguinte, é imperioso reconhecer que o homem não pode ser objeto de manipulação, mas o fim dentro do sistema democrático.

Com efeito, Alice Bianchini (2002, p. 42) assevera que a delimitação dos bens jurídicos pode ser realizada por meio de critérios negativos, que se fundam nos princípios da intervenção mínima e da exclusiva proteção dos bens jurídicos, cuja aplicação pode confirmar ou refutar a existência de um bem, ou a qualidade jurídico-penal de determinado bem.

Esses critérios negativos de deslegitimação – expressão cunhada por Luigi Ferrajoli – utilizam os seguintes parâmetros de verificação: a) o da irrelevância do bem tutelado; b) o da ausência de lesão efetiva do

comportamento; c) o da necessidade da tutela penal; e, por último, d) o da análise da efetividade do sistema. Assim, apenas após essa verificação, pode-se afirmar, não sem o risco de uma incorreção, que a tutela penal de um bem jurídico é legítima (BIANCHINI, 2002, p. 42).

Desse modo, no que tange ao aspecto conceitual do bem jurídico-penal, o máximo que se alcança é, por um lado, fixar algumas noções orientadoras constitutivas que lhe dão contornos; e, por outro, “estabelecer as limitações a que esta entidade é submetida, face às restrições próprias do Estado Democrático Social de Direito, o que constitui seu conceito negativo” (BIANCHINI, 2002, p. 42).

O conceito negativo de bem jurídico-penal traça as limitações a que esse instituto deve cingir-se e, por outro lado, reforça sua principal função: a de reduzir a matéria de proibição estatal aos seus devidos limites (BIANCHINI, 2002, p. 51).

O conceito negativo do bem jurídico é obtido a partir das limitações inerentes ao Estado Democrático Social de Direito, cujos valores superiores, concretizados em seus princípios informadores, podem ser sintetizados da seguinte forma (BIANCHINI, 2002, p. 51):

“impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas, devendo o Estado tolerá-las e respeitá-las”.

Assim, os parâmetros de verificação da legitimidade ou ilegitimidade do bem jurídico baseadas nos princípios da intervenção mínima e exclusiva proteção do bem jurídico, podem ser apresentados no seguinte axioma: “Dever de criminalizar condutas que atentem ou exponham a perigo concreto bens imprescindíveis a uma qualificação existência do indivíduo em sociedade” (BIANCHINI, 2002, p. 51).

3. Notas conclusivas

Para a intervenção penal, a ideia de bem jurídico coloca-se em primeiro plano de relevância e configura-se como uma condição legitimante da tutela penal, já que o Direito Penal somente está autorizado e legitimado a intervir quando orientado exclusivamente à proteção de um bem jurídico-penal (BIANCHINI, 2002, p. 50). Sobre o tema, Aníbal Bruno (2003, p. 6) salienta que “*O bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito*”. Destaca ainda o autor que é por meio da proteção do bem jurídico que a missão do Direito Penal transcende a defesa de condições puramente materiais à proteção

de valores individuais ou coletivos, considerados bens jurídico-penais, objetos dos preceitos jurídico-penais.

Diante disso, pode-se afirmar que o bem jurídico-penal constitui-se como limite e, simultaneamente, fundamento para a intervenção penal. Portanto, a concepção e definição de bem jurídico assumiu uma dimensão fundante da intervenção penal, já que funciona como fundamento e limite da legitimidade do Direito Penal.

Referências

- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas: Russell, 2003. v. 1.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral: com observações a nova parte geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte geral*. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997.

Panorama internacional das patentes biotecnológicas

BRUNO TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES

Sumário

1. Introdução ao direito das patentes.
2. Requisitos para o patenteamento.
3. Restrições à patenteabilidade e o problema das patentes biotecnológicas.
4. Europa e Estados Unidos.
5. OMC, TRIPS e patentes.
6. Conclusão.

1. Introdução ao direito das patentes

A patente constitui um título outorgado pelo poder público àquele que desenvolveu uma invenção, preenchendo os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

A temática não é nova, nem mesmo quando se trata de sua aplicação às invenções biotecnológicas. Cláudia Inês Chamas (2007, p. 72) especula que “as primeiras patentes biotecnológicas no mundo devem ter sido as de Louis Pasteur, relativas ao melhoramento de processos fermentativos, ainda no século XIX”.

No Brasil, a Lei de Propriedade Industrial foi promulgada em 14 de maio de 1996, sob o número 9.279. Tal legislação é clara em afirmar que apenas a invenção será patenteável.

Diante das pesquisas que vêm sendo desenvolvidas, os impactos são inevitáveis e as indagações ganham proporções relevantes: é possível patentear organismos vivos ou partes deles, limitando-se o acesso à informação?

Analisar-se-ão os recentes rumos que o direito das patentes tem tomado no panorama internacional, especialmente no que se refere a patentes de organismos vivos, no todo ou em parte.

Bruno Torquato de Oliveira Naves é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); professor do mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da escola superior Dom Helder Câmara; professor de Direito na PUC Minas; pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito (Cebid).

2. Requisitos para o patenteamento

Segundo os ordenamentos jurídicos ocidentais, inclusive o brasileiro, apenas a invenção é objeto de patente. A mera descoberta não pode ser patenteada.

As invenções podem ser classificadas nas seguintes modalidades:

- privilégio de invenção, que deve atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial;
- modelo de utilidade, que é uma nova forma, disposição ou configuração de um objeto, ou de parte dele, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou fabricação. Tem como requisitos a novidade, o ato inventivo e a utilização industrial.

A proteção do modelo de utilidade só pode ser concedida a um objeto de uso prático e, como exposto, tem de envolver ato inventivo, cujo resultado seja a melhoria funcional no seu uso ou fabricação.

Procedimentos e sistemas devem ser patenteados como invenção, e não como modelo de utilidade, já que estes exigem “objeto de uso prático”.

Passa-se à análise dos requisitos à patenteabilidade: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

A novidade implica originalidade, isto é, não pode ser acessível ao público antes da data do pedido da patente. A novidade pode ser parcial ou total.

O conhecimento acessível ao público por qualquer meio é denominado estado da técnica ou arte prévia. Logo, a novidade importa o distanciamento do estado da técnica.

A atividade inventiva, embora guarde semelhanças com a novidade, com ela não se confunde. Nova é a invenção considerada inédita; a atividade inventiva, por sua vez, é

a operação criativa que modifica o estado da técnica conhecido.

Por fim, para ser patenteável, a invenção deve possuir aplicação industrial, podendo ser utilizada ou produzida em indústria, entendida esta como qualquer atividade física de caráter técnico, distinta das do campo artístico.

Percebe-se, pois, que se exige criação intelectual de aplicação prática ou industrial. Não se aceita a patente de algo preexistente, ainda que ignorado. A invenção pressupõe trabalho modificador, e não simples descoberta.

3. Restrições à patenteabilidade e o problema das patentes biotecnológicas

Além dos três requisitos já citados, essenciais à configuração da invenção, é necessário avaliar a idoneidade do objeto para sua patenteabilidade. O ordenamento jurídico impõe impedimentos à patenteabilidade, visto que a legislação julga não ser conveniente o registro de determinadas invenções, mesmo que elas reúnam os requisitos para invenção.

O artigo 18 da Lei de Propriedade Industrial brasileira é expresso ao estabelecer o que não configura matéria patenteável:

“I – o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II – as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III – o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação

industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais” (BRASIL, 1996).

Nítida é a diferença entre a invenção, que pressupõe criação do novo, e a descoberta, que apenas reconhece fenômenos ou características existentes, mas ainda não revelados. Por essa razão, admite-se a patente de microorganismos transgênicos, ou seja, pelo fato de eles agruparem os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

“Aquí, la noción de descubrimiento ha sido utilizada para excluir del patentamiento a los productos y sustancias obtenidas por el hombre sin su activa intervención. Este argumento fue especialmente utilizado para excluir a la materia viviente natural preexistente. No obstante que el principio de la no patentabilidad de las sustancias naturales se encuentra en casi todos los sistemas de patentes, su justificación y su exacta extensión son muy variables. En realidad, no cumplen con las condiciones de patentabilidad por la ausencia de novedad o de actividad inventiva. Tampoco los fenómenos y fuerzas naturales no son invenciones como tales; pero sirven evidentemente como fundamento a las invenciones que las aplican y que sí pueden patentarse” (SAGLIO, 2004).

Com a Lei de Propriedade Industrial, microorganismos modificados geneticamente e processos biotecnológicos não naturais são patenteáveis (BRASIL, 1996), desde que reúnam os requisitos de novidade, inventividade e aplicação industrial.

Entre os processos biotecnológicos patenteáveis, químicos ou físicos, estão até mesmo

aqueles que fazem uso de organismos encontrados na natureza, como é o caso de processos de fermentação.

Entretanto, organismos encontrados na natureza – como plantas, animais, bactérias ou fungos –, ou mesmo organelas, genes ou outras partes desses organismos, não podem ser objeto de patente. Na mesma linha, não se admite a patente de partes do corpo humano, sejam elas modificadas ou não.

Pela Lei brasileira, é impossível, juridicamente, que elementos da biodiversidade, no todo ou em parte, ainda que isolados de seu entorno natural, venham a ser patenteados (BRASIL, 1996).

No âmbito da biotecnologia, as patentes são questionáveis, levando-se em consideração, principalmente, o que tange à padronização da patenteabilidade em escritórios de patente no mundo. É impossível monitorar as atividades de pesquisa e o avanço tecnológico em todas as instâncias que as desenvolvem. E a divulgação seria a ferramenta para transformar a pesquisa em objeto de inovação, concedendo segurança ao pesquisador que detém os resultados.

No Brasil, não existe uma cultura ligada à propriedade intelectual. Assim, nem sempre o patenteamento é o foco das empresas e laboratórios.

Um sistema de patentes, articulado a outras ações de incentivo, e uma cultura de propriedade intelectual estimulam o crescimento econômico. Por outro lado, as discussões éticas não devem, afastar-se das decisões políticas. Em 2010, os negócios relativos à biotecnologia movimentaram 84,6 bilhões de dólares (ERNST & YOUNG, 2011, p. 37), o que, sem dúvida, pressiona países a adotarem políticas liberais quanto a pesquisas e experimentações biotecnológicas.

A dogmática considera não ser patenteável, por exemplo, a sequência de DNA isolada em

nosso país, o que subsidia uma discussão acerca da viabilidade econômica da pesquisa que atinge esse resultado. Atualmente, com o intuito de reverter tal situação, está em debate um projeto de lei que modifica o inciso III do citado artigo 18 da Lei de Propriedade Industrial. Isso pode conduzir a um avanço tecnológico na área – afinal, conferindo-se visibilidade às pesquisas, inevitavelmente se atraem investimentos que tornariam o país competitivo em questões concernentes ao avanço tecnocientífico.

Sob a égide de um sistema capitalista, em que países com tecnologia de ponta em pesquisas avançam economicamente, uma análise econômica da legislação faz-se necessária.

“A divisão de opiniões no que se refere ao patenteamento da vida, ou seja, as duas correntes que se formam, a saber: contra ou a favor, acabam por afastar da discussão o crítico desequilíbrio entre a expectativa de ganhos financeiros para os países industrializados e para as grandes corporações transnacionais, de um lado, e o empobrecimento crescente dos países de Terceiro Mundo e a própria sobrevivência física de suas populações, do outro” (IACOMINI, 2007, p. 25).

É, no mínimo, duvidoso que o legislador seja o ente capaz de realizar as escolhas do que seja ético, moral e seguro para todos em matéria de biotecnologia. A bioética

“deve buscar a instauração de um diálogo baseado em argumentos racionais, que vinculem a todos os segmentos interessados não apenas nos círculos de comissões bioéticas e da comunidade científica, mas também de todas as instâncias sociais por ela representadas” (IACOMINI, 2007, p. 27).

Sobreleva-se em importância o princípio da participação, que deve nortear as ações relativas ao meio ambiente.

4. Europa e Estados Unidos

O patenteamento de fragmentos de DNA (*Expressed Sequence Tag* – EST) foi objeto de controvérsias desde o início do Projeto Genoma Humano, quando, em 1991, Craig Venter requereu a patente de mais de três centenas de sequências de genes. Iáñez Pareja (2007) relata que a primeira patente de EST foi concedida em 6 de outubro de 1998, pelo *United States Patent and Trademark Office* (USPTO), à *Incyte Pharmaceuticals*.

Em 1998 e 1999, a USPTO emitiu diretrizes sobre a patente de EST, fixando que é necessária a comprovação da utilidade industrial, com a descrição da função do fragmento de DNA, e que essa utilidade deve ser expressiva e substancial.

Na Europa, há quem levante uma aparente contradição entre a Diretiva Europeia 98/44 e a Convenção Europeia de Bioética, que estabelece que “o corpo humano e suas partes não deverão ser objeto de lucro” (artigo 21). Iáñez Pareja (2007) posiciona-se contrariamente à existência de tal contradição, argumentando que a Diretiva não aceita a patente sobre as estruturas humanas em seu estado natural, mas aceita sobre os componentes isolados do ser humano, como seu material genético.

O artigo 5º da Diretiva 98/44/CE expressamente permite o patenteamento de uma sequência total ou parcial de um gene isolado. Assim, desde que isolado e com função definida de tal forma que haja utilidade industrial, é o material considerado novo e a patente é permitida.

Carlos María Romeo Casabona (2000) levanta dúvidas acerca dessa novidade:

“Sin embargo la crítica que se hace es que en realidad lo que interesa de un gen, o de la secuencia parcial de un gen no es el continente, su propia estructura en cuanto tal, sino su contenido: la información y esta información, aunque se aísle en el laboratorio o se pueda reproducir por un procedimiento técnico, no es nueva, es una información que ya existía en el gen, o en la secuencia parcial de un gen que ya existía en la naturaleza.”

Impasse semelhante ocorre com o patenteamento de animais e vegetais, o que mantém o embate e demonstra a instabilidade de posições tomadas pelo Escritório Europeu de Patentes.

As duas primeiras resoluções produzidas na Câmara de Recursos do Escritório Europeu de Patentes permitiram o patenteamento de vegetais, sob o argumento de que a antiga Convenção Europeia de Patentes, de 1963 e vigente à época, proibia a patente de uma variedade ou espécie de planta, ou seu material de propagação, mas não de “plantas em geral”.

Um processo similar ocorreu com animais, quando se obteve a patente, na Europa, do rato de Harvard ou oncorrato (*oncomouse*). Assim como no caso dos vegetais, decidiu-se que não seria possível a patente de uma raça animal, mas que ela poderia dar-se na forma de um animal específico, modificado geneticamente.

Em meados da década de 1990, a posição da Câmara de Recursos foi modificada (Resolução T 0356/93, publicada em BO OEP 1995, 545). É o que nos explica Christian Gugerell (2002, p. 268-269):

“Nesse caso, as plantas e sementes estavam caracterizadas por um traço geneticamente determinado, a saber, a resistência a um determinado herbicida conferida pela presença, obtida através da engenharia genética, de um gene bacteriano no genoma de plantas e sementes. Essa característica foi transferida de maneira estável às plantas e sementes em

gerações posteriores. Além disso, os exemplos da patente objeto de litígio pressupunham a produção de vegetais transgênicos a partir de variedades conhecidas. Em outras palavras, a introdução de uma característica distintiva hereditária nas variedades. A Câmara sustentou não poder permitir-se aprovar uma reivindicação se a concessão de uma patente em relação à invenção definida na reivindicação contradissesse a disposição da convenção [Convenção Européia de Patentes, de 7 de outubro de 1977] que estabelece uma exceção à patenteabilidade. Portanto, não era admissível uma reivindicação que abrangesse variedades vegetais, ainda que não se referisse a nenhuma variedade concreta.

Conseqüentemente, hoje o escritório não concede nenhuma patente às reivindicações de plantas e animais transgênicos enquanto tais e esse critério só será modificado quando houver uma nova jurisprudência da Câmara de Recursos.”

Estados europeus, tradicionalmente mais cautelosos nos temas bio-éticos que os Estados Unidos, incluíram proibições de ordem moral nas legislações sobre patentes.

“A similar approach is observed in the practice of German, French, and Dutch patent offices. In these countries, traditional practice acted against two classes of patent applications: those in which the patent specification itself could be seen to be plainly indecent, and those in which the exercise of the instructions in the specification would be likely to breach the peace or induce immoral or criminal activity” (WITEK, 2005, p. 106).

5. OMC, TRIPS e patentes

A importância da temática da regulação jurídica das patentes no âmbito internacional fica clara quando se avalia a história da Organização Mundial do Comércio (OMC).

A OMC é um organismo novo, oficialmente criado em 1995, para regular e mediar relações comerciais entre os Estados-membros. Sua criação foi resultado da Rodada Uruguai, finalizada em 1994, a qual também estabeleceu o marco regulatório para a propriedade intelectual e a comercialização de invenções e modelos de utilidade, o TRIPS – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

O TRIPS estabeleceu normas de proteção intelectual no âmbito dos Estados-membros da OMC e criou um mecanismo de solução de controvérsias (art. 64). Possibilitou, ainda, a extensão a toda criação tecnológica, vedando qualquer tratamento discriminatório a produtos importados (art. 27.1) e prescrevendo um período mínimo de vinte anos de proteção patentária, a contar da data de depósito (art. 33).

A elaboração do TRIPS foi fruto de um acirrado debate, uma vez que países em desenvolvimento, como o Brasil e a Coreia do Sul, tinham mui-

tas restrições à proposta de proteção à propriedade intelectual. Pressões dos Estados Unidos, do Japão e de Estados europeus permitiram a aprovação do Acordo. Por outro lado, a adesão ao documento garantiria o acesso ao mercado internacional.

“Nos anos 1980, iniciou-se um movimento pela mudança de fórum do regime da propriedade intelectual. Diante de impasses obtidos no seio da OMPI [Organização Mundial da Propriedade Intelectual] durante discussões visando ao encrudescimento do regime, assim como da ausência de um mecanismo capaz de efetivamente obrigar o respeito aos direitos de propriedade intelectual, os Estados Unidos, seguidos dos países europeus e do Japão, passaram a imputar sanções bilaterais no comércio com países considerados infratores. Atendendo ao forte lobby das indústrias química, farmacêutica e de informática, esses países mobilizaram-se em prol da inclusão do tema de propriedade intelectual na agenda da Rodada Uruguai (1986-1994) de discussão do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT). Utilizando como moeda de troca concessões tarifárias nos setores têxtil e agrícola, de particular interesse dos países em desenvolvimento, o grupo de países desenvolvidos colocou em marcha a negociação de um novo tratado multilateral em matéria de propriedade intelectual, logrando impor regras mais rígidas consoante ao padrão que já vigorava em suas leis internas” (MEINERS, 2008, p. 1469).

A filiação à OMC implica a aceitação dos acordos que a fundamentam, sendo a maior parte deles fruto da Rodada Uruguai, incluindo-se o TRIPS. Há, pois, uma forte ligação entre a regulação da propriedade intelectual e a regulação do próprio comércio internacional.

6. Conclusão

Em uma análise puramente jurídica, poder-se-ia afirmar que não há atividade inventiva

no mapeamento, sequenciamento e descrição do genoma de qualquer organismo vivo, o que vedaria, portanto, seu patenteamento. A mesma vedação não abrange, a nosso ver, as técnicas de mapeamento e sequenciamento do genoma.

É bom entender que patentear não importa em apropriação, mas em um direito de impedir que outros explorem comercialmente a aplicação de determinada invenção. A patente divulga o conhecimento, tornando-o público. Assim, várias novas técnicas podem ser desenvolvidas a partir dessa divulgação.

A ideia de que substâncias naturais não possam ser patenteadas é, no mínimo, simplista e, sem dúvida, está longe da realidade. Há substâncias que, embora existentes na natureza, não se encontram isoladas, mas em um conjunto complexo de moléculas ou matérias.

“La clave está en que la patente se concede no al producto en su estado natural (en el que suele estar mezclado con cientos o miles de otras sustancias), sino al producto aislado y purificado, en tanto para ello hay que aplicar actividad inventiva. Este es el caso de muchos medicamentos, empezando por la centenaria aspirina (1910), la adrenalina (1911) y siguiendo con los antibióticos (desde años 40-50) y muchos más (prostaglandinas, digitalina, etc)” (IÁÑEZ PAREJA, 2000).

Dessa forma, argumentam alguns, o isolamento da substância é considerado atividade inventiva e sua novidade diz respeito à inexistência dela naquele estado que permite sua utilização.

O simples sequenciamento do material genético, por si só, não caracteriza atividade inventiva, pois apenas expõe um conhecimento, sem efetiva alteração da matéria natural preexistente. Se, contudo, o material genético codifica nova proteína, presentes estarão os elementos essenciais à caracterização da invenção.

Entretanto, no Brasil já existem vários pedidos de patente de DNAs isolados, embora

a resistência em patenteá-los seja latente. Isso se deve ao fato de que o TRIPS e o ordenamento pátrio apresentam discordâncias.

O objetivo do TRIPS é estabelecer normas de proteção intelectual no âmbito da OMC e minimizar a disparidade entre seus membros, podendo os países a recepcionar o acordo da maneira que melhor lhes aprouver. Todavia, não se sabe ao certo, se o patenteamento de sequências de DNA isoladas está abrangido na parte comum aplicada aos membros da OMC, ficando a questão à mercê da oportunidade e da conveniência consideradas pelo legislador pátrio.

Certo é que o tema está longe de ser estritamente jurídico. Com a confluência de forças econômicas, o problema das patentes biotecnológicas, em qualquer lugar do mundo, é hoje uma questão de política internacional, e não apenas uma questão jurídica.

Referências

- BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 15 maio 1996. Seção 1, p. 8353. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 27 fev. 2007.
- CHAMAS, Cláudia Inês. Propriedade intelectual e genômica. In: IACOMINI, Vanessa (Coord.). *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71-92.
- ERNST & YOUNG. *Beyond borders: Global biotechnology report 2011*. [S.l.]: ERNST & YOUNG, 2011. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Beyond_borders_global_biotechnology_report_2011/\\$FILE/Beyond_borders_global_biotechnology_report_2011.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Beyond_borders_global_biotechnology_report_2011/$FILE/Beyond_borders_global_biotechnology_report_2011.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2011.
- GUGERELL, Christian. A proteção legal das descobertas genéticas e a patenteabilidade dos organismos vivos manipulados. O escritório europeu de patentes em Munique. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 262-272.
- IACOMINI, Vanessa. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. In: _____. *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 13-30.
- IÁÑEZ PAREJA, Enrique. *Patentes y biotecnología*. Andalucía: Universidad Internacional de Andalucía, 2000. Disponível em: <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/biopatentes_1.htm>. Acesso em: 12 jul. 2007.
- MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo. Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. *Cadernos Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 24, p. 1467-1478, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v24n7/02.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2012.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Manual de biodireito*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. *Sociedad Internacional de Bioética*, Gijón, n. 5, 2000. Disponível em: <<http://www.sibi.org/pub/cas.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2007.

SAGLIO, Adolfo A. *Patentamiento de material genético*. [S.l.]: Regulación Jurídica de las Biotecnologías, 2004. Disponível em: <<http://www.biotech.bioetica.org/docta28.htm>>. Acesso em: 23 maio 2007.

WITEK, Rafal. Ethics and Patentability in Biotechnology. *Science and Engineering Ethics*, Wroclaw, v. 11, n. 1, p. 105-111, 2005.

A integração pelo Direito e seus limites constitucionais

A União Europeia e a “Sentença Lisboa”, do Tribunal Federal Constitucional Alemão

PATRÍCIA LUÍZA KEGEL

Sumário

1. Introdução. 2. A integração pelo Direito. 3. A arguição de inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa. 4. A “Sentença Lisboa”, do *Bundesverfassungsgericht*. 4.1. O Estado soberano. 4.2. O princípio democrático e a divisão de competências entre a União Europeia e seus Estados-membros. 4.3. O auto-outorgado direito que o Tribunal Constitucional passa a ter, de avaliar se a União está, ou não, excedendo suas competências. 5. A “Sentença Lisboa” e o espaço público europeu. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Patrícia Luíza Kegel é doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina; professora na Universidade Regional de Blumenau (FURB); membro fundador da European Community Studies Association (ECSA-Brasil) e vice-presidente na atual gestão; pesquisadora do Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI), da Universidade de Bonn.

Após o fracasso do projeto constitucional europeu, o Tratado de Lisboa (TL), celebrado em 2007, teve por objetivo proporcionar maior eficiência e, principalmente, legitimidade democrática a uma União Europeia (UE) já bastante alargada. No entanto, além dos problemas decorrentes dos diversos procedimentos nacionais de ratificação, o TL também teve sua inconstitucionalidade arguida na Alemanha, ou seja, comprovada sua incompatibilidade com o *Grundgesetz* (GG)¹, não haveria incorporação ao sistema jurídico alemão.

Ocorre que um dos pontos nevrálgicos da intersecção entre os sistemas jurídicos nacionais e o ambiente político se encontra nos chamados

¹ O *Grundgesetz*, ou Lei Fundamental de Bonn, de 1949, é a denominação dada à Constituição alemã.

“Direitos de Estado”, particularmente no Direito Internacional e no Direito Constitucional. No primeiro caso, porque o Direito Internacional normatiza e regula as relações, necessariamente perpassadas por elementos de disputa, confronto e poder, dos Estados entre si. No segundo, porque a consolidação dos Estados modernos (de matriz liberal) trouxe consigo a ideia de supremacia da Constituição, que determina o fundamento jurídico do Estado, a forma de todo o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por este ordenamento (LOIS, 2007). O Direito Constitucional, portanto, define as relações das diversas instâncias públicas nacionais entre si e com a sociedade civil em geral. Nesse sentido, é considerado um ramo do Direito com forte componente político, na medida em que a configuração do conjunto dessas relações (mais ou menos democráticas, por exemplo) indica uma opção política geral da sociedade e do Estado, consolidada mediante um conjunto de normas.

Baseada nesse conceito de “Supremacia Constitucional”, os Tribunais Constitucionais nacionais foram alçados à função de “Guardiões da Constituição”. Essa função é exercida por meio da interpretação do texto constitucional, vinculando diretamente os demais Poderes do Estado às suas decisões. Em outras palavras, todos os atos, jurídicos e políticos, controlados pelo Tribunal Constitucional têm a Constituição nacional como critério de adequação, o que significa a primazia do Direito Constitucional e a impossibilidade de desobediência à Constituição por todos os órgãos do Estado.

Na medida, portanto, em que o Poder do Estado é um poder político juridicamente estruturado, as discussões sobre as decisões das Cortes Constitucionais nacionais situam-se em um contexto necessariamente político, pois, além de interpretar o conteúdo normativo da Constituição, também indicam o curso,

estabelecem as funções, traçam os limites e definem o quadro geral da atuação (inclusive internacional) do Estado.

É nesse contexto teórico que efetuaremos a análise da “Sentença Lisboa” (SL), do Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa, sob uma dupla perspectiva: de um lado, repercutir as principais consequências para a integração europeia da “Sentença Lisboa”; em um segundo momento, verificar até que ponto o comportamento do Estado alemão, no âmbito dos órgãos supranacionais, pode ser afetado por considerações de ordem constitucional interna.

Para tanto, o presente trabalho, além de conter esta Introdução e as Considerações finais, é dividido em outras quatro partes. A primeira reflete sobre o papel do Direito como um dos vetores para o sucesso da integração; na segunda, são expostos os principais argumentos contrários à adequação do Tratado de Lisboa ao *Grundgesetz*; a terceira apresenta a manifestação do *BVerfG* sobre o assunto; na quarta, são discutidas suas possíveis implicações no desenvolvimento da arquitetura institucional europeia.

Por fim, torna-se necessário registrar que a descrição dos principais aspectos abordados tanto nas arguições de inconstitucionalidade quanto no pronunciamento da Corte Constitucional alemã tem por finalidade expor alguns dos principais argumentos políticos, e não apenas jurídicos, relacionados ao aprofundamento da integração europeia.

2. A integração pelo Direito

Do início do processo de formação da União Europeia ao final de 2010, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, reduziram-se os espaços de atuação política nacional que não sejam total ou parcialmente determinados pelos

processos decisórios supranacionais da UE. De acordo com um levantamento efetuado pelo Ministério da Justiça alemão, entre os anos de 1998 e 2004, 84% dos atos jurídicos editados naquele país tiveram sua origem em Bruxelas, ficando apenas 16% sob a responsabilidade do governo de Berlim (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 16). Tais dados demonstram, inicialmente, a ampla teia de relações econômicas, políticas e sociais entre os diversos atores e instâncias nacionais e supranacionais, e o quanto seria difícil, e pouco desejável, um retorno a mecanismos decisórios meramente nacionais. Mas demonstram, também, a existência de um conjunto de valores compartilhados e a amplitude das expectativas quanto a um futuro comum após longos períodos de conflito armado.

Em grande medida, o êxito do mais bem-sucedido projeto de integração entre Estados pela via pacífica e institucional está vinculado ao engendramento de uma nova forma de articulação dos interesses e conflitos nacionais e externos. Nesse sentido, a supranacionalidade comunitária conferiu ao processo de integração europeu seu elemento de maior especificidade e ineditismo em relação à forma tradicional de relacionamento de Estados soberanos entre si e com organizações internacionais. É a expressão de um tipo particularmente intenso de cooperação internacional, que reúne em si competências legislativas e jurisdicionais próprias, independência em relação aos seus membros, sistema decisório pelo princípio majoritário e autonomia financeira.

Por outro lado, a concepção e a execução desse processo foram completamente distintas de quaisquer outras experiências históricas, sendo necessário o desenvolvimento de novas teorias no âmbito da Ciência Política, das Relações Internacionais e do Direito Internacional, que explicassem o fenômeno de uma organização internacional não mais regida pelos princípios

tradicionais da igualdade soberana entre os Estados e da não ingerência em seus assuntos internos. Foram necessárias, portanto, orientações teóricas que, ao estruturar, sistematizar e interpretar os fatos, possibilitassem a redução de uma realidade complexa e inédita a um conjunto ordenado de enunciados sobre as diversas instâncias, atores e interligações que constituem o sistema institucional da União Europeia.

Nesse contexto, algumas das questões centrais que se colocam estão relacionadas à definição dos atores relevantes para a integração – em particular, se são apenas os Estados nacionais e seus governos, ou se as instituições supranacionais e atores não governamentais também estão incluídos. Da mesma forma, é necessário indagar os motivos de sua atuação e em qual instância ela ocorre. Em especial, é indispensável estabelecer quais processos decisórios ocorrem no âmbito supranacional, de que forma eles interagem com os governos e qual é seu impacto para o futuro tanto da União quanto, em particular, dos Estados nacionais (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 20).

Algumas teorias a respeito são: a Federalista, que acentua questões relacionadas à paz e à segurança comuns; a Funcionalista, para a qual o futuro da UE não estaria em um Estado Federal, mas em uma integração setorial em questões substantivas; e a Neofuncionalista, segundo a qual o avanço da integração estaria em mecanismos de *spill-over*, envolvendo instâncias nacionais e supranacionais.

A partir da década de 1980, no entanto, acentua-se a constatação de que o Direito e as instituições jurídicas (especialmente o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE) foram decisivos para a fixação e a consolidação de elementos determinantes da integração, tais como a natureza supranacional do Direito Comunitário e a contínua expansão das competências da União em detrimento dos Estados-membros.

A denominada Teoria da Integração pelo Direito² teve como objeto de análise inicial a jurisprudência do TJUE, em particular os acórdãos que foram elevados ao *status* de “precedente jurídico”, estabelecendo, jurisprudencialmente, certas características do Direito Comunitário, em especial o “Efeito Direto e Imediato”, a “Tese dos Poderes Implícitos”, a “Supremacia Absoluta da Norma Comunitária sobre a Norma Nacional”, a “Equiparação dos Tratados Constitutivos à Carta Constitucional Europeia” e a “Interpretação Prejudicial”. Esta última característica permitiu ao TJUE manifestar-se sobre questões levantadas nos tribunais nacionais que envolvessem Direito Comunitário. Sua interpretação nestes casos vincula todos os Judiciários nacionais (inclusive as Cortes Constitucionais) em questões semelhantes.

Esse conjunto doutrinário se tornaria fundamental para o desenvolvimento político e institucional da UE, ao definir o quadro normativo da competência, esfera e atuação dos atores da integração, bem como sua interconexão com os sistemas jurídico-políticos nacionais. Nesse sentido, alguns estudos (HALTERN, 2006, p. 406) demonstram a conexão existente entre a atividade da Corte Europeia e a inatividade das instituições políticas. Em particular, as principais construções jurisprudenciais (“Efeito Direto e Imediato”, “Supremacia da Norma Comunitária”), ocorreram no período que vai de meados da década de 1960 a meados da década de 1980, portanto, da Crise da Cadeira Vazia ao Ato Único Europeu.

Apesar dos reconhecidos limites que a Teoria da Integração pelo Direito possui (quanto à questão da formação de uma identidade europeia, por exemplo), uma de suas vantagens foi estudar, pela perspectiva normativa, o efeito da dogmática desenvolvida pela Corte sobre os Estados-membros, na medida em que elementos essenciais à configuração estatal foram atingidos. Particularmente afetados foram as atribuições do Estado, a soberania do Parlamento, a intocabilidade da Constituição Nacional, a divisão de poderes entre Executivo e Legislativo, o sistema federativo e as prerrogativas constitucionais do Judiciário (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 358).

Por outro lado, em razão do desconforto causado pelo adelgaçamento contínuo dos limites entre o ordenamento jurídico da União e os ordenamentos nacionais, a profunda interconexão entre ambos possibilita que a arquitetura institucional da União venha a sofrer pressão exatamente dos órgãos constitucionais nacionais. Essa situação pode ser ilustrada, por exemplo, com as controvérsias envolvendo o TJUE, que, baseado na

² A Teoria da Integração pelo Direito (*Integration Through Law*) foi, em grande medida, desenvolvida pelo jurista americano Joseph Weiler a partir da década de 1980, sendo um de seus principais objetivos o diálogo teórico entre o Direito e a Ciência Política na discussão da integração europeia.

“Teoria dos Poderes Implícitos”³, permitiu que a União avançasse substancialmente nas competências dos Estados-membros.

Nesse contexto, tanto a arguição de inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa quanto a manifestação do *BVerfG* a respeito da questão apresentam elementos de discussão dos rumos da integração, dos seus limites por meio do Direito e, em especial, do impacto na estruturação do espaço político europeu.

3. A arguição de inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa foi celebrado em dezembro de 2007, e, ao contrário do que ocorre em alguns países integrantes da União Europeia, tal como na Irlanda, não existe previsão constitucional na Alemanha de um referendo popular que anteceda a ratificação da alteração dos Tratados Constitutivos da União Europeia.

Essa ratificação, portanto, é efetuada unicamente pela via parlamentar e passa pela adoção de um conjunto de leis que foram objeto de duas arguições de inconstitucionalidade, paradoxalmente de ambas as extremidades do espectro político alemão. A primeira delas foi interposta pelo grupo parlamentar (*Fraktion*) do Partido *Die Linke* – “A Esquerda”. A argumentação apresentada sustentou a inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa pelo fato de ele infringir o princípio democrático, na medida em que concedeu à economia de mercado e à economia neoliberal *status* constitucional, retirando, dessa forma, toda perspectiva de alternativa real dos cidadãos europeus em direção a uma mudança social. Da mesma forma, a elevação das liberdades de circulação (livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e pessoas) a princípios estruturantes da UE seria contrária aos direitos fundamentais por submeter o princípio da dignidade da pessoa humana a valores de mercado.

A outra arguição de inconstitucionalidade – bem mais densa, sob a perspectiva da teoria constitucional – foi de autoria do Deputado Peter Gauweiler, da Social Democracia Cristã bávara (CSU), de direita. Argumenta-se que o TL seria incompatível com o *Grundgesetz* por vários motivos, entre os quais se destacam dois (MURSWIEK, 2008):

A) inicialmente é questionada a perda da soberania do Estado, decorrente da premissa de que o TL induziria à criação de uma Federação Europeia. Essa situação estaria em desacordo com o GG, que autoriza a

3 A tese dos “Poderes Implícitos” tem origem na doutrina constitucional norte-americana e designa o conjunto de competências que, mesmo não sendo expressas, são inerentes à realização dos fins propostos no texto legal. Ela vem sendo largamente utilizada pela jurisprudência do TJUE para justificar a expansão das competências comunitárias em detrimento das nacionais.

participação alemã no processo de integração apenas no âmbito de um sistema de união contratual entre Estados (*Staatenverbund*), baseado na soberania de seus Estados-Membros. Nesse sentido, a transferência do exercício da “*Kompetenz-kompetenz*” para a UE e a substituição do princípio da atribuição individual de competências pelo da competência geral comunitária, estabelecida em catálogo próprio, têm por consequência o esvaziamento do poder do Estado Nacional⁴;

B) em segundo lugar, está o risco de lesão grave ao princípio democrático (*Demokratieprinzip*), que, vinculado à essência do Estado alemão, implica o direito fundamental de todo cidadão de participar, mediante o sufrágio universal, da legitimação dos órgãos aos quais compete o exercício do poder e da soberania do Estado. A legitimidade do poder assim adquirida é indisponível e integra as cláusulas pétreas do GG, não podendo ser, portanto, objeto de uma alteração constitucional.

Dessa forma, de um lado, a transferência de poderes de soberania a favor da UE não pode levar a uma situação em que o Poder de Estado (*Staatsgewalt*) alemão não corresponda mais ao princípio democrático. De outro, tais poderes de soberania apenas podem ser transferidos para a UE sob a condição de que ela esteja igualmente organizada em torno do princípio democrático.

Nessa perspectiva, a Lei de Aprovação ao Tratado de Lisboa é incompatível com o princípio democrático em três aspectos essenciais:

a) a comunitarização do “Terceiro Pilar” reduz a competência legislativa do legislador alemão e implica uma diminuição progressiva de sua substância;

b) o déficit democrático estrutural da UE, apesar de substanciais ampliações de competência, não foi superado; ao contrário, foi fortalecido, tanto em relação às estruturas decisórias não democráticas (particularmente o sistema decisório por maioria no Conselho), quanto no âmbito institucional;

c) além desses aspectos, o Tratado de Lisboa contém os seguintes dispositivos que, de forma intensa, colidem com o princípio da democracia:

c.1) alteração institucional sem aprovação parlamentar, por meio de um dispositivo do TL segundo o qual a alteração não seria mais pela via de um tratado internacional, sujeito a todo o procedimento parlamentar e de legitimidade que acarreta, mas apenas mediante resolução do Con-

⁴ A “*Kompetenz-kompetenz*” é um termo que, desde o início da integração, vem sendo utilizado pela literatura europeia, em especial a alemã (BLECKMANN, 1990), para designar a capacidade dos Estados de criar novas competências de ação executivas, legislativas e jurisdicionais. É exatamente essa falta de competência originária que caracteriza a União Europeia, pois suas competências são derivadas, ou seja, são competências de atribuição – atribuídas pelos Estados-membros aos órgãos comunitários, só podem ser exercidas dentro de estritos padrões de procedimento.

selho Europeu, e no qual o Parlamento Europeu (PE) é apenas ouvido, sem direito de co-decisão⁵;

c.2) passagem para o sistema decisório por maioria por meio da Cláusula de Passarela, segundo a qual o Conselho Europeu pode determinar que, nas hipóteses para as quais atualmente o Tratado preveja a unanimidade, poderá vir a ser utilizado o sistema decisório por maioria. Nesse sentido, a Cláusula de Passarela é de grande abrangência, pois permite que praticamente todas as decisões sejam tomadas por maioria, dificultando o exercício da legitimidade popular mediante a soberania dos Estados-membros⁶;

c.3) ampliação das competências da União sem a aprovação dos Parlamentos nacionais, por meio da “cláusula de flexibilidade”, que autoriza o Conselho, com a aprovação do Parlamento Europeu, a efetuar complementações no Tratado sempre que as competências necessárias para alcançar seus objetivos não tenham sido expressamente previstas. Dessa forma, a UE pode-se outorgar novas competências por intermédio apenas de decisão do Conselho e sem necessidade de novo tratado internacional, adquirindo, assim, um elemento importante de *Kompetenz-kompetenz*.

Nesse contexto de questionamento dos rumos da integração europeia, ambas as representações políticas, baseadas em suas respectivas argumentações, arguíram a incompatibilidade do Tratado de Lisboa com o *Grundgesetz*, a qual foi definitivamente julgada no final de junho de 2009.

4. A “Sentença Lisboa”, do *Bundesverfassungsgericht*

Tendo sido instado a manifestar-se a respeito da constitucionalidade do Tratado de Lisboa, em 30 de junho de 2009, o Segundo Senado do *BVerfG* proclamou sua “Sentença sobre o Tratado de Lisboa”⁷. A decisão foi que a Lei de Aprovação (*Zustimmungsgesetz*) ao Tratado de Lisboa e a correlata alteração constitucional são compatíveis com o *GG*. No entanto, a Lei de Acompanhamento (*Begleitgesetz*), na qual os direitos do *Bundestag* e do *Bundesrat* são definidos de acordo com as novas disposições do Tratado de Lisboa, é incompatível com o *GG*, devendo, portanto, ser alterada, o que efetivamente ocorreu mais tarde.

5 Segundo o art. 48, 6.2, do Tratado da União Europeia (TUE), os dispositivos da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (Políticas e ações internas) podem ser alterados pelo Conselho Europeu pelo processo de revisão simplificada dos Tratados.

6 Segundo o art. 48 do TUE, no âmbito do processo de revisão simplificada dos Tratados Constitutivos, o Conselho Europeu pode determinar que, em alguns casos nos quais ele atualmente decide por unanimidade, passe a decidir por maioria no futuro.

7 A partir de agora citada como “Sentença Lisboa” (SL).

Essa sentença possui múltiplas dimensões e consequências, tanto jurídicas quanto políticas. Segundo Becker e Maurer (2009), quanto mais densa é a teia da integração europeia, mais o *BVerfG* se orienta pelo *standard* e pelos preceitos do *Grundgesetz* em sua avaliação jurídica da integração. Nessa perspectiva, a abertura do GG em relação à integração europeia não é questionada, mas seus limites acentuados por meio dos princípios constitucionais da democracia e dos direitos humanos. Dessa forma, são retomados determinados argumentos já expostos na “Sentença Maastricht”⁸, em especial a qualificação da UE como “*Staatenverbund*” – Confederação de Estados –, cuja ordem jurídica repousa em uma transferência não definitiva de poderes de soberania dos Estados em favor da União.

Entre seus vários desdobramentos, a “Sentença Lisboa” pode ser dividida em alguns aspectos principais, relacionados aos seguintes temas, os quais serão detalhados a seguir: o atributo da soberania do Estado; o princípio democrático e a divisão de competências; e o autoconcedido Direito de Conferência, que permite ao *BVerfG* avaliar se a União Europeia está, ou não, excedendo suas competências.

4.1. O Estado Soberano

Para que não parem dúvidas sobre o *ethos* integracionista na Alemanha, o *BVerfG* recorda que o GG foi originalmente concebido como um mecanismo que, entre outros, permitisse a participação da Alemanha em processos internacionais de integração, particularmente na integração europeia. O objetivo principal era impedir o desenvolvimento de uma política externa isolacionista e expansionista, possibilitando a construção da paz no continente. Seguindo esse raciocínio, a “Sentença Lisboa” destaca que a integração europeia não é uma simples opção, mas, ao contrário, é uma imposição do GG, ou seja, a decisão de participar da União Europeia não depende da discricionariedade dos órgãos de Estado alemães, mas de uma orientação constitucional favorável (*Europarechtsfreundlichkeit*).

Dessa forma, é rejeitada a ideia da soberania como o direito dos Estados de adotarem qualquer atitude, baseados apenas em seus interesses e objetivos. Em outras palavras, o Estado não é imutável, mas sim uma construção histórica em permanente transformação, o que remete a uma concepção de poder de Estado segundo a qual a soberania é uma liberdade organizada e vinculada ao Direito Internacional.

8 A “Sentença Maastricht” foi pronunciada pelo *Bundesverfassungsgericht* no âmbito do processo de ratificação do Tratado da União Europeia e, pelo impacto de suas conclusões, redirecionou o debate acerca das relações entre os Direitos Constitucionais nacionais e o Direito da União Europeia.

Ocorre que os termos que permitem a integração europeia estão descritos no art. 23 do GG, introduzido no âmbito das reformas constitucionais necessárias à ratificação do Tratado de Maastricht⁹. Esse dispositivo constitucional fixa os critérios de participação da Alemanha na União Europeia e, de certa forma, define os objetivos a serem atingidos por uma Europa unificada. Assim, os “*princípios democráticos, do Estado de Direito, social e federativo, (...) de subsidiariedade e (...) proteção dos direitos fundamentais*” são as condições consideradas obrigatórias e indispensáveis para que a integração europeia possa ocorrer.

Portanto, a interpretação desse dispositivo, que possibilita a abertura da ordem jurídico-constitucional alemã à integração, deve ser efetuada considerando-se a obrigação do Estado alemão de ser um Estado democrático, federal e social, que assegure a separação de poderes e o controle do poder pelo povo, garantindo o direito de resistência a quem procure subverter essa ordem. Isso significa que, caso os princípios democráticos não sejam observados pela União Europeia, não existe um imperativo de integração.

4.2. O princípio democrático e a divisão de competências entre a União Europeia e seus Estados-membros

Mesmo em um contexto de soberania diluída (em especial se comparada aos conceitos utilizados pela Teoria Geral do Estado alemã

do século XIX), o *BVerfG* enfatiza que o GG garante o direito de cada indivíduo ao voto como exigência da democracia e ressalta a existência de eleições proporcionais na Alemanha, que resultam na formação da maioria no Parlamento e de um governo que executa a vontade do povo expressa nas urnas. Dessa forma, considera que a existência do debate democrático, de partidos e de oposição estruturada é igualmente fundamental para a manutenção da democracia. Se transposto ao âmbito institucional europeu, contudo, o princípio democrático sofre uma séria limitação. O fundamento dessa argumentação é a constatação de um déficit democrático inerente à construção europeia, na medida em que não se tem um verdadeiro Parlamento Europeu, representando um povo europeu.

Duas ordens de consideração fundamentam a opinião. A primeira está relacionada à natureza jurídica da UE, que a impede de basear-se, de forma própria, autônoma, independentemente dos Estados-membros, em um povo europeu que lhe sirva de fundamento de legitimidade. Em outros termos, a qualificação da UE como uma formação política democrática é negada, na medida em que, faltando-lhe os elementos jurídicos que conformam um Estado ou uma Federação, faltam-lhe, também, os requisitos para o exercício democrático do poder (ao menos de acordo com a doutrina constitucional clássica). Dessa forma, o princípio de união de Estados soberanos (*Staatenverbund*) não fixa apenas os limites “jurídicos” das competências da União (aquelas relacionadas às competências de atribuição), mas igualmente fixa os limites “absolutos”, que correspondem às competências relevantes do domínio do Estado-Nação, para que este ainda possa ser qualificado de “soberano”.

A segunda consideração sobre o déficit democrático da UE refere-se ao modo de eleição do Parlamento Europeu, que é avaliado como

⁹ A polêmica relacionada à ratificação do Tratado da União Europeia na Alemanha propiciou uma reforma constitucional que vinculou a participação alemã no processo de integração europeia aos chamados “princípios constitucionais estruturantes” (*Verfassungsrechtlichen strukturprinzipien*), os quais se tornaram condicionantes do posterior desenvolvimento da União Europeia, ao estabelecer determinados limites para a participação alemã na estruturação normativa e política da União.

não sendo equitativo, uma vez que não respeita o princípio “uma pessoa – um voto”. Ou seja, o PE, apesar de seu fortalecimento constante desde o Ato Único Europeu, não é democraticamente legitimado, visto que não é eleito com base na igualdade democrática. O PE exerce, no máximo, uma legitimação democrática subsidiária, e não autônoma, a qual complementa a legitimidade democrática exercida pelos Parlamntos e governos nacionais. Nesse raciocínio, o Parlamento Europeu não é um órgão de representação de um povo europeu soberano, o que significa que ele representa distintos povos europeus e está dividido em contingentes nacionais, não representando, portanto, os cidadãos da União como uma unidade indivisível e baseada no princípio da igualdade eleitoral. Como a eleição do PE não respeita tal preceito, o princípio democrático não é efetivado. Dessa forma, mesmo após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, falta um órgão decisório de representação popular que seja eleito de forma geral e equitativa por todos os cidadãos da União e possua a capacidade de representação integrada da vontade popular.

Por outro lado, no plano europeu, o Conselho também não pode ser comparado à Câmara Alta ou à representação das unidades federadas nos Estados com estrutura federativa, na medida em que é o órgão de representação dos Estados, considerados como os Senhores dos Tratados (*Herren der Verträge*). Ao contrário, o atual sistema de votação, baseado na proporcionalidade relativa dos votos de cada Estado no Conselho, passa a ser substituído, com o Tratado de Lisboa, por um sistema de dupla maioria, que representa 55% dos votos dos Estados-membros e 65% da população da União. O Conselho passa, assim, a ser constituído de acordo com o princípio da igualdade soberana entre Estados (típica do Direito Internacional Público), e não mais de acordo com a representatividade proporcional. Sob a perspectiva da legitimidade democrática, a inserção da dupla maioria como sistema de votação no Conselho também não agrega maior valor, uma vez que a representação se faz por meio da população dos Estados-membros, e não do conjunto de cidadãos da União como sujeitos de autoridade política própria (*Subjekte politischer Herrschaft*).

Nesse sentido, as contínuas reformas efetuadas com o objetivo de introduzir elementos de democracia formal-institucional no sistema decisório da União tiveram por efeito demarcar (negativamente) seu desenvolvimento institucional. O déficit democrático da UE teve por consequência uma hiperfederalização da União, que os mecanismos introduzidos no Tratado de Lisboa não conseguiram compensar.

Por outro lado, a utilização contínua pelo Tribunal de Justiça da União Europeia da “Teoria dos Poderes Implícitos” ampliou substancialmente as competências da União, que passou a regular as condições de vida

dos cidadãos em vastos setores. Dessa forma, a quantidade excessiva ou indefinida de competências transferidas pelos Estados à UE fragiliza o princípio democrático, visto que não existem mecanismos que possibilitem ao cidadão comum efetiva participação e controle democrático sobre os atos dos organismos da União.

A essas competências alargadas o Tratado de Lisboa adiciona algumas novas, como a competência exclusiva da UE na política comercial, abrangendo o conjunto das negociações multilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e bilaterais no caso de acordos comerciais com outros países ou regiões. Em ambos os casos, a UE passa a deter competência exclusiva não apenas no comércio de bens, mas também na propriedade intelectual, serviços e investimentos diretos externos.

Embora as competências da União já tenham sido largamente ampliadas pela jurisprudência do TJUE, sua atuação pode ocorrer apenas dentro dos limites das competências que lhe foram atribuídas pelos Estados-membros. Assim, é proibida a transferência ilimitada e definitiva de poderes de soberania, que viesse a caracterizar uma *Kompetenz-kompetenz* própria e autônoma da União. Nesse sentido, os Estados-membros permanecem soberanos e somente as decisões dos cidadãos dos Estados da União podem legitimar democraticamente a atuação da União.

Nesse contexto, retoma-se a discussão sobre a soberania do Estado, que passa a ser compreendida como a capacidade do povo alemão de pronunciar-se, de forma democrática, sobre questões que o afetem ou lhe interessem de forma especial. Essas questões fundamentais, que devem necessariamente permanecer na esfera da soberania nacional, são, em particular, a cidadania, o monopólio da força civil e militar, o direito penal, os impostos e os gastos públicos, as liberdades fundamentais, a organização das relações sociais, o direito de família, a liberdade de imprensa e de opinião, questões religiosas e de educação.

4.3. O auto-outorgado direito que o Tribunal Constitucional passa a ter, de avaliar se a União está, ou não, excedendo suas competências

O conceito de “núcleo de identidade constitucional intocável”, que não pode ser transferido para a UE enquanto o GG estiver em vigor, serviu de base para um conjunto de argumentações que permitiriam ao *BVerfG* exercer seu direito de verificar a compatibilidade dos atos da UE com o *Grundgesetz*. Esse raciocínio parte de duas premissas. Inicialmente, da existência do povo soberano alemão, que decide seu futuro político por meio de eleições e da existência de um Estado detentor de uma esfera própria de competências (ou Direitos de Soberania) e guardião da soberania da Nação. Se mediante atos próprios, a UE apropria-se de

competências que vão além daquelas já estabelecidas, ela retira (extrai) a soberania dos Estados-membros e torna-se, ela própria, um Estado Federal (*Bundesstaat*).

Nessa hipótese, a Alemanha tem duas possibilidades: sair da União Europeia ou mudar a Constituição a fim de permitir a adesão a um *Bundesstaat* (com a condição de que os direitos fundamentais sejam garantidos). Esse princípio de união de Estados soberanos, relacionado ao perigo de ausência de legitimidade democrática na UE, justifica, portanto, uma delimitação bastante restritiva da ampliação das competências da União.

A segunda premissa é a de que a União funciona de uma maneira muito pouco transparente e não está submetida ao controle democrático tradicional, apenas a um controle nacional de integração. Essa ausência de mecanismos democráticos no sistema decisório da União não apenas afeta os direitos fundamentais de cada cidadão (por exemplo, o direito à iniciativa individual, à segurança pessoal e os direitos sociais), mas compromete também o conjunto das decisões políticas que dependem, particularmente, de pressupostos culturais, históricos ou linguísticos.

Consequentemente, a Corte Constitucional alemã anunciou que exercerá futuramente um controle rigoroso da legislação europeia para assegurar que ela permaneça nos limites fixados e não ultrapasse as fronteiras rumo a um Estado federal.

5. A “Sentença Lisboa” e o espaço público europeu¹⁰

Entre as várias dimensões do debate que a “Sentença Lisboa” suscitou, uma das mais per-

tinentes é a relacionada ao déficit democrático da UE. Um dos fundamentos de tal déficit seria a inexistência de um “povo europeu”, que fosse, concomitantemente, o sujeito e o detentor de uma legitimidade democrática europeia, o que ocasionou a circunscrição da esfera pública comunitária a setores políticos e econômicos extremamente especializados.

Tal circunstância levou à formação de um denominado “consenso permissivo”, que designa a histórica conformidade da maioria das populações nacionais com a política pró-integracionista de suas elites (SEEGER, 2008, p. 237). Essa ausência de um espaço público europeu amplo, contudo, tem provocado uma situação de crescente alienação dos cidadãos europeus em relação ao debate de temas vinculados à integração. Em outras palavras, o espaço reduzido de debate sobre temas europeus decorre não da ausência de questões controversas, mas da incapacidade de gerar instrumentos de formação e inclusão dos cidadãos nos processos decisórios da UE (SEGER, 2008, p. 236). Em particular, encontra-se a fragilidade das estruturas intermediárias que são centrais na formação desse espaço público, especialmente partidos, associações e imprensa em nível europeu, e não de forma fragmentada, em cada Estado-membro. É essa situação que leva Habermas (2002) a afirmar que é absolutamente necessária a construção de uma esfera pública integrada no âmbito europeu, ou seja, é necessário alcançar um contexto de comunicação pública que transcenda as fronteiras das limitadas esferas públicas nacionais.

Além dessa ausência de um espaço público compartilhado, o déficit democrático também decorre do fato de que o destinatário da cada vez mais ampla gama de decisões adotadas pelos órgãos supranacionais não é idêntico ao *demos* que elegeu os órgãos que adotam tais decisões (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 362).

¹⁰ Partes deste trecho do artigo foram publicadas no *Boletim Meridiano* 47, edição de dezembro de 2010. Ver Kegel (2010).

O Conselho de Ministros e o Conselho Europeu, que continuam como os órgãos com maior capacidade decisória, permanecem sendo eleitos de forma indireta, mediante eleições nacionais. O mesmo vale para a Comissão, que, apesar de não ser diretamente eleita, é o órgão executivo comunitário e interfere intensamente em uma parcela significativa do cotidiano dos cidadãos europeus. Por fim, o Parlamento Europeu é diretamente eleito, mas, apesar da ampliação de suas competências, continua sem poder de iniciativa legislativa própria, dependendo, para tanto, da Comissão e do Conselho.

Conectada ao déficit democrático está a complexa questão da legitimidade da União Europeia. A expansão contínua das competências comunitárias à custa das nacionais e o concomitante aprofundamento da utilização do princípio majoritário no processo decisório supranacional induzem a uma situação de profundo desconforto no âmbito dos Estados nacionais. A diminuição da possibilidade de controle nacional, pelo Parlamento e pela opinião pública, dos atos comunitários por meio do direito de veto no Conselho tende a enfraquecer a legitimidade europeia e introduz questões de complexa articulação (HALTERN, 2006, p. 407).

Entre elas, encontram-se a dificuldade de definir o sentimento de pertencer (*Zugehörigkeit*) a uma comunidade política que se estende bastante além dos limites geográficos do Estado e a correlata solidariedade a tal comunidade. Particularmente espinhosa, a ausência de um povo europeu dificulta a formação de laços de dependência e solidariedade recíprocos, bem como inibe a compreensão dos potenciais ganhos pela adoção de medidas que favorecerão, em um primeiro momento, outro Estado-membro ou grupo nacional. Dito em outros termos, a solidariedade existente dentro de uma mesma comunidade política, que permite que parcelas da população concordem com eventuais sacrifícios em prol de parcelas menos favorecidas, não se estende na mesma intensidade para o âmbito comunitário.

Por outro lado, também se tornam pouco compreensíveis os motivos da submissão voluntária a normas com as quais o Estado não concordou e que são contrárias aos seus interesses específicos, além de induzirem a situações que afetam os Judiciários nacionais e a Corte Europeia (MAYER, 2009, p. 604). Um exemplo dessa situação pode ser encontrado na normativa comunitária sobre a “Organização Comum de Mercado de Bananas”, que, ao instituir a preferência de importação de bananas das ex-colônias europeias, em especial inglesas e francesas, provocou enormes prejuízos aos importadores alemães. Naquela ocasião, o Regulamento sobre o assunto foi adotado por maioria no Conselho e contra a manifesta oposição da Alemanha. Ocorre que essa normativa comunitária provocou problemas de ordem constitucional interna na Alemanha, pois haveria

uma pretensa colisão com Direitos Fundamentais garantidos no *Grundgesetz*, em especial o Direito à Livre Atividade Econômica.

Uma das consequências, portanto, da ampliação do princípio majoritário como forma de adoção de decisões supranacionais reside no perigo de retirar dos Executivos nacionais sua função de guardião de determinadas preocupações nacionais. De um lado, se tais preocupações estiverem imbricadas a questões jurídico-constitucionais (em particular Direitos Fundamentais), as Cortes Constitucionais nacionais poderão, elas próprias, assumir uma postura ativa como guardiãs de tais temas (MAYER, 2009, p. 605). De outro lado, o que é bem mais complexo, existe, porém, o potencial impacto negativo no espaço público nacional, tornando-se mais aguda a sensação de déficit democrático e de perda de legitimidade.

A contínua expansão das competências europeias altera também a divisão de competências entre a UE e os Estados-membros, o que gera consequências na formulação dos distintos cenários políticos em que o poder é exercido. Nessa perspectiva, as principais implicações da SL, no âmbito interno, são duas.

A primeira é o direito que o *BVerfG* se outorga de controlar a dinâmica da integração europeia por meio do exame e eventual paralisação de normativas que excedam as competências comunitárias e sejam, portanto, contrárias ao ordenamento constitucional alemão. Dessa forma, a Corte Constitucional alemã, a partir de agora, exercerá um controle mais acentuado de dois elementos: a) se os órgãos da União Europeia excederam a base de suas competências (*Ausbrechender Akt*); e b) se os órgãos da UE violaram a identidade constitucional alemã (*Identitätskontrolle*). Para Cantaro (2010), a “Sentença Lisboa” explicita uma nova filosofia, segundo a qual a integração europeia passa a ser tutelada pelos órgãos constitucionais nacionais.

Assim, de um lado, o *BVerfG* distancia-se do relacionamento de cooperação com o TJUE (*Kooperationsverhältnis*). Ao contrário, na hipótese de não haver proteção jurídica (*Rechtsschutz*) pelo Tribunal Europeu, a Corte Alemã exercerá seu direito de manifestação final. Por outro lado, e fundamental, o *BVerfG* nega ao TJUE o desenvolvimento (*Fortbildung*) do Direito Comunitário mediante a interpretação autônoma dos Tratados Constitutivos (*autonome Vertragsausdehnung*). Interpretação sim, mas Direito Pretoriano (*Richterrecht*) não.

Esse posicionamento relativiza preceitos jurídicos fundamentais do Direito Comunitário (e que foram desenvolvidos pela via pretoriana), tal como a responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário (Doutrina Francovich) ou os Direitos Fundamentais “criados” pelo TJUE (“geschöpfte” *Grundrechte*), como no caso da proibição de discriminação por idade (“Sentença Mangold”). É interessante observar que esses são

dois exemplos de integração pelo direito e da simbiose entre os sistemas jurídicos nacionais e o Comunitário (KARPENSTEIN; PERNICE; MAYER, 2009).

No entanto, o modo como o atual posicionamento do *BVerfG* foi formulado deixa antever um potencial conflito com o TJUE. As consequências seriam particularmente desastrosas. Na hipótese de uma normativa ou uma sentença comunitária não ser adotada na Alemanha (*unandwendbar*), a Comissão deveria iniciar, imediatamente, um Procedimento por Incumprimento dos Tratados (*Vertragsverletzungsverfahren*), na medida em que se torna imperativo evitar danos ou, pior, precedentes negativos em outros Estados-membros. O que se iniciou como um mero conflito jurídico poderia muito rapidamente transformar-se em um conflito sobre direitos e deveres dos Estados-membros (KARPENSTEIN; PERNICE; MAYER, 2009).

Por outro lado, o fato de as manifestações da Corte Constitucional serem vinculantes para as autoridades alemãs, inclusive em suas ações externas, amplia a dimensão da “Sentença Lisboa”, uma vez que afeta a própria União Europeia como um todo. Isso significa que, a necessária vinculação da política europeia alemã à determinação do BVerfG de manter intacto o núcleo da identidade constitucional alemã e não permitir que sejam ultrapassadas as fronteiras rumo a um Estado federal necessariamente terá consequências na postura do governo alemão. Dessa forma, o BVerfG outorga-se não apenas o direito de verificar a constitucionalidade dos atos normativos europeus, mas também, e de forma muito mais efetiva, a possibilidade de exercer tal controle sobre o conjunto da política e do posicionamento alemão no âmbito das instituições europeias (BECKER, 2009).

Como forma de compensar o reiteradamente lembrado déficit democrático, o *BVerfG* propõe reforçar o papel dos Parlamentos

nacionais no âmbito do processo decisório europeu. Essa sentença, portanto, impõe maior controle parlamentar sobre os atos legislativos da União Europeia, visto que as competências do *Bundestag* e do *Bundesrat* em assuntos comunitários são ampliadas em todo o conjunto de extensão das competências da União. Além da interferência direta na formulação da política europeia da Alemanha, o fato de ambas as Casas Legislativas terem de posicionar-se sobre qualquer assunto que seja debatido na instância supranacional pode levar a certa imobilidade do próprio governo.

6. Considerações finais

A grande questão levantada pela “Sentença Lisboa” é a explicitação jurídica de um mal-estar político subjacente ao atual estado de funcionamento da União Europeia: o déficit democrático e a questão de sua legitimidade no contexto de competências cada vez mais extensas (BARRIERE; ROUSSEL, 2009). O *BVerfG* nega legitimidade democrática à União Europeia na mesma extensão da realizada na Alemanha por meio do GG basicamente por dois motivos. O primeiro é de ordem formal e diz respeito ao problema da representatividade distorcida dos cidadãos alemães no Parlamento Europeu e a suas consequências negativas ao princípio democrático. Já o segundo é de ordem substantiva, pois se nega, no limite, que uma organização supranacional, na qual os Estados continuam sendo Senhores dos Tratados, possa ter a mesma densidade democrática que um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a tripla indicação de valores a serem resguardados no decorrer da integração, a “soberania do Estado alemão, o princípio da identidade constitucional alemã e a responsabilidade do Estado em prover as condições essenciais de vida aos cidadãos alemães”, indica, por

parte da Corte Constitucional, a procura por um paradigma de integração distinto dos modelos clássicos, de corte supranacional, particularmente do “Federalismo” e do “Funcionalismo” (CANTARO, 2010).

Em especial, a reiterada advertência efetuada ao Tribunal de Justiça da União Europeia de que a UE não possui a *Kompetenz-kompetenz*, ou seja, de que não tem a competência de se atribuir novas competências independentemente das decisões do Poder Legislativo dos Estados-membros indica o esgotamento da possibilidade de aprofundar a integração pela via jurisprudencial.

Ao reafirmar a importância de incluir os Paramentos nacionais no sistema institucional comunitário, o *BVerfG* acentua a necessidade de aproximar o cidadão alemão do processo decisório europeu e, concomitantemente, outorga-se o direito de controlar a dinâmica da integração mediante o exame de normativas que excedam as competências europeias e sejam contrárias ao *Grundgesetz*. Em outros termos, são fixados os limites considerados intransponíveis na transferência de direitos de soberania no âmbito das relações intracomunitárias e a questão constitucional no entrelaçamento das ordens jurídicas nacionais e da União é enfatizada.

Nesse sentido, os limites constitucionais à integração estão condicionados por valores e identidades nacionais e assim permanecerão enquanto o Estado Soberano continuar como elemento indisponível desse processo e as Constituições Nacionais, como fonte última da legitimidade da União Europeia e de sua estrutura jurídica.

Referências

BARRIÈRE, Anne-Lise; ROUSSEL, Benoit. Le traité de Lisbonne, étape ultime de l'intégration européenne?: Le jugement Du 30 juin 2009 de La Cour Constitutionnelle allemande. *Note Du Cerfa*, Paris, n. 66, sept. 2009.

BECKER, Peter. *Kontrollierten Dynamik: Die neue EU Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: SWP-Aktuell, 2009.

_____; MAURER, Andreas. *Deutsche Integrationsbremse: Folgen und Gefahren des Karlsruhe Urteils für Deutschland und der EU*. SWP-Aktuell, 2009.

BLECKMANN, Albert. *Europarecht: das Recht der Europäischen Gemeinschaft*. Köln: Carl Heymanns, 1990.

CANTARO, Antonio. Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”: la integración protegida. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, año 7, n. 13, p. 121-164, enero/jun. 2010.

DEUTSCHLAND (BUNDESREPUBLIK) BUNDESTAG. *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste*. Bonn: Aktueller Begriff, 2008.

GRIMMEL, Andreas; JAKOBEIT, Cord. (Hrsg.). *Politische Theorien der Europäischen Integration*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Por qué la unión europea necesita un marco constitucional. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico, v. 35, n. 105, p. 947-978, sep./dic. 2002.

HALTERN, Ulrich. Integration durch Recht. In: BIELING, Hans Jürgen; LERCH, Marika (Hrsg.). *Theorien der europäischen Integration*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

KARPENSTEIN, Ulrich; PERNICE, Ingolf; MAYER, Franz. *Denkschrift zur Vorlageverpflichtung des BVerfG: Aufruf zur Einführung einer ausdrücklichen Vorlageverpflichtung des BVerfG*. [S.l.]: [s.n.], 2009. Disponível em: <<http://whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

KEGEL, Patrícia Luiza. A sentença Lisboa: legitimidade democrática e os limites constitucionais à integração europeia. *Boletim Meridiano*, Brasília, v. 11, n. 122, p. 11-17, nov./dez. 2010.

LOIS, Cecília Caballero. Teoria constitucional e neoconstitucionalismo no limiar do século XXI: mudança política e aceitabilidade racional no exercício da função jurisdicional. In: LOIS, Cecília Cabellero; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coord.). *A Constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski*. São Paulo: LTR, 2007.

MAYER, Franz C. Verfassungsgerichtsbarkeit. In: BOGDANDY, Armin von; BAST, Jürgen. *Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge*. Heidelberg: Springer, 2009.

MURSWIEK, Dietrich. *Der Vertrag von Lissabon und das Grundgesetz*: Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und Begründetheit verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelfe gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und die deutsche Begleitgesetzgebung. Freiburg: Institut für Öffentliches Recht, 2008.

SEEGER, Sarah. Die EU im Spannungsfeld von Demokratiedefizit, Politisierung und Vertragsratifikation. In: WEIDENFELD, Werner (Hrsg.). *Lissabon in der Analyse: der Reformvertrag der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

Direitos e garantias fundamentais do trabalhador e os Estados-Partes do Mercosul

EDUARDO BIACCHI GOMES

ANDRÉA ARRUDA VAZ

Sumário

1. Introdução. 2. Direitos e garantias do trabalhador e os Estados-Partes do Mercosul. 3. Ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes do Mercosul e a proteção dos direitos sociais. 3.1. Brasil. 3.2. Argentina. 3.3. Uruguai. 3.4. Paraguai. 3.5. Venezuela. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Eduardo Biacchi Gomes é pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, *Facultad de Dret*. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador da UniBrasil e professor da PUC-PR.

Andréa Arruda Vaz é advogada especialista pela PUC-PR; pós-graduada pela Universidade Cândido Mendes/RJ e graduada pela Faculdade Dom Bosco.

O presente artigo examina a necessidade de se visualizar a efetivação dos preceitos de ordem fundamental para o trabalhador, entendido como a parte mais vulnerável da relação laboral seja no âmbito individual, seja no coletivo.

A análise, ora efetuada, está voltada aos Estados-Partes do Mercosul: Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Brasil, especialmente no que diz respeito aos efeitos das políticas sociais adotadas, nos ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados, de forma a preservar os direitos sociais, especialmente em um contexto de crise mundial pós-2009.

O artigo tem como objetivo principal apresentar a disposições mínimas legais constantes na legislação do Mercosul, no que tange à proteção do trabalhador e garantias mínimas bem como as negociações coletivas e/ou legislação regional e seus limites, como é o caso do sistema legislativo desse bloco econômico, além da constitucionalidade e legalidade de tais negociações.

Um dos principais marcos normativos do bloco econômico, voltados a promover uma harmonização dos direitos sociais, é a denominada Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 1998, assim como o Acordo

Multilateral de Seguridade Social em 1997, que demonstram a preocupação dos Estados-Partes com a sedimentação jurídica e institucional de preceitos de ordem fundamental relativas ao trabalhador.

Como é notório, o Mercosul é regido pelas regras do Direito Internacional Público e, como qualquer processo de natureza jurídica intergovernamental, as decisões adotadas pelos seus órgãos, não podem ser aplicadas diretamente nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, de forma a se legitimar – amplamente – a proteção dos preceitos de ordem fundamental e relacionados aos direitos humanos.

Em um contexto maior, há que se destacar a atuação da Organização Internacional do Trabalho, OIT, sediada em Genebra, na Suíça, constituída pelo Tratado de Versalhes de 1919, com competência para adotar as políticas voltadas para a proteção dos direitos sociais, por meio das Convenções da OIT, que, uma vez ratificadas, devem ser observadas pelos Estados.

No atual cenário do bloco, é incansável a busca da harmonia legislativa e da implantação de um sistema normativo com condições para assegurar direitos fundamentais dos trabalhadores, fomentar o desenvolvimento econômico da região, bem como proporcionar a harmonia entre capital e trabalho, desenvolvimento e dignidade humana.

Finalmente, é oportuno destacar que o objetivo do artigo é o de fomentar a discussão acerca de formas de se efetivarem os direitos sociais como direitos fundamentais e inerentes à dignidade da pessoa humana e do trabalhador como sujeito de direito.

2. Direitos e garantias do trabalhador nos Estados-Partes do Mercosul

Os preceitos e garantias de ordem fundamental permeiam o Direito, formando a base

estrutural independentemente, e fixam as diretrizes e premissas maiores como um todo, em especial no Direito do Trabalho, tendo o trabalhador como principal protegido, dado que é a parte hipossuficiente da relação jurídica.

A estrutura de princípios, no âmbito laboral, baseia-se nos acontecimentos em outros segmentos jurídicos, uma vez que tão somente a estrutura do Direito do Trabalho não atende aos anseios e necessidades desse complexo ramo do Direito.

A construção dos princípios constitui-se em séculos de acontecimentos e estudos que se amoldam de acordo com os anseios sociais de cada população, com objetivos de, na forma mais ampla possível, englobar a proteção ao instituto, nos seus mais basilares preceitos.

Para Plá Rodriguez (2000, p. 83), o princípio da proteção “[...] se refere ao critério fundamental que orienta o direito do trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num próprio propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.

A atual conjuntura econômica mundial demonstra que a proteção que o Direito do Trabalho deve oferecer ao trabalhador vai além da interpretação sistêmica de que o empregador é a parte mais forte da relação. A proteção está acima de um instituto e deve ser preconizada nos níveis social, econômico e institucional.

Para Durand (apud CARLI, 2005, p. 10), “[a] globalização que o mundo está vivendo aumenta a competitividade, o que acarreta a aceleração da revolução tecnológica, sem o quê as empresas não conseguem competir no mercado”.

Na tentativa de se estabelecerem bases mais sólidas e uma gama de preceitos fortes, bem como de se efetivarem alguns princípios e regras no âmbito laboral, social ou econômico, surgem os processos de integração regional, como o caso do Mercosul.

Gomes (2001, p. 46) explana que

“na década de 80 sentiram os países sul-americanos, principalmente Brasil e Argentina, a necessidade de fomentar seu comércio interno, o que culminou na formação de um mercado econômico entre ambos, com a participação posterior do Paraguai e do Uruguai e na consequente celebração do Tratado de Assunção, em 1991, que instituiu o Mercosul.”

Frise-se que a proteção ao trabalhador é um ponto comum entre os Estados-Partes do Mercosul. Inexiste no Mercosul uma normativa comum em relação à proteção dos direitos sociais; entretanto, todas as legislações convergem no sentido de tutelar a parte mais fraca da relação laboral.

Dita harmonização legislativa decorre do fato de que os Estados-Partes do Mercosul integram a Organização Internacional do Trabalho e, consequentemente, ratificaram as principais convenções, conforme adiante será exposto.

Ponto que merece ser destacado, neste artigo, é a crise institucional verificada no Paraguai no primeiro semestre de 2012, que levou ao processo de *impeachment* sumário do então presidente Fernando Lugo e a consequente suspensão do Paraguai por violação ao disposto no Protocolo de Ushuaia, que insere no Mercosul uma cláusula democrática.

Em 31 de julho de 2012 foi realizada uma Cúpula Extraordinária do Mercosul em que foi aprovada a admissão da Venezuela no bloco econômico. Poucos meses após o seu ingresso, em setembro de 2012, a Venezuela apresentou a denúncia ao Pacto de San José da Costa Rica, o qual, ainda que não tenha vinculação direta com o Mercosul, pode sinalizar uma tendência de aquele país andino não observar os direitos humanos ali previstos.

Sobre o ordenamento jurídico venezuelano, a sua Constituição que foi promulgada em 1999, com preceitos e garantias fundamentais de respeito ao ser humano e ao trabalhador, bem como garantias individuais e coletivas em face da promulgação da Lei Orgânica do Trabalho para os Trabalhadores e as Trabalhadoras (LOTTT) (VENEZUELA, 2012).

Para Alice Monteiro de Barros (2009, p. 1360), “[dada] a inviabilidade de uniformização das leis desses países, sua harmonia é necessária, assim entendida a equivalência de resultados econômicos”. A necessidade de harmonização de normas e adequação, ainda que do ponto de vista costumeiro, apresenta ao Mercosul a possibilidade de crescimento e prosperidade, tanto no âmbito econômico quanto no que tange aos preceitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivas.

Como o Mercosul é um processo de integração totalmente desigual, tendo em vista as assimetrias socioeconômicas entre os seus parceiros, aliado ao fato de que inexiste no bloco a livre circulação de mão de obra,

torna-se inviável a adoção de políticas estatais, com a finalidade de se buscar uma harmonização legislativa entre os seus parceiros, muito embora, conforme mencionado acima, existam pontos em comum nas respectivas legislações dos Estados-Partes.

3. Ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes do Mercosul e a proteção dos direitos sociais

3.1. Brasil

O Brasil atualmente tem como base legal, no que tange ao ordenamento laboral, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943), bem como um vasto arsenal legislativo esparso e jurisprudencial.

Entre as principais garantias fundamentais do trabalhador brasileiro está à impossibilidade de se derrogar lei por acordo individual ou coletivo, com exceções constantes da própria Constituição, como é o exemplo da jornada de trabalho. Diversos direitos estão previsto nos artigos 6º, 7º e 8º da Carta, entre eles a unicidade sindical, salário mínimo, assistência sindical, entre outros (SANCHES, 1998, p. 38-39).

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana em seu artigo primeiro, como preceito de ordem fundamental ao Estado Democrático de Direito, elevado a base construtiva de um Estado pautado na liberdade, na dignidade e na democracia.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 6º, dispõe que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A proteção e a aplicação dos direitos sociais, de ordem fundamental na Carta Magna brasileira, submetem-se à interpretação e ao julgamento dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, como tribunal constitucional do Brasil, que assim se tem manifestado: “[a] assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos” (BRASIL, 2011).

Da mesma forma, quando a proteção aos direitos humanos está em voga, a Corte Constitucional do Brasil se manifesta no sentido de que “nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado) (...) sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs” (BRASIL, 2009).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como fundamentos, ainda que em tese, o respeito à democracia, a liberdade, a igualdade, bem como a preocupação com o âmbito social, tanto que é conhecida como Constituição Social.

O *caput* do seu artigo 8º determina que “[é] livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)” (BRASIL, 2012). Tal preceito está em total sintonia com a liberdade de reunião prevista no artigo 5º, XVI, preceitos de ordem fundamental no Direito brasileiro (BRASIL, 2012).

A unicidade sindical, vigente no Brasil, “é o sistema no qual a lei exige que apenas um ente sindical seja representativo de determinada categoria, em certo espaço territorial” (GARCIA, 2007, p. 808). O Brasil é um dos poucos países no mundo a ainda adotar esse sistema, o que é motivo de muitas críticas e debates.

A liberdade sindical, prevista no seu art. 8º, V, “pode ser tanto positiva, ou seja, assegurando a associação ao ente sindical, como negativa, no sentido de garantir o direito de deixar o quadro de associados do sindicato” (GARCIA, 2007, p. 809).

Assim, ainda que no contexto atual enfrente uma série de formas de precarização do Direito do Trabalho, inclusive pelos tribunais, o Brasil possui um vasto rol de direitos e garantias formais que devem servir de fundamentos para a efetivação e a busca da concretização de direitos fundamentais, em especial no âmbito das relações laborais.

3.2. Argentina

A atual base legal da Argentina é a Constituição de 1994 e diversas leis esparsas, bem como a Lei de Contratos de Trabalho, a denominada *Reforma de la Nación Argentina*. O direito coletivo do trabalho não pode sofrer

intervenção do Poder Judiciário e, no caso de impasse, a competência para dirimir administrativamente a controvérsia é do Ministério do Trabalho (SANCHES, 1998, p. 39).

A Constituição vigente na Argentina, no que se refere a direitos fundamentais e garantias coletivas, assegura em seus famosos artigos 14 e 14-bis o direito ao trabalho, a liberdade profissional, o salário mínimo, a organização sindical livre e democrática reconhecida por simples inscrição em registro especial (CARVALHO, 1998, p. 72).

Conforme explana Carvalho (1998, p. 72), “fica garantido aos sindicatos: celebrar convenções coletivas de trabalho; recorrer à conciliação e a arbitragem; o direito de greve”.

Carvalho (1998, p. 75) esclarece ainda que “a reforma de 1994 dispõe sobre a proteção mínima do trabalhador, tão somente por meio da indicação de princípios, permitindo a flexibilização dos princípios de direito social de acordo com as necessidades econômico-sociais do país”.

A possibilidade de flexibilização dos princípios do Direito Social conforme conjuntura econômica do país traz à baila o questionamento do limite que se impõe para tais flexibilizações, sob pena de se ferirem preceitos fundamentais inerentes à dignidade humana.

Constitucionalmente, as convenções da OIT nesse país têm *status* de norma constitucional, o que em si é uma contradição, uma vez que muitas normas previstas em convenções têm *status* de direito fundamental, a exemplo das Convenções 87 e 98 que versam a respeito do direito coletivo e da liberdade sindical.

O entendimento da Corte Suprema de Justiça da República Argentina, órgão máximo judicial daquele país, em recente julgado, publicado em 24/04/2012, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, reforçou o entendimento que: “[los] derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo

del Estado (...), los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona(...)" (ARGENTINA, 2012).

No mesmo sentido, quando a decisão envolve a proteção aos direitos sociais à citada Corte se manifesta em julgado publicado em 24/11/2009, no sentido de que o Estado deve velar pelo cumprimento "de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a estos últimos, así como adoptar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias para ello" (ARGENTINA, 2012).

Assim percebe-se que a Argentina busca a efetividade das normas protetivas, tanto no que diz respeito à proteção aos direitos humanos, bem como a proteção ao Trabalho, enquanto instrumento de Dignidade da Pessoa Humana, ainda que do ponto de vista formal.

3.3. Uruguai

No Uruguai, pautado na desregulamentação legal do Direito do Trabalho, na autonomia sindical e na abstenção do Estado, há um corpo de normas específicas, mas, apesar da pouca quantidade de leis trabalhista, predomina a negociação coletiva, desde que preservados direitos de ordem fundamental, como o descanso semanal remunerado, as férias anuais e o salário, e a adoção das convenções da OIT em seu âmbito interno (SANCHES, 1998, p. 39-40).

Segundo Ribeiro (1998, p. 151), com relação à Constituição do Uruguai, "[a] doutrina tem entendido que, em matéria laboral, a Constituição de 1967 manteve uma inspiração protetora e consagrou um certo equilíbrio entre o direito de propriedade, representativo do fator capital, e os direitos dos trabalhadores", num período marcado por desenvolvimento econômico e bem-estar social.

Ribeiro (1998, p. 157) clarifica que "[em] matéria de relações coletivas, a importância da

lei é reduzida, predominando uma concepção abstencionista". No ordenamento uruguaio vige o entendimento de que o Estado deve interferir o mínimo possível nas relações envolvendo direito coletivo, devendo as partes gozar de efetiva e ampla liberdade para negociar.

Ainda a mesma autora explica que "[a] carência de legislação sindical não significa que não exista um ordenamento jurídico sindical. Há sim regras sobre organização sindical no âmbito da Constituição, além de Convenções da OIT incorporadas ao ordenamento jurídico do país sobre atividade sindical, celebração de convenções coletivas etc." (RIBEIRO, 1998, p. 157).

Nesse sentido, o ordenamento uruguaio adota um posicionamento misto baseado na boa-fé e no equilíbrio das negociações e da elaboração de normas coletivas; porém, há a necessidade da intervenção estatal, regida por preceitos constitucionais, bem como pelas convenções da OIT, que têm *status* de direito fundamental – além das convenções coletivas, é claro.

Nesse aspecto, ainda que haja um preceito de desregulamentação e abstenção, o princípio que predomina é o da proteção, tanto para as relações individuais, quanto para as relações coletivas, com admissão de forma restrita de certa flexibilidade, desde que não se mexam nas bases das relações de trabalho (RIBEIRO, 1998, p. 157).

Ribeiro (1998, p. 157) ensina que "[em] contrapartida, em matéria de relações individuais, a importância da lei é grande, constituindo a normal legal peça fundamental para a disciplina dos principais institutos de direito individual".

A lei, garantidora da proteção e da preservação dos direitos individuais deve ter alto grau de importância e eficiência – assim é a nivelção da legislação em se tratando de direito individual do trabalho no Uruguai.

A atual Constituição do Uruguai apresenta duas regras básicas de sindicalização: "artigo

39 (que consagra o direito individual de associação) e o artigo 57 (que manda o Estado promover a formação de sindicatos)” (RIBEIRO, 1998, p. 158).

Tal modelo difere dos modelos dos demais países, principalmente, do Brasil, pois autoriza ao Estado a formação dos sindicatos. Esse modelo, por certo, altera todo o contexto fático e da liberdade sindical.

Assim, percebe-se que no atual modelo a autonomia é uma das características do direito coletivo, fato esse que distingue o Uruguai dos demais países do Mercosul.

Ribeiro (1998, p. 158) explica que o princípio da autonomia e liberdade sindical apresenta três divisões:

“1) autonomia sindical *stricto sensu* (também denominada autonomia interna que consiste na liberdade de constituir, estruturar e desenvolver o sindicato; 2) autonomia coletiva: definida como o poder auto-regulamentador dos grupos profissionais; 3) autotutela: compreendida como faculdade de auto-proteção dos interesses, através inclusive da greve”.

A autonomia, no âmbito do direito coletivo no Uruguai faculta a autoproteção como meio de proteção aos trabalhadores, com objetivo de desenvolver ferramentas que protejam os interesses dos trabalhadores.

A proteção, nessa acepção, integra inclusive os preceitos constantes nas Convenções 87 e 98 ratificadas pelo Uruguai em 1919, em que constam preceitos e garantias do direito coletivo e da liberdade sindical.

O Uruguai compartilha do entendimento de que “...a negociação coletiva é ingrediente imprescindível da liberdade sindical” (RIBEIRO, 1998, p. 159). Nesse contexto, impõe-se o entendimento de que a abstenção do Estado é o caminho para assegurar o exercício efetivo da liberdade negocial sindical.

Assim, a negociação coletiva tem liberdade e autonomia e seus limites estão no preceito de proteção da Constituição, tendo como principais características o modelo uruguaio pautado na desregulamentação de direito coletivo e preservação dos preceitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

3.4. Paraguai

O Paraguai, que tem como base a Constituição Federal de 1992 e o Código Laboral promulgado em 1993 (este último inspirado na Consolidação das Leis Trabalhistas do Brasil), com predominância de princípios e garantias. Além disso, é o único país do bloco a ter um código laboral, que fora sancionado em 1961, com a publicação de novo código em 1993 (SANCHES, 1998, p. 40-41).

Mattos (1998, p. 128) aclara que a Constituição paraguaia de 1992 “[inspira-se] no espírito de democratização dos direitos humanos e no retorno das Forças Armadas paraguaias a um patamar de respeito e dignidade que até então havia perdido”.

Ainda, Mattos (1998, p. 128) explica que “[o] Direito do Trabalho é tratado em duas seções: uma seção primeira destinada a tratar dos Direitos Trabalhistas e a segunda dos empregados públicos”.

A Constituição paraguaia apresenta garantias fundamentais e preceitos de ordem pública que se assemelham aos constantes na Constituição brasileira, não obstante esta seja muito mais detalhada e aquela remeta a maioria dos assuntos ao Código Laboral.

Os preceitos constitucionais dividem-se basicamente em dois blocos: os direitos dos trabalhadores privados e os direitos do empregado no setor público.

Em linhas gerais, os princípios contidos na Constituição de 1992 são a proteção do trabalho,

o princípio da irrenunciabilidade, o trabalho lícito e em condições dignas, a proibição de qualquer forma de discriminação, a igualdade salarial e, finalmente, o direito coletivo sindical, a liberdade sindical e a negociação coletiva que favorece a conciliação trabalhista (MATTOS, 1998, p. 128).

Assim, o Paraguai é regido, quando se refere a direitos e garantias trabalhistas, pelos princípios de ordem constitucional, esta baseada na proteção do trabalhador, bem como no âmbito do direito coletivo, destaca-se a liberdade sindical e a negociação para solução de controvérsias.

No que se relaciona à aplicabilidade dos preceitos protetivos relacionados aos direitos sociais, a Corte Suprema de Justiça paraguaia entende que: “es erigido a la categoría de un verdadero derecho humano, que el Estado tiene la obligación de respetar, conforme a diversos documentos internacionales, de los cuales la República del Paraguay es signatario, y en consecuencia, se halla obligado a cumplir” (PARAGUAI, 2009).

Assim é o entendimento da Corte Suprema, no sentido de conferir ao Direito do Trabalho hierarquia de direito relacionado à dignidade da pessoa humana.

3.5. Venezuela

A República Bolivariana da Venezuela, país marcado por conflitos políticos e relacionado ao cumprimento de preceitos referentes a proteção de direitos humanos, foi incorporado ao Mercosul em 2006 e tornou-se país integrante do bloco em julho de 2012 por meio de decisão inquestionavelmente política.

A legislação social e laboral da Venezuela tem seus fundamentos na Constituição Federal de 1999 e no novo código laboral, denominado de LOTTT – *Ley Orgánica del Trabajo para los Trabajadores y las Trabajadoras*, publicada em 1º de maio de 2012, com questionado procedimento de participação popular.

Publicou-se em Caracas, em 24 de março de 2000, no Diário Oficial de nº 5.453, a Constituição Federal elaborada em 1999. O texto constitucional da Venezuela apresenta como preceitos e garantias fundamentais a “vida, liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, democracia, responsabilidade social e, em geral, a preeminência dos direitos humanos, ética e do pluralismo político” (VENEZUELA, 2000).

Os artigos iniciais versam a respeito da dignidade da pessoa humana, liberdade, bem como ressaltam que a garantia de tais preceitos estão diretamente ligados a trabalho e educação, tidos como processos fundamentais e garantidores das finalidades constitucionais.

O Título III da Constituição da Venezuela apresenta os direitos humanos e suas garantias, bem como eleva os tratados, pactos e convenções

que versem a respeito de direitos humanos, ratificados pela República, que possuem hierarquia constitucional e prevalecem sobre a legislação interna, na medida em que forem mais favoráveis que esta (VENEZUELA, 2012).

O Capítulo V dessa Constituição apresenta os direitos sociais e a proteção à família, à criança, à saúde, à educação e ao trabalho (VENEZUELA, 2012).

Tal capítulo apresenta o trabalho como um direito e um dever do cidadão, bem como o trabalho digno como um dever do Estado para com seus cidadãos. A proteção ao trabalho, a liberdade do trabalhador, as normas de saúde e segurança, bem como o dever do Estado em assegurar trabalho digno, igualdade entre homens e mulheres, medidas para impedir a discriminação, bem como a liberdade sindical e o direito a greve.

Em total consonância aos preceitos constitucionais, assim como com o objetivo, ainda que formal, de propiciar efetividade aos preceitos constitucionais, a República Bolivariana da Venezuela promulgou a nova lei orgânica laboral em 1º de maio de 2012.

A Venezuela vivencia, pois, um momento histórico marcado pela promulgação de uma nova legislação, que agora estabelece garantias e preceitos de ordem fundamental de forma mais ampla, clara e conforme recomendações da ONU, OIT e demais organismos internacionais, diferentemente da lei anterior, promulgada em 18 de junho de 1997 por meio do Decreto nº 5.152.

A Venezuela – país em cuja Constituição se define como um Estado Democrático e Social de Direito e Justiça, tendo como prioridade o povo, composto em sua grande maioria por trabalhadores –, por competência exclusiva do parlamento venezuelano, aprovou a *Ley Orgánica del Trabajo para los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT)*, por meio do Decreto nº 8.938, vigente desde 1º de maio de 2012, que revogou o texto legal que regulamentava a matéria, desde 1997.

Tal lei apresenta visíveis avanços no que tange à proteção do trabalhador, aderindo inclusive a preceitos recomendados pela OIT, dentre os quais se destacam o repouso remunerado à trabalhadora adotante, com cunho de benefício previdenciário, cujo ônus consequentemente recai sobre o governo.

Outro direito constante da recém-promulgada lei venezuelana é a estabilidade do pai, inclusive aos adotantes, de até dois anos após o nascimento, a proibição da terceirização, aumento do período de férias, redução de jornada, indenização em dobro para demissão sem justa causa, entre outros direitos. A lei em questão já está em vigor; porém, as empresas e as organizações têm um ano para se adequarem às novas regras.

No que diz respeito ao direito coletivo, a nova lei orgânica do trabalho apresenta em seu título V, denominado “De la formación colectiva, integral,

continua y permanente de los trabajadores y las trabajadoras in proceso social de trabajo”, cujo objetivo é garantir ao empregado a participação de forma ativa e digna nos processos sociais, com proteção estatal e preceitos e garantias fundamentais.

Alguns pilares foram estabelecidos pela nova legislação trabalhista, tais como o caráter libertador do trabalho, com base em valores éticos, justiça, solidariedade e paz, preceitos previstos no artigo 295 da lei.

O Título VII da LOTTT trata do direito sindical propriamente dito; seu primeiro capítulo, relativo à liberdade sindical, versa a respeito da defesa do direito de o trabalhador empregado, desempregado e aposentado participar ativamente de organizações sociais, sem distinção e sem necessidade de autorização, bem como o direito de filiação, tal como um preceito constitutivo fundamental ao cidadão daquele país (VENEZUELA, 2012).

Prevê-se também a garantia de emprego ao empregado que exerça atividades sindicais, tendo inclusive garantia de foro sindical, que consiste na proibição de transferência do empregado exercente de cargos sindicais, o que se fundamenta na garantia dos interesses coletivos e autonomia do exercício de funções sindicais.

Os sindicatos gozam de ampla liberdade e autonomia, porém limitadas às disposições previstas na lei orgânica trabalhista, bem como aos preceitos nela contidos. Entre os preceitos relacionados à autonomia estão os direitos dos trabalhadores de organizar sindicatos, de livremente filiar-se e desfiliar-se, votar e ser votado, tomar decisões e exercer com liberdade atividades sindicais, tanto no âmbito nacional como no internacional.

A mesma lei dispõe sobre as finalidades dos sindicatos, entre as principais está a luta pela produção e distribuição de bens e serviços a preços justos. O artigo 372 trata da base territorial.

Percebe-se que a nova legislação não adere à unicidade sindical, como é o caso do Brasil, sendo possível naquele país a constituição de forma concomitante de mais de uma entidade sindical sob a mesma base territorial, esta entendida como locais, estaduais, regionais e nacionais.

Ainda que se pregue a ampla liberdade sindical nessa nova carta laboral da república venezuelana, há a necessidade de registro da entidade sindical, perante o Registro Nacional de Organizações Sindicais, bem como é vedada a criação de sindicatos para a representação, de forma cumulativa, de empregados e empregadores, devendo cada classe ter seu próprio sindicato. O Título a respeito do direito sindical é amplo e contempla formas de constituição, destituição, fusão, prestação de contas, entre outros temas inerentes à atividade sindical.

Percebe-se que houve preocupação de assegurar amplas garantias à liberdade sindical, de associação e de participação dos trabalhadores nas atividades associativas e sindicais. Do ponto de vista formal, a legislação laboral da Venezuela, no atual contexto, adequa-se aos parâmetros vigentes no âmbito da OIT, em especial quanto às convenções que asseguram garantias e preceitos fundamentais, relacionados a normas de proteção a direitos humanos.

O Capítulo II da LOTTT versa sobre os procedimentos para a realização e a validação de negociações e acordos coletivos de trabalho, os quais não podem de plano aprovar direitos aquém dos contratos de trabalho já existentes, sob pena de nulidade, bem como a intervenção de Ministério do Trabalho que pode inclusive submeter o conflito à mediação.

Persistindo o conflito, submete-se ao tribunal, em se tratando de empregados do setor privado. Quando houver impasse envolvendo o setor público, a respectiva Procuradoria Federal deverá ser comunicada de imediato para o acompanhamento. A submissão do conflito

coletivo à arbitragem é possível, bem como a decisão pela Câmara Arbitral obriga as partes.

O direito a greve é assegurado, inclusive com garantias de desligamento, inamovibilidade e substituição por outros empregados, bem como diversas formas de fiscalização e punição aos empregadores pelo descumprimento das normas estabelecidas pelo novo código laboral.

O tempo certamente dirá como será a efetivação, uma vez que em termos legais a Venezuela atualmente está bem amparada no que tange à legislação laboral. Uma vez que do ponto de vista prático as violações a direitos sociais são latentes, bem como visível a intenção de não cumprir normas relacionadas a proteção aos direitos humanos, demonstração nítida na denúncia ao Pacto de San José da Costa Rica em setembro de 2012, após o ingresso no Mersocul como país-membro, acontecido em julho de 2012.

A Venezuela, face à sua recente edição, não possui jurisprudência a respeito da nova lei laboral; porém, algumas decisões relacionadas a preceitos laborais de ordem fundamental expõem o posicionamento do país com relação a direitos sociais, sendo “el trabajo como un hecho social, es decir influido por factores de orden ético, sociológico, psicológico y físico que necesita de normas de orden público que protejan el esfuerzo humano desplegado en el ejercicio de la actividad laboral” (VENEZUELA, 2001).

Assim, a Venezuela é a causa de expectativa em face do seu novo *status* como integrante do Mercosul, bem como com a recente promulgação da lei orgânica laboral, há que se acreditar que tais instrumentos e avanços tenham o condão de assegurar e efetivar melhores condições aos trabalhadores do país, de modo que ela seja um instrumento de efetivação de direitos sociais e de direitos humanos.

4. Considerações finais

No que diz respeito à proteção dos direitos sociais, e consequentemente fundamentais, certo é que os ordenamentos jurídicos constitucionais dos Estados-Partes do Mercosul, incluindo-se a República Bolivariana da Venezuela, atualmente se encontram em um estágio avançado, ainda que, no bloco econômico, não se possa falar na existência da livre circulação de trabalhadores ou de um direito supranacional, a exemplo do existente na União Europeia.

A recente crise vivida pelos principais mercados mundiais ocidentais e capitalistas – Estados Unidos da América e a própria União Europeia – apontam para a necessidade de se buscar uma maior regulamentação e proteção dos direitos sociais e trabalhistas, uma vez que, em momentos de crise, pontuais da história, como a crise financeira de 1929, as principais vítimas indubitavelmente são os trabalhadores.

Mesmo a atuação da Organização Internacional do Trabalho cujas Convenções são adotadas com a finalidade de proteger os direitos dos trabalhadores, embora não tenham aplicabilidade direta nos ordenamentos jurídicos dos Estados que a ratificam, torna-se necessária a regulamentação estatal de tais direitos.

Como forma de combate à crise mundial e resposta aos movimentos que buscam a derrocada dos direitos sociais e, consequentemente fundamentais, a proteção constitucional de tais garantias, conquistadas ao longo da história, é medida mais do que necessária, a exemplo do que se verifica nos ordenamentos constitucionais dos Estados-Partes do Mercosul.

Referências

ACORDO multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul. Brasília: STF, 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma_AP_75317.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2012.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Decisão Q. 64. XLVI*. Buenos Aires, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 18 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental Extraordinário 639337*. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n.177, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direitos+sociais%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 ago. 2012.

_____. *Habeas Corpus nº 94695*. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 6 fev. 2009.

CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A Flexibilização dos contratos de Trabalho*. Campinas: ME Ed., 2005.

CARVALHO, Regina Duarte Torres de. A Constituição Argentina. In: SANTOS; Hermelino de Oliveira (Coord.). *Constitucionalização do Direito do Trabalho no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1998.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos e solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Europeia e MERCOSUL*. Curitiba: Juruá, 2001.

MATTOS, Claudio Oliveira. A Constituição Paraguuaia. In: SANTOS; Hermelino de Oliveira (Coord.). *Constitucionalização do Direito do Trabalho no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1998.

MERCOSUL. Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL. [S.l.]: Mercosul, [200-?]. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-adesao-da-republica-bolivariana-da-venezuela-ao-mercosul/protocolo-de-adesao-da-republica-bolivariana-da-venezuela/>>. Acesso em: 4 ago. 2012.

_____. *Tratado de Assunção*: Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República

Oriental do Uruguai. [S.l.]: Mercosul, [2012?]. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>>. Acesso em: 17 ago. 2012.

PARAGUAI. Corte Suprema de Justiça. *Acción de Inconstitucionalidad*: "contra art. 251 de la Ley de Organización n° 22/1909 y arts. 16, 17 y 143 de la Ley n° 1626/2000 de la función pública. Assunción, 2009. Disponível em: <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/cache/b62e78ed46ec7633e67e0eb3b1887034.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2012.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RIBEIRO, Gabriela Campos. A Constituição Uruguiaia. In: SANTOS; Hermelino de Oliveira (Coord.). *Constitucionalização do Direito do Trabalho no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1998.

SANCHES, Gislene Aparecida. Os sistemas Jurídicos dos Estados partes do MERCOSUL. In: SANTOS; Hermelino de Oliveira (Coord.). *Constitucionalização do Direito do Trabalho no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1998.

SUSPENSÃO do Paraguai do MERCOSUL foi tema de reunião de chanceleres de países do MERCOSUL. *Diário Comércio Indústria & Serviços*, 2012. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/suspensao-do-paraguai-do-mercosul-foi-tema-de-reuniao-e-chanceleres-de-paises-do-mercosul-id305216.html>>. Acesso em: 4 ago. 2012.

VENEZUELA. Constituição Federal de 1999. *Diário Oficial*, n° 5.453, Caracas, 24 mar. 2000. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/97025685/Constituicao-Bolivariana-de-1999>>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. Ley Orgánica Del Trabajo para los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTT). *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela*, Caracas, v. 139, n. 6.076, 7 mayo 2012. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/LeyesOrganicas/46.-GOE_6076.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2012.

_____. Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia n° 50 de Sala de Casación Social*: Expediente n° 99-1026 de fecha 22/03/2001. Caracas, 2001. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/indice_tematico.html>. Acesso em: 18 ago. 2012.

Implantação das cotas raciais nos concursos públicos

Um debate necessário

NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES E
ALTEMAR CONSTATE PEREIRA JÚNIOR

Sumário

1. Introdução. 2. As ações afirmativas e o debate político-filosófico: o liberalismo e o comunitarismo justificando a democracia racial no ensino superior. 3. O liberalismo político e as ações afirmativas: a abordagem de Dworkin. 4. A relativização do conceito de mérito limitado ao acesso à universidade: o problema da extensão das ações afirmativas aos concursos públicos. 5. Considerações finais.

Nina Trícia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora de Direito na Faculdade Facensa e pesquisadora da Unifra.

Altemar Constante Pereira Júnior é mestre em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC. Professor de Direito na Faculdade Cenecista Nossa Senhora dos Anjos (Facensa).

1. Introdução

Diante da constatação de que no Brasil a desigualdade social está intrinsecamente associada à desigualdade racial, e considerando que essa realidade é inaceitável dentro de uma sociedade que tem por objetivo erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, a atuação de setores capazes de modificar essa situação e a implementação de políticas concretizadoras de direitos fazem despertar o interesse no desenvolvimento do estudo acerca de tais meios de transformação social.

Tal interesse justifica-se a partir do momento em que se visualiza na educação o fundamento para a igualdade e para a cidadania, e que o acesso ao seu nível superior é obstado às classes menos favorecidas.

Passados noventa anos da criação da primeira universidade brasileira, o modelo atual de ensino superior não difere do daquela época, ainda mais quando se constata que, assim como em 1920, o meio acadêmico é composto por estudantes brancos da elite.

Diante disso, considerando que, neste quase um século, o Estado liberal deu lugar ao Estado social, e estando este ancorado no neoconstitucionalismo – o qual tem em seu projeto a concretização de políticas públicas prestacionais como forma de combater a desigualdade –, não há

dúvida de que as ações afirmativas são um meio, no Brasil, de efetivação dos direitos sociais.¹

As ações afirmativas são entendidas como instrumentos de concretização da igualdade material que dão preferência a segmentos sociais marginalizados no acesso aos direitos sociais. A partir da constatação de que o número de negros nas instituições de ensino superior é irrisório – para não dizer inexistente, no caso dos cursos dotados de “prestígio na sociedade” – e partindo-se da premissa de o preconceito e a discriminação serem também obstáculos à ascensão social, a pesquisa tem como propósito apresentar as ações afirmativas focalizadas exclusivamente no recorte racial. Assim, concorda-se que essa é uma forma de diminuir as desigualdades no acesso ao ensino superior, já que aqueles que ingressam nas universidades públicas mediante vestibular geralmente estão mais aparelhados do que os menos favorecidos. Ademais, o Plenário do STF julgou improcedente a ADPF 186, ajuizada pelo DEM contra as cotas étnico-raciais da UnB. Por unanimidade, o Supremo considerou constitucional a política da universidade sobre o tema. Apenas o ministro Dias Toffoli declarou-se impedido e não participou do julgamento.

O resultado da votação não se trata de um privilégio, mas de uma forma de saldar uma dívida com os menos favorecidos e discriminados pelas classes dominantes do País. Por outro lado, intensificou-se a discussão sobre as cotas para negros nos concursos públicos, uma vez que quatro estados da federação adotam as cotas no serviço público – Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Tal assunto ganha especial importância nos dias atuais em face da intenção do governo federal de enviar um projeto ao Congresso Nacional relacionado a essa temática, propondo a reserva de 30% das vagas no serviço público para cotistas (SCHWARTSMAN, 2012).

É importante esclarecer desde já que, para fins deste trabalho, os indivíduos pardos e mulatos serão abrangidos pelo grupo maior chamado, a partir de então, de “negros” ou “população negra”. Essa observação é necessária, pois não se pretende entrar no debate sobre questões antropológicas ou genéticas, uma vez que se admite a dificuldade de classificar,

1 Para melhor compreender do que se trata essas políticas, recorre-se ao conceito formulado por Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 5), que assim define: “As ações afirmativas constituem-se em políticas públicas (também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados ou até por entidades puramente privadas, elas visam combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizadas na sociedade. [...] têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos setores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade, nas diversas esferas do convívio humano”.

num país miscigenado como o Brasil, quem é branco ou quem é negro. Nesse sentido, o termo “raça” não deve ser compreendido sob o aspecto genético – porquanto não existem raças na espécie humana –, mas sim sob o aspecto do social, cultural e estereotípico. O mesmo vale para a expressão “afrodescendente”, tendo em vista que, se a etimologia desse termo for analisada, concluir-se-á que quase toda a humanidade pode ser enquadrada como “afrodescendente”. Todavia, para esta pesquisa, “afrodescendente” é o termo empregado para aqueles que são socialmente reconhecidos como negros, ou seja, aqueles que são alvos de racismo e vítimas de práticas discriminatórias.²

Também é importante salientar que a presente investigação não se preocupa em abordar a história do negro no Brasil, pelo risco de, considerando o objetivo proposto, fazer uma análise superficial da questão.

Aliás, cumpre desde já alertar para o fato de que ação afirmativa não é um sinônimo de cota. Essa é uma distinção necessária para a compreensão daquilo que se pretende apresentar, pois, não havendo essa diferenciação, o princípio do mérito e do valor individual estará abalado. Dessa forma, as cotas são modalidades de ações afirmativas, e com estas não devem ser confundidas.

O objetivo desta pesquisa é apontar a necessidade de se restringirem as ações afirmativas sob a modalidade de cotas apenas ao acesso ao nível superior de educação. Ultrapassar essa condição colocaria em risco a noção de meritocracia como valor atribuído pelo Estado Democrático de Direito. Como exemplo, menciona-se

a impossibilidade de utilização do sistema de cotas no ingresso de cargos e carreiras públicas, considerando-se, para isso, a própria ideia de ser o concurso público uma conquista significativa na nossa história institucional.

Sendo assim, o princípio da igualdade, tão levantado quando se debatem medidas de inclusão ou formas de discriminação, também não é abordado nesta investigação. Isso porque a preocupação se concentra em (re)ver as ações afirmativas por outra perspectiva, cujo caminho passa pela necessária referência ao compromisso do Estado Democrático de Direito com o seu projeto de transformar a sociedade; percorre o debate político-filosófico desde o liberalismo até o comunitarismo; e encontra na meritocracia o *locus* da efetivação de uma política pública capaz de alterar a realidade.

Tendo como foco legitimar a adoção das ações afirmativas para a promoção do negro no meio acadêmico e não legitimar a política das ações afirmativas no ambiente do serviço público, a partir do próximo item se fará um debate político-filosófico sobre democracia a partir de duas correntes: a concepção contratualista ou liberal e a concepção comunitarista ou participativa. Em seguida, será apresentada a proposta de limitação das políticas públicas de inclusão racial unicamente para o ingresso no nível superior de ensino.

2. As ações afirmativas e o debate político-filosófico: o liberalismo e o comunitarismo justificando a democracia racial no ensino superior

A abordagem dentro de uma perspectiva político-filosófica é imprescindível quando se trata da relação entre democracia e educação, ou, no caso específico do presente trabalho, entre inclusão racial e ensino superior. Isso porque, a partir de tal enfoque, é possível analisar a

² A palavra “negro”, embora seja habitualmente usada no Brasil, não é aceita com naturalidade em outros países, eis que, em línguas estrangeiras, este termo é considerado discriminatório para figurar em documentos internacionais. Sobre isso, Evandro Piza Duarte (2008, p. 122) afirma que, no âmbito jurídico e na formulação de políticas públicas, a única tradução possível desta expressão é “negro”.

democracia sob o contraste de dois modelos: a concepção contratualista ou liberal e a concepção comunitarista ou participativa.

Esse debate sobre o liberalismo e o comunitarismo não é recente: ele decorre da disputa da primazia da fundamentação das ações afirmativas com fulcro no princípio da igualdade, tendo como marco o pensamento de Aristóteles.

No âmbito da educação, a relação entre o liberalismo e o comunitarismo tem sido debatida por autores ligados à discussão da teoria da justiça e da cidadania.³ Por decorrerem de circunstâncias históricas, os procedimentos e concepções de democracia são transitórios quanto às relações materiais que os exprimem. A partir dessa premissa, e trazendo as ações afirmativas para o centro do debate, tem-se que as teorias e modelos normativos garantem sua efetividade quando confrontados com essa política de democratização, sem o que eles perdem sua eficácia heurística e transformadora da realidade.

Quando se fala em inclusão racial nos bancos acadêmicos, percebe-se que o grande desafio ético-político consiste em (re)pensar questões de democracia a partir de investigações do cotidiano de uma universidade, bem como procurar diagnosticar, a partir de um ponto de vista comum, a forma pela qual se dará essa diversificação étnica. Logo, a preocupação reside em alcançar o modo possível de se pensar em um espaço de atuação democrática que ultrapasse o modelo produtor de normas e de justificação.

A utilização dos Estados Unidos como referência da implementação das ações afirmativas auxilia nesse exercício de busca por um modelo ideal de concepção democrática. A utilização desse paradigma ganha efetividade à medida que as políticas de inclusão realizadas nas nossas universidades são identificadas com as praticadas naquele país. Lógico que, quando se pretende examinar uma questão específica, parte-se dos pressupostos de seu paradigma (FOUREZ, 1995, p. 297). É por essas e outras razões que se busca amparo na obra de Dworkin, sem deixar de referir o argumento comunitarista. E quando se associam questões normativas e teorias preocupadas com a democracia, tem-se que:

“embora uma teoria normativa da democracia seja necessária em qualquer projeto que aspire a promover a democratização substantiva da vida pública, o certo é que uma tal teoria deve ter também um potencial de análise empírica e uma capacidade de orientação da ação fundamentada da detecção de processos e atores sociais e políticas reais, portadores de projetos que promovam a democracia integral desejada” (DAGNINO; OLVERA; PANFICHI, 2006, p. 20).

³ Respectivamente, podem ser citados Amy Gutmann e Carlos Alberto Torre, sendo que deste último se destaca a obra *Democracia, educação e multiculturalismo* (2001).

Sobre esse campo político-filosófico pretende-se discutir os modelos de democracia a serem utilizados na investigação das ações afirmativas a partir de uma concepção filosófica e histórica construída como referência de (re)democratização racial do ensino superior.

3. O liberalismo político e as ações afirmativas: a abordagem de Dworkin

Principal expoente do igualitarismo liberal, Ronald Dworkin contrapõe o igualitarismo radical ao defender que a distribuição das defesas deve expressar de algum modo a escolha individual. Em outras palavras, a igualdade de oportunidades liberal tem por objetivo reduzir a influência de circunstâncias sociais e de dotes naturais sobre a riqueza distribuída.

Ao salientar a contribuição de Dworkin para a defesa das ações afirmativas, Joaquim Barbosa assevera que o filósofo americano visualiza dois objetivos a serem alcançados por tais políticas: o primeiro, imediato, é o de “aumentar o número de membros de certas raças em certas posições e profissões”; já o objetivo mediato consistiria na “redução do grau de consciência racial da sociedade” (GOMES, J., 2001, p. 69).

Da mesma forma, também é possível afirmar que Dworkin defende as ações afirmativas sob outros dois aspectos: a diversidade universitária e a justiça social. Ademais, essas políticas de inclusão acabam tendo a função de corrigir os processos seletivos, já que ela ajusta aquelas condições que não foram dadas a determinados grupos por meio da pontuação, criando um rol de critérios para que todos possam, sim, concorrer em igualdade de condições.

Além disso, para Dworkin, as ações afirmativas para o ingresso na universidade não devem premiar o estudante pelo fato de ser descendente de minorias históricas e por isso ser-lhe legitimada a uma reparação. Tal afirmação faz com que Dworkin compreenda o mérito como condição para que o candidato seja beneficiado na disputa e no acesso ao ensino superior.⁴ Entretanto, ele ressalva que a cor negra, para esse fim de democratização racial, acaba sendo uma qualificação quando se pretende efetivar a diversidade universitária.

Ainda sobre a perspectiva de Dworkin em relação às ações afirmativas, o autor faz uma leitura da controvérsia entre a igualdade formal e a igualdade de fato, mostrando que as políticas de ações afirmativas,

⁴ “Contudo, faz-se necessário saber de quem é o mérito, ou, se quiser, quem tem mais mérito. Serão aqueles estudantes que tiveram todas as condições normais para cursar os ensino fundamental e médio e passaram no vestibular ou aqueles que, apesar das barreiras raciais e de outras adversidades em sua trajetória, conseguiram concluir o ensino médio e estão aptos para cursar uma universidade?” (SANTOS, S., 2003, p. 113-114).

se corretamente entendidas, não ferem o princípio da igualdade. Pelo contrário, tais políticas permitem que a igualdade de fato possa ser conciliada com a igualdade formal, de modo que não haja mais conflito entre as duas igualdades.

Segundo Dworkin (2002), é a igualdade – e não a liberdade – o direito a ser buscado pelo Estado no tratamento de seus cidadãos. Porém, trata-se de um entendimento próprio, de modo que há duas maneiras de se entender tal direito: no primeiro caso, trata-se do direito a distribuições iguais de oportunidade, recurso ou encargo; no segundo caso, trata-se do direito de todos os indivíduos de serem tratados como iguais – ou melhor, “com igual consideração”. É com base em tal compreensão do direito fundamental à igualdade que Dworkin estrutura sua concepção de justiça distributiva.

Portanto, para Dworkin, as ações afirmativas não geram uma contradição com a defesa ao princípio geral da igualdade, desde que se fundamentem no direito inalienável de todos serem tratados como iguais, com o mesmo respeito e consideração.

Assim, as desvantagens decorrentes da utilização das ações afirmativas podem ser justificadas nos casos em que o ganho da sociedade ultrapassa a perda daqueles que “sofreram desvantagens”, bem como na inexistência de outra política que promova resultados com o mesmo ganho (DWORKIN, 2002, p. 351).

Ou seja, nota-se que a perda individual de alguns candidatos foi compensada por um ganho maior, pois houve o benefício da “sociedade como um todo” (DWORKIN, 2002, p. 351).

Em entrevista à revista *Novos estudos*, Dworkin é questionado sobre o debate brasileiro em relação à constitucionalidade ou não das ações afirmativas voltada para a inclusão racial. Mesmo admitindo desconhecer a realidade brasileira, reforçou sua rejeição à ideia de compreender as ações afirmativas pela perspectiva compensatória:

“Ambos os lados usam o ideal da igualdade como principal argumento para aceitar ou repudiar os projetos. Em *A virtude soberana* você discute o assunto no contexto americano, mas a igualdade surpreendentemente não figura como argumento favorável ou contrário. Você defende a ação afirmativa nas universidades como necessária para alcançar a diversidade e a justiça social no futuro, não para compensar os negros por discriminação presente ou passada. E sustenta que os brancos não têm direito a um sistema de alocação de vagas universitárias que desconsidere a raça do candidato. O debate brasileiro está mal colocado ou você buscou minimizar a importância da igualdade devido às circunstâncias particulares dos Estados Unidos?

Não posso comentar o caso brasileiro. Não conheço bem as circunstâncias e os argumentos. Mas penso que é um grande erro tentar defender a ação afirmativa como uma compensação para injustiças do passado. Não encaixa: quem se beneficia não é quem sofreu no passado. E creio ser um equívoco supor que uma parte da população – em vez de indivíduos – possa ser detentora de direitos, como o direito à compensação. Porém, é claro que a igualdade está presente no meu argumento prospectivo para a ação afirmativa. Eu defendo que uma sociedade sem preconceito racial e sem estereótipos tem probabilidade maior de ser justa na distribuição de riquezas e também tem maior probabilidade de ser melhor para todas as pessoas, em muitos outros aspectos. Parece-me que a questão ao Brasil é se as cotas em discussão tornariam a sociedade melhor no futuro, nesses aspectos. Não acho que um suposto direito à compensação deveria figurar no argumento” (FERRAZ, 2007).

Desse modo, Dworkin parte da premissa de que a igualdade distributiva é, na verdade, a concretização no campo econômico de um ideal mais abstrato da igualdade: a igualdade de consideração.

Em contrapartida, sobre a rejeição à natureza compensatória das ações afirmativas, Joaquim Barbosa Gomes salienta que é no campo da educação que se constata os maiores efeitos da discriminação racial. Ao contrário de Dworkin, ele defende a ideia da utilização das ações afirmativas como forma de reparação às vítimas da história:

“Um dos mais nefastos efeitos da discriminação é claramente perceptível no campo da educação, especialmente em se tratando da discriminação em razão da raça. Nesse campo, a discriminação traduz na outorga, explícita ou dissimulada, de preferência no acesso à educação de qualidade a um grupo social em detrimento de outro grupo social. Prejudicados em um aspecto de fundamental importância para o ulterior desenrolar de suas vidas, os membros do grupo vitimizado se vêem, assim, desprovido dos ‘meios’ indispensáveis à sua inserção, em pé de igualdade com os beneficiários da injustiça perpetrada, na competição pela obtenção de empregos e posições escassos do mercado de trabalho. Noutras palavras, a discriminação, entendida sob esta ótica como uma privação de ‘meios’ ou ‘instrumentos’ de competição, resulta igualmente em privação de oportunidades. Consequentemente, reduzem-se as perspectivas de bem-estar e de sucesso daqueles que dela são vítimas. Para a teoria da justiça compensatória, a melhor forma de correção e de reparação desse estado de coisas consistiria em aumentar (via ações afirmativas) as chances dessas vítimas históricas de obterem os empregos e as posições de prestígio que elas naturalmente obteriam caso não houvesse discriminação” (GOMES, J., 2003, p. 64).

3.1. O princípio da diferença como critério legitimador das ações afirmativas

O liberalismo político de Dworkin tem seu ponto de encontro com outros modelos de liberalismo político mediante a noção de legitimidade

política. Esse é o tema central da obra *O liberalismo político*, de John Rawls (2000, p. 182-183), que assim se expressa:

“Nosso exercício do poder político é inteiramente apropriado somente quando está de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, em sua condição de livres e iguais, à luz de princípios e ideais aceitáveis para sua razão humana comum. Esse é o princípio liberal de legitimidade. A essa função acrescentamos que todas as questões tratadas pela legislatura que digam respeito aos elementos essenciais ou a questões básicas de justiça, ou que sobre eles incidam, também devem ser resolvidas, tanto quanto possível, pelos princípios e ideais que podem ser endossados da mesma forma. Somente uma concepção política de justiça da qual se possa razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem pode servir de base à razão e justificação públicas.”

Ainda que não se refira especificamente à democratização racial no ensino superior, a temática da educação é salientada por Rawls como um setor determinante na sociedade e na melhoria da qualidade de vida das pessoas, especialmente as menos favorecidas, contemplando, assim, o objetivo da justiça como equidade. Para Rawls (1997, p. 108),

“o valor da educação não deveria ser avaliado apenas em termos de eficiência econômica e bem-estar social. O papel da educação é igualmente importante, se não mais importante ainda, no sentido de proporcionar a uma pessoa a possibilidade de apreciar a cultura de uma sociedade e de tomar parte em suas atividades, e desse modo, proporcionar a cada indivíduo um sentimento de confiança seguro de seu próprio valor.”

Dessa importância destinada a despertar em cada indivíduo a sensação de autovalorização, é possível extrair a crítica de Rawls ao utilita-

rismo, entendido como a concepção de mundo cujo objetivo é avaliar uma determinada ação por sua utilidade – isto é, por sua capacidade de provocar alguma consequência. Para Rawls, o utilitarismo, ao se preocupar com o bem-estar coletivo e com a felicidade geral, acaba desconsiderando os interesses individuais.⁵ Diante disso, Rawls formula uma teoria da justiça por “considerar o utilitarismo insuficiente para responder as demandas do atual estágio em que se encontra o desenvolvimento da sociedade” (ZAMBAM, 2004, p. 35). O utilitarismo atacado por Rawls considera a pessoa como meio para se alcançar o bem de um coletivo⁶. Ou seja, os interesses de uma maioria acabam por se sobrepor de forma absoluta às aspirações de uma minoria.

A crítica feita por Rawls integra sua preocupação com a temática da justiça, ainda mais a partir da suposição de serem as desigualdades inerentes às sociedades democráticas. Em sentido contrário ao utilitarismo, a condição de sujeito, em sua singularidade, qualifica o cidadão como ativo na construção de um modelo de justiça. Na busca pelo estabelecimento das bases necessárias para a construção de uma sociedade justa, os princípios da justiça como fundamento da ordenação política, sugerida pela teoria da justiça, são propostos. Com isso, considerando a evolução do pensamento democrático, Rawls elabora os dois princípios da justiça:

5 Para Maria Cecília M. de Carvalho (1998, p. 279), “as éticas utilitaristas parecem resultar insensíveis às questões relacionadas com as exigências da justiça distributiva, uma vez que tal demanda tem a ver com o bem de cada indivíduo, com a satisfação dos interesses de cada um, e não necessariamente com o bem da coletividade”.

6 Para o utilitarismo, as expectativas e ideais de um indivíduo ou grupo são subordinados pela maximização do saldo de satisfações. “O utilitarismo, para alcançar uma sociedade melhor, otimiza a média de bem-estar dos cidadãos, a satisfação global das necessidades, o saldo das satisfações” (NEDEL, 2000, p. 25).

“a. Todas as pessoas têm direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade” (RAWLS, 2000, p. 47).

Traçando-se um paralelo entre os princípios da justiça acima descritos e a política de ações afirmativas, utilizando como exemplo o sistema de cotas para as minorias raciais nas universidades federais, tem-se que a principal característica da definição de Rawls consiste no fato de que os dois princípios contemplam as medidas que asseguram a todos os cidadãos os meios para que suas liberdades e oportunidades sejam colocadas em prática (RAWLS, 2000, p. 48). Comentando os princípios da justiça, Neuro José Zambam (2004, p. 69) assim refere:

“Os princípios da justiça destacam as liberdades políticas prioritariamente. Merecem caracterização especial as desigualdades sociais, agora consideradas sob dois critérios: as posições e cargos existentes na sociedade devem ser acessíveis a todos e com igualdade equitativa de oportunidades. As desigualdades são justificadas somente quando representarem benefício aos membros menos favorecidos da sociedade.”

Os dois princípios da justiça traduzem uma concepção igualitária do liberalismo político e são destinados às principais instituições políticas e sociais. Rawls (2000, p. 48) aponta três elementos destes princípios:

“São eles: a) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não sejam puramente formais; b) igualdade equitativa (e é bom que se diga, não meramente formal) de oportunidades; e, finalmente, c) o chamado princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas associadas aos cargos e posições devem ser ajustadas de tal modo que, seja qual for o nível destas desigualdades, grande ou pequeno, devem representar o maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.”

E é com base na definição de Rawls para o princípio da diferença que se pretende legitimar as ações afirmativas. O ajuste das desigualdades sociais nos cargos e posições confunde-se com o próprio objeto das políticas de inclusão⁷. Desde já se reconhece que é natural que a escolha do princípio da diferença em detrimento dos demais temas que foram objetos do projeto filosófico de Rawls possa parecer, num primeiro momento, um tanto quanto restritiva. Essa opção acaba sendo justificada na medida em que tal princípio é o ponto da teoria da justiça de Rawls na qual ela se apresenta mais consubstanciada, ou seja, em que se apresenta mais concreta na prescrição das instituições e dos princípios da justiça norteadores das instituições.⁸

⁷ Dito de outro modo, Rawls (2005, p. 60) ressalta que “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)”.

⁸ Em explanação feita na Audiência Pública realizada no STF, em 4 de março de 2012, Kabengele Munanga, professor da USP, destacou que “se a questão fundamental é como combinar a semelhança com a diferença para podermos viver harmoniosamente, sendo iguais e diferentes, porque não podemos também combinar políticas universalistas com as políticas diferencialistas? Diante do abismo em matéria de educação superior, entre brancos e negros, brancos e índios, e levando-se em conta outros indicadores sócio-econômicos provenientes dos estudos estatísticos dos IBGE e do IPEA, os demais índices do desenvolvimento humano provenientes dos estudos do

Por meio do princípio da diferença, Rawls procura contrastar a noção de justiça como equidade com outras concepções de justiça polarizadas por princípios que se apresentam como incluídos de todos os aspectos da vida relacional. A teoria da justiça de Rawls legitima as ações afirmativas quando estas resultam da combinação do princípio da diferença com o da igualdade de oportunidades concretas⁹, constituindo assim o que ele define como igualdade democrática (RAWLS, 1997, p. 79).

No contexto das tensões sociais, tanto a liberdade civil das declarações modernas, com suas desigualdades sociais, quanto a igualdade de oportunidades, com as desigualdades naturais, são arbitrárias do ponto de vista moral. Rawls propõe, então, uma política da diferença e utilização da identificação racial como nova medida de igualdade. Para Rawls (1997, p. 108):

“ninguém merece a maior capacidade natural que tem, nem um ponto de partida mais favorável na sociedade. Mas, é claro, isso não é motivo para ignorar essas distinções, muito menos para eliminá-las. Em vez disso, a estrutura básica [da sociedade] pode ser ordenada de modo que as contingências trabalhem para o bem dos menos favorecidos. Assim somos levados ao princípio da diferença se desejamos montar o sistema social de modo que ninguém ganhe ou perca devido ao seu lugar arbitrário na distribuição de dotes naturais ou à sua posição inicial na sociedade sem dar ou receber benefícios compensatórios em troca.”

Rawls afirma que a distribuição natural de talentos ou a posição social que cada indivíduo ocupa não são justas nem injustas; o que as torna justas ou injustas são as maneiras pelas quais as instituições as utilizam.

Com o objetivo de aproximar o princípio da diferença e as políticas afirmativas, recorre-se ao pensamento de Rawls quando este afirma que as desigualdades de nascimento, os dons naturais e as posições menos favorecidas advindas de gênero, raça ou etnia são imerecidas e têm de ser compensadas de algum modo. De acordo com Rawls (1997, p. 107):

“O princípio da [diferença] determina que a fim de tratar as pessoas igualmente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos a aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A idéia é de reparar o desvio das contingências na direção da desigualdade.”

PUND, as políticas de ação afirmativa se impõem com urgência, sem que se abra mão das políticas macroessenciais”.

9 O princípio da igualdade de oportunidades concretas, sendo este para Rawls uma subdivisão do princípio da igualdade, pode ser definido como a exigência para que as desigualdades sociais e econômicas estejam “vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades” (SILVA, S., 2007, p. 47).

Quanto à objeção feita aos programas de democratização racial nas universidades através do argumento de que estes ferem o princípio da meritocracia, Rawls contestaria questionando o quão meritórios são os dotes naturais ou as posições socialmente desfavoráveis. Questionaria ainda se essas condições decorreriam de sociedades religiosas, nas quais os dons e o *status* social são distribuídos de acordo com a casta à qual pertencemos. Em seguida, afastaria qualquer hipótese de atribuir ao mérito a resposta a esses questionamentos:

“Talvez alguns pensarão que uma pessoa com maiores dons naturais mereça aquelas vantagens e o caráter superior que tornou possível seu desenvolvimento. Esta visão, entretanto, é certamente incorreta. Um dos pontos recorrentes de nossos juízos analisados até agora é que ninguém merece o seu lugar na distribuição dos dons naturais, mais do que mereça seu ponto de partida na sociedade. Afirmar que um homem merece o caráter superior que lhe permite esforçar-se para cultivar suas habilidades é igualmente problemático, pois seu caráter depende largamente de uma família privilegiada e de circunstâncias sociais, pelas quais não tem mérito algum. Não parece aplicar-se a noção de merecimento a tais casos. Dessa forma, o homem representativo mais privilegiado não pode dizer que o mereça e, portanto, que tenha direito a um esquema de cooperação no qual lhe seja permitido adquirir benefícios de modo que não contribuam ao bem-estar alheio” (RAWLS, 1973 apud MOEHLECKE, 2004, p. 763)

Diante dessa linha de pensamento, Rawls acaba afastando-se do ideal de igualdade de oportunidades e de sua respectiva concepção de mérito, característico da tradição liberal.¹⁰ Rediscutindo o ideal meritocrático, este não só acaba sendo limitado por Rawls, como também adquire novo significado histórico ao ser considerado no âmbito dos usos e fins que a sociedade atribui às diferenças – inatas ou sociais. É nessa perspectiva que concebe o princípio da diferença como algo intrínseco à estrutura da sociedade.

3.2. A concepção comunitarista das ações afirmativas

Ao contrário da concepção liberal de democracia, defendida como meio para se resguardar a autonomia da pessoa ou indivíduo, o comu-

10 Nesse sentido, Leonardo Avritzer, professor de Ciência Política da UFMG, assim se expressou na Audiência Pública ocorrida no STF: “A ação afirmativa é introduzida no sentido de aprimorar a ideia de igualdade civil. Esse consiste no motivo que, mesmo nas sociedades mais liberais, a ação afirmativa existe como princípio. Ela está fundada naquilo que John Rawls denominou de princípio da diferença. E como é que John Rawls justifica o princípio da diferença? Rawls vai dizer – e aqui estou citando – é que (...) A diferença na tradição liberal é justificável, se ela ocorre na expectativa de beneficiar aqueles que estão em situação desfavorável. Ou seja, a igualdade civil é um esforço que exige a produção ativa pelo Estado dessa própria igualdade. E nenhuma instituição é mais relevante neste processo do que as instituições de ensino superior, do que as instituições universitárias”.

nitismo preocupa-se com a forma de entendimento do sujeito liberal e da justiça ligada à distribuição de recursos sociais. Aliás, o comunitarismo surge, antes de tudo, para reunir uma diversidade de estudos que se vinculam por uma linha comum de críticas ao liberalismo¹¹. Também é verdade afirmar que o comunitarismo nasce de uma reação ao revivalismo do liberalismo nas últimas décadas e cujo centro é a importante e influente obra *Uma teoria de Justiça*, de John Rawls, publicada em 1971.

Por mais estranho que possa parecer, o comunitarismo não tem como principal preocupação a questão da comunidade. O que se defende são as premissas do indivíduo nos seus contextos sociais, culturais e históricos. Ou seja, em alternativa ao individualismo, o comunitarismo propõe a solidariedade como cerne da teoria, considerando como valor central os múltiplos vínculos comunitários.

Em sentido inverso à concepção liberal do sujeito como ente autônomo e universal, o comunitarismo aponta para a existência de um “eu” integrado, resultado de uma construção social. Os indivíduos, nesse caso, estariam situados num contexto social e histórico, responsáveis para com as comunidades que se mantêm juntas pelos valores comuns e pelos ideais de uma vida boa. Assim, a avaliação do indivíduo dentro de uma sociedade passa pelo seu reconhecimento dentro dessa sociedade, de modo que, para esta teoria, o reconhecimento “é fundamental para o processo de formação da identidade pessoal e que, por isso, deve ser considerado um importante critério de justiça na sociedade” (RAWLS, 1997, p. 82).

Ainda nessa diferenciação em relação ao liberalismo e classificando as ações afirmativas pelo comunitarismo, Márcia Contins (1996, p. 210) diferencia-as de outros conceitos, tais como reparação e distribuição:

“O primeiro, necessariamente, inclui como beneficiários de seus programas todos os membros do grupo prejudicado. O segundo, por sua vez, pressupõe como critério suficiente (ou mesmo exclusivo) a carência econômica ou socioeconômica dos membros do grupo em questão, independentemente dos motivos dessa carência. A ação afirmativa diferenciar-se-ia, no primeiro caso, porque [...] em programas de ação afirmativa, o pertencimento a um determinado grupo não é suficiente para que alguém seja beneficiado; outros critérios iniciais de mérito devem ser satisfeitos para que alguém seja qualificado para empregos ou posições [...]. Já em

11 O comunitarismo dificilmente poderá ser definido fora dos termos do debate com o liberalismo individualista, já que sobre este se articula. Na busca de se diferenciar as duas correntes teóricas, pode-se dizer que “de um lado os autores ditos ‘liberais’ que, embora defendam pontos de vista antagônicos, têm em comum o fato de imputar a justiça distributiva a determinação do grau de justiça de uma sociedade; de outro, os comunitaristas, críticos dos princípios individualistas e etnocêntricos propostos pelos ‘liberais’, afirmam que as análises dos critérios primazia dada pelas teorias distributivistas à distribuição dos bens na sociedade escamoteia o fato de que muitas vezes as injustiças não são econômicas, mas morais” (NEVES, 2005, p. 83).

relação à redistribuição, ela distingue-se por configurar-se em medida de justiça, a qual constitui-se em argumento legal para seu pleito, tal como a jurisprudência norte-americana a consagrou.”¹²

Nessa mesma linha de pensamento, Charles Taylor, principal teórico comunitarista, ressalta que a ação afirmativa não é especificamente uma política compensatória redistributiva. Para esse autor, é necessária a comprovação de que a carência socioeconômica dos indivíduos seja identificada como consequência do preconceito racial. A dificuldade, nesse caso, seria apontar essa relação diante da complexidade das relações sociais e da permanência de algumas estruturas da sociedade (TAYLOR, 2000, p. 266).

Desse modo, a justiça comunitária é definida conforme o mérito, desde que dado sempre no interior de um contexto social, no qual é compreendido como alguma forma de excelência. A razão prática é contextualizada também no sentido de não procurar apenas construir fórmulas que dependem do contexto, mas também de melhor articular o que está implicado no contexto (SILVA, S., 2009, p. 162-163).

Além disso, o comunitarismo reconhece como fonte da diversidade humana a tradição e a cultura. Consequentemente, a universidade e o Estado são equiparados a instituições formadoras da convivência humana. Nesse sentido, Benno Sander (1984) faz um paralelo entre a política e a educação, que esta é uma das práticas sociais particulares da política como prática global da convivência humana. Em suas palavras:

“Na educação, a *polis* é a escola, a universidade e o sistema de ensino inseridos em seu meio cultural, é nessa *polis* que os seus participantes convivem para a prática da educação, que, nesse sentido, se torna uma prática essencialmente *política*. É também nesse sentido que, consequentemente, a administração da *polis* educacional se torna um ato político, preocupando-se com os objetivos, a organização e as decisões que afetam a convivência humana que se destrói na escola e na universidade através de permanentes convergências e divergências e de múltiplas sintonias e conflitos” (SANDER, 1984, p. 147-148).

Ainda quanto à ideia de integração em um grupo identificado, e seguindo o ideal de valorização e reconhecimento do indivíduo dentro dessa comunidade¹³, tal como propõe o comunitarismo, as ações afirma-

12 Em seguida, afirma que a ação afirmativa teria “como função específica a promoção de oportunidades iguais para pessoas vitimadas por discriminação. Seu objetivo é, portanto, o de fazer com que os beneficiados possam vir a competir efetivamente por serviços educacionais e por posições no mercado de trabalho” (COTINS, 1996, p. 210).

13 Neste ponto, vale transcrever a fala de Flávia Piovesan na Audiência Pública realizada no STF. Isso porque, para Piovesan, o reconhecimento está diretamente relacionado à redis-

tivas também se justificam pela ascensão econômica do negro na vida social. Nesse sentido, assim sintetiza Sabrina Moehlecke (2004, p. 172):

“por ser o reconhecimento uma das dimensões da cidadania é que ele não pode ser desvinculado nem de outras lutas sociais pela ampliação do espaço de exercício da cidadania, nem das relações de poder em vigor na sociedade. O que significa dizer que o reconhecimento não é uma dimensão à parte da vida social: toda luta social tem uma carga de luta por reconhecimento, mas isso não quer dizer que o reconhecimento por si só possa explicá-la. Ou seja, as lutas por reconhecimento são, sobretudo, lutas por inclusão simbólica de grupos discriminados (por uma cidadania simbólica); e embora elas possam ser vetores para demandas pela inclusão social desses grupos, não bastam para fazê-lo.”

Para Taylor, no texto “A política do reconhecimento”, o reconhecimento pode ser percebido como objeto central na política moderna. Para o autor, a identidade é moldada, em grande parte, pelo reconhecimento ou ausência dele. O não reconhecimento ou o reconhecimento equivocado pode gerar distorções ao indivíduo quando a sociedade lhe mostra um quadro dele depreciativo e negativo. No caso, a população negra pode vir a sofrer essas características, impossibilitando-a de aproveitar oportunidades quando estas se apresentarem.

A ideia de inferioridade leva a uma naturalização de desigualdades, colocando os indivíduos em graus subalternos de cidadania. Para Taylor (2000), no reconhecimento se concentra o objeto da política, pois as sociedades estão cada vez mais multiculturais e isso enseja uma série de problemas a serem discutidos. Tal entendimento é traduzido pelo fato de que o “reconhecimento” não é “uma mera cortesia que devemos conceber às pessoas. É uma necessidade humana vital” (TAYLOR, 2000, p. 242).

4. A relativização do conceito de mérito limitado ao acesso à universidade: o problema da extensão das ações afirmativas aos concursos públicos

Conforme já dito, o presente trabalho defende a ideia da implementação das ações afirmativas de recorte racial como meio de democratização do ensino superior público no Brasil. Entretanto, tais políticas não podem

tribuição. Nestas palavras, assim se manifestou: “Aqui, recorro ao caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades. O direito à retribuição requer medidas que enfrentem a injustiça econômica e social da marginalização e das desigualdades, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas. Já o direito ao reconhecimento requer medidas que enfrentem a injustiça cultural dos preconceitos e padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e por meio da adoção de uma política de reconhecimento. Portanto, sob a perspectiva dos direitos humanos, as ações afirmativas, em prol da população afro-descendente, surgem tanto como instrumento capaz de enfrentar a injustiça social e econômica, traduzindo a bandeira do direito à redistribuição como também capaz de enfrentar a injustiça cultural dos preconceitos, traduzindo a bandeira do direito ao reconhecimento”.

ser vistas como solução de todas as desigualdades e mazelas sociais.¹⁴ Nesse sentido, José Luis Bolzan de Moraes (2006, p. 41) afirma:

“Se das garantias constitucionais – ou das promessas constitucionais – emergisse a satisfação inexorável das pretensões sociais este debate não se colocaria e tudo se resolveria por políticas públicas prestacionais e pela satisfação profunda dos seus destinatários. Não haveria dificuldades em se atender e atingir ótimos padrões e todas as expectativas relativas à satisfação das necessidades sociais da população.”

Essa limitação das ações afirmativas para o ingresso à universidade tem como fundamento, além do próprio princípio da igualdade, o reconhecimento da meritocracia no Estado Democrático de Direito. Para tanto, será utilizado o acesso aos cargos públicos como referência de que o mérito não é ignorado pelas ações afirmativas. Pelo contrário, o que se pretende é demonstrar que as ações afirmativas devem tratar o mérito dentro de um contexto, restringindo-se ao direito social à educação¹⁵. Essa restrição deve-se à importância da educação como instrumento de transformação capaz de construir uma civilização:

“A educação representa, dentre outras coisas, uma possibilidade de integração geracional às novas condições de um mundo que se configura em processos exponenciais de mutação. Ela é o principal instrumento de adaptação às novas situações de um meio social violentamente dinâmico e que, por isso, exige constantes e ininterruptas conformações dos seres humanos, sob pena de, assim não agindo, correremos o risco de não percebermos espaços e situações de vida boa existentes no mundo contemporâneo. Neste sentido, a educação é tão relevante que ao seu sucesso ou insucesso está ligado e dependente o crescimento ou ruína de uma civilização” (SANTOS, A., 2007, p. 49).

14 De acordo com João Feres, a constitucionalidade das ações afirmativas reside exatamente na busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Segundo este autor, em sua fala na Audiência Pública ocorrida no STF, “uma política de ação afirmativa para a inclusão de pretos e pardos na universidade cumpre o objetivo de reparar (em parte) – obviamente – as consequências nefastas da escravidão e de promover a justiça social e a diversidade. Políticas de ação afirmativa são baseadas no princípio da discriminação positiva – isso precisa ser dito – que funciona como uma violação tópica, ou seja, limitada, da igualdade formal. (...) Quase todas as políticas do Estado de Bem-Estar Social operam da mesma forma: distribuem recursos (públicos) que pertencem igualmente a todos, em um primeiro momento, de maneira desigual para promover o bem geral, o interesse comum, ou mesmo o interesse nacional. Não há, portanto, bases para se argumentar que a ação afirmativa é inconstitucional porque ela opera um tipo de discriminação. (...) Se não fizermos tal distinção, seremos obrigados a reconhecer como justo somente o estado mínimo do liberalismo clássico, que é brutalmente cego às desigualdades sociais e frontalmente contrário ao espírito da nossa Constituição Federal”.

15 Para Marlene Ribeiro (1999, p. 107), a competência teve ser vista como qualitativa de uma produção social, sexual, racial e etnicamente interessada, logo, radicada em interesses de classe, gênero, raça e cultura que a definem como legítima. “Legitimidade e competência, assim vistas, se constituem em uma relação de indissociabilidade que só por razões ideológicas têm sido separadas”.

O critério do mérito como forma de acesso aos cargos públicos, a partir do período republicano, tem seu início, ainda que de forma implícita, na Constituição de 1891. Em seu artigo 73, proclamava o direito à acessibilidade “aos cargos públicos civis ou militares a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir”. Por certo que, ainda sob forte influência do período imperial, ao não referir qualquer critério pré-estabelecido para sua aferição, a última parte desse artigo possibilitava a manipulação política do preenchimento de cargos.

Na Constituição de 1934, por sua vez, o critério do mérito implicava a exigência de nomeação em concurso de provas e títulos¹⁶. Chama a atenção que o texto do artigo 168 afirma que, para o acesso aos cargos públicos, não há distinção entre sexo e estado civil, não mencionando a questão da etnia ou raça.¹⁷

A Constituição de 1937 institui em seu artigo 156¹⁸, nas alíneas *b* e *c*, o exame de mérito para a primeira investidura. Esse acréscimo vem reparar a falha da Carta anterior, já que não havia a exigência de demonstração das “virtudes e talentos”, uma vez que admitia a nomeação sem prévio certame.

Em 1946, se por um lado a Carta inova ao reduzir o lapso temporal exigido para a estabilidade¹⁹, por outro não faz qualquer referência a provas ou títulos, o que permitia certa liberdade de escolha dos meios de ingresso. Somente seis anos após, com a promulgação da Lei 1.711/52, é previsto que qualquer acesso deve obedecer ao “critério do merecimento absoluto”.²⁰

A Carta de 1967 estabeleceu o mérito competitivo como critério de acesso aos cargos públicos. Por força da Emenda 1/69, a Constituição

16 Art. 169 – “Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurada plena defesa.”

17 Art. 168 – “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.”

18 Art. 156 – “A primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos; Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se.”

19 Art. 188 – “São estáveis: I – depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso; II – depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso. Parágrafo único: O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.”

20 Art. 255 – “As vagas dos cargos de classe inicial das carreiras consideradas principais nos casos de nomeação, serão providos da seguinte forma: I – metade por ocupantes das classes finais das carreiras auxiliares e metade por candidatos habilitados por concurso; II – o acesso obedecerá ao critério de merecimento absoluto, apurado na forma da legislação vigente.”

assegurava a igualdade de todos perante a lei no plano de acesso ao serviço público, bem como proibia os privilégios ou restrições baseadas em ideologia, nobreza, classe, riqueza, raça e religião. Ainda que se estivesse sobre o ápice da ditadura militar, o critério para provimento do cargo em primeira investidura era mediante concurso, o qual deveria ser “prova de habilitação para a escolha dos melhores” (MELLO, 1969, p. 308).

Por fim, a Constituição de 1988 consagra a regra do concurso e da universalização do direito ao acesso. Após a reforma administrativa, ocorrida em 1998 com o advento da Emenda Constitucional nº 19, o critério do mérito e a elevação do princípio da eficiência tiveram como propósito aumentar a competitividade dos concursos públicos:

“A escolha dos agentes públicos sempre foi questão política relevante e continuará sendo, porque importa à definição do sistema e do regime de governo, influenciando nas relações entre a Administração e os administrados. Dentre todos os temas administrativos de que se ocupa a Emenda 19, este estará entre os mais genuinamente constitucionais. Esteve presente em todas as nossas Constituições. Implica opção que o Documento Político Fundamental deve resolver. Em Estado de Direito, o concurso público é instrumento democrático porque, estimulando o critério do mérito, garante igualdade de acesso aos cargos e empregos do Estado para quantos se comprovem habilitados mediante procedimento seletivo aberto a todos” (PEREIRA JÚNIOR, 1999, p. 67).

Diante dessa noção de mérito defende-se a limitação das políticas de ações afirmativas no Brasil.²¹ Com exceção do acesso à universidade, a meritocracia deve ser mantida em sua essência. Dito de outro modo, no que tange à democratização racial do ensino superior – e tão somente nesse caso –, propõe-se que se revoguem as concepções tradicionais de mérito, substituindo-as por uma nova visão adequada à complexidade social e comprometida com os objetivos da Constituição. Em face desse posicionamento, amparado na lição de Dworkin, defende-se a sobreposição da meritocracia em relação às ações afirmativas voltadas para a inclusão racial nos concursos de acesso a empregos ou cargos públicos:

21 Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 100-101) defende as políticas de cotas para o ingresso no ensino superior sob o argumento de que o mérito é relativo. Segundo o autor: “A sociedade brasileira, finalmente, chegou à conclusão de que é uma sociedade racista, e que só reconhecendo que é racista é que pode acabar com o racismo. Daí o meu apoio às quotas, às ações afirmativas. Eu tenho comigo uma estatística absolutamente notável, quer para a questão racial, quer para a questão social, que me foi disponibilizada pelo Ministério da Educação, e que mostra que as médias obtidas nos exames pelos estudantes que entraram no ensino superior via ProUni são superiores à média nacional. O que significa que estes estudantes estão na universidade por mérito próprio, e apenas não estavam porque o mérito não funcionava, porque funciona apenas para as classes privilegiadas e não para aqueles que o não são. Isto significa que há muito a fazer no domínio da igualdade de oportunidades sociais e raciais”.

“Temos em mente diferentes aspectos desse princípio quando dizemos que os indivíduos devem ser avaliados segundo seu mérito, que devem ser avaliados como indivíduos e que não devem sofrer desvantagens por causa de sua raça. O espírito desse princípio fundamental é o espírito do objetivo a que a ação afirmativa pretende servir” (DWORKIN, 2005, p. 451).

Isso porque, partindo da premissa de que a cor da pele deve ser priorizada como critério de admissão de um candidato ao emprego ou cargo público sob o argumento da necessidade de se obter o equilíbrio racial na prestação dos serviços públicos, estar-se-ia, de certa forma, dizendo que a discriminação é constitucionalmente aceitável. Dito pelas palavras de Jessé Pereira Júnior (1999, p. 214), “a discriminação não é sinônimo necessário de violação de isonomia, dado que esta não porta caráter absoluto em face do interesse público, variável segundo as circunstâncias de cada caso.”²²

Da mesma forma, quando se utiliza o passado escravocrata como justificativa da necessidade de adoção de ações afirmativas, tais como as cotas em concursos públicos, alegando-se que durante séculos o negro foi impedido de disputar em sede de igualdade a ascensão a cargo público, esquece-se de referir a ordem emanada de Dom João V, em 1731, que conferiu poderes ao Governador da Capitania de Pernambuco, Duarte Pereira, para que empossasse um mulato no cargo de Procurador da Coroa, de grande prestígio à época, afirmando que a cor não lhe servia como um impedimento para exercer tal função, e que obstáculo existiria se ele não fosse bacharel.²³

Por outro lado, com amparo na teoria de Rawls, defende-se a implementação das ações afirmativas no acesso ao nível superior de ensino na

22 Sobre a previsão do § 3º do artigo 39 da Constituição Federal, o autor ainda salienta que “o discrimen será inconciliável com a isonomia quando submeter os candidatos a critério diferenciador irrelevante para o fim de interesse público, que, cuidando-se de concursos, será o adequado desempenho das funções inerentes ao cargo ou emprego que se quer prover. O discrimen compor-se-á com a isonomia quando estabelecer critério imprescindível ao exercício adequado dessas funções” (PEREIRA JÚNIOR, 1999, p. 214).

23 Assim era o teor da norma: “SOBRE DAR POSSE AO DOUTOR ANTONIO FERREIRA CASTRO DO OFÍCIO DE PROCURADOR DA COROA, PELO MULATISMO LHE NÃO SERVIR DE IMPEDIMENTO. Dom João por Graças de Deus, Rei de Portugal e dos Algarves d'aquém e d'além mar, em África Senhor de Guiné &. Faço saber a vós Duarte Sodré Pereira, Governador e Capitão General da Capitania de Pernambuco, que se viu a carta de vinte e um de Novembro do ano passado, em que me dá conta dos motivos, que tivestes para não cumprirdes a Provisão, que eu fui servido mandar passar ao Bacharel Formado Antonio Ferreira Castro de Procurador da Coroa d'essa Capitania por tempo de um ano, em cuja consideração me pareceu ordenar-vos que com efeito deis posse ao dito Antonio Ferreira Castro, cumprindo a minha Provisão de vinte e três de Agosto do ano passado, tendo entendido que não tivestes justa razão para replicardes a ela, porquanto o defeito, que dizeis haver no dito provido por este acidente excluísseis um Bacharel Formado provido por mim para introduzirdes e conservares um homem, que não é formado, o qual nunca o podia ser pela Lei, havendo Bacharel Formado. El Rey, Nosso Senhor o mandou pelos Doutores Manoel Fernandes Varges, e Alexandre Metello de Souza e Menezes, Conselheiros do seu Conselho Ultramarino e se passou por duas vias. Joam Tavares a fez em Lisboa occidental a 9 de Mayo de 1731 – O Secretário Manoel Caetano Lopes de Lovre a fez escrever – Manoel Fernandes Varges, e Alexandre Metello de Souza e Menezes – ” (KAUFMANN, 2009).

medida em que a educação deve ser voltada aos menos dotados, tanto no sentido material quanto formal. Uma estratégia desse tipo melhora as expectativas gerais do grupo e, conseqüentemente, daqueles que são privilegiados economicamente (RAWLS, 1997, p. 107-108).

Enfim, é sobre essa ótica que o presente trabalho pretende defender as ações afirmativas. A necessidade de políticas de inclusão e democratização racial deve ser temporária e limitar-se tão somente ao acesso ao ensino superior. Toda e qualquer forma de ação afirmativa, principalmente as políticas de cotas, deve ser analisada restritivamente não apenas em conformidade com os princípios instituídos no Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo, de acordo com a realidade social. Com estas palavras, Antônio Sérgio Guimarães sintetiza como devem ser compreendidas as ações afirmativas:

“Se é certo que a desigualdade racial no Brasil reflete, em grande parte, a falência da cidadania – ou seja, a insuficiente abrangência das políticas públicas – é também certo que uma possível universalização não eliminaria por completo as desigualdades raciais. Se é certo que a ação afirmativa não é um princípio de política capaz de universalizar a cidadania para a massa, é também certo que é o único princípio capaz de, no curto e médio prazos, possibilitar a ‘des-racialização’ de elites meritocráticas, sejam elas intelectuais ou econômicas” (GUIMARÃES, 1997, p. 237).

Sob essa perspectiva, as ações afirmativas, ao mesmo tempo em que concretizam seu propósito como instrumento de promoção da igualdade, valorizam o mérito individual como valor supremo, prevalecendo, assim, os princípios e objetivos da Constituição Federal, inclusive o artigo 7º, inciso XXX. Assim, não se pode esquecer que a Constituição brasileira consagra o mérito como via de acesso ao cargo ou emprego público, já que, exige, em regra, a realização de concurso de provas ou de provas e títulos para o ingresso na Administração Pública.

5. Considerações finais

O presente trabalho procurou trazer elementos de incentivo ao debate acerca das ações afirmativas para o ingresso nos cargos ou funções públicas na esfera federal, levando-se em conta o valor meritório.

De fato, a Constituição de 1988 significou uma ampla reorganização do Estado no campo das políticas sociais, tendo interessado, para este trabalho, a ampliação das coberturas das políticas públicas que objetivam a redução da desigualdade entre brancos e negros no que diz respeito ao acesso ao nível superior de ensino. Por outro lado, a ideia de igualdade formal perante a lei, que caracterizou o Estado liberal, tem-se mostrado

ineficiente na construção de uma sociedade igualitária, mais perpetuando do que combatendo as iniquidades e acentuando os já graves e velhos desequilíbrios na distribuição de oportunidades.

Diante disso, nos casos permitidos pela Constituição, tem-se que é possível tratar de forma diferenciada determinados grupos de pessoas, ainda que de modo temporário e isolado, desde que se pretenda corrigir ou reparar uma situação de desigualdade já existente.

A inclusão na universidade de grupos historicamente discriminados é uma necessidade que transcende o objetivo de realização de justiça social para alcançar um imperativo Constitucional. As cotas possibilitam o acesso daqueles que atingiram determinado grau de educação formal, ampliando a oportunidade para esse grupo social. Essa medida surte efeito na composição de um novo perfil da sociedade, principalmente em relação à elite, já que esta será marcada por uma maior diversidade e pluralidade.

Sobre tal diversidade e pluralidade, busca-se em Dworkin a legitimação das políticas de cotas raciais nas universidades. Para Dworkin, valendo-se do argumento da diversidade, é importante que brancos e negros, pelo menos uma vez na vida, consigam conviver no mesmo espaço público, já que, se não fosse por meio de políticas afirmativas, tal fato jamais ocorreria. Importa lembrar que, quando se fala em diversidade, não se está falando em racialização da instituição universitária. O que se quer dizer é a diversificação do “processo de saber” do espaço acadêmico. Para tanto, é preciso uma reforma que supere o modelo conservador de admissão à instituição de ensino superior.

A diversidade cultural na universidade cria oportunidades para que todos os estudantes compreendam diferentes grupos étnicos e socioeconômicos, para o aumento da capacidade de lidar com diferentes culturas e classes e para aprofundar seus conhecimentos sobre a complexidade dos desafios atuais enfrentados por um país em desenvolvimento e desigual.

O argumento que sustenta a necessidade de adoção de ações afirmativas é encontrado também em Rawls, que, apoiado no princípio da diferença, prescreve que as desigualdades sociais e econômicas serão arranjadas de modo a beneficiar o estrato menos privilegiado, ou seja, essas posições afortunadas pela desigualdade deverão estar ao alcance de todos.

Desse modo, diante do quadro que evidencia a desigualdade racial no meio acadêmico, adquire-se a certeza de que devem ser tomadas medidas de promoção e integração da população negra. Alcançado esse objetivo, as ações afirmativas deixam de ser coerentes e passam a ser discriminatórias.

E é exatamente nesse aspecto que se procurou limitar a necessidade de adoção das ações afirmativas: ao acesso da população negra ao ensino superior. Para toda e qualquer forma de se estender as ações afirmati-

vas, principalmente quando elas se desenvolvem pelo sistema de cotas, corre-se o risco de afrontar a Constituição e desvirtuar o sentido dessa política de inclusão.

Caso ficasse entendido, por exemplo, que a cor da pele atribuiria a um candidato privilégios ao emprego ou cargo público, poderia ser dito que a discriminação é constitucionalmente aceitável.

Assim, o que se defende neste trabalho é a limitação das políticas de inclusão apenas ao acesso à universidade.

Referências

BARBOSA, Eni; CLEMENTE, Ir. Elvo. *O processo legislativo e a escravidão negra na Província de São Pedro do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: CORAG, 1987. p. 49.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Os serviços jurídicos como estratégia de combate ao racismo: uma avaliação do programa da Fundação Ford – Brasil*. Curitiba: [s.n.], 1998.

BOWEN, Willian; BOK, Derek. *O curso do rio: um estudo sobre ação afirmativa no acesso à universidade*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 4.228, de 13 de maio de 2002. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 maio 2002. Seção 1, p. 6.

_____. *Relatório Brasileiro apresentado à III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Brasília, 2001.

CARVALHO, Maria Cecília M. de. A justiça igualitária e seus críticos. In: FELIPE, Sônia. *Justiça como equidade*. Florianópolis: Insular, 1998.

CAVALLEIRO, Eliane (Org.). *Racismo e anti-racismo na educação: repensando nossa escola*. São Paulo: Summus, 2001.

CONTINS, Márcia; SANT'ANA, Luiz Carlos. O movimento negro e a questão da ação afirmativa. *Revista Estudos Feministas* Florianópolis, v. 4, n. 1, 1996.

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto; PANFICHI, Aldo. Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina. In: _____. *A disputa pela construção da democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

DUARTE, Evandro C. Piza. Cotas raciais, políticas identitárias e reivindicação de direitos. In: _____. BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coord.). *Cotas Raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 122.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Igualdade como ideal: entrevista com Ronald Dworkin. *Novos estudos: CEBRAP*, São Paulo, n. 77, p. 233-240, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000100012&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 jun. 2010.

FOUREZ, Gérard. *A construção da ciência: introdução à filosofia e à ética das ciências*. São Paulo: Unesp, 1995.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. *Ações afirmativas: políticas públicas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GOMES, Nilma Lino. Ações afirmativas: dois projetos voltados para a juventude negra. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto. (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio. A desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos estados democráticos contemporâneos*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

GRIN, Mônica. O Estatuto da Igualdade Racial: uma questão de princípio. In: FRY, Peter et al (Org.). *Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

_____. Experimentos em ação afirmativa: versão crítica em dois tempos. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 145-152, jun. 2004.

HAS, Célia Maria; LINHARES, Milton. Ações afirmativas e responsabilidade social: sistema de cotas na educação superior. *Educação Brasileira*, Brasília, v. 30, n. 60-61, p. 83-95, jan./dez. 2008.

HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. (Org.). *Tirando a Máscara: Ensaio sobre o Racismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

KAUFMANN, Roberta Frago. *A participação do negro no Brasil Colônia e Império: Parte I*. [S.l.]: Instituto Milenium, 2009. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/a-participacao-do-negro-no-brasil-colonia-e-imperio-parte-i/>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

LIMA, Ari. A legitimação do intelectual negro no meio acadêmico brasileiro: a negação da inferioridade, confronto ou assimilação intelectual? *Afro-Asia*, n. 25-26, p. 281-312, 2001. Disponível em: <http://www.afroasia.ufba.br/pdf/afroasia_n25_26_p281.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

MELO, Mônica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 6, n. 25, p. 79-101, out./dez. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRAGLIA NETO, Francisco. Universidade, saber e interesse. *Revista Universidade e Sociedade*, Brasília, v. 4, n. 7, 1994.

MOEHLECKE, Simone. Ação afirmativa: histórias e debates no Brasil. Caderno de Pesquisa, Fundação Carlos Chagas, n. 117, 2002.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa no Ensino Superior: entre a excelência e a justiça racial. *Revista Educação & Sociedade*, Campinas, v. 25, n. 88, p. 757-776, out. 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A Jurisprudencialização da Constituição: qual a “norma” contida no “texto”: o caso das contratações temporárias no serviço público. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41-52.

_____. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et

al (Org.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos e vivemos a globalização. In: WOLFANG, Ingo Sarlet. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MUNANGA, K. O Anti-racismo no Brasil. In: _____. *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: Edusp, 1996. p. 79-111.

NEDEL, José. A teoria ético-política de John Rawls. *Revista Filosofia Unisinos*, v. 1, n. 1, 2000.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa. Luta anti-racista: entre reconhecimento e redistribuição. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, p. 81-96, out. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e plano de ação da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETRUCCELLI, José Luis. Raça, etnicidade e origem nos censos de EUA, França, Canadá e Grã-Bretanha. *Revista Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, 2002.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria de justiça*. Tadução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RIBEIRO, Marlene. *Universidade Brasileira Pós-Moderna: democratização X competência*. Manaus: Universidade do Amazonas, 1999.

ROMANO, Roberto. As funções sociais da universidade. In: BRANDÃO, Zaia et al. *Universidade e Educação*. Campinas: ANDE, 1992. p. 87-95.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, p. 85-99, 1996.

SANDER, Benno. *Consenso e conflito: perspectivas analíticas na pedagogia e na administração da educação*. São Paulo: Pioneira, 1984.

SANTOS, André Leonardo Copetti dos. O ensino do direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal brasileira. In: _____. STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Sales Augusto. Ação afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1994.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Helio. Desafios para a construção da democracia no Brasil. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Multiculturalismo e Racismo: uma comparação Brasil - Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997.

SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Boiteux, 2002.

SILVA, Cidinha (Org.). *Ações Afirmativas: experiências brasileiras*. São Paulo: Summus, 2003.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SILVA JÚNIOR, Hédio. *Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

SILVA, Jorge da. Política de ação afirmativa para a população negra: educação, trabalho e participação no poder. In: VOGEL, Arno (Org.). *Trabalhando com a diversidade no Planfor: raça/cor, gênero e pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo: Unesp, 2000.

SILVA, Luiz Fernando Martins da; FERREZ JÚNIOR, João. Ação Afirmativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

SILVA, Paulo Vinicius Batista. Políticas de democratização de acesso na Universidade Federal do Paraná. In: _____; DUARTE, Evandro Charles Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima (Coord.). *Cotas Raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira, 2003.

SILVA, Sidney Reinaldo. Educação e Razoabilidade na Teoria da Justiça de Rawls. *Educação e Filosofia*, Uberlândia, v. 21, n. 41, p. 43-60, jan./jun. 2007.

_____. A educação frente às tendências liberal e comunitarista da democracia. *Revista Semestral da Faculdade de Educação: UnB*, Brasília, v. 15, n. 28, jan./jun. 2009.

SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas*. Rio de Janeiro: Quartet, 2003.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade: o caso da lei dos crimes hediondos. In: _____; SANTOS, André Leonardo Copetti dos; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. 3.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHWARTSMAN, Hélio. Cota de populismo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Caderno A2, 2012. Disponível em: <<http://acervo.folha.com.br/fsp/2012/10/16/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

TASSINARI, Clarissa. *Estudos sobre (neo) constitucionalismo: sob orientação de Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução de Adail Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

TEIXEIRA, Anísio Spinola. *Educação é um direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

TEIXEIRA, Moema de Poli. *Negros na universidade: identidade e trajetórias de ascensão social no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Palas, 2003.

TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Tradução de Ana Arruda Callado. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2003.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Petrópolis: Vozes, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil: (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

WALTERS, Ronald. O princípio da ação afirmativa e o progresso racial nos Estados Unidos. *Revista de estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 129-140, out. 1995.

ZAMBAM, Neuro José. *A teoria da justiça em Rawls: uma leitura*. Passo Fundo: UPF, 2004.

Crimigração

A criminalização do estrangeiro no Brasil e seus efeitos

MÁRCIO ADRIANO ANSELMO

Sumário

1. Introdução – o tratamento penal do estrangeiro no Brasil. 2. O tratamento jurídico do estrangeiro. 3. A expulsão no Direito brasileiro. 4. O crime de reingresso do estrangeiro expulso. 4.1. A situação no âmbito da polícia judiciária e administrativa. 5. A visão do Superior Tribunal de Justiça. 6. A visão do Supremo Tribunal Federal. 7. A questão da unificação do grupo familiar na Corte Europeia de Direitos Humanos. 8. Conclusão.

1. Introdução – O tratamento penal do estrangeiro no Brasil

Márcio Adriano Anselmo é doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Brasília. Pesquisador do Centro Interdisciplinar em Justiça Criminal, vinculado ao projeto Tráfico de Seres Humanos. Delegado de Polícia Federal. Professor convidado do Núcleo de Pesquisa em Segurança Pública e Privada /UTP/PR e da UCB/DF.

O tratamento penal do estrangeiro é o objetivo do presente trabalho, abordando a questão específica do crime do reingresso do estrangeiro expulso no Brasil, disciplinado pelo artigo 338 do Código Penal, à luz do tratamento constitucional e sob a ótica dos direitos humanos.

O tipo penal do artigo 338 – reingresso de estrangeiro expulso – é assim descrito no Código Penal:

“Art. 338 – Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.”

É importante destacar que o Código Penal brasileiro tipifica como crime próprio do estrangeiro, além do previsto no artigo 338, o crime previsto no artigo 309 (Fraude de lei sobre estrangeiro):

“Art. 309 – Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.”

Além da previsão de dois tipos penais no Código, o Estatuto do Estrangeiro, no artigo 125, ao tratar das infrações e penalidades, prescreve:

“Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:

[...]

XI – infringir o disposto no artigo 106¹ ou 107²:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e expulsão.

XII – introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

XIII – fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para

1 Art. 106. É vedado ao estrangeiro: I – ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre; II – ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas; III – ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior; IV – obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica; V – ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica; VI – ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro; VII – participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada; VIII – ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais; IX – possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e X – prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva. § 1º O disposto no item I deste artigo não se aplica aos navios nacionais de pesca. § 2º Ao português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, apenas lhe é defeso: a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas no item II deste artigo; b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, ressalvado o disposto no parágrafo anterior; e c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares.

2 Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: I – organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem; II – exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país; III – organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos.

a obtenção de passaporte para estrangeiro, *laissez-passer*, ou, quando exigido, visto de saída:

Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.”

Nesse sentido, merece igual destaque a previsão dos artigos 106 e 107, uma vez que sua infringência acarreta expulsão e, como efeito, a vedação do reingresso, tipificada como o crime objeto deste estudo.

O conteúdo desses artigos, que tratam das vedações ao estrangeiro, parece agredir frontalmente a nova ordem constitucional instaurada a partir de 1988. Ramos (2010, p. 293), ao comentar o tema, menciona que:

“discute-se se as condutas proibidas dos artigos 106 e 107 teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional, que, como vimos, estabeleceu a igualdade entre brasileiros e estrangeiros com poucas exceções de tratamento diferenciado.

A dúvida ventilada é: todo tratamento diferenciado previsto em lei (como as proibições dos artigos 106 e 107) que não possuir fundamento constitucional foi recepcionada pela Constituição de 1988?

De fato, para parte da doutrina e jurisprudência, a vedação do artigo 106, VI não foi recepcionada pela Constituição, que assegurou ao estrangeiro a liberdade de associação sindical. O art. 107, III também colidiria com a liberdade de reunião constitucional.”

E ainda, segundo Lima (2012, p. 270), o Estatuto do Estrangeiro “não se demonstra compatível com o rol de direitos civis, econômicos e sociais” previstos no texto constitucional brasileiro. Podemos citar, por exemplo, as previsões constitucionais da liberdade de comunicação (art. 5º, IX), da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão – desde que haja atendimento às qualificações profissionais legais (XIII) –, da liberdade de reunião (XVI) e de associação (XVII), entre outros.

Desse modo, aplicando-se as disposições dos artigos 106 e 107, a condenação gera a expulsão do estrangeiro e, conseqüentemente, a vedação de seu reingresso, o que pode bani-lo eternamente do País.

Para a análise jurisprudencial do tema, foram selecionados mediante pesquisa, os documentos encontrados na pesquisa jurisprudencial nas bases do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A partir dos resultados buscou-se traçar historicamente a interpretação jurisprudencial do tema.

Foi realizada ainda pesquisa a partir de banco de dados do Departamento de Polícia Federal, a fim de identificar a quantidade de inquéritos policiais instaurados para apurar a prática do crime em estudo.

2. O tratamento jurídico do estrangeiro

O conceito tradicional de estrangeiro aponta para aquele que não é nacional do Estado³. Historicamente, conforme aponta Ramos (2008, p. 721-723), era visto como inimigo⁴, intruso, e, portanto desprovido de direitos⁵.

O século XX marcou um aumento no fluxo das migrações, em razão de diversos fatores tecnológicos e histórico-sociais, gerando um intenso fluxo migratório, sobretudo em direção aos Estados Unidos e à América do Sul. Na época surgiram também as primeiras leis restritivas à imigração, bem como um grande número de apátridas em razão das nefastas consequências da Segunda Guerra Mundial.

Ainda de acordo com Ramos (2008, p. 725), na análise da situação brasileira, há três vertentes no tratamento do estrangeiro: a visão tradicional como elemento estranho; a visão como imigrante; e a visão contemporânea, que vê o estrangeiro como cidadão. Nesta última

perspectiva, a Constituição de 1988, sob o pilar da proteção à dignidade humana, garantiu direitos aos estrangeiros, em que pese tenha estabelecido algumas restrições de direitos para eles, as quais foram sendo abrandadas por emendas subsequentes.

É necessário destacar que a remissão aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil pela Constituição Federal permite a interpretação pela igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, uma vez que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos reconhece o homem como sujeito de direitos fundamentais, sem qualquer referência ao atributo da nacionalidade⁶.

Emerge assim o fenômeno da cidadania pós-nacional (REIS, 2004, p. 157-161), correspondendo ao fenômeno recente de distanciamento entre os conceitos de cidadania e nacionalidade, impulsionados pelos movimentos de proteção aos direitos humanos, em face dos quais os Estados tem sua soberania enfraquecida. Os direitos passam a ser atribuídos em razão da dignidade humana e não mais dos laços de cidadania/nacionalidade, nos quais os direitos atribuíveis aos cidadãos se encontram em esfera cada vez mais reduzida em relação aos direitos universais.

3 Segundo Guido Soares (2004, p. 170), o termo estrangeiro designa “o indivíduo ou indivíduos que, embora estejam domiciliados ou residentes num determinado Estado, não pertencem ao círculo daquelas pessoas que possuem a nacionalidade desse Estado. Trata-se, portanto, de um referencial negativo: qualidade ou *status* de um indivíduo que não tem os mesmos direitos nem os mesmos deveres daqueles outros indivíduos, os quais a ordem jurídica considera como seus nacionais”.

4 Dolinger cita trecho interessante do voto em que Ministro do STF, Viveiros de Castro, no HC nº 6.082 (julho de 1920), declarou: “porquanto não reconhece ao estrangeiro, embora residente, o direito de fazer o anarquismo. Os indivíduos nessas condições são elementos altamente perniciosos que o Estado, no exercício do direito de soberania, deve expulsar, num movimento muito lícito e muito louvável de repulsa, de legítima defesa, como lhe é lícito fazer ao inimigo, certo como é que o anarquista é um inimigo em luta aberta e constante contra a ordem e as instituições, contra a vida do país” (DOLLINGER, 2001, p. 252, grifo nosso).

5 Ainda, o segundo o mesmo autor: “O estrangeiro é visto com receio em todas as partes. Em países desenvolvidos, quando há desemprego, o estrangeiro é a ameaça aos empregos dos nacionais, ou, em época de terrorismo, é tido como um possível suspeito. Nos países subdesenvolvidos, é visto como aquele que vem roubar as riquezas locais e explorar os nacionais” (RAMOS, 2010, p. 287).

6 Conforme observa Holliefield (2004, p. 901-902): “At the same time, developments in international human rights law have helped to solidify the position of individuals vis-a-vis the nation-state, to the point that individuals (and certain groups) have acquired a sort of international legal personality, leading some analysts to speculate that we are entering a post-national era, characterized by ‘universal personhood’ (Soysal, 1994), the expansion of ‘rights across borders’ (Jacobson, 1995), and even ‘transnational citizenship’ (Baubock, 1994). Others have argued that migrants have become transnational, because so many no longer reside exclusively within the territory of one state (Glick-Schiller, 1999; Levitt, 2001), opting to shuttle between a place of origin and destination. [...]”

BUT regulating international migration requires liberal states to be attentive to the (human or civil) rights of the individual. If rights are ignored or trampled upon, then the liberal state risks undermining its own legitimacy and *raison d'être* (Holliefield, 1999a).”

Dal Ri Junior (2003, p. 79), após traçar uma longa análise dos fundamentos da cidadania, aponta que “urge criar uma ordem ‘cosmopolita’ fundamentada na instituição de uma ‘cidadania cosmopolita’, fruto de uma globalização cultural e humana”. No mesmo sentido, Oliveira (2003, p. 533-535) refere-se ao tema da cidadania mundial.

Por outro lado, segundo aponta Souza (2007, p. 205-207), analisando a questão brasileira, qualquer estrangeiro com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória tem contra si acarretado automaticamente o processo de expulsão, passando a ser etiquetado como irregular. E aqui surge o tema central do presente trabalho, qual seja: a análise do tratamento penal dado ao estrangeiro expulso do país.

É importante ainda destacar a política de alguns Estados de criminalizar a imigração, transformando as infrações à lei de imigração, de natureza administrativa, em infrações de natureza criminal, num movimento a que a doutrina de chamado de *crimmigration* (STUMPF, 2006, p. 367-419), que estuda as interseções entre a lei de imigração e o direito penal; ao tratar das similitudes, deve ser destacado que:

“Both criminal and immigration law are, at their core, systems of inclusion and exclusion. They are similarly designed to determine whether and how to include individuals as members of society or exclude them from it. Both create insiders and outsiders. Both are designed to create distinct categories of people—innocent versus guilty, admitted versus excluded or, as some say, ‘legal’ versus ‘illegal’. Viewed in that light, perhaps it is not surprising that these two areas of law have become entwined. When policymakers seek to raise the barriers for noncitizens to attain membership in this society, it is unremarkable that they would turn to an area of the law that similarly functions to exclude” (STUMPF, 2006, p. 367-419).

Sob essa perspectiva, as infrações à lei que trata do estatuto migratório tem tido um incremento na tipificação de infrações penais, num nítido caráter de administrativização do direito penal.

Ainda na perspectiva dos movimentos de criminalização do estrangeiro, Keller (2012) aponta o aumento exponencial dos processos por crime de entrada e reentrada ilegal nos Estados Unidos, acarretando, além dos custos ao Estado, a hipertrofia do sistema, que torna mais lento o julgamento de crimes mais graves. No artigo, o autor associa ainda o aumento na quantidade de estrangeiros presos tendo em vista que muitos são classificados como criminosos no reingresso em razão do crime anterior ser a mera violação à lei de imigração, não havendo qualquer distinção entre estes e os criminosos que efetivamente cometeram crimes.

Meliá e Gómez (2006, p. 114), por sua vez, ao analisar o direito penal espanhol diante da imigração, sob a perspectiva de política criminal,

apontam que o instituto da expulsão no direito naquele ordenamento se trata de verdadeiro direito penal do inimigo, e alertam que *no parece que tenga sentido castigar por vía penal las conductas relacionadas unicamente con la inmigración ilegal*.

No Brasil, conforme já mencionado, a situação jurídica do estrangeiro é regida pela Lei nº 6.815/80, lei federal sancionada durante o período do regime militar, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, em que este era visto como ameaça à segurança nacional. Em que pese haja projeto de lei em tramitação para nova regulação do tema⁷, poucas são as perspectivas de avanços e, como bem colocado por Ventura (2012, p. 35), “mantém em sua essência o paradigma da segurança nacional”.

3. A expulsão no Direito brasileiro

A expulsão⁸ é um tradicional instrumento de saída compulsória do estrangeiro, em vista do cometimento de crime que o torna nocivo ao Estado. O instituto da expulsão é previsto no Título VIII da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), cujos artigos 65 a 75 tratam do tema.

De acordo com o artigo 65, “é passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” ou, ainda, aquele que:

- “a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
- b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;
- c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou
- d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”

O Estatuto prevê diversos casos em que pode ser aplicado ao estrangeiro o instituto da expulsão, que pode ser comparado a uma pena, sob o ponto de vista criminal.

O ato de expulsão é formalizado por decreto, de competência privativa do Presidente da República, de acordo com a conveniência e oportunidade. É importante destacar ainda que a lei prevê um procedimento sumário

7 Projeto de lei nº 5.655/09, de autoria do Poder Executivo.

8 Segundo Dolinger (2001, p. 238), “é o processo pelo qual um país expelle de seu território o estrangeiro residente, em razão de crime ali praticado ou de comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país donde foi expulso”.

de expulsão, no artigo 71, que não excederá o prazo de quinze dias, sendo vedado o pedido de reconsideração de sua decisão, nos casos de:

“infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”

Por fim, ainda quanto à expulsão, é importante mencionar que, conforme o artigo 75, a expulsão não se realizará quando:

I – se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira;

II – quando o estrangeiro tiver:

a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º Não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.

§ 2º Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.”

Esses critérios têm admitido algum temperamento judicial quando da análise de casos específicos, sobretudo em casos que envolvem filhos menores, sobretudo em razão da doutrina do *best interest of the child*, de modo que nada seria mais contrário ao interesse da criança do que privá-la da proximidade de seu pai, como por exemplo no HC 43.604-DF do STJ, julgado em 10 de agosto de 2005, sob relatoria do Ministro Luiz Fux⁹.

⁹ *HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO. 1. O ordenamento constitucional, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República. 2. Deveras, entrevendo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea. 3. Destarte, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva. 4. Deveras, é assente na Corte que: “A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho” (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003). 5. Nesse sentido, a leitura principiológica da Súmula nº 01 do E. STF e da Lei nº 6.815/80, exsurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988. 6. Deveras, a Corte, a partir do HC 38.946/DF, julgado em 11.05.2005, publicado em 27.06.2005, exteriorizou: “Quando do julgamento do HC nº 31449/DF, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki,*

4. O crime de reingresso do estrangeiro expulso

O crime de reingresso de estrangeiro expulso consiste num crime próprio do estrangeiro, previsto no artigo 338 do Código Penal, já em sua redação original; e assim é descrito:

“Reingresso de estrangeiro expulso

Art. 338 – Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.”

A ação típica, portanto, consiste no reingresso do estrangeiro no território nacional, depois da expulsão, enquanto não revogado o decreto que motivou sua expulsão, a qual, conforme já

inaugurou uma interpretação mais ampliativa ao tema em face da legislação superveniente (Constituição Federal e ECA), concluindo pela proibição do afastamento de estrangeiro, não apenas quanto à questão de ordem material e econômica, mas sobretudo ante a prevalência do interesse da criança em dispor da assistência afetiva e moral, assim dispondo: ‘A norma transcrita foi introduzida pela Lei 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais’. Ainda que existência de filho brasileiro havido posteriormente ao ato delituoso e ao decreto expulsório, como no caso em exame, em face da nova interpretação mais avançada acerca do tema, importa em reconhecer a preservação da tutela do interesse da criança, tudo em consonância com o que dispõe o ECA e a Constituição Federal. Restringir-se à limitação temporal do § 1º do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro é fazer tabula rasa do ordenamento jurídico vigente em que se pauta pela preservação do interesse não apenas econômico, mas, sobretudo, afetivo da criança.” 7. Outrossim, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *best interest of the child*. 8. *In casu*, há provas nos autos de que o impetrante é pai de filha brasileira, fruto de união estável com mulher de mesma nacionalidade, por isso que o imputado já cumpriu a pena imposta pelo delito motivador do pleito de expulsão. 9. Ordem concedida para determinar a extinção do processo de expulsão, bem como para determinar a imediata soltura do paciente.

visto, pode dar-se em diversas circunstâncias, sobretudo em razão de infrações administrativas ao Estatuto, o que lhe acarreta uma consequência mais grave que a mera infração administrativa.

Observa-se que, no referido tipo penal, há criminalização da conduta do estrangeiro que ingressa no País após ter sido expulso. Considerando-se que a expulsão pode ocorrer em razão de mera infração de obrigações administrativas previstas no Estatuto do Estrangeiro, o estrangeiro vê-se, por mera infração administrativa, impedido *ad eternum* de ingressar no País.

4.1 A situação no âmbito da polícia judiciária e administrativa

Com o objetivo de situar o problema do estrangeiro no Brasil, sobretudo em aspectos quantitativos, a partir de dados do Relatório Anual da Coordenação Geral de Polícia de Imigração do Departamento de Polícia Federal, podemos apontar, no ano de 2011, o seguinte panorama:

Tabela 1 – Situação do estrangeiro no Brasil, 2011	Total
Entrada de estrangeiros	5.803.710
Saída de estrangeiros	5.617.401
Impedimento de embarque	10.203
Autorização para a instauração de inquéritos policiais de expulsão	993
Inquéritos policiais de expulsão instaurados	899
Inquéritos policiais de expulsão concluídos	1.359
Expulsões efetivadas e registradas no SINPI*	139
Deportações efetivadas e registradas no SINPI*	131
Repatriações efetivadas e registradas no SINPI*	142
Número de solicitações de refúgio	3504

*SINPI: Sistema Nacional de Procurados e Impedidos.
FONTE: Relatório Anual do Departamento de Polícia Federal, 2011.

A competência para o julgamento do crime previsto no artigo 338 do Código Penal é da Justiça Federal, tendo em vista o interesse da União, de modo que a investigação criminal é realizada pelo Departamento de Polícia Federal, como polícia judiciária da União.

A partir de dados obtidos junto ao Sistema de Acompanhamento Processual – SINPRO observa-se que no período de 2007 a 2011 foram instaurados os inquéritos conforme quadro seguinte:

Tabela 2: Inquéritos policiais instaurados no âmbito da Polícia Federal de 2007 a 2011			
Ano	309 do CP	338 do CP	125 da L. 6815
2007	7	15	68
2008	22	19	78
2009	16	22	167
2010	23	20	96
2011	61	33	235
Total	129	109	644

FONTE: Sistema de Acompanhamento Processual (SINPRO). Polícia Federal.

Observa-se assim que, durante o ano de 2011, ingressaram no Brasil 5.803.710 estrangeiros, tendo sido instaurados 899 inquéritos de expulsão no período, concluídos 1.359 e efetivamente expulsos do País 139 estrangeiros. Por outro lado, foram instaurados 329 inquéritos policiais referentes aos crimes abordados na introdução deste estudo.

De plano, pode-se observar que, apesar do amplo catálogo previsto no Estatuto do Estrangeiro, sobretudo com relação ao artigo 125, que remete aos artigos 106 e 107, a quantidade de inquéritos instaurados não se demonstra relevante num universo de mais de 5 milhões de registros de ingressos de estrangeiros.

Entretanto, a lei brasileira, sobretudo o Estatuto do Estrangeiro, na ampla gama de vedações que estabelece, as quais podem acarretar a expulsão do território nacional, permitem uma ampla margem discricionária ao administrador para o abuso quanto à situação já fragilizada do estrangeiro, sobretudo em caso do estrangeiro irregular.

5. A visão do Superior Tribunal de Justiça

O primeiro julgado de que se tem notícia a tocar diretamente no tema é o *MS nº 3399-9 DF*, decisão publicada em 5/6/1995, em ação que Franklin Eduardo Magallanes de la Fuente impetra contra ato do Ministro de Estado da Justiça. No caso em análise, o impetrante veio para o Brasil em 1970 e, em 1982, após cumprir pena de detenção de dois anos por crime de furto, foi expulso do País.

Retornou ao Brasil, tendo contraído casamento religioso em 1983, união da qual teve um filho. Ao comparecer à Polícia Federal para a regularização de sua situação, foi preso em razão do crime previsto no artigo 338 do CP, tendo sido sua prisão relaxada. Em 1993, face à possibilidade de deportação, ingressou com solicitação ao Presidente da República para a revogação do decreto de expulsão, a qual foi indeferida pelo Ministro da Justiça.

Assim, impetrou mandado de segurança contra o ato do Ministro de Estado da Justiça, que indeferiu seu pedido, solicitou que a análise fosse feita pelo Presidente da República e garantiu-lhe o direito de permanência no País em razão da paternidade de filho no Brasil, e do casamento com brasileira.

A decisão, embora apenas tangencie o tema do reingresso, merece destaque trecho do voto do Relator, Ministro Garcia Vieira:

“E, depois, a expulsão anterior ao casamento e nascimento de William já foi efetivada em 19.11.82 (fls. 65 e 65v) e não é contra ela que se insurge o impetrante. Este mandado de segurança visa a impedir nova expulsão iminente e garantir sua permanência no Brasil, ao lado de sua mulher e filho brasileiros (fls. 10). Então, seu casamento com a brasileira Honorinda e o nascimento de seu filho brasileiro William não são fatos supervenientes a sua expulsão que ainda não foi decretada. Não se pede expulsar o impetrante porque ele é casado com brasileira e tem filho brasileiro e estes vivem sob sua dependência econômica. Afinal, a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, da CF). Expulsar o impetrante seria destruir sua família e deixar mulher e filho brasileiros ao desamparo. [...]

É verdade que o impetrante foi processado e condenado por crime de furto, mas isto já ocorreu há 16 (dezesesseis) anos e ele cumpriu integralmente a pena, saldando sua dívida para com a sociedade brasileira, e todos tem direito a uma reabilitação. Não pode

haver condenação e reprovação eternas. O fato de estar ele sendo processado pelo seu reingresso, após ser expulso (art. 338 do CP) não impede que permaneça ele em nosso País, porque ele só poderá ser considerado culpado se for condenado e a sentença transitar em julgado (art. 5º, LVII, da CF). Afinal ele voltou ao Brasil porque aqui deixou sua mulher e filho abandonados e as próprias autoridades brasileiras concederam-lhe registro provisório e permanência definitiva e o fizeram com base no artigo 75, II, 'b', da Lei nº 6.815/80, pela Lei nº 6.964/81 (doc. de fls. 21/22) que lhe garante o direito de não ser expulso ou deportado. Ora, se a ele foi concedida a permanência definitiva por ter um filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica e se ele, além do filho William, tem a mulher brasileira Honorinda sob sua dependência econômica e é trabalhador (docs. de fls. 26/27), não se justifica a sua expulsão ou deportação.”

Nesse sentido, foi concedida a segurança ao impetrante, para que tivesse seu pedido de revogação do decreto de expulsão revogado pelo Presidente da República.

No *HC 141.642-DF*, julgado em 24/3/2010, sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, em que pese se discutisse o reingresso de estrangeiro expulso, o mesmo se insurgia contra novo processo de expulsão movido contra ele pela prática de novo crime, no caso de tráfico de entorpecentes, quando pretendia o reconhecimento de situação que obstasse nova expulsão, tendo sido negado o HC.

Em 9/6/2011, no *HC 218.279-DF*, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, o paciente Armando Luis Mateus Nunes insurgiu-se contra a decretação de sua expulsão, em 2009, em razão da prática de crime de tráfico de entorpecentes, alegando que vivia em união estável e possuía prole brasileira, que dele dependia economicamente. No caso, segundo o próprio relator, buscava-se um salvo-conduto para que o paciente pudesse retornar ao Bra-

sil, tendo sido denegada a ordem em virtude de o ato da expulsão não padecer de vícios, bem como do fato de a suposta família residir com o paciente em outro país.

Por fim, na última manifestação do STF acerca do tema, no julgamento do *HC 210.212-DF*, de relatoria do Ministro Humberto Martins, em 25/4/2012, a paciente Laycith Pisco Torrejon, expulsa em 19/5/2006, por tráfico de entorpecentes, retornou ao território brasileiro, tendo sido presa, novamente, pelo crime de reingresso de estrangeiro, absolvida em primeira instância. Pediu reconsideração da ordem de expulsão, em 26/6/2009; porém, isso lhe foi negado. Contra a negativa, impetrou o *HC 154.852/AC*, denegado sem apreciação no STJ pela ausência na demonstração do ato coator. Alegava que tinha direito, uma vez que havia dependência afetiva de filho nascido em 16/2/2006, nos termos do art. 227 da Constituição Federal.

No caso em tela, entendeu o STJ por denegar a ordem, em razão de que terem sido demonstradas as hipóteses de exclusão da incidência de expulsão, consignados na Lei nº 6.815/80, em especial porque o filho nascido no Brasil era fruto da união com outro estrangeiro (afastado o art. 75, inciso II, “a”), com nascimento posterior ao cometimento do fato que ocasionara a expulsão (determinando a aplicação do art. 75, § 1º); por fim, também, não se comprovou a existência de dependência econômica ou afetiva (afastando o art. 75, inciso II, “b”). Não se tratava da possibilidade de reingresso futuro do estrangeiro expulso, tendo se limitado às hipóteses legais de exclusão da expulsão.

Cabe citar, por fim, a divergência quanto à natureza do crime previsto no artigo 338 do CP nos julgamentos dos CC 44.112-MS, de 10/12/2003, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, segundo o qual “o reingresso de estrangeiro expulso é crime instantâneo, consumando-se no momento em que o estrangeiro reingressa no País”; e, também, o CC 40.338-RS, de 23/2/2005, sob a relatoria do Ministro Arnaldo Esteves de Lima, em cuja ementa constou: “Constitui crime permanente a conduta delituosa prevista no art. 338 do CP, de reingresso de estrangeiro expulso”.

6. A visão do Supremo Tribunal Federal

Acerca do tema, cabe citar o *HC 85.203-DF*, julgado em 6/8/2009, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, no qual Charbel Chafica Rajha, expulso por crime de tráfico após o cumprimento da pena privativa de liberdade, pleiteava o direito de reingresso no Brasil sem incorrer no crime do artigo 338 do CP, sob alegação de garantia constitucional à dignidade humana, bem como à entidade familiar, uma vez que tinha filha brasileira dele dependente afetiva e economicamente.

No julgamento, o relator alegou que o ato expulsório constitui medida político-administrativa discricionária exclusiva ao Presidente da República e que o Poder Judiciário somente é competente para apreciar a legalidade e a constitucionalidade do ato, não podendo imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade da medida, sendo pela denegação.

O Ministro Ayres Brito, por sua vez, em seu voto, questionou se essa proibição de retorno ao Brasil, prevista em lei datada de 1980, não ofenderia a Constituição Federal, podendo consistir em pena degradante ou de caráter perpétuo; e ponderou que:

“8. Muito bem! Feita esta síntese do quadro empírico do caso, avanço para anotar que a Constituição Federal qualifica a família como ‘base da sociedade’ e merecedora da ‘proteção especial do Estado’ (*caput* do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n. 226, 227 e 229.

9. Nesse panorama temático de longo espectro e que a Constituição conformou todo um centrado rol de direitos e garantias às crianças e aos adolescentes. Direitos e garantias que tem no art. 227 o seu ponto culminante, a saber:

[...]

10. Daqui se infere que tal decidida proteção não se faria senão como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (explícito fundamento da nossa República Federativa, a teor do inciso III do art. 1º do Magno texto de 1988) para alcançar: a) o modo familiar de ser dessa dignidade, sabido que em cada núcleo doméstico é que o ser humano mais tem a chance de trazer a lume as virtudes todas de uma convivência afetuosa (dentre as quais a solidariedade, o sacrifício, a renúncia, a partilha do pão e do sonho, do sim e do não); b) o modo primário dessa inata dignidade, que é a fase da ‘peculiar condição de pessoa em desen-

volvimento’ (inciso VI do § 3º do art. 227 da CF), a alcançar a infância e a adolescência. Fase em que o ser humano mais depende dos outros ou menos depende de si mesmo até para se conservar fisicamente vivo.

11. De outra parte, é certo que a mesma Constituição Federal dispensa um tratamento mais severo àqueles indivíduos que traficam drogas (conduta, relembro, protagonizada pelo paciente). E a justificativa para esse maior rigor é clara: o delito de tráfico de entorpecentes tem potencial para criar situações danosas que vão muito além da destruição da saúde físico-mental das pessoas para alcançar o destroçamento de suas próprias famílias. Delito que muitas vezes conta com a deletéria participação de agentes públicos, tráfico de armas, exploração de menores e lavagem de dinheiro, por ilustração. Tanto é assim que o próprio artigo 5º do Texto Federal disciplina que:

[...]

12. Esse tratamento constitucional mais severo não implica, todavia, a supressão da dignidade primaz da pessoa humana. Por isso que persiste, em prol dos acusados de tais crimes, uma extensa lista dos direitos processuais e materiais de natureza penal, a partir de sua matriz constitucional. O que fez, então, a Constituição? Ergueu balizas para o atuar normativo do legislador ordinário quanto a todo e qualquer delito, a exemplo dos seguintes comandos, consagradores de direitos subjetivos de índole fundamental e caráter absoluto:

‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens

ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVII – não haverá penas:

(...)

b) de caráter perpétuo;’

13. E, precisamente em torno dessa proibição do caráter perpétuo da pena, associada à afirmação da intranscendência dos efeitos personativos da reprimenda penal, que se estrutura todo um movimento doutrinário-jurisprudencial de humanização do direito penal a partir da segunda metade do Século XVIII. Onde Zaffaroni e Piarangeli, contemporaneamente, anotarem que ‘o princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc), *como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. (...) a república pode ter homens submetidos a pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma capitis diminutio para toda a vida*’ (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 172, grifo nosso).

14. Nesse fluxo depuradamente humanista de ideias e sentimentos e que, para além de seu status constitucional, a limitação temporal dos efeitos da pena não foi esquecida pelo legislador ordinário. Tanto que o art. 64 do Código Penal fixa o prazo depurador de cinco anos para a produção dos efeitos da reincidência. Leia-se:

‘Art. 64 – Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;’

15. Tudo isso posto, penso que se está diante da contingência de calibrar valores constitucionais de primeira grandeza. E como dizer: o caso é de entrechoque de bens jurídicos de

estatura constitucional, mas em estado tal de tensionamento que já não é possível ao operador jurídico sem impor o sacrifício de um ou de algum deles. Para o que deve manejar a conhecida e necessária técnica hermenêutica da proporcionalidade em sentido estrito, critério ou parâmetro de interpretação a que se recorre como exigência de ponderação entre princípios em estado de concreto antagonismo, devendo o juiz optar por aquele que, no caso, mais confirme outros valores e interesses da constituição, ou, reversamente, menos ofenda tais valores e interesses.

16. É isso mesmo! As mais intrincadas equações jurídicas não se resolvem sem o ponderado exame de interesses e valores que se antagonizam na dura realidade da vida. E o que dizem os autos? Dizem que, durante o cumprimento da pena, no Brasil, o naturalizado francês passou a manter relacionamento amoroso com a nacional boliviana, residente no Brasil, Alejandra Suarez. Relacionamento de que resultou o nascimento da cidadã brasileira Haya Teresa Horan Rajha, hoje com 6 anos de idade.

17. Bem vistas as coisas, três pessoas – para dizer o mínimo – ainda hoje sofrem, passados mais de 8 anos da extinção da pena privativa de liberdade, os efeitos da condenação do paciente pelo delito de tráfico de entorpecentes, sem que essa tendência a perpetuidade dos efeitos de uma pena cumprida e a transcendência personativa estejam ancoradas na Constituição Federal. Pelo que, em linha de principia, tenho que o caso e de concessão da ordem.”

Em que pese tenha sido voto vencido, acompanhado apenas pelo Ministro Gilmar Mendes, a questão pela primeira vez foi levantada no STF quanto a essa perspectiva de análise.

No HC 101.528-PA, julgado em 9/12/2010, sob a relatoria do Ministro Dias Tóffoli, em que o paciente João Adelino Pereira Félix se insurgia contra prisão administrativa – decretada em razão de decreto de expulsão em seu favor datado de 1980, sendo que 7 anos antes teria voltado ao Brasil, onde tinha família constituída, e exercia

profissão regular de taxista –, e em que pedia não só a revogação daquela prisão, mas também a decretação da nulidade do decreto de expulsão em seu desfavor.

A decisão, embora tenha revogado a prisão administrativa, não acarretou maior discussão quanto à decretação da nulidade do decreto de expulsão, ou mesmo sua revogação, pois havia pedido administrativo do paciente junto ao Ministério da Justiça.

Em nova apreciação do tema, no julgamento do *HC 110.849-SP* em 10/4/2012, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, voltou-se à questão do reingresso do estrangeiro e posicionou-se pela impossibilidade de a revisão do ato ter sido mantida, como ato discricionário do Presidente da República.

7. A questão da unificação do grupo familiar na Corte Europeia de Direitos Humanos

A questão da unificação do grupo familiar apresenta-se como um dos pontos cruciais para a reflexão sobre a expulsão e vedação de reingresso, uma vez que o estrangeiro fica impedido de retornar ao país onde criou laços afetivos, mesmo que após a prática do ato que gerou sua expulsão, o que, conforme já visto, de acordo com o Estatuto do Estrangeiro, no Brasil, por exemplo, pode se dar por mera infração administrativa à lei.

No âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia, a questão do tratamento do não cidadão da União e a unificação do grupo familiar foi apreciada em diversas oportunidades com relação ao vínculo com nacionais, como por exemplo nos casos de Ruiz Zambrano e McCarthy, com decisões por vezes conflitantes¹⁰.

¹⁰ Peter Van Elsuwege e Dimitry Kochenov fazem profunda análise dos casos no artigo *On the Limits of Judicial In-*

Em várias ocasiões, no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), confirmou-se que o direito ao respeito pela vida familiar, na acepção do artigo 8º da CEDH¹¹ está entre os direitos fundamentais que são protegidos pela legislação comunitária. Além disso, a Carta dos Direitos Fundamentais inclui inúmeras referências a respeito da vida familiar e os direitos da criança.

O tratamento baseia-se essencialmente num exercício de equilíbrio entre os interesses do Estado para controlar a entrada, a residência e a expulsão de estrangeiros, por um lado, e as circunstâncias individuais da família, por outro. Em outras palavras, o artigo 8º não inclui um direito claro ao reagrupamento familiar, mas apenas impõe um nível mínimo de proteção que deve ser respeitado pelos Estados-Membros, de forma que a violação depende do caso concreto, seja ou não uma medida nacional.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) fornece uma ampla margem de apreciação para o controle de imigração por parte dos Estados-Membros. Vários fatores são levados em conta, como, por exemplo, a efetiva ruptura da vida familiar, na medida dos laços no Estado Contratante, se existem obstáculos intransponíveis no caminho da vida familiar no país de origem (de um ou mais deles) e se existem fatores de controle de imigração (por

tervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights, publicado pelo *European Journal of Immigration and Law*.

¹¹ “Artigo 8º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)”

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

exemplo, uma história de violações à lei de imigração) ou considerações de ordem pública pesando em favor da exclusão.

No caso *Darren Omoregie x Norway*, a Corte concluiu que a recusa da Noruega de conceder um direito de residência a um cidadão nigeriano que foi casado com uma nacional norueguesa e com quem teve um filho não violou artigo 8º, precisamente porque o seu relacionamento familiar era estabelecido quando o requerente ficou na Noruega ilegalmente. Entendeu que o filho do casal estava ainda em uma idade adaptável no momento em que as medidas controversas foram decididas e implementadas, e que não havia obstáculos à reconstrução da vida na Nigéria.

A Corte, por sua vez, no caso *Rodrigues da Silva and Hoogkamer x The Netherlands*, concluiu que a remoção da mãe brasileira de uma criança holandesa violou o artigo 8º, mesmo residindo ilegalmente na Holanda na época do nascimento de seu filho e não vivendo junto com seu parceiro holandês.

Já caso *Nunez x Norway*, também com relação à Noruega, a CEDH confirmou a importância dos interesses da criança na avaliação do equilíbrio entre os interesses concorrentes do indivíduo e da comunidade. No caso, uma nacional da República Dominicana ingressou na Noruega em 1996, como turista, foi deportada em razão de uma condenação por roubo, com proibição de reentrar no país por um período de dois anos. Quatro meses depois, voltou à Noruega com outro passaporte e pouco depois se casou com um cidadão norueguês. Divorciou-se e passou a relacionar-se com um imigrante também de origem dominicana na Noruega, quando tiveram duas filhas. Apesar da violação à lei de imigração da Noruega e da conseqüência por parte da Sra. Nunez de não ter expectativa de permanecer no país – semelhante ao caso *Darren Omoregie* – a Corte, no entanto, concluiu que era do interesse das crianças que a sua mãe ficasse na Noruega.

8. Conclusão

Em primeiro lugar, é importante destacar que a Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

O Artigo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz que:

“Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (grifo nosso).

O artigo 1º do Pacto de San Jose da Costa Rica, por sua vez, enuncia:

“1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” (grifo nosso).

O artigo 22 do Pacto, que trata do direito de circulação e residência, declara:

“1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.

6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros” (grifo nosso).

O Estatuto do Estrangeiro, concebido em época anterior à atual Constituição de 1988, colide frontalmente com os direitos e garantias que ela estabelece.

Nesse sentido, apesar de empiricamente ter sido evidenciado no presente trabalho que o tratamento penal do estrangeiro não representa parcela significativa na seara da persecução penal, o estrangeiro é submetido a um amplo catálogo de vedações que podem acarretar sua expulsão do território nacional, o que lhe impede o retorno.

À luz dessa perspectiva, parece-nos que o instituto da expulsão carece de uma interpretação restritiva, sobretudo enquanto não produzidas alterações no tratamento legal dado ao estrangeiro, a fim de reduzir a discricionariedade do Poder Executivo.

Por outro lado, parece ainda que uma solução para o instituto da expulsão de maior conformidade com a ordem constitucional, que veda as penas de caráter perpétuo e o banimento, seria que o decreto de expulsão prevísse um prazo. O estrangeiro, em evidente situação de desigualdade em relação ao nacional, além de cumprir a pena imposta, no mais das vezes ocorrendo o cumprimento integral, em razão do posicionamento dominante de não admitir a progressão de regime ou o livramento condicional, ao final tem contra si a expulsão do território nacional, ao passo que o nacional é reabilitado e não goza de maiores restrições.

Ainda nessa ótica, muitas vezes o estrangeiro acaba construindo laços familiares não abrangidos pela vedação à expulsão prevista no artigo 75 do Estatuto, o que resulta, por exemplo, na restrição do mesmo ao convívio familiar, com graves consequências, sobretudo para os filhos menores.

Portanto, em que pese o instituto da expulsão configurar um mecanismo necessário ao Estado, no sentido de afastar de seu território estrangeiros que tenham conduta nociva, sobretudo a prática de crimes graves ou violentos, há que tornar a utilização do instituto mais parcimoniosa, sempre tendo em vista nossa ordem constitucional e os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, notadamente no que tange ao respeito à dignidade humana e aos direitos humanos.

Assim, num momento em que o próprio conceito de soberania se encontra claramente em crise, o instituto da expulsão, que é uma de suas manifestações pela qual o Estado retira de seu território estrangeiro considerado nocivo,

carece de maiores reflexões, ainda mais quando o próprio conceito de nacionalidade pode igualmente estar seguindo para um conceito em transformação ou mesmo em extinção.

Referências

CANCIO MELLÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. El derecho penal español ante la inmigración: um estúdio político-criminal. *Revista CENIPEC*, v. 2, n. 25, p. 31-121, enero/dic. 2006.

DAL RI JUNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos políticos-jurídicos da cidadania. In: _____; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ELSUWEGE, Peter Van; KOCHENOV, Dimitry. On the limits of judicial intervention: EU citizenship and family reunification rights. *European Journal of Migration and Law*, Dordrecht, v. 13, n. 4, p. 443-466, 2011.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Darren Omoregie and others v. Norway*. Strasbourg: HUDOC, 2008. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88012>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. *Case of Rodrigues da Silva and hoogkamer v. the Netherlands*. Strasbourg: HUDOC, 2006. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72205>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. *Case of Nunez v. Norway*. Strasbourg: HUDOC, 2011. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105415>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

HOLLIEFIELD, James F. The emerging migration state. *International Migration Review*, New York, v. 38, n. 3, p. 885-912, 2004.

KELLER, Doug. Re-thinking illegal entry and re-entry. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 44, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884354>. Acesso em: 17 jun. 2012.

LIMA, Marcelo de. Um imigrante iguala-se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais? O direito comparado: modelos brasileiro e europeu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 269-282, jan./mar. 2012.

OLIVEIRA, Odete Maria de. A era da globalização e a emergente cidadania mundial. In: _____; DAL RI JUNIOR, Arno. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. Direito dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O estrangeiro e o Direito Penal e o Direito Processual Penal. In: FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, p. 170, abr./jun. 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STUMPE, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p. 367-419, 2006.

VENTURA, Deisy. Qual é a política migratória do Brasil? *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 5, n. 56, p. 34-35, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85

AMÉRICO BEDÊ JUNIOR

Sumário

1. Introdução. 2. Os dois primeiros Atos Institucionais, a fragilização do sistema de freios e contrapesos e a ideia de poder constituinte permanente. 3. A Constituição de 1967. 4. O Ato Institucional nº 5: o Direito a serviço do “Poder”. 5. O final do regime militar. 6. Conclusão.

“Era um prazo fatal, que provocou um episódio burlesco na noite de 21 para 22 de janeiro. Estava chegando a meia-noite e a votação do projeto ainda não tinha terminado. Faltando um minuto para terminar o prazo fatal, o Presidente do Congresso, Senador Auro de Moura Andrade, determinou que fossem parados todos os relógios do recinto do Congresso Nacional para que, pelos relógios da Casa, não se esgotasse o tempo enquanto não se encerrasse a votação da matéria, com o argumento – um tanto ridículo – de que o tempo do Congresso se marcava pelos seus relógios... E assim, concluída a votação, já na manhã do dia seguinte, ele mandou reativar os relógios. E tudo ficou como se tivesse sido feito dentro do prazo” (SILVA, J., 2011, p. 79).

1. Introdução

Américo Bedê Junior é doutorando em Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES); mestre (FDV/ES); professor (FDV/ES); juiz federal titular da 3ª Vara de Execuções Fiscais em Vitória/ES.

A epígrafe do presente artigo, que relata os últimos instantes da votação da Constituição Brasileira de 67, demonstra como o constitucionalismo brasileiro foi maltratado durante a vigência da ditadura militar.

É certo que episódios desse jaez não são exclusivos da ditadura. Na vigência do regime democrático de direito, presenciamos, entre outros absurdos, emendas à Constituição, cuja votação exige dois turnos, serem votadas em dois turnos no mesmo dia, o que, por óbvio, viola de modo evidente a teleologia da exigência de duas votações em cada casa.

Não se olvide que o século XX foi marcado por inúmeros golpes ou tentativas de golpe de Estado no Brasil – o General Geisel, por exemplo, contabilizava a participação em pelo menos sete¹ –, de modo que era impossível, então, nesse clima de instabilidade política, que o constitucionalismo, como hoje o conhecemos, florescesse.

Deveras, no momento do golpe de 64, havia claramente uma preocupação norte-americana com o avanço do comunismo e, no Brasil, havia indícios de que a ordem constitucional seria rompida de qualquer modo, tanto que Gaspari (2002, p. 51)² afirma:

“Havia dois golpes em marcha. O de Jango viria amparado no dispositivo militar e nas bases sindicais, que cairiam sobre o Congresso, obrigando-o a aprovar um pacote de reformas e a mudança da regra do jogo da sucessão presidencial. Na segunda semana de março, depois de uma rodada de reuniões no Rio de Janeiro, o governador Miguel Arraes, de Pernambuco, tomou o avião para Recife avisando um amigo que o levaria ao aeroporto: Volto certo de que um golpe virá. De lá ou de cá, ainda não sei.”

Esse clima político da época demonstra a dificuldade de análise de um período recente de nossa história. Não se pretende “crucificar”

1 Elio Gaspari (2002, p. 25) assim narrou: “Geisel, que fizera o primeiro lance, jogava com as brancas depois de ter participado de quatro golpes vitoriosos, em 1930, 37, 45 e 64. Sabia como se ganha. Por ter perdido em três ocasiões (1955, 61 e 65), sabia onde e como se fracassa. Dizia com frequência: ‘Esse negócio de golpe é muito difícil. Vi sete, posso falar’”.

2 Até a Igreja Católica apoiou, no início, o golpe de 64; depois, com a prática de tortura, foi opositora ao sistema. Skidmore (2000, p. 63, 167) retratou que: “A hierarquia da Igreja foi outra fonte de opinião de elite que apoiou a intervenção militar. Em manifesto de 26 de maio um grupo de bispos influentes elogiou o golpe notando que ‘as forças armadas intervieram a tempo de impedir a implantação de um regime bolchevista em nosso país... Quando a repressão se abateu sobre o Brasil, a Igreja Católica Romana representou virtualmente o único centro de oposição institucional”.

os militares nem colocá-los no pedestal de “salvadores da pátria”. O objetivo deste trabalho sobre o período da ditadura militar é examinar, com base no olhar constitucional de hoje, como o regime tratou a Constituição e como o Supremo Tribunal Federal (STF) – atual guardião da Constituição – se comportou naquela época.

Optar-se-á pela reconstrução do período a partir da análise dos Atos Institucionais. Justifica-se a escolha porque, durante o período militar, esses Atos estiveram acima da Constituição; daí a necessidade de seu exame, além do fato de serem os Atos Institucionais a expressão jurídica do regime militar.

2. Os dois primeiros Atos Institucionais, a fragilização do sistema de freios e contrapesos e a ideia de poder constituinte permanente

O golpe ou revolução militar de 1964 não teve uma unidade e um desiderato linear, tanto que muitos autores preferem a denominação de ditaduras militares³ por reconhecerem a existência de divisões entre os militares⁴.

3 Said Farhat (2012, p. 19) destaca: “Do ponto de vista histórico, os militares, bem assim os que os criticaram, sempre se referiram ao movimento de março de 1964 como uma ‘revolução’; e ao regime militar como um ‘período revolucionário’, uma e outro, supostamente baseados numa ideologia comum aos que o fizeram e mantiveram ao longo de vinte e um anos. Não foi nada disso. A par de não ser um fato isolado, na história do Brasil, o regime militar – embora tivesse durado vinte e um anos – não foi um processo contínuo. Mas uma série de fatos isolados, incidentes e revoluções dentro de uma pseudo revolução”.

4 Said Farhat (2012, p. 19) ressalta: “o que se apregoava cá fora, sob o mote unidade militar, jamais existiu”. Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 141) salientam: “Os militares que governavam o país não formavam um bloco monolítico, ideologicamente homogêneo. Havia, grosso modo, dois grupos principais. De um lado os linha dura, que queriam a radicalização do regime e a intensificação da perseguição aos opositores, não se importando em manter o poder indefinidamente com as Forças Armadas. Do outro, os moderados, que pretendiam devolver o poder mais rapidamente aos civis, depois de expurgarem da vida

Juridicamente foi editado o Ato Institucional nº 1 (AI-1) para dar suporte ao golpe.

O preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, afirma peremptoriamente que:

“A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e radical do Poder Constituinte. Assim a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma... Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País.”

Acompanhado desse espírito constituinte, o artigo 7º do AI-1 suspendeu, por seis meses, as garantias constitucionais da vitaliciedade e da estabilidade, admitindo, mediante investigação sumária, a demissão ou dispensa de servidores públicos, e, ainda, afirmou que o controle judicial desses atos se limitaria ao exame das formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como sua conveniência ou oportunidade⁵.

Inicia-se um ciclo de punições e demissões baseadas num suposto interesse público⁶.

política os elementos considerados mais perigosos, e rechaçavam alguns excessos cometidos pelos primeiros no combate à oposição e à esquerda, como a tortura e o homicídio. Nenhum dos grupos demonstrava grande apreço pela democracia e pelos direitos humanos, mas o segundo era menos radical e mais preocupado em manter as aparências do regime. Durante todo o período militar, tais grupos disputariam a hegemonia – no mais das vezes, nos bastidores da caserna, mas, em alguns momentos, de forma mais visível – e diversos acontecimentos da história constitucional da época resultaram de oscilação no pêndulo do poder entre essas duas correntes.”

5 É interessante a previsão de demissão por oportunidade e conveniência, medida típica de casuismo e subjetivismo dos detentores do poder. Durante muito tempo, o STF entendeu que a indagação judicial deveria limitar-se às questões de competência e aos aspectos formais do inquérito, mas, como relatou Victor Nunes Leal (1999, p. 257): “Rompeu, entretanto a egrégia corte esta sua tradição, afirmando em reunião plenária, os princípios opostos: admitindo-se, portanto, que o judiciário reexamine a prova do inquérito e possa contrapor-lhe novas provas produzidas em juízo”.

6 Furman (2011) aponta: “A prática de cassação de mandatos e de perseguição de inimigos do regime não começou apenas em 1968. Ela já existia desde o início do regime”. “Segundo levantamento de Marcos Figueiredo, entre 1964 e 1973 foram punidas, com perda de direitos políticos, cassação de mandato, aposentadoria e demissão, 4.841 pessoas, sendo maior a concentração de punidos em 1964, 1969 e 1970. Só o AI-1 atingiu 2.990 pessoas. Foram cassados os mandatos de 513 senadores, deputados e vereadores. Perderam os direitos políticos 35 dirigentes sindicais; foram aposentados ou demitidos 3.783 funcionários públicos, dentre os quais 72 professores universitários e 61 pesquisadores científicos. O expurgo nas forças armadas foi particularmente duro, dadas as divisões existentes antes de 1964. A maior parte dos militares, se não todos, que se opunham ao golpe foi excluída das fileiras. Foram expulsos ao todo 1.313 militares, entre os quais 43 generais, 240 coronéis, tenentes-coronéis e majores, 292 capitães e tenentes, 708 suboficiais e sargentos, 30 soldados e marinheiros. Nas polícias militar e civil, foram 206 os punidos. O expurgo permitiu

O preâmbulo do AI-2 afirma, ao fazer referência ao AI-1, que:

“Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o Poder Constituinte não se exauriu, tanto que é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a nação se levantou contra a situação anterior”.

O AI-2, de 27 de outubro de 1965, transferiu para a justiça militar a competência para julgamento dos crimes contra a segurança nacional, aumentou o número de ministros do STF de 11 para 16⁷, determinou o fim das eleições diretas para Presidente da República, extinguiu os partidos políticos, admitiu a cassação e a suspensão de direitos políticos, suspendeu as garantias da vitaliciedade, estabilidade e inamovibilidade, excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo comando da revolução e pelo governo federal com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no próprio Ato Institucional nº 2 e em seus Atos complementares.

É, no mínimo, curioso que o primeiro artigo do AI-1 destacasse que a Constituição de 1946 e as respectivas emendas estavam mantidas, apesar de a revolução ressaltar seu caráter de poder constituinte e de a Constituição de 46 ter perdido, na prática, qualquer força para limitar a revolução.

Do rol de medidas dos dois primeiros Atos Institucionais, verifica-se o enfraquecimento do sistema de freios e contrapesos, bem como a manutenção meramente formal da Constituição de 46, uma vez que o Comando da Revolução tinha poderes para sumariamente cassar direitos políticos, aposentar e demitir juízes, sem que houvesse a possibilidade de discussão judicial desses atos.

as forças armadas eliminar parte da oposição interna e agir com maior desembaraço no poder” (CARVALHO, 2005, p. 164 apud FURMANN, 2011). Merecem destaque, ainda, as palavras de Skidmore (2000, p. 59) sobre o AI-1: “Os militares da linha dura possuíam uma lista de cerca de 5.000 inimigos cujos direitos políticos pretendiam suspender. Com isso, formou-se uma atmosfera de caça às bruxas nos gabinetes governamentais, com a mistura de ideologia com vendettas pessoais. Os acusados não tinham direito de defesa, nem as acusações contra eles foram jamais publicadas. O novo governo alegava (extra-oficialmente) que, sendo revolucionário, podia criar suas próprias regras para punir os subversivos e os corruptos. Dar satisfações não era uma das suas regras”.

7 Ingressaram então os ministros Adalício Nogueira, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros. Frise-se que esse ato violava frontalmente a Constituição de 46, que previa, no seu artigo 98: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros”. Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderia ser elevado por lei, mas o AI-2 afirmava peremptoriamente que revogava as disposições constitucionais em contrário.

A ampliação do número de ministros do STF foi também uma medida autoritária com a clara intenção de, mediante a nomeação de 5 ministros de uma só vez para a Suprema Corte, ter a maioria do Tribunal alinhada aos interesses da revolução.

Do ponto de vista constitucional, não havia, portanto, na prática, quaisquer limites ao Comando da Revolução, e a Constituição, lembrando a classificação ontológica de Loewenstein, era apenas semântica.

A afirmação de que o poder constituinte não se exauriu, formulada no preâmbulo do AI-2, deixou clara a ideia de que a revolução tudo podia, em nome do interesse dos “verdadeiros brasileiros”.

A demonstração da total falta de controle dos atos da revolução é bem citada por Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 432), quando destacam que:

“Entre 1965 e 1966 o Presidente Castello Branco baixou nada menos que três atos institucionais, 36 complementares, 312 decretos-leis e 3746 atos punitivos.

Pairava sobre tudo a chamada cláusula da excludência, isto é, o dispositivo que eliminava do exame até mesmo do Judiciário e, portanto, de qualquer outra autoridade, determinados atos do poder revolucionário”.

Juridicamente, os Atos Institucionais valiam mais do que a Constituição, podiam tratar de qualquer matéria e não sofriam qualquer controle⁸.

Outro dado curioso é que, nesse período, tenha sido aprovada a Emenda nº 16/65, apontada por grande parte da doutrina como instituidora do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, uma vez que a Constituição que se pretendia guardar não tinha força de reger o país.

Em outubro de 1966, o governo decretou o recesso do Congresso. Helio Silva (1985, p. 340)⁹ destaca que:

8 José Afonso da Silva (2011, p. 81) afirma: “O regime dos atos institucionais constituía legalidade excepcional, ‘formada sem necessidade, porque voltada apenas para coibir adversários políticos e ideológicos e sustentar os detentores do poder e os interesses das classes dominantes, aliados às oligarquias nacionais, que retornaram ao domínio político, agora reforçadas por uma nova oligarquia fundada na qualificação profissional, que é a tecnocracia, e destinada a viger enquanto esses detentores quisessem (portanto, sem atender ao princípio de temporariedade, que justifica o estado de exceção). Tudo se poderia fazer: fechar as Casas Legislativas, cassar mandatos eletivos, demitir funcionários, suspender direitos políticos, aposentar e punir magistrados e militares e outros. Mas o que ainda era pior é que não havia nada mais que impedisse a expedição de outros atos institucionais com qualquer conteúdo. O regime foi um estado de exceção permanente: pura Ditadura”.

9 Não foi a única vez em que o regime militar colocou o Congresso em recesso. Marilda Silva e Marcelo Milagres (2010, p. 81) lembram: “Em 1ª de abril de 1977, depois de rejeitar proposta de reforma do poder judiciário, reunindo o Conselho de Segurança Nacional, o Presidente Ernesto Geisel fechou o Congresso Nacional por tempo indeterminado, fundamentando-se no AI-5. Seus poderes foram transferidos a um grupo de seis pessoas, que, em 14 de abril, apresentou o texto da Emenda Constitucional que, entre outras medidas, criou os chamados mandatos biônicos, garantindo a maioria do Governo no Senado”.

“em 12 de outubro, o governo cassou os mandatos de seis deputados federais, que foram mantidos sob a proteção de Adauto Lúcio Cardoso, sob a alegação de ilegitimidade da ação governamental. Após oito dias de impasse, Castelo Branco edita o ato complementar 23, colocando o Congresso em recesso até uma semana depois das eleições parlamentares de 15 de novembro. O Congresso foi cercado e invadido por tropas comandadas pelo coronel Meira Matos, procedendo-se o fechamento previsto. Adauto Lúcio Cardoso, revolucionário de 1964, renunciou à presidência da Câmara dos Deputados”.

3. A Constituição de 1967

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1984, p. 20) aponta que:

“o Pres. Castello Branco, em discurso proferido por ocasião da solenidade de diplomação dos estagiários da Escola Superior de Guerra, expôs a razão por que, dias antes, editara o Ato Institucional n.º 4 que determinava e regulava a elaboração de nova Constituição. ‘Com uma Constituição vulnerável a vários tipos de crise’, afirmou ele, ‘a Nação vinha há muito inquietada entre as alternativas inelutáveis da anarquia e da ditadura. E a revolução eliminou uma e evitou a outra. Por que não se completar agora a institucionalização da Revolução?’”.

Esse AI-4 fixou a data limite de 21 de janeiro de 1967 para a votação do texto enviado pelo Presidente da República. Apesar de toda a pressão e a intimidação, os parlamentares conseguiram, pelo menos do ponto de vista formal, incluir os direitos fundamentais na Constituição¹⁰.

Na prática, a Constituição de 1967 teve pouco tempo de aplicação, pois, no ano seguinte, foi editado o AI-5, que tornou meramente figurativos a organização de poder e os direitos fundamentais previstos na Constituição.

4. O Ato Institucional nº 5: o Direito a serviço do “Poder”

Sexta-feira 13. Para os supersticiosos, uma data perigosa. Para a história, um dia em que, no ano de 1307, se determinou, na França, o fim da ordem dos cavaleiros templários¹¹, em que, no Brasil, no ano de

¹⁰ José Afonso da Silva (2011, p. 79) destaca: “O projeto que o governo submeteu ao Congresso Nacional era muito ruim. Não garantia sequer os direitos individuais do homem, embora os previsse, deixando, contudo, sua eficácia e aplicabilidade na dependência de lei (...). O Congresso Nacional, coagido e premido pelo tempo, teve a grandeza de refazer o projeto e recuperar as garantias dos direitos fundamentais e democráticos”.

¹¹ Demurger (2007, p. 446) lembra: “o rei informa em seguida as investigações e discussões que precederam sua decisão uma vez que a verdade não pode ser plenamente descoberta de outra forma, que uma suspeita veemente estendeu-se a todos (...), decidimos

1968, se sepultou qualquer dúvida sobre a falta de compromisso dos detentores do poder com a Constituição e se instalou a certeza de uma ditadura centralizada na figura do Presidente da República, dotado de vastos poderes¹².

É interessante notar que, no preâmbulo do AI-5, se afirma que a revolução teve como propósito dar ao país:

“um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção.”

Dignidade da pessoa humana? Democracia? Liberdade para quem? Apesar da fundamentação do preâmbulo¹³, na prática, o AI-5 foi o instrumento jurídico que deu aparência de legalidade e legitimidade a uma série de perseguições e medidas que violaram os mais mezinhos direitos fundamentais, tudo isso acompanhado da previsão expressa de que os Atos estariam fora do controle judicial¹⁴.

Fabiana Oliveira (2012, p. 40)¹⁵ recorda:

“Tendo por base esse ato, o governo aposentou compulsoriamente três ministros do STF que se mantinham em posição contrária ao regime:

que todos os membros de tal ordem de nosso reino serão detidos, sem nenhuma exceção, mantidos presos e destinados ao julgamento da Igreja, e que todos os seus bens, móveis e imóveis, serão tomados, colocados sob nosso domínio e fielmente conservados (...)”. Era o golpe fatal na ordem de cavaleiros de Cristo mais respeitada da Idade Média.

12 É claro que o preâmbulo do Ato Institucional lembrava que o Ato era imperioso e buscava preservar “a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do país”. Eduardo Bueno (2010) lembra que “o deputado carioca Márcio Moreira Alves, do MDB, em discurso no Congresso sugeriu que a população boicotasse o desfile do 7 de setembro e as mulheres se recusassem a namorar oficiais que não denunciassem a violência. O discurso foi considerado uma ofensa às forças armadas e os ministros militares decidiram processar o deputado. Para isso precisavam que o Congresso suspendesse a imunidade parlamentar de Moreira Alves. Em 12 de dezembro de 1968, o Congresso corajosamente se negou a fazê-lo. No dia seguinte, disposto a punir o deputado, o general presidente Costa e Silva decretou o AI-5. Naquele instante, o governo militar abriu mão de qualquer escrúpulo, abandonando de vez sua suposta busca pelo retorno à legalidade constitucional” (BUENO, 2010, p. 391).

13 Que parece com inúmeros trabalhos acadêmicos de nossa época.

14 Art. 11 do AI-5: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

15 Victor Nunes Leal (1999, p. 270) lembrou que, “como as aposentadorias foram decretadas nas férias do Tribunal, a sua tribuna a nenhum de nós ficou disponível, para uma simples declaração – e ninguém tinha sido sequer acusado, nem convocado a defender-se”. Não foi o primeiro caso, no direito brasileiro, de aposentadoria compulsória de ministro do STF: Getúlio Vargas, no Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931, aposentou compulsoriamente 6 ministros do STF: Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio Pires e Alburquerque, Pedro Afonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano de França.

Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Cavalcanti Lins e Silva. Essa decisão provocou a demissão voluntária de dois ministros, Antônio Carlos Lafayette de Andrada¹⁶ e Antônio Gonçalves.

Um mês e meio depois foi decretado o AI-6, que reduziu novamente o número de ministros do STF para onze, vedou a competência do Tribunal em julgar ordinariamente o habeas corpus e aboliu o recurso ordinário nos casos de mandado de segurança denegados pelos tribunais¹⁷.

A aposentadoria compulsória de três ministros do STF foi um recado direto de qual era a regra do jogo e de qual relação deveria existir ou não entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

É de se destacar que o Judiciário, antes do AI-5, estava concedendo várias ordens de habeas corpus em crimes contra a segurança nacional. Em interessante pesquisa, Igor Savitsky (2009)¹⁷, analisando os habeas corpus julgados pelo STF no ano de 1968, especificamente aqueles que envolviam crimes contra a segurança nacional, aponta que, de 66 habeas corpus impetrados, foram concedidos 48 (isto é, 72,7% do total), por diversos fundamentos (inépcia de denúncia, falta de justa causa, autoridade incompetente para decretar prisão, impossibilidade de prisões de civis para averiguações etc.), de modo que é possível concluir que, apesar das pressões, o STF vinha exercendo seu papel de garantidor dos direitos fundamentais.

Não por acaso o artigo 10 do AI-5 previa expressa e fatidicamente:

“Art. 10 – Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.”

Foi editado, ainda, o Decreto-Lei nº 898/69, ampliando os crimes contra a segurança nacional e prevendo para alguns desses crimes, em grau mínimo, a pena de prisão perpétua e, em grau máximo, a pena de morte.

16 Alguns historiadores defendem que não foi bem uma demissão voluntária a do Ministro Lafayette. “Em relação ao Lafayette de Andrada, posso informar o seguinte: ouvi do ministro Luís Gallotti a informação de que ele não foi cassado porque seu irmão, o deputado José Bonifácio, que era o líder da Câmara, assumiu com o governo o compromisso de colher o seu pedido de aposentadoria; de fato ele pediu aposentadoria. Em relação ao Gonçalves de Oliveira, também se dizia que não estava nas boas graças do governo, mas ele veio para Brasília e fez uma carta dizendo que deixava a Corte (...)” (SILVA, 1997, p. 400 apud FURMAN, 2011).

17 Sobre o papel do STF na ditadura, há uma divisão de posições: alguns defendem que o STF se curvou à ditadura e outra corrente sustenta que a Suprema Corte resistiu ao golpe e foi o último refúgio dos cidadãos. As duas posições extremadas, e apaixonadas, não correspondem ao importante papel desempenhado pelo STF, mas só reconhecer que, definitivamente, não teve o STF força para impedir a violação de direitos fundamentais na ditadura militar. O AI-5 enfraqueceu visivelmente o espírito, as pessoas e a competência do STF.

Essa centralização de poder nas mãos do Presidente da República, estando esta autoridade acima do bem e do mal, é completamente incompatível com o constitucionalismo¹⁸.

O AI-5 foi, indubitavelmente, um dos maiores símbolos da ditadura, o instrumento jurídico que outorgou poderes para abusos do Executivo, abusos que juridicamente estavam fora do controle do Judiciário e que, na prática, ficaram e ficarão impunes. Daí a importância de não se esquecer da História, para que erros não se repitam.

5. O final do regime militar

Após o AI-5, o Brasil mergulhou em anos de profunda repressão política e violação a direitos fundamentais. Seguiram-se três presidentes militares (Médici, Geisel e Figueiredo).

A Emenda 1 de 69¹⁹ alterou de modo tão substancial a Carta de 67 que prevalece o entendimento de que, na verdade, tivemos uma nova Constituição em 69.

Vieram os “anos de chumbo”, nos quais, como explicou Elio Gaspari (2011, p. 173)²⁰:

18 O gênio Chico Buarque lançou, em 1970, a música “Apesar de Você”, que começa lembrando: “Amanhã vai ser outro dia / Hoje você é quem manda / Falou, tá falado / Não tem discussão, não / A minha gente hoje anda / Falando de lado e olhando pro chão / Viu? / Você que inventou esse Estado / Inventou de inventar / Toda escuridão / Você que inventou o pecado / Esqueceu-se de inventar o perdão”. Gaspari (2011, p. 221) destaca que a canção circulou por um mês e foram vendidas 100 mil cópias até ela ser proibida. Tropas do exército fecharam a fábrica e todos os discos guardados no estoque foram quebrados.

19 É de se destacar que essa Emenda ou Constituição foi outorgada por uma junta militar, que governou o Brasil de agosto a outubro de 1969, uma vez que o Presidente Costa e Silva sofreu um derrame e não se queria que o Vice-Presidente Pedro Aleixo assumisse o governo. Como destacaram Daniel Sarmento e Claudio Pereira (2012), “A solução veio por meio da decretação do AI-12, que investiu os ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica – respectivamente, Augusto Rademaker, Aurélio Lyra Tavares e Marcio de Souza e Mello – na Chefia do Executivo, ‘enquanto durar o impedimento temporário do presidente da República’ (art. 1º). Desfechava-se um verdadeiro golpe dentro do golpe” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 23).

20 José Murilo de Carvalho (2001, p. 157-158) divide o período militar em três fases: “A primeira vai de 1964 a 1968 e corresponde ao governo do general Castelo Branco e primeiro ano do governo do general Costa e Silva. Caracteriza-se no início por intensa atividade repressiva seguida de sinais de abrandamento. Na economia, foi um período de combate à inflação, de forte queda no salário mínimo e de pequeno crescimento. Foi o domínio dos setores mais liberais das forças armadas, representados pelo general Castelo Branco. No último ano, 1968, a economia retomou os altos índices de crescimento da década de 50. A segunda fase vai de 1968 a 1974 e compreende os anos mais sombrios da história do país, do ponto de vista dos direitos civis e políticos. Foi o domínio dos militares mais truculentos, reunidos em torno do general Garrastazu Médici, escolhido presidente após o impedimento de Costa e Silva por motivo de doença. O período combinou a repressão política mais violenta já vista no país com índices também jamais vistos de crescimento econômico. Em contraste com as taxas de crescimento, o salário mínimo continuou a decrescer. A terceira fase começa em 1974, com a posse do general Ernesto Geisel e termina em 1985, com a eleição indireta de Tancredo Neves. Caracteriza-se inicialmente pela tentativa do general Geisel de liberalizar o sistema, contra a forte oposição dos órgãos de

“A inimizabilidade dos militares envolvidos na repressão política passava a exigir mais que silêncio ou tolerância. Tratava-se de encobrir homicídios por meio de versões insustentáveis, pondo em funcionamento uma nova engrenagem. De um lado o porão demonstrava sua força impondo sua mordida à oficialidade e ao aparelho judiciário. De outro, ampliava seu contencioso com a sociedade e transformava a tortura numa linha demarcatória entre o repúdio e o apoio ao regime.”

Como relatado, o Judiciário ficou impedido de exercer suas funções de equilibrar os Poderes. A essa altura, apenas um ministro do STF²¹ não tinha sido indicado pelos militares.

A institucionalização da censura serviu como restrição indevida à liberdade de expressão e alcançou patamares expressivos, a ponto de quase todos terem a sensação, ou a certeza, de que estavam sendo vigiados e controlados pelo sistema²².

Foram editados mais 12 Atos Institucionais. O Ato Institucional nº 10, de 16 de maio de 1969, além de ampliar o rol de penas aos presos políticos, continha violação frontal ao princípio do *ne bis in idem* porque, no § 2º do seu artigo 1º, previa expressamente:

“O Presidente da República poderá, a qualquer tempo, impor as sanções previstas neste artigo, inclusive às pessoas já atingidas pelos Atos Institucionais anteriores a 13 de dezembro de 1968”.

Poder-se-ia condenar mais de uma vez pelo mesmo fato e com sanções criadas após o fato, ou seja, violava-se também o princípio da anterioridade de lei para punir.

Os mais mezinhos princípios constitucionais penais, já levantados por Beccaria com antecedência de séculos, eram violados pelo regime militar, com a instituição de uma ordem jurídica incapaz de proteger o cidadão dos abusos do Estado.

repressão. A liberalização continua sob o general João Batista de Figueiredo (1979-1985). As leis de repressão vão sendo aos poucos revogadas e a oposição faz sentir sua voz com força crescente”.

21 Era o ministro Luiz Gallotti, nomeado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra. Ele permaneceu no STF até 16 de agosto de 1974.

22 Skidmore (2000, p. 167) aponta: “A censura *ad hoc*, que surgira mal coordenada em dezembro de 1968, foi regularizada em março de 1969 por um decreto que tornava ilegal qualquer crítica aos atos institucionais, às autoridades governamentais ou às forças armadas. Como se quisessem indicar de onde achavam que se originava a oposição, os arquitetos da censura também proibiram a publicação de notícias sobre movimentos de trabalhadores ou de estudantes. Toda a mídia foi colocada sob a supervisão dos tribunais militares. Setenta professores da USP e de várias outras universidades foram involuntariamente aposentados em maio de 1969”.

O Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969²³, criou a pena de banimento do brasileiro que se tornasse inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional. Essa pena não poderia sofrer qualquer apreciação judicial. Além disso, enquanto perdurasse o banimento, ficaria suspensa a prescrição da ação ou da condenação a que o réu respondesse no Brasil²⁴.

É interessante notar que, em seguida, o Ato Institucional nº 14 altera a Constituição para incluir a pena de banimento, o que revela o desejo de compatibilizar tal pena ao regime constitucional. Essa preocupação do regime com uma aparência de legalidade e de normalidade foi bem criticada por Safatle (2010, p. 251), ao afirmar:

“Levemos em conta uma das características mais decisivas da ditadura brasileira: sua legalidade aparente ou, para ser mais preciso, sua capacidade de reduzir a legalidade à dimensão da aparência.

Tínhamos eleições com direito a partido de oposição, editoras que publicavam livros de Marx, Lênin, Celso Furtado, músicas de protesto, governo que assinava tratados internacionais contra a tortura, mas, no fundo, sabíamos que tudo isto estava submetido à decisão arbitrária de um poder soberano que se colocava fora do ordenamento jurídico.

Quando era conveniente, as regras eleitorais eram modificadas, os livros apreendidos, as músicas censuradas, alguém desaparecia. Em suma, a lei era suspensa. Uma ditadura que se servia da legalidade para transformar seu poder soberano de suspender a lei, de designar terroristas, de assassinar opositores, em um arbítrio absolutamente traumático.”

Não há dúvidas de que a ditadura militar institucionalizou uma aparente legalidade²⁵ jurídica, mas tal regime não sobrevive a uma análise mais profunda dos requisitos para que haja uma democracia e um regime constitucional adequado ao respeito aos direitos fundamentais.

Em 1978, os Atos Institucionais foram revogados e começou a lenta transição para a democracia. Em 28 de agosto de 1979, o presidente Figueiredo sanciona a Lei de Anistia²⁶ (nº 6.683/79), viabilizando a volta ao

23 Marcelo Ciotola (1997, p. 117) destaca que “o AI-13, de 5 de setembro de 1969, é editado num momento de aguda crise política, um dia após o seqüestro do embaixador norte-americano Charles Elbrick por grupos armados”.

24 É preciso lembrar a letra da música “Debaixo dos Caracóis dos seus Cabelos”, em que Erasmo e Roberto Carlos homenageiam, em 1971, Caetano Veloso, que se encontrava em Londres, no exílio, desde 1969. Fala a letra: “Um dia a areia branca/ Teus pés irão tocar/ E vai molhar seus cabelos/ A água azul do mar/ Janelas e portas vão se abrir/ Pra ver você chegar/ E ao se sentir em casa/ Sorrindo vai chorar (...) Você anda pela tarde/ E o seu olhar tristonho/ Deixa sangrar no peito/ Uma saudade, um sonho/ Um dia vou ver você/ Chegando num sorriso/ Pisando a areia branca/ Que é seu paraíso”.

25 No sentido do texto ver também Ciotola (1997).

26 Essa lei passa por uma série de questionamentos no STF e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que se confrontam o direito à verdade e o direito à memória

Brasil de inúmeros exilados, bem como materializando a abertura, que só veio a se consolidar, na verdade, em 1985.

Sobre a transição, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 444) apontam:

“O período de transição da ditadura militar instalada em 1964 para a nova República foi, certamente, o mais doloroso de todos quantos a história marcou em nosso país. Da Monarquia para a República não se observaram excessos que registrassem, como neste período, a violência do poder autoritário, com presos políticos sem culpa formada, torturas nos cárceres. Assassinios cometidos em todo o País sob a égide de uma doutrina de segurança que não era outra coisa senão a segurança do poder arbitrário fugindo ao debate público e à eleição do presidente da República, dos governadores e dos prefeitos.”

É claro que a transição²⁷ não foi um processo simples, mas hoje, passados mais de 24 anos da Constituição de 1988, pode-se afirmar que o Brasil se encontra em outro estágio do constitucionalismo, apesar de todos os problemas.²⁸

e, de outro lado, para alguns, o direito ao esquecimento e ao perdão, não apenas no sentido jurídico, mas no sentido de reconhecimento de que medidas extremas foram tomadas numa época de exceção.

27 Werneck Vianna (1986, p. 24) aponta: “Ao se falar em transição de um regime autoritário para uma situação democrática, sugere-se a existência de um processo de mudança quanto à ordem política anterior, importando, como toda mudança, em continuidades e descontinuidades institucionais, na correlação de forças sociais e políticas, na mentalidade, etc., tomando-se como referência o momento em que se está para aquele a que se vai. Hipoteticamente, compreende situações polares onde podem ocorrer continuidades tão fortes que o que muda não passa de uma institucionalização do *status quo ante*, e descontinuidades tão profundas que aproximem, ou até identifiquem, a nova ordenação com uma transformação revolucionária”.

28 Alguns herdados da ditadura, pois, como destacou Skidmore (2000, p. 511): “O Brasil estava pagando o preço pelos anos que passou sob o regime autoritário. Os que foram bastante corajosos – ou bastante cínicos – para entrar na política naquelas duas décadas receberam um aprendizado distorcido de governo democrático. O Legislativo castrado, freqüentes mudanças na legislação eleitoral, espionagem das múltiplas agências de inteligência, censura dos meios

6. Conclusão

O art. 16 da Declaração de Direitos do Homem, fruto da Revolução Francesa, prevê: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Definitivamente, nem os direitos fundamentais nem a separação de poderes foram respeitados durante o período da ditadura militar, razão pela qual é inequívoco afirmar que não havia, de fato, uma Constituição no Brasil e muito menos um constitucionalismo brasileiro no período.

Felizmente, os ventos constitucionais começaram a soprar em nosso país²⁹. Não podemos nem devemos esquecer o período militar³⁰, até para, do ponto de vista constitucional, evitarmos ao máximo o erro de aceitar qualquer tipo de poder constituinte.

Não é possível falar em poder imune a controle judicial e em reiteradas violações aos direitos fundamentais sob o pálio do argumento de interesse público ou para nos proteger de inimigos imaginários ou reais. É preciso enfrentar a arena pública do debate dos argumentos, com transparência e respeito à diversidade de ideias e de culturas.

de comunicação e intervenção militar em virtualmente todas as instituições”.

29 Devemos ter o cuidado de não pensar que vivemos hoje no paraíso. Vera Malaguti Batista (2010, p. 29) destaca: “Nós, do campo da esquerda no Brasil, temos de lidar com uma realidade incômoda e trágica. Nós, que lutamos contra a ditadura militar, devemos encarar o fato que a democracia que ajudamos a construir tortura e mata mais do que o ciclo militar. Um dos nossos principais problemas é negar a realidade”.

30 Khel (2010, p. 132), em passagem plenamente aplicável ao ocorrido na ditadura militar, lembra que “O que não podemos esquecer está expresso no poema introdutório do livro Réquiem, de ANNA AKHMÁTOVA, sobre o período dos expurgos e das prisões na Rússia sob a ditadura stalinista: Não, não foi sob um céu estrangeiro / Nem ao abrigo de asas estrangeiras / Eu estava bem no meio do meu povo / Lá onde meu povo em desventura estava”.

Não se pode confiar em seres iluminados ou numa casta (militares, Executivo, Legislativo, Judiciário, não importa) que conhece a diferença entre o bem e o mal e que guiará o povo rumo à luz. Precisamos reconhecer o outro, as limitações intrínsecas dos seres humanos e as dificuldades da implementação de um projeto constitucional efetivo.

Oxalá possa o povo brasileiro conviver com os tempos de constitucionalismo e democracia.

Referências

- BATISTA, Vera Malaguti; ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org.). Depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BUENO, Eduardo. Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CIOTOLA, Marcelo. Os Atos Institucionais e o Regime Autoritário no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- DEMURGER, Alain. Os templários. Rio de Janeiro: Difel, 2007.
- FARHAT, Said. Tempo de gangorra. São Paulo: TatEtlne, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional nº 1, de 17-0-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de nº 24, de 01-12-1983. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FURMANN, Ivan. O Supremo Tribunal Federal e o regime militar de 1964. Jus Navigandi, Teresina, v. 16, n. 3076, 3 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20557>>. Acesso em: 11 set. 2012.
- GASPARI, Elio. A ditadura envergonhada. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- _____. A ditadura escancarada. Companhia das Letras. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- KHEL, Maria Rita. Tortura e sintoma social. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010.
- LEAL. Victor Nunes. Problemas de Direito Público e outros problemas. Brasília: Imprensa Oficial, 1999. v. 1.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. STF: do autoritarismo a democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SAFLATE, Valdimir. Do uso da violência contra o estado ilegal. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010.
- SAVITSKY, Igor. O STF e o AI 5. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Org.). Jurisprudência constitucional: como decide o STF. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional. Malheiros: São Paulo, 2011.

SILVA, Helio. O poder militar. 2. ed. Porto Alegre: LPM, 1985.

SILVA, Marilda de Paula; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. O voto parlamentar brasileiro nas Constituições de 1967-1988. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 47, n. 185, p. 71-89, jan./mar. 2010.

SKIDMORE, Thomas. Brasil: de Castelo à Tancredo: 1964-1985. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. Travessia da abertura à Constituinte. Rio de Janeiro: Taurus, 1986.

A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito

Contribuições para a teoria e para a prática democrática

RAQUEL TIVERON

Sumário

1. Os atores do processo judicial criminal. 2. A necessária ampliação da deliberação participativa para um processo judicial democrático. 3. O componente democrático das decisões judiciais segundo a teoria política moderna e contemporânea. 4. A poliarquia diretamente deliberativa: um modelo disponível. 5. A justiça restaurativa e suas similaridades com a poliarquia diretamente deliberativa. 6. Conclusão.

1. Os atores do processo judicial criminal

Os desafios multifacetados da justiça contemporânea exigem dos julgadores e aplicadores do Direito criatividade e empenho para a sua solução. É necessário que, a despeito do arcabouço jurídico muitas vezes defasado, eles estejam preparados para lidar com os conflitos emergentes em uma sociedade heterogênea e complexa. Por exemplo: muitas vezes a resolução de litígios implica a implementação de políticas públicas, cuja responsabilidade é também do Poder Executivo, que deveria igualmente ser chamado a atuar. De outro lado, os conflitos atuais adquirem dimensão comunitária e grupal, o que desafia as regras processuais vigentes, as quais contemplam apenas a participação do Estado e das pessoas mais diretamente interessadas na solução do litígio (FARIA, 2004, p. 114). Procedimentos que excluem a participação de outros afetados, impedindo-os de manifestação ou de deliberação, apresentam um déficit democrático, se considerarmos que a democracia se caracteriza pela maior amplitude de participação ativa e informada.

Raquel Tiveron é doutoranda em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Em termos de deliberação participativa, o grau democrático de uma decisão judicial pode ser avaliado mediante a análise de três dimensões: a de quem participa (acessibilidade); a referente a como os participantes se comunicam (grau de interação); e a relacionada ao grau de influência das discussões nas decisões tomadas (autoridade), segundo a ideia de “cubo democrático”, lançada por Archon Fung¹.

A primeira dimensão diz respeito a quem participa do processo decisório, ou seja, está relacionada à acessibilidade à tomada de decisão. Esse eixo varia do grau mais excludente (restrito aos expertos, como juízes, promotores, advogados) ao mais inclusivo possível, que é a participação pessoal e direta dos interessados (ofensor, vítima, comunidade), passando por graus intermediários: os representantes eleitos (sistema americano); os representantes profissionais (árbitros, mediadores); e os representantes leigos (conciliadores, líderes comunitários).

No sistema judiciário comum, o número de participantes é mínimo. Geralmente, só se confere voz às partes (ofensor e vítima) e às testemunhas. O ofensor não atua por si só, mas somente representado por seu advogado (salvo se habilitado para atuar em causa própria). A vítima é desconsiderada e não tem representação; tampouco é obrigatória a sua oitiva (é escutada apenas se interessar para o deslinde do processo). Oralmente, vítimas e testemunhas só podem falar por meio de depoimento formal e em momento próprio. O ofensor é ouvido (salvo se revel), no interrogatório, apenas ao final do procedimento. Os representantes profissionais (advogados) têm voz ativa no decorrer do procedimento, mas atuam em substituição aos seus representados. Em alegações finais, somente

os advogados podem se manifestar. Na justiça restaurativa, o grau de participação é máximo (com participação direta e ativa de todos os envolvidos), variando apenas em número de participantes. Nos círculos de sentença, ele é maior, pois se reúne um grupo mais amplo de participantes do que na mediação vítima-ofensor, acrescentando-se pessoas ligadas aos envolvidos, tais como familiares, amigos e colegas de trabalho. Logo, podemos concluir que, neste eixo (participação), a justiça restaurativa é mais democrática que a justiça comum.

O segundo eixo do cubo classifica a interação dos participantes na tomada de decisão. O processo participativo pode variar de uma participação pouco intensa (como a escuta passiva) a outras mais intensas (por exemplo, a interação comunicativa e decisória). O depoimento é tomado em um momento específico, devendo a parte se limitar a responder ao que foi perguntado. Não há oportunidade de diálogo entre as partes, exceto se prevista conciliação prévia. Na justiça restaurativa, a base é o diálogo entre as partes; portanto, nesta, o grau de comunicação é intenso.

A terceira dimensão diz respeito ao grau de influência dos envolvidos no processo de tomada de decisão. Em muitas esferas públicas, como o Judiciário, a decisão é exclusiva do julgador ou julgadores (em caso de órgão colegiado). Os participantes simplesmente escutam o veredicto dos atores centrais e sua influência na decisão é nula. A eles é permitido apenas recorrer. Já na justiça restaurativa, há um conjunto muito maior de atos deliberativos, em que os cidadãos tomam posições, trocam ideias e às vezes mudam de opinião no curso das discussões. A decisão final é tomada de forma coordenada e pessoal pelos próprios implicados, com auxílio do mediador, cuja atuação se limita a conduzir o debate, orientando-os para a descoberta das suas necessidades.

¹ Professor de Políticas Públicas na Escola de Governo John F. Kennedy, da Universidade de Havard.

Essas três dimensões – âmbito da participação, grau de comunicação e influência na tomada de decisão – constituem um espaço no qual se pode aferir o grau democrático de uma decisão que contenha algum interesse público, em especial de natureza criminal. Em todas elas, podemos notar que a justiça restaurativa tem se mostrado mais democrática do que a justiça comum.

2. A necessária ampliação da deliberação participativa para um processo judicial democrático

Uma das formas de sanar o déficit democrático identificado no sistema judiciário ordinário é a ampliação da deliberação participativa nos procedimentos judiciais penais.

Como sabido, as respostas disponibilizadas pelo sistema tradicional para resolução de conflitos de natureza penal (absolvição, sentença condenatória, transação penal, suspensão condicional do processo ou da pena etc.) são entabuladas exclusivamente entre o Estado e o ofensor, de modo que a vítima e a comunidade se encontram excluídas delas. Ao agir dessa forma, o sistema desperdiça possibilidades proveitosas de exploração de novas respostas; e as partes – para quem haveria a possibilidade de ganhos mútuos – não têm a chance de captá-los. O Judiciário então cede espaço para a emergência de mecanismos menos institucionalizados de resolução de conflitos, que deslocam a procura dos tribunais para outras instâncias decisórias – as justiças emergentes nos espaços infraestatais (as locais, com influência comunitária) e nos espaços supraestatais (as justiças de caráter internacional e transnacional) (FARIA, 2004, p. 114). Esse fenômeno desafia o monopólio estatal do “sistema de Justiça” e, quando não contesta a exclusividade de seus órgãos quanto ao exercício da função jurisdicional, modifica

drasticamente o conceito tradicional de jurisdição, segundo o qual o juiz deve substituir a vontade das partes.²

A participação dos interessados nas decisões que lhes dizem respeito está diretamente relacionada à sua eficácia, justiça e legitimidade. Isso se deve ao fato de que um processo decisório participativo agrega informações relevantes sobre os contornos específicos do problema e traz à tona conhecimento e valores locais importantes para subsidiar um julgamento adequado. A participação também fortalece o senso de pertencimento e de responsabilidade coletiva, incentivando a compreensão e o cumprimento das decisões (SECCHI, 2010, p. 112).

A ampliação de atores decisórios em um procedimento judicial, na medida em que devolve o protagonismo a eles, é, segundo a teoria política contemporânea, uma forma mais democrática de tomada de decisões, como se verá adiante.

3. O componente democrático das decisões judiciais segundo a teoria política moderna e contemporânea

Stuart Mill (1964, p. 18) conceituou a democracia como “o governo por meio do debate”, definindo-a como uma argumentação racional pública, na qual o debate é enriquecido mediante relações interativas e disponibilidade de informações. Se considerarmos com Mill (1964) que, num sistema democrático, a participação popular é fundamental e assumirmos que, quanto maior a possibilidade de participação, mais democrático pode ser um procedimento,

² Neste sentido é a lição de Chiovenda (1969, p. 11), para quem a jurisdição “é função do Estado que tem como escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

poderemos concluir que o modelo tradicional de justiça apresenta um déficit democrático.³ Além do déficit democrático, ao restringir a gama de partícipes nas decisões, o Judiciário acentua o limite institucional entre o Estado e a sociedade civil (em especial os diretamente interessados no processo – os *stakeholders*), propicia a padronização de decisões (a pretexto de uma suposta igualdade de tratamento), limita o debate sobre respostas possíveis e ignora demandas locais que requerem soluções específicas.

Na realidade, o exercício da jurisdição nos moldes atuais enquadra-se melhor na teoria democrática de Schumpeter (1984), de caráter elitista. Para o cientista político, o que caracteriza a democracia, em verdade, é a existência de várias elites. Estas competiriam entre si pelo apoio e pela condução das massas. Nas suas palavras: “o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (SCHUMPETER, 1984, p. 328). Com uma teoria elitista da democracia, Schumpeter (1984) inferiu que as elites é que seriam portadoras de racionalidade política e, portanto, os únicos atores com competência para tomarem decisões. Aos demais indivíduos caberia uma participação limitada ao voto, visto que seriam incapazes de ter ideias próprias, restando-lhes seguir ou não, por meio dos processos eleitorais, a liderança oferecida (COSTA, 2007, p. 218).

A teoria elitista de Schumpeter (1984) parece bastante adequada ao modelo atual, se considerarmos que os julgadores são selecionados dentre um grupo seletivo de expertos (bacharéis em Direito), tidos como os únicos dotados do conhecimento apropriado para o deslinde desse tipo de questão. Aos ofendidos, atualmente cabe cumprir as decisões judiciais – o que é exemplificado pelo adágio popular “ordem judicial não se discute, se cumpre” –, perpetuando-se a lógica democrática schumpeteriana de condução das massas pelas elites.

Entretanto, observa Secchi (2010, p. 113), a questão da participação cidadã na tomada de decisões está longe de ser consenso. Enquanto, para Schumpeter (1961, p. 52), a cooperação é prejudicial, pois poucos teriam senso de responsabilidade, capacidade de discernir os fatos e preparo para agir sobre eles, Habermas (2002a, p. 36), Cohen e Sabel (2006, p. 154), com um modelo procedimentalista, defendem que a participação tem valor em si, e não pelos potenciais resultados que um processo participativo possa trazer (como maior eficácia, maior igualdade etc.). Neste sentido é a tese da poliarquia diretamente deliberativa, explicada a seguir.

³ Isso se torna especialmente verdadeiro se o compararmos com o restaurativo, regime participativo e mais inclusivo, que propicia a autocomposição das partes, ainda que com temperamentos.

4. A poliarquia diretamente deliberativa: um modelo disponível

A doutrina democrática clássica, sintetizada na célebre expressão de Abraham Lincoln – “a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo” –, remonta ao ideal rousseauniano de protagonismo de um povo soberano, capaz de produzir a vontade coletiva. Seus fundamentos político-filosóficos remetem à *polis* grega, cuja ideia central é a da plena igualdade política entre os cidadãos, dotados de indelegável soberania.

A democracia direta oferece vantagens incontestáveis, por ser um sistema de contas para o exercício do poder coletivo, no qual os cidadãos são tratados como iguais. Sem dúvida, isso limita o exercício do poder, protege a maioria do governo das minorias, evita flagrantes violações dos direitos das minorias e promove uma maior capacidade de resposta do governo aos governados.

Esse ideal democrático de participação direta e de tomada de decisões pelo povo muitas vezes se revela empiricamente impossível. Em primeiro lugar, porque, a depender da escala política, a participação direta seria organizacionalmente ou administrativamente inviável; em segundo, a heterogeneidade cultural dos cidadãos impediria a troca racional mútua; e em terceiro, ao priorizar características e deliberações locais, minorias poderiam ficar à mercê de regimes radicais majoritários de sua localidade.

Entretanto, mesmo diante das dificuldades empíricas acima elencadas de uma teoria democrática radical, cientistas políticos não desistiram do ideal de participação direta, cômicos das deficiências de um poder centralizado e das virtudes da descentralização, da participação e da discussão cidadã (ARENDT, 2001; CHOMSKY, 2003; HABERMAS, 1996; WOLIN, 2004).

Como opção democrática mais factível, diante da dificuldade do exercício direto do poder pelo povo (governo de todos), Robert Dahl (2001) formulou uma teoria democrática pluralista, a poliarquia (governo de muitos), caracterizada pela dispersão do poder e pelo reconhecimento da diversidade de interesses entre os cidadãos. Nesse sistema, todos teriam direito ao sufrágio, à expressão política, à associação, bem como acesso a diversas fontes de informação. Na poliarquia, o exercício do poder e o controle de políticas públicas seriam indiretos, realizados por funcionários públicos, eleitos pelo povo por meio de eleições livres e justas. A poliarquia, segundo Dahl (2001), corresponderia a um estágio mais avançado de democracia e atenderia ao ideal democrático na medida em que propiciaria baixo índice de coerção, elevado índice de persuasão e uma relativa autonomia dos indivíduos (COSTA, 2007, p. 221).

Na forma como proposta por Dahl (2001), a poliarquia equivaleria à democracia representativa, pois, segundo a sua “lei do tempo e dos números”, “quanto mais cidadãos uma unidade democrática contém, menos esses cidadãos podem participar diretamente das decisões do governo e mais eles têm de delegar a outros essa autoridade” (DAHL, 2001, p. 125). Destarte, segundo o cientista político, em benefício de “uma maior eficácia do sistema democrático”, seria necessário prescindir de uma participação popular mais efetiva, o que evidencia a sua defesa de um sistema representativo.

Mais recentemente (no final dos anos noventa), com o intuito de conciliar a poliarquia de Dahl (2001) com a crescente volatilidade e diversidade nas sociedades contemporâneas, os professores norte-americanos Cohen, Dorf e Sabel desenvolveram a teoria da poliarquia diretamente deliberativa, segundo a qual decisões que reúnam interesses público e privado devem

ser tomadas diretamente pelos interessados e apenas monitoradas pelos poderes estatais (Parlamento, Poder Judiciário etc.).

O sistema é chamado de poliarquia (governo de muitos) porque tanto a tomada de decisão quanto a sua implementação são devolvidas para unidades de “níveis inferiores” (indivíduos ou grupos). Ele é diretamente deliberativo porque uma gama de atores políticos participa da decisão local, a qual é alcançada por deliberação, que é, em última instância, troca de argumentos mutuamente reconhecidos (COHEN; SABEL, 2006, p. 320). Difere, portanto, da forma tradicional de democracia, porquanto defende que uma decisão democrática, para ser legítima, deve ser precedida de deliberação autêntica, e não apenas da agregação de preferências, como ocorre em uma votação.

A democracia deliberativa ou democracia discursiva é, portanto, um tipo de democracia direta em que a deliberação é fundamental para a tomada de decisão. Nela, os cidadãos – mesmo leigos – participam do processo decisório. Entretanto, ela pressupõe o que se chama de “deliberação autêntica”, ou seja, que a deliberação entre os atores esteja livre de distorções, como um poder político desigual ou um poder decisório obtido por meio da riqueza econômica ou do apoio de grupos de interesse⁴ (cuidado especialmente tomado pelos mediadores na justiça restaurativa).

Por outro lado, a poliarquia diretamente deliberativa difere também da poliarquia tradicio-

nal de Dahl (2001) porque, nela, os arranjos não são convencionalmente públicos, uma vez que, na resolução de problemas, eles atuam de forma autônoma em relação aos ditames da lei, nem são convencionalmente privados, com liberdade absoluta de poderes no exercício coletivo de resolução de problemas. Esses novos arranjos são atraentes porque aparecem para promover dois valores democráticos fundamentais – de deliberação e participação direta dos cidadãos – enquanto oferecem potencialmente mais vantagens como solucionadores de problemas do que os programas concebidos dentro dos limites das democracias representativas convencionais. Trata-se de uma alternativa democrática e pragmaticamente atraente.

Segundo James Fishkin⁵ (2009), a democracia deliberativa tende a produzir resultados superiores aos de outras formas de democracia. A poliarquia diretamente deliberativa produziria menos partidatismo e mais simpatia com visões opostas, um maior compromisso dos envolvidos com as decisões tomadas, uma chance maior de emergir o consenso, promovendo assim a coesão social entre pessoas de diferentes origens. O aumento no espírito público também seria propiciado pela participação em deliberação. Segundo Carne Ross (2011, p. 43), os debates decorrentes da democracia deliberativa também são muito mais civilizados, colaborativos e baseados em evidências do que os debates nas reuniões de salão tradicionais da cidade ou em fóruns da internet.

O modelo democrático deliberativo apresenta outras vantagens. Segundo o argentino Carlos Nino (1996, p. 114), ele tende, mais

4 James Fishkin (2009) projetou implementações práticas de democracia deliberativa, descritas em cinco características essenciais para deliberação legítima: informação – dados precisos e relevantes são disponibilizados a todos os participantes; equilíbrio material – posições diferentes são comparadas com base na sua prova de apoio; diversidade – todas as posições mais relevantes para o assunto em questão e em poder do público são consideradas; conscienciosidade – os participantes sinceramente pesam todos os argumentos; e igual consideração – pontos de vista são pesados com base em evidências.

5 James S. Fishkin é o presidente do Centro de Comunicação Internacional da Universidade de Stanford, onde ele é professor de Comunicação e de Ciência Política. Ele também é diretor do Centro de Stanford para a Democracia Deliberativa e presidente do Departamento de Comunicação.

que qualquer outro modelo, a gerar condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento dos fatos relevantes. Quanto mais essas condições forem cumpridas, maior é a probabilidade de que as decisões tomadas sejam moralmente corretas. A democracia deliberativa teria, portanto, um valor epistêmico: ela permitiria aos participantes deduzir o que é moralmente correto.

Uma jurisdição democrático-participativa apresenta vários aspectos educativos que devem ser considerados. Ao estabelecer a posição de igualdade entre os cidadãos, com direito a participarem das determinações, os arranjos democráticos não só respeitam valores políticos fundamentais, mas também fornecem educação sobre tais valores – em particular, o valor da igualdade em si e a concepção de cidadãos livres e iguais. Ao participarem, os cidadãos adquirem ideias políticas à luz das quais a própria democracia é justificada. Além disso, ao se abrir o debate para todos, os problemas são resolvidos por meio da discussão – e não pela troca de mercado ou pelo comando burocrático. A democracia apresenta uma ampla possibilidade de disseminação de informações relevantes para a resolução de problemas práticos e constitui uma oportunidade para a aprendizagem coletiva. Como Rawls (1993, p. 359) afirma, em uma democracia, “A discussão é uma forma de combinar informações e ampliando o leque de argumentos, pelo menos, no decorrer do tempo, os efeitos da deliberação comum parece obrigado a melhorar a situação”.

5. A justiça restaurativa e suas similaridades com a poliarquia diretamente deliberativa

O modelo restaurativo guarda muitas similaridades com a poliarquia “diretamente deliberativa” de Cohen e Sabel (2006), na medida em que não só permite, mas também requer a participação dos principais interessados ou atingidos pelo conflito (vítima, ofensor e representantes da comunidade), assim como dos apoiadores destes, que muito podem auxiliá-los para o cumprimento do acordo restaurativo final. Todos são envolvidos no procedimento por meio do diálogo, encetado em um ambiente seguro e neutro, o que permite que as partes exponham suas opiniões e sentimentos sobre o fato. O intuito é também auxiliar no processo de cura interna, de restauração de seus relacionamentos e gerar empoderamento dos envolvidos para a resolução de conflitos vindouros, a fim de que não tenham de levá-los necessariamente ao Judiciário.

O procedimento dialógico restaurativo é um diferencial que se destaca do sistema tradicional de justiça e se aproxima da poliarquia diretamente deliberativa. No sistema ordinário, por exemplo, as partes manifestam-se por meio dos seus advogados. Na justiça restaurativa, além da participa-

ção de forma direta, todos são tratados com dignidade e respeito e têm a oportunidade de contar suas histórias e expressar sua dor emocional e psicológica. Tais aspectos são geralmente ignorados quando se trata do sistema ordinário de justiça, em que os depoentes devem cingir-se às perguntas objetivamente formuladas, abstendo-se de manifestarem percepções subjetivas, que “não interessam para o julgamento do fato”.

O diálogo entre as partes é realizado de forma diferenciada, por meio de métodos que possibilitam a escuta ativa de uns pelos outros, ou seja, acercando-se da oitiva e da compreensão das necessidades e expectativas mútuas. Esse procedimento gera também uma oportunidade de reflexão sobre os atos praticados, a compreensão mútua, o reconhecimento do outro e a autorresponsabilização pela conduta, que são componentes essenciais para a cura interior dos danos causados pelo delito. Em geral, um diálogo sobre questões conflitivas não é respeitoso nem reflexivo, uma vez que, ao lado de impulsos conciliatórios, a disputa também faz parte da natureza humana. Para evitá-los, há técnicas específicas, como a comunicação não violenta (CNV) ou comunicação compassiva, que tem oferecido ótimos resultados.⁶

O diálogo na justiça restaurativa é, ao mesmo tempo, respeitoso e reflexivo e, portanto, ressalta o lado empático dos envolvidos. Por isso,

6 A técnica da CNV foi desenvolvida por Marshall Rosenberg (2007), PhD em psicologia clínica pela Universidade de Wisconsin – Madison, e pode ser dividida em quatro etapas sucessivas: 1. observação; 2. sentimento; 3. necessidades; e 4. pedido. A observação consiste em identificar as ações concretas do outro que realmente afetam o bem-estar do participante. O diferencial da CNV em relação às outras formas de resolução de conflito está no desenvolvimento da habilidade de articular essa observação sem a introdução de qualquer julgamento ou avaliação. A fim de propiciar uma compreensão mais profunda do outro, as partes expressam-se em termos objetivos e neutros (preferindo observações factuais sobre sentimentos e necessidades), em vez de em termos de julgamento (como bem e mal, certo ou errado, justo ou abusivo). Nos exemplos trazidos por Rosenberg (2003, p. 126), podemos ilustrar o que se entende por observação: “São 2:00h e ele ouve sua música estéreo” (fato observado), em vez de “É muito tarde para ele estar fazendo esse barulho horrível” (introduz uma avaliação); ou “Eu olhei na geladeira e vi que não há comida, então percebi que você não foi às compras de supermercado” (fato observado), em vez de “Você desperdiçou o dia inteiro” (faz uma avaliação). Em seguida, o interlocutor relata o seu sentimento em relação às ações observadas, como decepção, susto, alegria, irritação etc. Por exemplo: “Eu vejo o seu cão correndo sem coleira e latindo” (observação – 1ª etapa). “Estou com medo” (sentimento – 2ª etapa). Em terceiro lugar, ele relata os seus valores, desejos e necessidades relacionados a esses sentimentos. Por exemplo, “Eu te vejo olhando para longe, enquanto eu estou falando” (observação). “Estou me sentindo desconfortável” (sentimento), “porque eu estou precisando de atenção agora” (necessidade). Outro exemplo de aplicação dessas três etapas pode ocorrer numa situação cotidiana de uma mãe com seu filho adolescente, dizendo: “Filho, quando vejo duas bolas de meias sujas debaixo da mesa de café e outras três ao lado da televisão (observação), eu me sinto irritada (sentimento) porque preciso de mais ordem na área comum (necessidade).” De imediato, segue-se o quarto componente, que constitui um pedido específico de ações concretas que se esperam da outra pessoa. Neste caso: “Você estaria disposto a colocar suas meias no seu quarto ou na máquina de lavar? (pedido – 4ª etapa)” (ROSENBERG, 2007). Após esta etapa, em resposta ao orador e a fim de construir empatia com ele, o ouvinte responde-lhe com versões reformuladas de declarações do próprio locutor (“eu ouvi você dizendo que ...”), confirmando, assim, que ele foi ouvido e compreendido. Isso se justifica pelo fato de que a CNV exige escuta atenta e paciente do outro, especialmente quando o falante e o ouvinte estão em conflito.

além do restabelecimento pessoal, o processo permite ainda a restauração do relacionamento entre as partes envolvidas (nos casos em que havia uma relação anterior entre elas) ou entre elas e a sua comunidade, e consigo mesmas.

Na prática, os processos restaurativos podem-se concretizar sob a forma de mediação, círculos de conferência e círculos de sentença.⁷ Em Brasília, a fórmula escolhida foi a mediação vítima-ofensor e, em Porto Alegre, os círculos de conferência.⁸ Do ponto de vista da qualidade do resultado, a técnica empregada é de menor relevância, desde que haja respeito aos princípios restaurativos, sintetizados a seguir (ZEHR, 1990, p. 113):

1. foco maior nos danos causados do que nas regras violadas;
2. concentração na reparação, na prevenção de danos e na restauração da relação entre vítimas, ofensores e suas comunidades, tanto quanto possível;
3. envolvimento e capacitação da comunidade afetada para reconhecer a potencialidade de ocorrência de novas ofensas e saber como responder a elas;

⁷ A justiça restaurativa empregou técnicas de mediação originariamente em Ontário, no Canadá, em 1974, onde dois autores se encontraram face a face com suas vítimas de roubo. A mediação vítima-ofensor (cuja sigla em inglês é VOM – Victim-Offender Mediation), também chamada de diálogo vítima-ofensor, é feita geralmente por meio de reuniões estruturadas em ambiente neutros, na presença de um mediador treinado, com o envolvimento apenas da vítima e do ofensor. Os Círculos de Conferência (do inglês Family-Group Conference – FGC) podem ocorrer em um conjunto da comunidade ou familiar e reúnem um conjunto mais amplo de participantes do que a mediação vítima-ofensor, acrescentando pessoas ligadas aos envolvidos, tais como familiares, amigos e colegas de trabalho. Esse tipo de conferência é muitas vezes adequado para os casos de adolescentes em conflito com a lei, devido ao importante papel da família na vida do jovem. O modelo é comum na Austrália e na Nova Zelândia e tem previsão específica na legislação juvenil desses países. Os Círculos de Sentença atuam por meio de conselhos da comunidade, conhecidos por “Comitês de Justiça Comunitária” no Canadá e “Painéis de Referência Ordem na Inglaterra” na Inglaterra. São compostos de um pequeno grupo, preparado por um treinamento intensivo, que conduz audiências públicas face a face. Os ofensores são enviados pelos juízes ou pela própria polícia, que consulta o conselho antes de agir. O conselho também trabalha fora do sistema legal, de maneira independente. Nesses grupos, as vítimas reúnem-se com o conselho e com o ofensor, ou apresentam uma declaração escrita, que é partilhada com todos. Os membros do conselho discutem a natureza e o impacto da ofensa com o ofensor até chegarem a um acordo com ações específicas e prazos para o seu cumprimento. Posteriormente, o autor documenta seus progressos na execução do acordo e, após o prazo, o conselho apresenta um relatório de conformidade para o tribunal ou para a polícia, que pode auxiliá-los em uma eventual substituição da sentença condenatória ou do procedimento criminal.

⁸ Em relação aos custos, tais técnicas restaurativas apresentam variações entre si. Os círculos de conferência são mais dispendiosos do que a mediação vítima-ofensor, tendo em vista o maior número de pessoas envolvidas no processo. Em relação ao custo de um processo comum, é prematuro afirmar sobre uma maior economicidade de um procedimento restaurativo, dado que mesmo uma mediação vítima-ofensor, mais simples, envolve a prática de vários atos onerosos, tais como: contato prévio com as partes; convite para sessões individuais, preparatórias à mediação; reuniões prévias e privadas, para avaliar o grau de conflito (no caso de um encontro restaurativo ainda revelar-se prematuro); reunião conjunta das partes em um ambiente neutro e seguro; garantia de assistência jurídica às partes; acompanhamento da execução do acordo restaurativo etc.

4. foco em resultados positivos para as vítimas e para os ofensores;
5. envolvimento ativo das partes durante o processo, com o fornecimento de oportunidades para o diálogo, quando apropriado;
6. incentivo à colaboração e à reintegração, em vez de coerção e isolamento;
7. respeito a todas as partes: vítimas, agressores e funcionários da justiça;
8. igual preocupação com vítimas e ofensores, incentivando ambos à assunção de compromissos;
9. apoio aos ofensores, encorajando-os a compreender, a aceitar sua responsabilidade e a cumprir com as obrigações assumidas;
10. reconhecimento de que, embora os compromissos assumidos possam ser bastante exigentes, eles devem ser alcançáveis e não devem ser concebidos como um mal para o ofensor.

A ideia política de uma poliarquia diretamente deliberativa encontra respaldo também no conceito de esfera pública, defendido por Habermas (1997). A “esfera pública” de Habermas (1997) refere-se a espaços sociais onde as pessoas se reúnem para discutir assuntos comuns e, dessa forma, podem organizar-se contra as formas arbitrárias e opressivas de exercício do poder estatal. Uma das áreas em que o conceito habermasiano de esfera pública pode ser aplicado é o Direito Penal, na medida em que o direito de punir do Estado é também uma forma opressiva da sua ação.

Em sua forma ideal, a esfera pública é um espaço de instituições e práticas que se situa entre os interesses privados da vida cotidiana da sociedade civil e a esfera do poder estatal. Nele, pessoas privadas reúnem-se como público, para o fim de articular suas necessidades, bem como as da comunidade e as do Estado (HABERMAS, 1997, p. 53). Segundo o último herdeiro da escola de Frankfurt, os debates não devem restringir-se apenas aos afetados diretos pelo fato, mas também devem incluir outros interessados no deslinde da questão, como associações de voluntários, organizações sociais, igrejas, clubes desportivos, movimentos populares, sindicatos etc. Para o autor, um projeto político democrático deve incorporar a visão do outro e da comunidade e não se reduzir a um conjunto de interesses particulares de um grupo, organização ou movimento (HAMEL, 2009, p. 1).

Com base nas teorias políticas apontadas e nas características do procedimento restaurativo mencionadas, podemos concluir que, na medida em que o cidadão pode participar de forma democrática e ativa do resultado final do seu processo, há uma superioridade democrática do procedimento restaurativo sobre o tradicional, visto que aquele permite restrição ao exercício desenfreado do poder judicial e proporciona chances reais para uma efetiva influência das partes interessadas sobre as

decisões judiciais, além de constituir uma autêntica oportunidade de elas manifestarem e desenvolverem suas opiniões e preferências informadas.

6. Conclusão

Outrora afirmou Habermas (2003) que a participação política é o núcleo de uma sociedade democrática e um elemento essencial para o desenvolvimento do indivíduo. Segundo o filósofo tedesco, os cidadãos devem ser os próprios agentes da construção democrática, porque deles emana a vontade legítima (HAMEL, 2009, p. 1). São, portanto, considerados “parceiros” do direito e da própria democracia, mediante o exercício do direito de comunicação e do direito de participação política, de modo a corroborar, inclusive, a própria legitimidade do processo legislativo.⁹

A poliarquia direta deliberativa refere-se a um modelo teórico democrático que atende às condições requeridas de franqueza e deliberação. O cerne dessa concepção é que a tomada de decisão ocorra deliberadamente, ou seja, por meio de propostas feitas por cidadãos, que as defendem em face das considerações de outros, que são livres e iguais e que podem reconhecê-las como razões. As instituições e organizações que atendem a essas condições podem variar amplamente, de redes de empresas privadas a instituições públicas que trabalham ao lado de associações, e até mesmo o sistema penal. Numa poliarquia direta e deliberativa, o que importa é que essas condições sejam satisfeitas, e não as organizações que as satisfazem.

A ideia de Cohen e Sabel (2006) de poliarquia diretamente deliberativa é aplicável à justiça restaurativa porque ambas têm em comum a capacidade de promover a democracia na sua forma mais atraente – direta e deliberativa – e assim aumentar a capacidade coletiva de resolver problemas sociais ainda não resolvidos. Assim como a Justiça restaurativa, a poliarquia diretamente deliberativa é animada pelo reconhecimento dos limites de capacidade dos julgadores para resolver problemas. Mais imediatamente, ambas assumem que os cidadãos – apesar dos seus conflitos de interesse numa demanda judicial – concordam em sentido amplo sobre suas necessidades e metas, mas muitas vezes não podem realizar essa concordância na forma de um acordo restaurativo com soluções lastreadas na diversidade (sem decisões uniformes) e na volatilidade (com alta sensibilidade a mudanças nas condições locais e pessoais em face da

⁹ Nas palavras do filósofo: “esses direitos subjetivos [*de comunicação e de participação*] não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento” (HABERMAS, 2003, p. 53).

complexidade das ofensas e de suas circunstâncias), dadas as restrições e uniformidades próprias das decisões judiciais.

Referências

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOULDING, Elise M. *Cultures of peace: the hidden side of history*. Syracuse: Syracuse University, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CHOMSKY, Noam. *Contendo a democracia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- COHEN, Joshua; SABEL, Charles. Extra rempublicam nulla justitia? *Philosophy and public affairs*, Princeton, v. 34, n. 2, p. 147-175, mar. 2006.
- COSTA, Homero de Oliveira. Democracia e participação na teoria pluralista. *Cronos*, Natal, v. 8, n. 1, p. 215-228, jan./jun. 2007.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.
- FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, maio/ago. 2004.
- FISHKIN, James. *When the people speak: deliberative democracy and public consultation*. Oxford: Oxford University, 2009.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GALTUNG, Johan. *Peace by peaceful means: peace and conflict, development and civilization*. Oslo: International Peace Research Institute, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002a.
- _____. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.
- _____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987.
- _____. Three normative models of democracy. In: BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University, 1996.

HAMEL, Márcio Renan. Movimentos sociais e democracia participativa. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 95, 2009.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1964.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Presença, 1993.

ROSENBERG, Marshall. *Nonviolent communication: a language of life*. Encinitas: Puddle-Dancer, 2003.

_____. Nonviolent communication: a language of compassion. *The Center of Nonviolent Communication*, San Francisco, 2007. Disponível em: <<http://www.cnvc.org/Training/nvc-chapter-1>>. Acesso em: 24 set. 2011.

ROSS, Carne. *The leaderless revolution: how ordinary people will take power and change politics in the twenty-first century*. New York: Blue Rider, 2011.

SANTIAGO NINO, Carlos. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University, 1996.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

_____. *Imperialismo e classes sociais*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1961.

SCIMECCA, Joseph A. Conflict resolution and a critique of “alternative dispute resolution”. In: PEPINSKY, Harold; QUINNEY, Richard. *Criminology as peacemaking*. Bloomington: Indiana University, 1991.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

WOLIN, Sheldon. *Politics and vision: continuity and innovation in Western political thought*. Princeton: Princeton University, 2004.

ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald, 1990.

Poder Legislativo e políticas públicas

Uma abordagem preliminar

ANTONIO CARLOS TORRENS

Sumário

1. Introdução. 2. A reflexão atual sobre políticas públicas. 3. Contribuição para o debate. 3.1. O Poder Legislativo como parte integrante das políticas públicas. 3.2. Processo decisório: entre o conhecido e o imaginado. 3.3. O Poder Legislativo além da paróquia. 3.4. As políticas públicas e a participação do Legislativo. 4. Conclusão.

1. Introdução

Políticas públicas são princípios norteadores da ação do Poder Público, e são diretrizes, procedimentos e regras que determinam as relações entre o Estado e os atores sociais a que se destinam as aplicações de recursos públicos e os benefícios sociais, concretizados em programas, financiamentos e leis que traduzem a natureza e as prioridades de determinado regime político. Definir políticas públicas significa exercer o poder político frente a diferentes interesses de setores sociais conflitantes em agendas restritivas de gasto, equilíbrio entre receitas e despesas, inclusão de setores sociais e principalmente a possibilidade de efetivação do exercício da cidadania, na medida em que a elaboração, implantação e legitimação dessas políticas se realizam cada vez mais com a participação dos setores organizados e/ou emergentes da sociedade civil e com o fortalecimento de canais institucionais tradicionais. A publicização, a transparência e o efetivo envolvimento do público e da mobilização social tornam mais efetiva a regulação dos interesses conflitantes entre os diferentes atores sociais e entre esses e o Estado, na busca de eficácia e legitimação das políticas públicas (TEIXEIRA, 2002).

Antonio Carlos Torrens é doutorando em Sociologia da Universidade Federal do Paraná.

“As políticas públicas são um processo dinâmico, com negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizões de interesses. Compreende

a formação de uma agenda que pode refletir ou não os interesses dos setores majoritários da população, a depender do grau de mobilização da sociedade civil para se fazer ouvir e do grau de institucionalização de mecanismos que viabilizem sua participação. É preciso entender composição de classe, mecanismos internos de decisão dos diversos aparelhos, seus conflitos e alianças internas da estrutura do poder, que não é monolítica ou impermeável às pressões sociais, já que nela se refletem os conflitos da sociedade” (TEIXEIRA, 2002, p. 5).

2. A reflexão atual sobre políticas públicas

A extensa e diversificada produção acadêmica sobre políticas públicas mostra o interesse que esse tema desperta nos diversos níveis de análise que, a partir do surgimento como disciplina acadêmica nos Estados Unidos na década de 50, evoluíram até formarem um novo campo de conhecimento com formulações teóricas e conceituais e diferentes desdobramentos e perspectivas. Souza (2006) mostra que a gênese do estudo de políticas públicas como auxiliar de decisões de governo é a Guerra Fria, quando trabalhos de grupos interdisciplinares procuraram formular as decisões governamentais como um jogo racional, com ênfase nos estudos sobre as ações do governo e não no papel do Estado.¹ Por seu turno, na Europa foram as teorias sobre o papel do Estado e dos governos que predominaram. Dos diversos desdobramentos que a disciplina experimenta, resulta que

“[a] proposta de aplicação de métodos científicos às formulações e às decisões do governo sobre problemas públicos se expande depois para outras áreas de produção governamental, inclusive para a política social” (SOUZA, 2006, p. 24).

Os textos e livros sobre políticas públicas apresentam grande variedade de análises e tópicos, que vão desde estudos empíricos sobre os governos à frente de grandes questões públicas, seja pelos efeitos específicos produzidos, seja pelo desvelamento do conjunto de ações do governo, até análises das relações entre os governos, outras instituições políticas e grupos sociais interessados. As análises permitem também verificar as atividades dos governos, aspectos conflituosos e limites a que o governo escolhe ou não fazer. E procuram responder às questões: quem decide o quê, quando, por quê, quem ganha e que consequências trazem (SOUZA, 2006; TEIXEIRA, 2002).

Desde intervenções de caráter estrutural, como emprego e renda, meio ambiente ou escolaridade, até a atenção a situações emergenciais;

¹ A autora ressalta que a área de políticas públicas teve quatro grandes “pais” fundadores, nos anos 30: H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D. Easton.

sejam benefícios abrangentes ou segmentados; quer visem à distribuição ou redistribuição de recursos entre os diversos grupos sociais; quer permitam a regulação de interesses gerais da sociedade ou de interesses particulares – as políticas públicas são o espelho dos valores e visão de mundo daqueles que controlam o poder.

“Pode-se, então, resumir política pública como o campo de conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar esta ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, 2006, p. 26).

A atividade de formular políticas públicas e governar torna-se cada vez mais complexa, na medida em que aqueles que estão no poder não podem mais ater-se à defesa de determinados grupos de interesses ou classes sociais, pelo surgimento de demandas de setores que pretendem a ampliação e efetivação dos direitos de cidadania.

Há a consideração ainda de que, do ponto de vista teórico-conceitual, a política pública e social são campos multidisciplinares sob visão holística, cujo *locus* central são os governos, e o foco de análise está nas definições sobre a natureza da política pública e seus processos. A formulação de uma teoria geral da política pública significa colocar em síntese as relações desenvolvidas pelo Estado, pela política, pela economia e sociedade, o que implica a busca de entendimento de várias disciplinas, modelos analíticos e teorias no campo da sociologia, da ciência política e da economia, isto é, sem implicar incoerência metodológica e teórica, a exigência de vários “olhares” (SOUZA, 2006).

A reflexão e o debate sobre políticas públicas são extensos, variados e refletem as mais diversas visões teóricas e empíricas de pesquisadores que, seja do ponto de vista acadêmico, seja do ponto de vista governamental, ou mesmo de organizações não governamentais, procuram “dar conta da diversificação e da complexificação desses processos (...), num mundo marcado pela interdependência assimétrica, pela incerteza e pela complexidade das questões que demandam regulação. Nessas novas formulações, a variável conhecimento assume lugar de destaque” (FARIA, 2003, p. 23).

É evidente o predomínio da Universidade na produção de textos sobre o tema políticas públicas, com enfoques variados e longe de produzirem consensos, destacando-se o fato de que são reflexões sérias e profundas que permitem o preenchimento de lacunas teórico-metodológicas e a ampliação dos horizontes do debate. No mesmo sentido, nota-se também a presença de produção teórico-empírica de outras instituições do próprio governo, pela percepção da necessidade de refletir sobre sua prática política, e com a finalidade de buscar “uma gestão mais eficiente, a sensibilidade, durante o próprio processo de execução, dos graus de atendimento dos objetivos que justificaram as prioridades estabelecidas, possibilitando a adoção de ações que maximizem a eficácia e a eficiência conjunta da ação governamental” (SILVA; COSTA, 2002, p. 9).

Podemos destacar, entre tantos, ensaios de natureza teórico-conceitual, com formulação de conceitos básicos no campo da ciência política e revisão de modelos tradicionais de análise, em consequência da diversificação e complexificação dos processos sociais; reflexões sobre a emergência, desenvolvimento e crise do *welfare state* e as suas manifestações na política social brasileira; relação entre políticas públicas, pobreza e desigualdade; políticas comparativas

entre governos sobre previdência, saúde, meio ambiente, educação, assistência social, desigualdade social; estudos comparativos entre distintos períodos e prioridades sociais; centralização e descentralização das políticas – todos esses enfoques fazem parte do rol da literatura sobre políticas públicas atualmente. Centrados sobretudo na produção, implantação e execução das políticas pelos sucessivos governos, há uma clara preocupação com o levantamento, a avaliação e a crítica da gestão pública nos aspectos acima descritos, principalmente referentes ao Poder Executivo, que se apresenta como o *locus* mais apropriado para a reflexão sobre o tema.

3. Contribuição para o debate

Sem a pretensão de querer apresentar novos temas ao debate, pretendemos oferecer uma pequena contribuição, ao acrescentar uma vertente de análise das políticas públicas que, ou é ignorada ou é colocada de maneira enviesada pelos pesquisadores da área, que se preocupam mais com a etapa de implementação e com sucesso (ou não) da política em termos de seus impactos sociais. Mesmo que se considere a elaboração dos projetos de políticas, a análise é dirigida ao setor que prevalece virtualmente nessa elaboração. Nesse sentido, não é estranho que o foco de análise seja mesmo o Executivo, a administração, as novas fontes de participação da sociedade civil inseridas na Constituição de 1988, as organizações não governamentais etc. O que queremos acrescentar à discussão é a participação do Poder Legislativo como ator constituinte da democracia representativa consolidada na Constituição de 88, e o modo de relacionamento com o Poder Executivo na formulação, discussão e implementação de políticas públicas no País.

Na medida em que os recursos de poder que o Executivo possui o qualificam sobremaneira

para a predominância das iniciativas na condução das políticas públicas e a gestão do Estado, há uma tendência de analisar essa disposição como única, cabendo assim a essa instância de poder os ônus e bônus das iniciativas. Acrescente-se a isso o fato de o Executivo deter exclusividade na iniciativa de projetos de lei que dizem respeito ao orçamento e à organização da administração federal, além da possibilidade de solicitar urgência a determinados projetos de sua autoria, o que centraliza mais o processo decisório. O Poder Executivo dispõe, portanto, de um amplo conjunto de recursos de poder, tornando inequívoca sua predominância na iniciativa de propostas legislativas para a gestão estatal e condução de políticas públicas.

Em tese, o *locus* preferencial que detém a responsabilidade de produzir leis que traduzam as linhas gerais da atuação governamental é o Poder Legislativo.² Dessa função participa o Poder Executivo, pois a este é também atribuída a iniciativa de leis, além de ter a prerrogativa de sanção ou veto aos projetos de lei apresentados pelo Legislativo.

Na prática, se considerarmos que a função legislativa nas democracias contemporâneas se tornou complexa, pelo aumento considerável de intervenção do Estado nas mudanças sociais, econômicas e culturais exigidas pela sociedade, a estrutura parlamentar atual parece carecer de agilidade para as modificações necessárias que os encargos estatais necessitam (SILVA, 2010). Acrescente-se a isso o fato de o Executivo dispor de “um amplo conjunto de recursos de poder, tornando inequívoca sua predominância na iniciativa de propostas para a gestão estatal e condução de políticas públicas” (SILVA; ARAÚJO, 2010).

2 Art. 48 da Constituição: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente as ali enumeradas.”

O trabalho desenvolvido por Silva e Araújo (2010) possibilita-nos esclarecer a relação desigual Executivo/Legislativo, e permite-nos conhecer o mecanismo denominado por eles de “apropriação”, pelo qual “o próprio Executivo utiliza como estratégia de construção da sua própria agenda assuntos, ideias ou redação de textos e projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional sob a forma de novos projetos de lei, transformando-os em medidas provisórias ou projetos de lei de sua iniciativa...” (SILVA; ARAÚJO, 2010, p. 420).

Se unirmos as duas características que conferem o predomínio do Poder Executivo sobre a condução das políticas públicas e a gestão estatal, a saber: por um lado a exclusividade constitucional do Presidente da República sobre matéria orçamentária e de organização da administração pública, adoção de medidas provisórias e poder de solicitação de urgência na tramitação de matéria de seu interesse, e por outro o mecanismo de “apropriação” de iniciativas do Legislativo, e aliarmos ambos à difícil compreensão dos mecanismos da democracia representativa, como a tramitação de projetos de lei e o conjunto de regras institucionais desse modo de representação política, teremos como visível um molde de gestão em que há o predomínio absoluto de leis criadas pelo Executivo e uma aparente passividade e inoperância do Legislativo, ou, ainda, mais reatividade do que proatividade.

3.1. O Poder Legislativo como parte integrante das políticas públicas

O Poder Legislativo, composto por membros eleitos pelo povo para exercer a função, entre outras, de legislar, como parte integrante do poder político estatal, detém as funções de representação, legislação, legitimação da ação governamental, controle, juízo político e cons-

tituinte. Pode-se dizer que, em seu desenvolvimento histórico, aumentou a sua capacidade de representação e controle do poder soberano, evoluindo desde o exercício de um *mandato imperativo* – representante orientado por seus eleitores, passando pelo modelo de *mandato representativo* – representante de toda a comunidade, até o *princípio da soberania popular*, segundo o qual a única fonte do poder vem do povo.

A função legislativa tem por objetivo a formação de leis, a partir das matérias que devem ser submetidas ao regime de legalidade pela Constituição. Na contemporaneidade, assume realce na vida política, na medida em que

“tem que estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções, que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer que a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, mas deve influir na realidade social. Isto é, não pode ser simplesmente lei de arbitragem, lei que arbitra, simplesmente, os conflitos interindividuais ou intersubjetivos, como ocorria no Estado liberal, apenas visando a manutenção da ordem. Há, também, que ser lei de transformação, lei destinada a interferir na direção da economia e realizar o desenvolvimento nacional. Ela é, por isso, reconhecida como o instrumento institucional de maior importância no controle social” (SILVA, 2010).

Desde o Império, o Poder Legislativo no Brasil adota a *estrutura bicameral*, que foi mantida na Constituição de 88: Congresso Nacional, composto de Câmara dos Deputados e Senado Federal. A primeira, composta de representantes do povo, eleitos em voto proporcional, em cada Estado e no Distrito Federal, a cada quatro anos; e o Senado, com três representantes por Estado e Distrito Federal, por oito anos, e renovação a cada quatro anos de um e dois terços dos senadores. Não cabe aqui a discussão sobre

as ambiguidades desse sistema de representação, devidamente levantados por Silva (2010), que debate os prós e contras do bicameralismo e seus reflexos no Estado contemporâneo.

O que queremos colocar em questão é que o papel desempenhado pelo Legislativo na condução de determinadas políticas públicas é decisivo, pois representa a legitimação, o controle político, a fiscalização e a vigilância sobre a atividade governamental e canal de comunicação entre os que detêm o poder político e os governados, tornando efetiva a participação do Parlamento na condução política do governo.³ Mecanismos políticos de controle como sustação dos atos normativos do Poder Executivo, convocação de ministros e pedidos de informação, tomada de contas do executivo, controle da dívida pública, comissões parlamentares de inquérito, discussão do orçamento e rejeição de conversão em lei de medida provisória com declaração de urgência pelo Presidente da República são exemplos de atividades que caracterizam a principal função do Poder Legislativo, que é a função política, de caixa de ressonância das aspirações populares, espaço de debate público e garantia de vigência da democracia (AMARAL JÚNIOR, 2005; SILVA, 2010).

3.2. Processo decisório: entre o conhecido e o imaginado

O conhecimento sobre o intrincado processo de produção de leis e sobre as políticas que o governo pretende realizar e de que maneira, depende da qualidade e quantidade de informação que é produzida e transmitida ao cidadão pelos diversos canais de comunicação,

sejam públicos ou privados, e pela quantidade e qualidade da participação política deste cidadão neste mesmo processo.

Não nos deteremos aqui na discussão sobre os canais de participação política que a Constituição de 88 proporcionou, em nível institucional, assunto já bastante debatido. Destacamos a contribuição de Voguel (2006), que inventaria os mecanismos de participação da sociedade civil no processo de elaboração da legislação, e destaca em seu trabalho a análise de Fábio Wanderley Reis, para quem

“... os mecanismos de participação popular podem eles próprios vir a serem fatores do controle do Estado pelo que representariam de ‘enraizamento’ deste na sociedade. Em função do enorme alheamento do mundo político por parte dos setores populares, dos fluxos e refluxos do autoritarismo político, da precária estruturação dos partidos e de sua incapacidade de mediação efetiva entre sociedade e Estado, a maior permeabilidade do Estado aos interesses populares poderia se constituir em elemento fundamental para a redução do ‘hiato social’ entre as elites e o conjunto da população. Mesmo admitindo-se um viés capitalista por parte do Estado, o grau em que este viés se realiza é resultado do grau em que interesses diferentes se farão presentes no Estado” (REIS, 1988 apud VOGUEL, 2006, p. 16).

É importante destacarmos, por outro lado, que para adquirirmos a “compreensão esclarecida” (DAHL, 2001) sobre os processos decisórios na condução das políticas públicas, é necessário abordar criticamente o uso de categorias pouco fundamentadas, que beiram ao senso comum, mas que são apresentadas como dados analíticos em grande parte das discussões sobre este tema, algumas menos e outras mais explícitas, mas na maior parte do tempo bastante reduzidas a formulações que formam na realidade uma representação conceitualmente limitada do Estado e

³ Art. 49, X da CF: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”

do seu agir. Segundo Romano (2007), ocorre a redução da compreensão na política quando “... se toma por opinión pública le opinión publicada de unos cuantos o por realidad la definición interesada que esos pocos den de ella.” Para este autor, informações estandardizadas acabam por “... aumentar necesariamente la discrepancia entre el pueblo y sus delegados, en lugar de reducirlas mediante la comunicación recíproca, dialógica, mutuamente enriquecedora” (ROMANO, 2007, p. 26).

Nos meios de comunicação, e em todos os setores em que há mediação da informação, a produção e reprodução de um discurso tomam a dimensão de verdade, mas de fato trata-se da difusão mercantil de informação seletiva (ROMANO, 2007), permeada de interesses que não necessariamente têm o sentido de aperfeiçoamento da organização social ou a melhoria da qualidade do conhecimento.

Na produção acadêmica, no entanto, a premissa é o rigor conceitual. Assim, consideramos importante o desvelamento de algumas imprecisões no trato de categorizações que tomam a forma de características definidoras da nossa estrutura social e que devem ser mais bem apreciadas.

Nosso interesse orienta-se pela produção acadêmica sobre políticas públicas, nas pesquisas que consideram variáveis como dados, isto é, define-se um conjunto de construções teóricas a partir de determinados instrumentos que estão longe de ser consenso. Na medida em que aparecem como dados, torna-se difícil adequar esses instrumentos às definições analíticas que desembocarão em um quadro conceitual amplo. A variável deve constituir um primeiro nível de operacionalização de uma construção teórica e, para cada uma, deve-se dar, em seguida, uma descrição operacional.

Algumas noções em nosso entender carecem de validação e aproximam-se da percepção do senso comum, mesmo que, ditos de forma elaborada e contundente, ganhem *status* de cientificidade: a falta de definição do que sejam “instituições democráticas frágeis” e “democracias não consolidadas e não institucionalizadas”; a ausência de melhor conceituação do que signifique a “coexistência de comportamentos político-administrativos modernos e tradicionais”; a afirmação, sem o devido esclarecimento de relação causal, de que o “clientelismo, o patrimonialismo e a corrupção” são sustentáculos do processo político e exercem maior influência que as instituições formais, sendo “vícios políticos que desfiguram e descaracterizam os arranjos institucionais formais”; a subjetividade na afirmação de que “o agir estatal e administrativo se baseia em formas clientelistas de interação, visa mais o caso individual e não soluções coletivas” (FREY, 2000). Essas colocações constroem, a nosso ver, axiomas que reforçam o senso comum a respeito da política, especialmente os que compõem os poderes Legislativos.

São questões como essas que nos levaram a buscar o que se produziu em termos de esclarecimento, nas ciências sociais sobre a qualidade da participação do Poder Legislativo na elaboração e implementação de políticas públicas no Brasil atual, questão basilar na discussão sobre as instituições públicas e suas características, e sobre o sistema político brasileiro,

3.3. O Poder Legislativo além da paróquia

Figueiredo e Limongi (2004), em ensaio sobre modelos de Legislativo, alertam para a dificuldade de construção de tipologias, que “não conseguem dar conta de todas as dimensões e variações do objeto sob estudo no interior da teoria que a informa.” As tipologias, na medida em que tentam “organizar o mundo empírico no interior de um modelo teórico abrangente”, acabam por “evidenciar as limitações e fraquezas dos modelos teóricos que estão na origem de sua construção.”

Ao sugerir deixar o debate sobre modelos teóricos e abordagens abrangentes, isto é, referenciais que acabam por tentar adaptar casos concretos a determinado referencial proposto, os autores propõem “derivar deste exercício de análise comparada algum conhecimento relevante para o entendimento do nosso – o brasileiro – modelo de poder legislativo.” A discussão deve encaminhar-se, desse modo, para a forma como se organiza o Legislativo brasileiro, como são distribuídos os recursos no seu interior, e de que forma é organizada a agenda legislativa definidora do que deve ser objeto de deliberação e produção de leis que permitam a implementação de políticas públicas.

Evita-se, assim, o malabarismo analítico de processar “uma adaptação do conjunto de instrumentos da análise de políticas públicas às condições peculiares das sociedades em desenvolvimento”, pela suposição de que o

“instrumento analítico-conceitual (deficitário) foi elaborado nos países industrializados e, portanto, é ajustado às particularidades das democracias mais consolidadas do Ocidente” (FREY, 2000). Tais instrumentos de análises tomam, segundo os autores citados, o sistema americano como forma acabada de presidencialismo e o parlamento inglês como modelo de parlamentarismo.⁴ Como o Legislativo brasileiro caminha em direção diversa ao modelo, resulta que passa a ser a vista como enviesada, clientelista e particularista a sua participação no processo decisório.

“O fato é que os juízos sobre o Legislativo no Brasil são marcados pelas ambigüidades dos modelos usados como referencia. O Legislativo no Brasil é, por vezes, rotulado de fraco por não participar decisivamente da elaboração das leis, sendo visto como um mero carimbador das iniciativas do Executivo. Por vezes, a visão se inverte completamente e o Legislativo passa a ser visto como um obstáculo intransponível. Se as ‘reformas’ não avançam, o problema é a resistência do Legislativo, quaisquer que sejam as reformas e seu estágio de elaboração. O Legislativo chega a ser responsabilizado por deter até mesmo as reformas que nem sequer são formuladas” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2004, p. 49).

Ao apresentar os traços distintivos que são característicos do Poder Legislativo no Brasil, os dois autores apontam que a Constituição de 88 possibilitou ao Poder Executivo prerrogativas exclusivas em diversas matérias, mas ao mesmo tempo a agenda de votação passou a ser coordenada pela Mesa Diretora e pelo Colégio

4 O “Ato Patriótico”, um pacote legislativo aprovado pelo Congresso americano, 45 dias após os atentados às Torres Gêmeas de 11 de setembro de 2001, sem nenhuma consulta à população, e a denúncia das relações incestuosas entre o magnata da imprensa Robert Murdoch com os primeiros-ministros ingleses a nosso ver não sustentam mais essa posição ideal.

de Líderes. Isso tem importância devida ao poder de o Líder indicar a composição das Comissões que analisam as matérias que devem ser objeto de legislação, e também porque o Executivo, que tem o poder de solicitar urgência em matérias de seu interesse, tem que contar com o poder de agenda dos líderes para estas votações. Por um lado, o Executivo forte, o principal legislador, sem dúvida, mas com pouca possibilidade de legislar sem a maioria parlamentar, o que torna o processo decisório com características institucionais interdependentes e complementares nas definições de políticas.

“Os poderes constitucionais do Executivo, juntamente com a organização centralizada do Legislativo, permitem a ação concertada do Executivo e dos Líderes partidários que pertencem à coalizão do governo. Isto porque os poderes de agenda, nos dois sentidos apontados por Cox, ou seja, como ‘o poder de colocar e tirar projetos de lei da agenda do plenário’ e como ‘o poder de proteger esses projetos de emendas’, (2000) são controlados pelo Executivo e pelos líderes partidários. Com isso, a coalizão governista tem os meios institucionais necessários à promoção da cooperação entre o Legislativo e o Executivo, neutralizando o comportamento individualista dos legisladores. Não há dúvidas de que o sistema partidário brasileiro é fragmentado e que a legislação eleitoral cria incentivos para que os deputados persigam objetivos particularistas. No entanto, tomados individualmente, os legisladores não têm acesso aos meios necessários para influenciar legislação e as políticas públicas. Só podem fazê-lo como membros de partidos que se reúnem em dois grandes grupos: situação e oposição” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2004, p. 54).

Os estudos dirigidos à dinâmica do sistema político brasileiro após a Constituição de 88, segundo Moraes (2008), apresentam duas vertentes principais: a primeira, sob influência do neoinstitucionalismo⁵, concentra-se nas instituições, relações entre Executivo e Legislativo, padrão de distribuição dos poderes de agenda, estabilidade política, sistemas de governo e governabilidade. As inovações constitucionais, por seu turno, que se acrescentam aos processos formais da política, como os orçamentos participativos e audiências públicas, fornecem outra vertente analítica nos debates.

Na primeira vertente de análise, Moraes (2008) observa em seu inventário que a principal discussão gira em torno do desenho institucional brasileiro, caracterizado pela combinação entre presidencialismo, multipartidarismo e representação proporcional, arcabouço que levaria a impasses em torno da estabilidade e *accountability*. Todavia, há a necessidade de, por um lado, levar em conta os fatores sociais e comportamento dos vários agentes que configuram o perfil pluralista e a multiplicidade das demandas da sociedade brasileira; e, por outro, a necessidade de analisar

5 O conceito está aprofundado em Rocha (2005).

o funcionamento interno do Congresso, que a partir da Constituição de 88 está sujeito a regras que impuseram grande mudança no padrão de comportamento do Executivo e Legislativo (MORAIS, 2008). Dessa forma, é possível superar o impasse representatividade/governabilidade e a costumeira lamentação sobre o paroquialismo, clientelismo, fragmentação política, indisciplina, individualismo, ineficácia institucional e conflitos latentes entre Executivo e Legislativo.

3.4. As políticas públicas e a participação do Legislativo

Os questionamentos acerca dos estudos legislativos com as características levantadas acima, e que transpõem para o caso brasileiro, com algumas adaptações, modelos analíticos sobre sistemas políticos que apresentam características diversas, os quais acabam por estabelecer derivações enviesadas, ganharam consistência quando vários autores concentraram suas pesquisas em tópicos como: estrutura do processo decisório, comportamento parlamentar, conteúdo das leis aprovadas no Congresso brasileiro, papel dos partidos políticos, desempenho das lideranças, regras internas de decisão e distribuição dos direitos parlamentares, entre outras especificidades do sistema político brasileiro (AMORIM NETO; SANTOS, 2003; ARAÚJO; SILVA, 2011; FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002; LEMOS, 2001; RICCI, 2003).

Figueiredo e Limongi (2002) argumentam que a ideia do predomínio de parlamentares que buscariam orientar as políticas públicas ao atendimento de interesses particularistas de sua clientela eleitoral, e que por isso barganhariam com o Executivo o apoio necessário, não leva em conta que há uma “consistência programática” no processo orçamentário que define as políticas gerais e que

“o sistema político brasileiro não gera as condições motivacionais, e nem mesmo as institucionais, para que políticos baseiem suas carreiras políticas exclusivamente em vínculos pessoais e apartidários com os eleitores e com o Executivo. Não se pode assumir que, do ponto de vista dos retornos eleitorais buscados, congressistas tenham preferências homogêneas quanto ao tipo de política pública a ser privilegiada. Os políticos têm a seu dispor várias estratégias para obter mandatos representativos e o Congresso é constituído por políticos que perseguem objetivos diversos. Em segundo lugar, independentemente do que se passa na arena eleitoral, mesmo que se assuma como verdade que as leis eleitorais tornem atrativa a opção do voto pessoa, não se pode desconsiderar o peso das normas constitucionais e regimentais que regulam o processo decisório. Tome-mos o bordão neo-institucionalista a sério: resultados não podem ser derivados mecanicamente das preferências” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 305).

Os autores discutem que “a capacidade de os parlamentares aprovarem políticas depende da organização ou estrutura do processo decisório, mais especificamente, da distribuição dos direitos dos parlamentares” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 305). A extensa e minuciosa análise baseada em dados empíricos das Leis Orçamentárias⁶ de 1996 a 1999 permite verificar que o Executivo tem posição privilegiada por manejar e remanejar as dotações orçamentárias, e “necessita da aprovação legislativa para efetuar qualquer gasto, mas não precisa fazer todos os gastos autorizados” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 315), ou seja, é estreito o espaço parlamentar para barganhas pessoais. Além disso, o fato de a decisão final do orçamento ser transferida aos ministérios, no chamado “orçamento real”, acaba por demonstrar que

“a participação do Congresso no processo orçamentário, portanto, se dá dentro de limites claros, definido pelas restrições constitucionais e legais ao direito de emendar e pelos graus de liberdade reservados ao Executivo na proposição e execução do orçamento. Os recursos que podem ser usados para patrocinar políticas públicas (programas) que atendam aos supostos interesses eleitorais dos congressistas se resumem, praticamente, aos recursos destinados a investimentos (...), gastos passíveis de serem protelados ou executados de acordo com o comportamento das variáveis macroeconômicas” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 315).

Considerando-se ainda que desde 1993 há regulamentação que define o papel do relator geral, que disciplina o atendimento de demandas parlamentares (número fixo de emendas e valores por parlamentar) e o caráter colegiado da ação dos relatores do Orçamento⁷, verifica-se que as emendas individuais de caráter clientelista não passam de 5,85% do total dos investimentos. Predominam as emendas coletivas e a definição conjunta dos dois poderes nas prioridades dos gastos. Percebe-se, dessa forma, que “os gastos determinados pelo Legislativo não são demasiadamente fragmentados e não há indicações de que estejam em desacordo com as prioridades estabelecidas pelo Executivo” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 317).

Ricci (2003) responde à questão do conteúdo das leis aprovadas no Congresso brasileiro, “a partir do entendimento dos fatores institucionais que influenciam e estruturam o comportamento legislativo dos parlamentares” (RICCI, 2003, p. 699).

Ao questionar se o conteúdo da legislação do Congresso tende a satisfazer a preferências paroquiais, o autor verifica que os “custos de

6 Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA. Incluem-se aí as Leis de Crédito, para atender a variações de receita ao longo do ano.

7 Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO.

investimento” e os “custos de competição” para uma eleição proporcional são muito altos para que o congressista concentre sua ação legislativa para demandas locais, sendo mais apropriada a distribuição de benefícios eleitorais difusos. No caso do Senado, essa proporção aumenta. Ao analisar o número de leis do Congresso Nacional por conteúdo e tipo, entre os anos de 1991 e 2001, o autor constata que

“partindo da premissa de que o congressista legisla para sinalizar aos seus eleitores, a evidência dá conta de como realmente funcionam os incentivos eleitorais no Brasil: a lógica da interação entre candidato e eleitor em um distrito que é o estado federativo deve levar em consideração os maiores estímulos para o envolvimento direto em políticas distributivas de impacto amplo” (RICCI, 2003).

Ao colocar a discussão na “arena legislativa”, o autor centraliza a análise em três grupos de variáveis: as políticas, nas quais o apoio ao Executivo traz vantagens específicas, como créditos, concessões e cargos, o que modifica as relações entre Executivo e Legislativo, com maiores chances de aprovação de políticas governamentais; as de tramitação, na medida em que o relator que faz parte da coalizão governamental tende a ser favorável em seus pareceres, e também as lideranças, que têm influência determinante na organização dos trabalhos legislativos; as ligadas à carreira do parlamentar, pois a tramitação de um projeto pode levar mais de uma legislatura, o que não garante a reeleição. Isso significa que uma longa tramitação de projeto pode inviabilizar uma proposta localizada. Somente uma carreira política ao longo de anos é que possibilita ao parlamentar estar presente na decisão final sobre as suas propostas.

Ao considerar que os congressistas são levados a uma ação legislativa mais voltada para a satisfação de grupos mais difusos, o autor conclui que

“os congressistas produzem uma legislação de cunho difuso devido aos incentivos eleitorais decorrentes de um sistema que combina representação proporcional em distritos com magnitude média e elevada e população numerosa. Daí estar equivocada a literatura que trata da predominância de atividade paroquial (do tipo *pork barrel*⁸) no Congresso Brasileiro. (...) A organização e o estilo dos trabalhos legislativos desestimulam a orientação particularista do congressista, que, ao investir na prática legislativa, concentra mais as suas energias no atendimento de demandas gerais, não propriamente distributivas” (RICCI, 2003, p. 274, 275).

Para Araújo e Silva (2011), o predomínio do Executivo na apresentação de propostas legislativas que conduzem a política pública aparenta

8 Projetos governamentais que rendem benefícios localizados, utilizados por políticos como instrumento clientelístico.

passividade do Legislativo e imposição de agenda decisória pelo Executivo. Consideram, porém, que é fundamental observar o processo legislativo, sua complexidade e o debate suscitado no Legislativo sobre a construção da agenda governamental (ARAÚJO; SILVA, 2011), que à primeira vista parece ter caráter exógeno, sendo o Legislativo apenas homologatório. Isso não refletiria a “complexidade inerente à produção legislativa”. Destacam que, entre outros aspectos, que “a não aprovação de leis, em determinados contextos políticos, reflete eficácia do Parlamento” (ARAÚJO; SILVA, 2011, p. 3). Se por um lado o Executivo possui ferramentas estratégicas de controle da agenda legislativa, não se deve desconsiderar que o Legislativo limita a imposição do Executivo.

A partir da constatação da produção predominante de leis pelo Executivo, após a Constituição de 88, os autores propõem o desvelamento e o preenchimento de lacunas sobre a capacidade de iniciativa do Legislativo na produção de leis, por meio da verificação da “quantidade de leis produzida, a participação dos parlamentares na discussão dos projetos do governo e da construção de uma agenda própria do Legislativo, bem como a relação complexa evidenciada pelo fenômeno da *apropriação*⁹ da agenda” (ARAÚJO; SILVA, 2011, p. 5).

Ao Executivo cabem atribuições exclusivas, o que possibilita ao Legislativo evidenciar seu papel de fiscalizador das ações daquele poder, com pouca possibilidade de alteração do conteúdo das decisões. Mas se o universo de comparação for o conjunto de iniciativas compartilhadas pelo Executivo e pelo Legislativo, o espaço de intervenção aumenta sobremaneira, o que obriga ao Executivo utilizar o os autores denominaram “estraté-

gias híbridas” (ARAÚJO; SILVA, 2011), isto é, o uso de vários tipos de proposição para aprovar uma matéria de interesse do governo. Isso significa que a concentração de recursos de poder pelo Executivo não é suficiente para fazer prevalecer as preferências do governo, isto é, os parlamentares atuam de maneira a produzir alterações significativas no produto final das proposições legislativas, na forma de um ou vários substitutivos¹⁰, ou mesmo no caso de tramitação de medidas provisórias, há a possibilidade de alteração por meio do denominado “projeto de lei de conversão”.¹¹ Nos dois exemplos citados na nota 10, as emendas foram acatadas no projeto de lei de conversão.

O que está em discussão na verdade é se textos de propostas do Executivo podem ser alterados em sucessivos substitutos e emendas, caracterizando o papel ativo do Legislativo na concepção e na construção de leis definidoras de políticas públicas. Os autores destacam que “das 29 leis ambientais de caráter nacional sancionadas após 1988, treze são de iniciativa de parlamentares. (...) Três das treze identificadas como de autoria parlamentar correram em processos aos quais foi apensada posteriormente proposta do poder Executivo” (ARAÚJO; SILVA, 2011, p. 13).

¹⁰ Dois exemplos: 1. As duas medidas provisórias (MP 459/2009 e MP 514/2010) que consolidaram o *Programa Minha Casa, Minha Vida* receberam respectivamente, 307 e 52 emendas na Câmara dos Deputados. No primeiro caso, 99 emendas foram incorporadas ao projeto original e, no segundo caso, 17 foram aprovadas e também incorporadas. 2. A Lei de Crimes Ambientais, de 1991, sofreu alterações relevantes e teve o texto final alterado pelo Congresso (ARAÚJO; SILVA, 2011).

¹¹ Art. 62 da C.F. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...) § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

⁹ Fenômeno analisado pelos próprios autores em trabalho citado anteriormente.

Importante ainda destacar que em momentos decisivos de discussão e implementação de políticas importantes – Lei de Gestão das Florestas Públicas, Lei de Crimes Ambientais, Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, Minha Casa Minha Vida, Lei de Responsabilidade Territorial Urbana – para nos atermos aos mais importantes,

“os parlamentares que atuaram como ponto focal das negociações de temas polêmicos, construindo textos de consenso entre os muitos atores inclusos nas discussões, podem ser considerados como *policy brokers* e, também, como *agenda holders*.¹² Cada um dos assuntos citados esteve sob controle político desses parlamentares em momentos cruciais do processo legislativo” (ARAÚJO; SILVA, 2011, p. 17).

Acrescentando-se a esses fatores o papel das Comissões nas discussões das matérias, que possibilitam participação de setores externos ao Congresso, e o papel dos partidos e seus líderes como negociadores do conteúdo das políticas, temos um quadro que demonstra a atuação relevante do Parlamento, desde a produção até a implementação de uma agenda de políticas públicas no Brasil.

4. Conclusão

O Parlamento, na configuração dada pela Constituição de 88, conta com mecanismos que o capacitam a participar dos processos decisórios e da agenda governamental sobre políticas públicas, tanto pelos instrumentos formais de elaboração de leis, quanto pela inserção de procedimentos externos como consulta popular, audiência pública e fóruns técnicos, que acabam por reforçar a responsabilidade dos legisladores e por exigir deles maior compromisso em suas proposições. Os trabalhos acadêmicos que evidenciam a amplitude da atividade legislativa têm o mérito de possibilitar o desvelamento das intrincadas relações políticas e técnicas existentes na gestão das políticas públicas, relações vistas sob o olhar enviesado do senso comum, que não possibilita o conhecimento mais rigoroso do fazer legislativo e não permite, em consequência, sequer a possibilidade de qualificação da legislação produzida.

O Poder Legislativo e o Poder Executivo fazem parte de um espaço institucional de mútua responsabilidade pela legislação que dá rosto à governabilidade. Ao Executivo cabe a maior parte da elaboração significativa de políticas públicas, sem dúvida, mas há um processo de amadurecimento, debate ampliado e deliberação sobre as leis a serem construídas

¹² Parlamentar que se responsabiliza pelas negociações com o Executivo e grupos organizados e cuida da matéria em uma das Casas do Congresso.

que se deve levar em conta, e esse processo é permeado pelas complexas práticas do Legislativo. Sujeitas a imperfeições e fragilidades, por certo. No entanto, temos que levar em conta que legislar significa ao mesmo tempo uma decisão política e um processo político que não podem ser analisados separadamente se pretendermos obter algumas respostas sobre o processo de desenvolvimento social do País.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do. O poder legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 168, out./dez. 2005.

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. O segredo ineficiente revisto: o que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 661-698, 2003.

ARAÚJO, Suely Mara de; SILVA, Rafael Silveira e. *Reflexões sobre os estudos legislativos no Brasil*: por um retrato mais fidedigno do parlamento e dos parlamentares. In: I ENCUENTRO INTERNACIONAL DEL GRUPO DE ESTÚDIOS LEGISLATIVOS DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE CIENCIA POLÍTICA (ALACIP), 2011, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: ALACIP, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Idéias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003.

FERRI, Cristiano. Fatores internos da Câmara dos Deputados e a coerência das leis federais. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 103-132, jan./dez. 2007.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Incentivos eleitorais, partidos e política orçamentária. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, 2002.

_____. Modelos de legislativo: o legislativo brasileiro em perspectiva comparada. *Plenarium*, Brasília, ano 1, n. 1, p. 41-56, nov. 2004.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

LEMOES, Leany Barreiro de S. O Congresso brasileiro e a distribuição de benefícios sociais no período 1988-1994: uma análise distributivista. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 561-605, 2001.

MENDES, Maurício Matos. Breves anotações sobre o presidencialismo de coalizão no Brasil. *E-legis: Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados*, Brasília, n. 3, p. 62, 2009.

MORAIS, Thais de Freitas. Neoinstitucionalismo e o sistema político brasileiro. In: XVI SEMANA DE HUMANIDADES – GT 32 – DEMOCRACIA, PARTIDOS POLÍTICOS E COMPORTAMENTO ELEITORAL, 2008, Rio Grande do Norte. *Anais...* Rio Grande do

Norte: UFRN, 2008. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/humanidades/ARTIGOS/GT32/Neoinstitucionalismo%20e%20o%20sistema%20politico%20brasileiro_Semana%20de%20Humanidades.pdf>. Acesso em: 1 set. 2011.

RICCI, Paolo. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 699-734, 2003.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. Neoinstitucionalismo como modelo de análise para as políticas públicas: algumas observações. *Civitas*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./jun. 2005.

ROMANO, Vincente. *La intoxicación lingüística: el uso perverso de la lengua*. [S.l.]: El Viejo topo, 2007.

SILVA, Rafael; ARAÚJO, Suely Mara. Apropriação da agenda do legislativo: como aferir este fenômeno? *Centro de Estudos da Consultoria do Senado – Textos para discussão* 76, Brasília, set. 2010.

SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do poder legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 187, p. 137-154, jul./set. 2010.

SILVA, Pedro Luiz; COSTA, Nilson. *A avaliação de programas públicos: reflexões sobre a experiência brasileira: relatório técnico*. Brasília: IPEA, 2002.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. *Cadernos da AATR – BA*, Bahia, p. 1-11, 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

VOGUEL, Luiz Henrique. *Atualização de estudo sobre “participação popular nas decisões legislativas”*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

Exclusão extrajudicial de sócio minoritário de sociedade limitada

(Art. 1.085 do Código Civil)

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

FABIO MARQUES DIAS

Sumário

1. Introdução. 2. Causas que autorizam o procedimento de exclusão. 3. A questão da previsão contratual. 4. A exigência de assembleia especial. 5. Direito de defesa. 6. Consequências da exclusão para a sociedade. 7. Consequências da exclusão para o sócio. 8. Conclusão.

1. Introdução

Portando verdadeira inovação no direito societário, o parágrafo único do art. 1.085 do Código Civil trouxe regras de procedimento para a exclusão extrajudicial de sócio em sociedade limitada. Relembre-se que no sistema do decreto-lei nº 3.708/1919 a composição do capital social era enrijecida de tal forma que na prática sua alteração dependia de nova estruturação societária. Dizia-se que a *affectio societatis* comandava a vida da sociedade, e sua quebra implicava a extinção do ente jurídico.

É bem verdade que a comunidade jurídica repudiou o tratamento dado às sociedades limitadas pelo novo Código Civil, notadamente em face da sua regência supletiva que, pelo art. 1.053, submete-se às normas das sociedades simples ou, se assim prever o contrato, às das sociedades anônimas. No dizer de Arnaldo Wald (2005, p. 327), o ideal seria que a sociedade limitada contasse com regulamentação própria completa, não dependendo do socorro a normas atinentes a outros tipos societários.

Houve apressamento na oferta de anteprojeto modificativos, tendo sido dado andamento a um deles.¹

Luiz Antonio Soares Hentz é professor adjunto (livre-docente) do Departamento de Direito Privado da Unesp (Campus de Franca-SP).

Fabio Marques Dias é graduado em Direito e mestre em Direito (Unesp). Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

¹ Trata-se do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 118/2007 (PL 3.667/2004, na Câmara), de autoria do então deputado Luiz Carlos Hauly, aprovado nas comissões e encaminhado

Cuida o presente estudo, à luz do regramento vigente (parágrafo único do art. 1.085 do Código Civil – Lei nº 10.406/2002), do *modus procedendi* a ser observado para a exclusão de sócios nos casos em que a maioria, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade.

Não se despreza o forte conteúdo do *caput* do dispositivo, que em si mesmo contém exigências bastantes para tornar rara a instauração do procedimento delimitado no parágrafo único. Tanto a verificação da maioria necessária, quanto a aferição da gravidade dos atos praticados e a consequente aquilatação do risco à continuidade da empresa são matérias que se inserem no direito de defesa resguardado ao acusado. E, como tal, esses requisitos inserem-se na análise que segue. O mesmo se reserva à necessidade de constatação objetiva da existência de previsão contratual da exclusão por justa causa.

2. Causas que autorizam o procedimento de exclusão

A exclusão de sócio nas sociedades de pessoas, ou contratuais, por meios não judiciais não é regra.² Apenas na sociedade limitada a lei autoriza a exclusão de sócio minoritário pela maioria por meio de deliberação assemblear. Mas deve haver motivo, declarado e fundamentado. As causas autorizativas, ademais, têm de se conformar à formatação dada pelo art. 1.085 em seu *caput*, e sujeitar-se a verificação mediante procedimento que permita sua contraposição pelo acusado.

Tanto ficou clara a intenção do legislador em restringir as hipóteses que, logo após a vigência do Código, em 2002, a própria Presidência da República propunha alteração para alargar o campo de incidência do procedimento de exclusão. O Projeto de Lei nº 118/2007 (originado do Projeto nº 3.667/2004) trata da exclusão do sócio minoritário das sociedades limitadas, dando como suficiente a decisão de sócios representantes da maioria absoluta de sócios do capital social; basta que o excluído tenha posto em risco a continuidade da empresa.

ao Senado Federal.

² Convém lembrar que o art. 1.030 do Código Civil regula a resolução da sociedade por saída de sócio na sociedade simples (modelo estendido às demais sociedades por aplicação supletiva), mas com o sócio sendo excluído *judicialmente*, mediante iniciativa da maioria, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente. Pode-se cogitar de previsão contratual para que a exclusão, nessas e noutras hipóteses, resulte de deliberação extrajudicial, mas sem soberania da decisão, que, além de se seguir a procedimento contraditório e estar assegurada ampla defesa, ficaria sujeita a contestação em juízo por meio de ação do prejudicado. Se se der por juízo arbitral, regularmente eleito pelos contratantes, fica suprimida a via judicial, a não ser em caso de nulidade da sentença arbitral (arts. 31-3 da Lei nº 9.307/1996).

A alteração da redação, suprimindo a cláusula dos “atos de inegável gravidade”, daria ensejo a que a quebra da *affectio societatis* atuasse como motivo para a exclusão do minoritário. A doutrina repudia essa fórmula, desde antes, dada a impossibilidade manifesta de constatar a incidência da causa que nada tem de objetiva: não há critério que permita sua aferição, nem é condição legal para a formação da sociedade. Acaba por permitir o jugo da minoria pela maioria, possibilitando deliberações de foro íntimo que podem ocultar interesses econômicos dos sócios majoritários.

Não houve alteração alguma nas disposições de que se trata, até o momento, o que motiva a análise à luz do direito vigente.

A preocupação com o assunto vem de longe, desde que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a alteração do contrato social por sócios representantes da maioria do capital social.³ Rubens Requião (2005, p. 446), com a percuciência que lhe era peculiar, deixou registradas as causas passíveis de serem observadas na prática e que sujeitariam seus autores à despedida do quadro social. Afirma ele: “O abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento de obrigações sociais, em suma, a atuação negligente, ou dolosa, provocando prejuízos à sociedade, são as faltas dessa natureza”. E prossegue, referindo-se ao sócio de indústria, que emprega seu mister em favor de outras sociedades; às situações não previstas expressamente no contrato mas que implicam a violação de certos deveres de lealdade e colaboração, como, por exemplo, a realização de operações, como administrador, em que tenha interesse pessoal, prejudicando a sociedade;

omissão ou mesmo recusa de praticar atos, ao seu alcance, revelando interesse em impedir que a sociedade alcance seus fins; comportamento pessoal imoderado, implicando endividamento, que leve o sócio a ser inscrito em cadastro de proteção de crédito e venha a afetar o crédito da própria sociedade; a violação de sigilo de negócios ou de técnicas de operação, em favor de concorrentes ou não, prejudicando os interesses da sociedade; a penhora de quotas de sócio, com a finalidade de promover sua liquidação, pode ser causa da iniciativa dos demais sócios para precipitar a exclusão, pois esta será fato de exclusão do sócio, se a execução for levada a cabo. Evidentemente não é um rol conclusivo, mas nesses comportamentos encerram-se atos de inegável gravidade e que podem pôr em risco a continuidade da empresa.

Como visto, são acusações que encontram descrição na lei ou no contrato social e, mais importante, são passíveis de comprovação de sua ocorrência, quando afirmativas, ou do contrário, quando se trata de comportamento omissivo.

3. A questão da previsão contratual

O regime ora vigente não comunga com o que já se encontrava assente na jurisprudência sobre a necessidade de estar prevista no contrato social a possibilidade de exclusão por decisão majoritária.

Bem demonstra o pensamento das cortes brasileiras no passado o acórdão de 1984 do Tribunal de Justiça do Ceará, de que foi relator o então desembargador Cláudio Santos e onde se assentou que, desde que evidenciada a desarmonia entre os sócios, a exclusão se processaria por meio de decisão da sociedade e dos demais sócios por maioria.⁴

³ Transcreve-se a ementa: “Sociedade por quotas. Alteração do contrato social por deliberação da maioria dos sócios (Decreto-lei nº 3.708/1919, art. 15). Registro de contrato de que não consta a assinatura de sócio dissidente. Legitimidade” (BRASIL, 1974).

⁴ A decisão traz: “De tudo se conclui que, no direito brasileiro atual, a exclusão do sócio, por justa causa, da

No Tribunal de Justiça de São Paulo, trilhava-se esse mesmo caminho, na maioria de suas câmaras, decidindo-se que o sócio poderia ser excluído da sociedade por quotas por manifestação de vontade da maioria dos sócios, independentemente de previsão contratual (BRASIL, 1993a) ou, em outros termos, que é inexigível na doutrina moderna a previsão contratual para a exclusão do sócio da sociedade convencional, desde que evidente a causa justificada (BRASIL, 1993b; BRASIL, 1994).

E o Superior Tribunal de Justiça também veio a esposar a mesma tese: a desarmonia entre os sócios é suscetível de acarretar a exclusão de um deles por deliberação da maioria, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial (BRASIL, 1991, p. 454).

Registre-se, porém, que em 1986 o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o assunto tendendo a impor a necessidade de decisão judicial para a exclusão de sócios (BRASIL, 1986).

Não admira a tendência de exclusão da exigência para o futuro, por meio de alterações na legislação codificada, como a que se encontra em trâmite no Congresso Nacional (v. nota 1). O cenário econômico cada vez mais exige dinâmica nas relações de capital, restringindo a importância das relações interpessoais, sem falar no princípio da preservação da empresa em detrimento das amarras contratuais.

É justo afirmar a prevalência do motivo (estar pondo em risco a continuidade da empresa) em relação à prévia estipulação contratual (desde que prevista no contrato a exclusão por justa causa). Na hipótese de risco à empresa, é prioritário afastar o sócio prejudicial, sem se ater ao formalismo da exigência de previsão contratual.

sociedade, pode ser feita, como esclareceu o prof. Waldemar Ferreira, sem nenhuma formalidade e sem interferência obrigatória do juiz...”

A disciplina em vigor quanto ao procedimento de exclusão de sócio pode ser assim resumida: (a) realização de reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim; (b) ciência do sócio em vias de exclusão em tempo hábil para permitir o comparecimento; e (c) facilitação para exercício do direito de defesa. Explica-se a necessidade de procedimento amplo ante as disposições constitucionais, notadamente as do inc. LV do art. 5º. Seus efeitos afetam os particulares nas suas relações privadas, como são as societárias, consoante estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal⁵.

4. A exigência de assembleia especial

A exclusão, para ser válida, haverá de ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para o fim de deliberar sobre o assunto. A assembleia é obrigatória para as sociedades com número de sócios superior a dez (art. 1.072, § 1º). Para as de menor número, as deliberações são tomadas em reunião. Não há previsão quanto à instauração do procedimento de exclusão, mas dificilmente se há de cogitar de forma que não sejam previstas para a tomada de deliberações na sociedade limitada⁶.

Em termos práticos, a convocação deve ser feita pelos administradores; ou supletivamente

5 O julgado garante a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados” (BRASIL, 2006a).

6 No entanto, precedente existe no sentido de que a decisão final sobre a expulsão de sócio é sempre da assembleia-geral para garantir o interesse da maioria dos associados; resulta de decisão do STJ em que se discutia a expulsão do quadro social de clube de futebol por decisão do conselho deliberativo (BRASIL, 2005a).

por sócio ou sócios, na inércia daqueles, nos termos do art. 1.073 do Código Civil.

Quanto às formalidades convocatórias, estão previstas no art. 1.152 do Código Civil, sobretudo em seu § 3º; deve realizar-se mediante publicações na imprensa oficial e em jornais de grande circulação. Mas a especificidade da assembleia deliberativa sobre exclusão de sócio nas condições sobreditas, por sua natureza especial, impõe, pelo dizer do parágrafo único do art. 1.085, a comunicação pessoal ao sócio ou sócios visados para lhes permitir eventualmente exercerem a defesa contra as acusações que motivam a exclusão. Diz a norma que a ciência deve dar-se “em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa”, o que equivale dizer que se está assegurando ao acusado o direito a ampla defesa e acesso aos recursos a ela inerentes.

Devido à importância atribuída à forma, a cientificação do sócio que se deseja excluir deve ser feita por escrito com comprovação do recebimento. Modesto Carvalhosa (2003, p. 316) sugere que o comprovante da sua realização “em tempo hábil” seja apresentada ao presidente da reunião ou da assembleia de quotistas: “somente à vista deste comprovante é que poderá o conclave decidir validamente na ausência do sócio a ser excluído”. Na falta de comprovação, ter-se-á por ineficaz a deliberação tomada. Ou seja: a falta de demonstração de prévia convocação do acusado causará a nulidade de qualquer deliberação que se seguir (BRASIL, 1993c, 2011)⁷.

Pode-se acrescentar que a existência do comprovante de prévia e oportuna cientificação do sócio excluído deverá, ao depois, ser apresentada à Junta Comercial juntamente com o pedido de registro da alteração contratual com a saída do excluído, apenas assinada pela maioria. Cabe ao órgão de registro verificar a legalidade do procedimento, tanto que o ato de exclusão de sócio por justa causa deve ser cercado de cautelas, especialmente quanto à convocação do sócio e quanto ao consequente exercício de sua ampla defesa.

Lembre-se que se dispensam as formalidades de convocação quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia (art. 1.072 § 2º). Em tempos modernos, uma previsão contratual de ciência por meio eletrônico, devidamente documentada, parece suficiente para comprovação do aviso exigido.

O quórum para instalação desta assembleia é a do art. 1.074 do Código Civil de 2002, isto é, com a presença de no mínimo três quartos do

⁷ No mesmo sentido: “A *cientificação* do sócio a ser excluído para o comparecimento na reunião ou na assembleia de sócios consiste num requisito formal de validade e eficácia da deliberação de exclusão. Se a *cientificação* não for realizada, ou se não o for em tempo hábil para permitir o comparecimento do sócio em questão, será nula de pleno direito a deliberação que os sócios majoritários tomarem a respeito” (CARVALHOSA, 2003, p. 318).

capital social em primeira convocação e em qualquer número em segunda convocação. Já a efetiva decisão de exclusão de sócio deve dar-se com a maioria absoluta do capital social e não dos presentes (art. 1.010).

Natural que o sócio visado não possa participar de forma alguma da votação sobre a sua exclusão, nos termos do § 2º do art. 1.074 do Código Civil.⁸ Isso não afasta a possibilidade de o sócio apresentar suas razões, garantido o contraditório e a ampla defesa, sendo certo que, no caso de dois ou mais sócios acusados, a sua participação na decisão do destino do outro dependerá da interligação dos fatos ou atos entre estes.⁹

Como o Código não precisou qual seria o prazo considerado como tempo hábil suficiente, deve-se considerar que pode ser fixado no contrato social, porém nunca por tempo menor do que o previsto pelo art. 1.152, único previsto legalmente.¹⁰ Seriam então oito dias para primeira convocação e cinco para as posteriores.

Note-se que a ciência ao sócio visado tem por finalidade a informação a este das imputações a serem apreciadas na reunião, com fito de permitir sua refutação ou não em ato de defesa, pelo que se deve garantir um intervalo mínimo entre um ato e outro.

Se o sócio devidamente cientificado não comparecer, nada impedirá a realização da assembleia ou reunião, desde que presentes sócios titulares de mais da metade do capital social, que poderão deliberar pela expulsão do sócio, alterando o contrato social (CALÇAS, 2003, p. 342).

A assembleia será presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes, com livro de presença, lavrando-se ata (art. 1.075), a fim de que uma cópia seja apresentada ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação.

Mas depende da alteração contratual, expressamente exigida no dispositivo legal, pois é por seu intermédio – mediante deliberação da maioria absoluta dos votos (LOPES, 2003, p. 145) – que se dará a exclusão; o instrumento de alteração indicará, ainda, o destino a dar à quota do

8 O § 2º do art. 1.074 diz: “Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente”.

9 Confira-se Lopes (2003, p. 145): “Sendo mais de um sócio a ser excluído para a reunião ou assembléia designada, não poderá o sócio participar apenas da votação que lhe diga respeito, pois a condição de sócio só se extingue após o arquivamento do respectivo ato no Registro do Comércio. Entretanto, caso a exclusão dos sócios seja por motivo igual, havendo inter-relação dos fatos, não poderá o sócio acusado participar da deliberação do outro sócio também acusado, pois a matéria lhe dirá respeito diretamente”.

10 Em sentido diverso, Carvalhosa (2003, p. 318): “A indeterminação desse prazo poderá, outrossim, ensejar anulação da deliberação de exclusão, sob a alegação de vício formal, consistente na cientificação intempestiva para o comparecimento do sócio. Dada a ausência de critérios legais, caberá ao juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, decidir se o prazo de antecedência com que o sócio foi cientificado era razoável para que o excluído pudesse comparecer, se desejasse, ao conclave e, assim, apresentar suas razões”.

sócio eliminado e a forma de pagamento dos seus haveres. Com relação a terceiros, a exclusão só produzirá efeitos após arquivamento regular do documento no registro próprio.¹¹

5. Direito de defesa

Mesmo impedido de votar em deliberação que lhe diga respeito, fica garantido ao sócio a ser excluído o direito de defesa ou voz durante a reunião especial. A previsão expressa de um direito de defesa revela uma verdadeira aplicação das garantias fundamentais ao direito privado ou a chamada constitucionalização do direito civil. Lembre-se que a plena eficácia de direitos está relacionada com casos de colisão destes direitos.

A disputa entre a livre iniciativa da sociedade, no mais das vezes tida por tolhida pela posição incômoda em que se coloca o sócio, e o direito de propriedade do sócio, que não se sente obrigado a dispor de sua participação societária, somente pode ser verdadeiramente aquilutada e decidida se se fizer presente o amplo debate. Essa é uma decorrência sistemática do nosso ordenamento, sendo a previsão legal nesse sentido mera explicitação disto.

Não será toda disputa no seio de sociedade empresária que deve galgar um julgamento de nível constitucional. Mas a oportunidade de defesa ampla deve servir para afastar o simulacro de confronto que somente mascara o arbítrio da maioria, este sim a ser combatido por mandamento constitucional de legalidade e ampla defesa. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se mostrou sensível a essa questão¹² (BRASIL, 1996).

Desse raciocínio decorre que o ato de defesa, em si, não é imprescindível para a deliberação de exclusão, sobretudo quando se tem em mente o direito essencialmente patrimonial em disputa.¹³ A oportunidade aqui é o que importa.

11 Recorde-se a dualidade registral, prevista no art. 1.150 do Código Civil, impondo que os atos relativos à sociedade simples que adota forma de sociedade empresária sejam registrados no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (BRASIL, 2006a).

12 As penalidades de exclusão de associação, impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, 2006a).

13 “Dessa forma, a assembléia ou a reunião de sócios que delibera sobre a exclusão de um deles não constitui de maneira alguma um órgão julgador da conduta do sócio a ser excluído. Conseqüentemente, este último não está obrigado a ‘apresentar sua defesa’ perante essa assembléia ou reunião. Tem ele o direito de apresentar *alegações* em seu favor, no intuito de dissuadir a maioria dos sócios da idéia de excluí-lo, e tendo em vista posteriormente anular a deliberação perante um tribunal administrativo, judicial ou mesmo arbitral. Somente esses órgãos, investidos de competência para tanto, é que podem examinar

Por isso, o sócio poderá comparecer acompanhado de advogado, ou fazer-se representar por advogado, conforme prevê a Lei nº 8.906/1994 – EOAB, art. 7º, VI, letra “a”, e também o art. 1.074, § 1º, do Código Civil. Porém, daí não se conclua que a assistência de advogado ao acusado seja obrigatória. Existem vários precedentes firmados pelo STF no sentido de que a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos administrativos não implica extensão a ponto de ser obrigatória a adoção de todas as regras dos processos judiciais, entre elas a indispensável atuação do advogado.¹⁴

Não se nega que na reunião haverá verdadeiro juízo de valor por parte dos demais sócios.¹⁵ Ainda assim, a intervenção do acusado mostra-se pertinente apenas para o esclarecimento dos fatos ou das nuances de eventuais pontos de vista, não se esperando que ele ou advogado constituído faça verdadeira defesa de sua pessoa, sua vida pregressa e seus atos, como é comum nos processos judiciais de natureza acusatória.

Do que foi exposto é de se concluir que o direito de defesa prescrito no parágrafo único do art. 1.085 está mais ligado a uma oportunidade de apresentação de razões do que a uma imprescindível e técnica defesa formal.

De outro lado, fica evidente que é a sociedade¹⁶ que toma a decisão de excluir um de seus sócios, por intermédio de uma reunião dos demais integrantes do seu quadro societário. Busca-se a proteção do interesse social, e é da manifestação da maioria que se extrai a vontade social.

6. Consequências da exclusão para a sociedade

Deliberada a exclusão, resultará para a sociedade a consequência de: (a) alteração do seu quadro societário, e (b) diminuição de seu patrimônio, pois em tese é devida uma quantia ao excluído.

o mérito da exclusão e julgar se houve ou não a *justa causa* para a despedida” (CARVALHOSA, 2003, p. 317).

14 Neste sentido, confira-se o voto do Min. Octavio Gallotti no AI 207.197 AgR/PR: “A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado”.

15 “É de fundamental importância esclarecer que a assembléia ou a reunião de sócios não realiza *juízo* acerca da conduta do sócio que se deseja excluir. Tem ela tão-somente o poder de deliberar excluí-lo da sociedade, por ato unilateral e extrajudicial, independentemente da concordância do sócio excluído. A sociedade, neste caso, é *parte* na medida em que é *interessada* no desfecho da questão” (CARVALHOSA, 2003, p. 317).

16 No dizer de Carvalhosa (2003, p. 313): “... a exclusão é ato da sociedade que exclui o sócio que põe em risco sua continuidade. Não se trata de ato dos demais sócios”. Também, no mesmo sentido, Martins (1981, p. 134).

A exclusão formaliza-se com alteração contratual que indique as razões da exclusão e o destino da quota de capital do excluído.¹⁷ A alteração contratual não necessita da assinatura do excluído.

Com relação à questão patrimonial, duas alternativas afiguram-se possíveis à sociedade. A primeira é de que reembolse o sócio excluído da parte de seu capital social, que ficará reduzido, ou então, como segunda alternativa, que a sociedade faça o pagamento da quantia devida ao sócio e mantenha as quotas em tesouraria. Faz-se mister, nesse caso, segundo Lopes (2003, p. 146), que demonstre encontrar-se o montante da parte do capital social do excluído à disposição em contas de reserva, em contrapartida ao dispêndio financeiro, ou, então, que seja feita uma chamada de capital para os demais sócios.

Ponto sensível refere-se ao levantamento e pagamento da parte do excluído, particularmente quanto à possibilidade deste dar-se de forma parcelada.

O art. 1.086 refere-se exclusivamente ao sócio remisso; a liquidação da quota nos demais casos fica condicionada à observância do art. 1.031, que, embora disposto para a sociedade simples, aplica-se à sociedade limitada por se tratar de regra supletiva das normas próprias desse tipo (*ex vi* do disposto no art. 1.086).

Assim, ocorrendo a exclusão do sócio com a consequente dissolução parcial da sociedade, incide o art. 1.031 do Código Civil no sentido de que a quota liquidanda, considerado pelo montante efetivamente realizado, será liquidada com base na situação patrimonial da sociedade na data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. A regra é dispositiva, ou seja, admite disposição contratual em contrário,

¹⁷ O art. 54 do Decreto 1.800/96 prescreve: “Os instrumentos de exclusão de sócio deverão indicar, obrigatoriamente, o motivo da exclusão e a destinação da respectiva participação do capital social”.

como assegura o próprio artigo, bem como cede em face de acordo a que cheguem os próprios interessados.

A apuração em balanço especial era a orientação adotada pela jurisprudência¹⁸ (BRASIL, 2000, 2002), que descartava o pagamento dos haveres simplesmente pelo valor contábil das respectivas quotas.

Em regra, o valor do crédito do excluído deve ser o referente ao patrimônio líquido¹⁹ da sociedade no dia da exclusão, data em que deixou de ser sócio.²⁰ Por isso, não pode o sócio ser beneficiado ou prejudicado pelo posterior desenvolvimento das atividades da empresa para qual não concorreu, caso o pagamento venha

¹⁸ “Dissolução parcial de sociedade por quotas. Nomeação de liquidante. Precedentes. 1. Esta Terceira Turma tem reiterados precedentes no sentido de que na ‘dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, a apuração de haveres, no caso de sócio retirante ou pré-morto, ou ainda por motivo da quebra da *affectio societatis*, há de fazer-se como de dissolução total se tratasse posto que, segundo a jurisprudência do STJ, essa linha de entendimento tem por escopo preservar o quantum devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes” (BRASIL, 1993a).

¹⁹ “Parece que este será o calcanhar de Aquiles da nova regulamentação, pois tais padrões, embora consentâneos com a natureza contratual da sociedade limitada, mostram-se tímidos em relação ao muito que já evoluiu nossa jurisprudência a respeito, refletindo a realidade multifária dessa espécie societária, de longe o modelo societário mais utilizado em nosso meio empresarial” (PENTEADO, 2004, p. 288).

²⁰ Em sentido contrário, confira-se a arguta tese de Lucena (2001, p. 69), considerando a necessidade de se incluir na avaliação a aptidão da sociedade em produzir lucros: “Aqui é preciso considerar que, com a saída do sócio excluído, a sociedade continua normalmente as suas atividades, de modo que deve ser evitada uma avaliação que se aproxime do processo de liquidação da sociedade. Desse modo, a simples utilização do último balanço levantado, ou de um balanço Especial, bem como a fixação de parâmetros, como, por exemplo, o valor do patrimônio líquido, não são suficientes para a obtenção de um valor que reflita adequadamente a participação do sócio excluído da sociedade. Na nossa opinião, o critério que considera as perspectivas de rentabilidade da sociedade é que melhor expressa o valor da organização empresarial, e, portanto, deve ser adotado também tendo em vista a norma do art.18 do Decreto n. 3.708, que permite aplicação subsidiária da Lei de Sociedades Anônimas às sociedades limitadas”.

a ser feito posteriormente, por ajuste contratual ou por aproveitamento do prazo de 90 dias dado pelo § 2º do art. 1.031.

Pelo consequente atraso em caso de discussão judicial, quer acerca do procedimento, quer do montante a ser pago, afirma Coelho (1999, p. 315-6) que, sendo a sociedade condenada a pagar ao seu antigo sócio um valor de que não mais dispõe em razão do tempo transcorrido entre a retirada e o trânsito em julgado da sentença que a discutiu, os sócios remanescentes podem ser demandados diretamente como responsáveis subsidiários. Nada mais justo, pois cabia-lhes a reserva de numerário suficiente para cumprir a decisão societária.

Apurado o montante, a previsão atual é, como se disse, à luz do § 2º do art. 1.031, de um pagamento em dinheiro, no prazo de 90 dias a partir da liquidação, salvo acordo ou estipulação contratual em contrário. Para o caso de acordo, abre-se a possibilidade de pagamento das mais variadas formas.

O problema está na hipótese de a sociedade não poder suportar o pagamento em dinheiro no prazo legal, ou naquele previsto no contrato, ou, ainda, em eventual acordo a que chegaram credores e devedores. Pode ocorrer também a descontinuação dos pagamentos parcelados, em franca inadimplência da sociedade em relação ao excluído.

A primeira hipótese contrasta com a própria natureza da exclusão, na qual os demais sócios afirmam, ainda que implicitamente, que a presença do excluído é de todo dispensável.

Segundo Lopes (2003, p. 147), pela teoria da manutenção da empresa, poder-se-á obter em juízo a prorrogação deste prazo, se restar comprovado que a subtração de tal soma dos cofres provocará enormes prejuízos ao desenvolvimento das atividades. Em contraposição tem-se que a situação de iliquidez, verificada em ação para a apuração e a liquidação de haveres, autoriza o juiz a decretar a dissolução (total, não mais parcial) da sociedade pelo reconhecimento, em última análise, da imprescindibilidade da parte do excluído para continuação do negócio, sob pena de operar-se verdadeira expropriação.²¹

Por fim, a questão do pagamento parcelado, por força de previsão contratual, agora reforçada e garantida pela lei.

A jurisprudência já controverteu a esse respeito, particularmente porque inexistia disposição legal expressa, entendendo-se, por vezes, que a disposição contratual seria leonina.²² Porém, diante do ordenamento

21 “Reciprocidade de culpa pela falência do ânimo associativo. Panorama fático que indica para a dissolução total da sociedade como única e excepcional solução possível” (BRASIL, 2010).

22 STJ, 3ª Turma, no REsp n. 87.731-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Rel. para acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito; nesse julgado, v.g., entendeu-se não haver “razão

vigente, deverá prevalecer a estipulação inserta no contrato social, que poderá prever o pagamento em bens, em prazo maior ao previsto na lei, em prestações ou não etc. Predomina, aqui, o princípio da autonomia da vontade, que também pode inspirar solução diversa, sempre por acordo entre os sócios retirantes e remanescentes e a própria sociedade. No dizer de Penteado (2004, p. 289), somente na ausência de ambos (previsão contratual ou acordo) é que há de se invocar o suplemento legal.

7. Consequências da exclusão para o sócio

Deliberada a exclusão, resta ao sócio excluído conformar-se com a decisão da maioria dos demais sócios, bem como com a destinação de seus haveres (e forma de pagamento), ou, ainda, discordar de ambos ou apenas um destes. Concordando com a exclusão e pagamento haverá tranquila dissolução parcial da sociedade. As hipóteses de discordância é que merecem atenção.

Tanto Carvalhosa (2003, p. 320) quanto Lopes (2003, p. 148) referem-se, inicialmente, à possibilidade de um recurso administrativo contra a decisão de exclusão.

Por evidente que a Junta Comercial não poderá entrar no mérito da decisão, restrita que está aos aspectos formais do ato. E, mesmo assim, os efeitos práticos de uma decisão de procedência do pedido administrativo restringem-se ao não registro do ato, sem atacar a própria deliberação.²³

Tal discussão tem relevância quando se pretende determinar em que momento o excluído deixa de ser sócio da sociedade, seja para fins de participar da vida social, seja perante terceiros.

Temos que com a deliberação deixa de ser sócio²⁴, mas ela somente terá efeitos perante terceiros após o registro público respectivo. É que,

para negar eficácia a cláusula contratual que estabeleceu deverem os haveres do sócio que se retira ser pagos em parcelas". Na Apelação n. 192.660-2, o TJ-SP, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Telles Corrêa, a decisão foi diametralmente oposta: "Retirada – Apuração de haveres. Parcelamento do crédito. Previsão contratual. Irrelevância. Sociedade e sócios remanescentes que resistiram à retirada e discordaram da apuração de haveres do retirante. Pagamento de uma só vez determinado".

²³ Contra os efeitos práticos deste recurso, Fialdini Filho (2005, p. 108) diz: "Pondera-se acerca da efetividade de tal recurso, porquanto eventual decisão favorável ao sócio minoritário não teria o condão de anular a deliberação, mas apenas de evitar seu arquivamento perante o referido órgão, evitando-se os efeitos do ato perante terceiros, mas mantendo-os inalterados entre as partes".

²⁴ Lucena (2001, p. 635): "A partir do momento em que deliberada a exclusão, já se disse, perde o excluindo seu *status socii*, ou seja, antes mesmo do arquivamento do instrumento de alteração contratual decorrente da exclusão. É que a deliberação, entre os sócios, produz efeitos imediatos. O registro é necessário para produzir efeitos em face de terceiros". No mesmo sentido, Calças (2003, p. 185) diz: "Em rigor, se a maioria deliberou pela expulsão do sócio por justa causa ou por ser ele remisso, ele já está excluído da sociedade a partir da data de tal deliberação, mercê do que, discordando apenas dos valores que tem direito

excluído pela deliberação dos demais sócios perante a sociedade, o sócio passa à condição de terceiro; não tem mais o *status* de sócio, nem pode exigir participação ou função, a não ser no interesse da liquidação de sua participação. E, perante terceiros, somente depois do registro público da deliberação (e alteração contratual correspondente) é que se pode objetar a não vinculação dos atos do sócio às responsabilidades da sociedade.

Quanto à ciência do sócio excluído, ela pode ocorrer na própria reunião se ele estiver presente, ou por notificação subsequente.

A ciência aos terceiros pode também ser feita por ato da sociedade, mediante publicação ou correspondência própria dirigida aos interessados, ambas as formas de caráter meramente informativo do desligamento, sob pena de eventual excesso violar direito do excluído.²⁵

Também poderá o sócio excluído pleitear em juízo²⁶ a anulação do ato de exclusão, seja por ausência de algum requisito formal, como, exemplificativamente, a falta de sua cientificação para o comparecimento da reunião que deliberou sobre a exclusão, a ausência de previsão

de exclusão por justa causa no contrato social ou a ausência de *quorum* majoritário absoluto na deliberação tomada. Mas sobretudo poderá pleitear a anulação pela ausência do requisito material da existência de motivo de inegável gravidade que pudesse levá-lo à exclusão (CARVALHOSA, 2003, p. 320).

Lembra-se assistir ao sócio excluído o direito de impugnar, judicialmente, por meio de ação anulatória ordinária, a exclusão em si, bem como questionar acerca da apuração de haveres levada a efeito.

E não há por que não se admitir a discussão da causa em juízo arbitral, com as mesmas possibilidades e consequências da demanda judicial; aliás, no dizer do art. 3º e seguintes da Lei nº 9.307/1996, o juízo arbitral é imperativo, se constituir opção dos sócios mediante cláusula contratual compromissória ou compromisso arbitral contemporâneo aos fatos.

A ação de anulação de deliberação de exclusão deve ser proposta contra a sociedade e não contra os sócios remanescentes, pois se trata de deliberação daquela (LUCENA, 2001, p. 672). Presentes os requisitos processuais, o excludente poderá obter medida liminar para a manutenção de seu *status* de sócio até decisão final, preservando-se assim contra a perda irremediável do direito de fiscalizar os negócios sociais enquanto tramita a ação.

Anote-se, porém, que a ação está sujeita a prazo decadência de três anos, nos termos do parágrafo único do art. 48 do Código Civil.

Na ação, demonstrado o vício de requisito de forma, há de sobrevir decisão judicial que anulará o ato de exclusão, sem prejuízo de nova deliberação com observância dos preceitos faltantes na deliberação anulada. Porém, se a anulação se fundamentar em questão atinente ao mérito da deliberação, e concluindo pela impertinência da causa alegada, não se ensejará oportunidade para nova deliberação societária sob o mesmo fato.

de receber por sua participação societária, sua pretensão objetiva apenas a apuração de seus haveres, não integrando o objeto litigioso a questão de sua exclusão da sociedade”.

25 O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o desligamento de um dos sócios pode ser informado pela sociedade a clientes e fornecedores, inclusive com correspondência formal. No entanto, caso a empresa exceda essas informações insinuando, por exemplo, condutas não mais autorizadas ao ex-sócio, a correspondência pode gerar danos morais. Do voto vencedor destacamos: “o direito à informação não iria além da comunicação de que o sócio se desligara da sociedade. O mais, como seja, a insinuação de que ele pudesse aparentar, perante terceiros, condição que já não tinha, atingiu, sim, sua dignidade pessoal” (BRASIL, 2003).

26 “A assembléia, ou reunião, instituída para tal fim tomará sua deliberação soberana, de acordo com a vontade da maioria, e contra ela restará ao sócio excluído apenas socorrer-se pela via judicial (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988), ou arbitral (havendo cláusula compromissória no contrato social), contra abusividades e ilegalidades eventualmente praticadas” (FIALDINI FILHO, 2005, p. 108).

Veja-se que não se está negando a possibilidade de ser revisto o mérito da deliberação que culminou com a exclusão do sócio. Impera a norma do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que veda a exclusão da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito individual. A questão guarda semelhança com a já admitida possibilidade de o Judiciário rever o ato administrativo quanto aos seus pressupostos de mérito, a fim de evitar desvios de finalidade ou abuso de poder.

No caso de exclusão extrajudicial de sócio, o controle sempre se dará, posteriormente ao fato e fundada em decisão *interna corporis*. Ao juiz não será dado substituir a vontade dos sócios majoritários; deverá verificar os motivos de fato e as razões de direito que levaram a sociedade ao ato de exclusão, considerando as fórmulas legais propositadamente abertas, para concluir sobre a conformidade ou não da decisão com a lei aplicável.²⁷

Em acórdão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 115.222, o relator Min. Djaci Falcão ponderou que a exclusão, como medida grave, fundada em justa causa, pode ficar sujeita ao controle jurisdicional em termos de valoração jurídica, resguardando-se, inclusive o direito de defesa do excluído (REVISTA..., 1989, p. 902). Porém, atribui-se ao excluído – autor da ação que impugna a decisão societária – o ônus da prova de eventual violação de requisito formal ou de abuso de poder.²⁸

Como bem acentuou Lopes (2003, p. 151), na hipótese em que for demonstrada a ausência de justa causa para a exclusão, o sócio deverá ser reintegrado²⁹ ao quadro societário, podendo pleitear indenização pelo dano causado, tanto na esfera material quanto moral.

E, consequência importante e inarredável, posta em benefício de terceiros, é o prosseguimento da responsabilidade do sócio excluído pelas obrigações sociais anteriores por dois anos a contar da averbação do ato (na verdade, registro da alteração contratual), na exata conformidade do disposto no art. 1.032 do Código Civil, aplicável por força do art. 1.086.

27 De acordo com Lucena (2001, p. 648): “E essa interpretação ainda consona com aquela que permite ao Judiciário investigue, nem que para isso tenha que adentrar o mérito, se o ato administrativo resulta de excesso ou desvio de poder, sabido, como de espaço averbamos (cf. Capítulo X, item 7), que essa doutrina foi, com grande proveito, transposta do Direito Administrativo para o Direito Societário, aplicando-se ao exame de atos sociais, no plano da validade”. No mesmo sentido, Pontes de Miranda (1969, p. 902): “(...) Pode o juiz descer à verificação da justiça da apreciação do fato que motivou a exclusão”.

28 Assim diz Coelho (1999, p. 409-11): “O que se dá, afinal, é uma específica distribuição do ônus da prova: na extrajudicial, o expulso deve provar que não agiu com culpa para se reintegrar à sociedade; na judicial, os remanescentes devem provar a culpa do sócio cuja expulsão pleiteiam”.

29 Nesse ponto concorda Calças (2003, p. 106): “O sócio excluído extrajudicialmente poderá ingressar no Judiciário para anular a deliberação dos sócios que o excluírem da sociedade, alegando que não foram observados os requisitos formais ou materiais exigidos pela legislação, postulando assim sua reintegração ao quadro societário”.

7. Conclusão

A análise do conteúdo jurídico do parágrafo único do art. 1.085 do Código Civil justifica-se face ao caráter inovador do dispositivo na disciplina do direito societário brasileiro. Como regra processual-constitucional é assaz conhecida por estar contida nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. De origem remota, a exigência do *due process of law* tem suas raízes fincadas na garantia de que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens de modo arbitrário. A novidade, enfim, é sua introdução no capítulo concernente à limitação do poder da maioria contra sócios minoritários nas sociedades de pessoas, ou contratuais.

Expor o procedimento e as exigências para sua validação justifica a elaboração deste estudo. Em tempos de império dos princípios constitucionais também nas deliberações *interna corporis*, é de bom alvitre que se atente para as decisões do Supremo Tribunal Federal que invalidam deliberações societárias ofensivas àqueles preceitos. Pode-se dizer, conclusivamente, que a proteção a sócios minoritários participantes do capital das sociedades limitadas adquiriu *status* de poder destes contra o peso da maioria nas deliberações em que os sócios demonstram mutuamente suas forças.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário nº 76710/AM, de 11 de dezembro de 1973. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 jun. 1974.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109203/RJ, de 16 de maio de 1986. Sociedade comercial. Exclusão de sócio. Art. 339 do código comercial. Razoável e o entendimento de que a exclusão de sócio, por justa causa, nos termos do art. 339 do código comercial, sem previsão em cláusula contratual, e sem anuência do sócio, reclama solução judicial, pois equiparável a dissolução parcial da sociedade inter nolentes. Recurso extraordinário não conhecido. Relator: Ministro Rafael Mayer. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 de jun. 1986.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário nº 201.819-8, de 11 de outubro de 2005. Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 out. 2006a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158215/RS, de 30 de abril de 1996. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca

à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 de junho de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, de 11 de outubro de 2005. Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Relator: Ministra Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 out. 2006b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 7183/AM, de 13 de agosto de 1991. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Exclusão de sócio. A desarmonia entre os sócios e suscetível de acarretar a exclusão de um deles por deliberação da maioria, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial. Inadmissível a pretensão do recorrente de rediscutir a matéria probatória no âmbito do apelo excepcional (sumula n. 7 do stj). Recurso especial não conhecido. Relator: Ministro Barros Monteiro. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 out. 1991.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 38160/SP, de 9 de novembro de 1993. Comercial – dissolução de sociedade de responsabilidade limitada em face da violação do princípio da affectio societatis – quantum devido ao sócio retirante – matéria de fato (sumulas nos. 05 e 07 – stj). I – na dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, a apuração de haveres, no caso de sócio retirante ou pré-morto, ou ainda por motivo da quebra da affectio societatis, há de fazer-se como de dissolução total se tratasse posto que, segundo a jurisprudência do stj, essa linha de entendimento tem por escopo preservar o quantum devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes. II – matéria de fato não se reexamina em sede de especial (sumulas nos. 05 e 07 – STJ). III – recurso não conhecido. Relator: Ministro Valdemar Zveiter. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 dez. 1993d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 105667/SC. Relator: Ministro Barros Monteiro. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 nov. 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 315915, de 7 de outubro de 2001. Dissolução parcial de sociedade por quotas. Nomeação de liquidante. Precedentes. 1. Esta Terceira Turma tem reiterados precedentes no sentido de que na “dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, a apuração de haveres, no caso de sócio retirante ou pré-morto, ou ainda por motivo da quebra da affectio societatis, há de fazer-se como de dissolução total se tratasse posto que, segundo a jurisprudência do STJ, essa linha de entendimento tem por escopo preservar o quantum devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes” (REsp nº 38.160/SP, Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 13/12/93). Com isso, a nomeação de liquidante, diante das circunstâncias de fato do caso, para supervisionar e fiscalizar o processo, sem a representação legal da sociedade, não agride nenhum dispositivo de lei federal. 2. Recurso especial conhecido, mas desprovido. Relator: Carlos Alberto Menezes. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 fev. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 87731/SP, de 26 de junho de 1997. Relator: Waldemar Zveiter. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 out. 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 151838/PE, de 4 de setembro de 2001. A Junta Comercial não cuida de examinar eventual comportamento irregular de sócio, motivador de sua exclusão, devendo limitar-se ao exame das formalidades necessárias ao arquivamento. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 out. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 186216/RS, de 25 de fevereiro de 2003. CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Correspondência enviada a clientes e fornecedores dando conta de que um dos sócios se retirara da sociedade. Advertência de que esta não se responsabilizaria “por atos que o ex-sócio viesse praticar em seu nome”. Direito

à informação que não ia além da comunicação de que o sócio se desligara da sociedade; a insinuação de que ele pudesse aparentar, perante terceiros, condição que já não tinha atingiu a dignidade pessoal do ex-sócio. Recurso conhecido e provido. Relator: Ministro Ari Pagendler. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 jun. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 758621/RJ, de 9 de agosto de 2005. Direito civil. Recurso especial. Sociedade civil. Exclusão de sócio. Recurso. Assembléia geral. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. *Diário da Justiça*, Brasília, 12 set. 2005.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (11ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 222.739-2/9. *Diário de Justiça de São Paulo*, São Paulo, 23 set. 1993a.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (15ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 197.571-2/9. *Diário de Justiça de São Paulo*, São Paulo, 26 out. 1993b.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (11ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 199125-2. SOCIEDADE – Sócio – Exclusão – Inadmissibilidade – Sócio que não esteve presente e nem foi convocado para a reunião em que foi deliberada a sua exclusão – Expulsão que só poderia ocorrer no caso de previsão contratual para tal – Infração ao princípio do devido processo legal – Art. 5º, inciso LIV da Constituição da República – Indenização devida face a revelia da ré – Recurso não provido. *Diário de Justiça de São Paulo*, São Paulo, 30 nov. 1993c.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 231.990-2. Relator: Ministro: Marrey Neto. *Diário de Justiça de São Paulo*, São Paulo, 1º fev. 1994.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação Cível nº 0014249-86.2006.8.26.0408. SOCIEDADE POR QUOTAS (LTDA.) – Contrato social – Alteração – Exclusão de sócio minoritário – Obediência ao disposto no artigo 1085, parágrafo único, do Código Civil – Necessidade – Alteração, entretanto, efetivada sem notificação prévia do sócio excluído – Inexistência de convocação para a assembleia geral – Ampla defesa não garantida – Nulidade da alteração mantida – Recurso não provido. Relator: Desembargador Romeu Ricupero. *Diário de Justiça de São Paulo*, 6 de Dezembro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 99010514388-1. Relator: Desembargador Vito José Guglielmi. *Diário de Justiça de São Paulo*, 2 dez. 2010.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

FIALDINI FILHO, Pedro Sérgio. Inovações do código civil de 2002 em relação à dissolução parcial da sociedade limitada por justa causa. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2005.

LOPES, Idevan César Rauhen. *Empresa e exclusão de sócio: de acordo com o novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2003.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Fran. A exclusão de sócio nas sociedades por quotas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 273, p.126-140. jan./mar./1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1969.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Dissolução parcial da sociedade limitada (da resolução da sociedade em relação a um sócio e do sócio em relação à sociedade). In: RODRIGUES,

Frederico Viana (Coord.). *Direito de Empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília: Supremo Tribunal Federal, n. 128, abr./maio 1989.

WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV.

A Emenda Constitucional nº 24/99 e o Processo do Trabalho

Mutações infraconstitucionais e ajustes conforme a Constituição

LUCIANO ATHAYDE CHAVES

Sumário

1. Introdução. 2. Poder Constituinte Derivado: a força normativa da Constituição e seus efeitos sobre as normas processuais pré-constitucionais. 3. O novo desenho jurisdicional da Justiça do Trabalho: Juiz do Trabalho ou Vara do Trabalho? 4. Sobre o procedimento de julgamento de exceções de suspeição (ou impedimento) opostas em face de Juiz do Trabalho. 5. Sobre a publicação das decisões monocráticas: forma, publicação e contagem do prazo (Súmula nº 197 do TST). 5.1. A forma das decisões monocráticas na Justiça do Trabalho de 1º Grau. 5.2. Publicação da sentença monocrática. 5.3. Contagem do prazo para eventual recurso ou para o trânsito em julgado da decisão: uma leitura conforme a Constituição (após a Emenda nº 24/99) da Súmula nº 197 do TST. 6. Ainda é necessária a designação automática de audiência para todos os processos em fase de conhecimento? 7. Considerações finais.

1. Introdução

Luciano Athayde Chaves é Juiz do Trabalho da 21ª Região, titular da 2ª Vara do Trabalho de Natal/RN; mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); professor na UFRN.

Numa primeira leitura do título deste estudo, o leitor poderia, legitimamente, cogitar: por que escrever a esta altura sobre a Emenda nº 24, que é de 9 de dezembro de 1999? Por que não tratar do tema antes, mais cedo, em momento mais consentâneo ao tempo dessa reforma constitucional?

Uma confissão e a oportunidade.

A *confissão*: há muito desejava escrever sobre esse assunto, nomeadamente pelas profundas alterações culturais – no que se refere ao *ethos* da

Justiça do Trabalho – e procedimentais que se descortinavam diante da comunidade dos seus atores após a Emenda nº 24.

Após décadas de composição paritária, abria-se uma histórica oportunidade de ajustamento do perfil jurisdicional da Justiça do Trabalho com a exclusividade da profissionalização de sua Magistratura, em razão de as relações jurídico-sociais terem-se tornado mais complexas.¹

Trata-se de um contexto que demanda maior interação hermenêutica diante das diversas (e muitas vezes antinômicas) fontes do Direito, de produção estatal ou profissional.

De outro lado, os anos 90 se revelaram de grande ebulição política, uma espécie de “tempo de transição” para o progressivo debate sobre alguns aspectos valorativos e éticos da vida pública nacional, do qual não escapou – por razões sobre as quais não nos debruçaremos aqui² – o problema da composição da representação classista na Justiça do Trabalho.

Quanto à *oportunidade*, devo sublinhar que a passagem do tempo talvez tenha contribuído

para o amadurecimento da necessidade de falar algo a respeito dos efeitos da Emenda nº 24 sobre o Processo do Trabalho, notadamente quando, mais de dez anos depois, praticamente nenhum ajuste legislativo foi perpetrado na parte processual da Consolidação das Leis do Trabalho, com o intuito de promover a adequação de suas regras ao novo desenho político-institucional, projetado pelo Poder Constituinte Derivado para a Justiça do Trabalho.

Contemplando-se esse lapso temporal, é possível constatar a necessidade desse debate. Vários aspectos procedimentais – de maior ou menor relevo – ainda carecem de uma investigação científica após a mencionada reforma. O processamento das exceções de suspeição em face do Juiz do Trabalho, as formas processuais das decisões, a técnica dos julgamentos (publicação das decisões, contagem do prazo para recurso), a designação do órgão jurisdicional de Primeiro Grau, entre outros, são temas que ainda precisam ser objeto de um cuidadoso olhar.

Passar em revista, portanto, o Processo do Trabalho após a Emenda nº 24, observando-se o que dispõe a hermenêutica constitucional acerca dos efeitos e a envergadura de uma reforma constitucional sobre a ordem jurídica que lhe é súdita³, é medida cuja oportunidade ainda é atual e necessária.

2. Poder Constituinte Derivado: a força normativa da Constituição e seus efeitos sobre as normas processuais pré-constitucionais

Para pavimentar um apropriado exame dos efeitos da Emenda nº 24 sobre as regras processuais contidas, principalmente, no Título X da

1 Sobre o tema, ver também Faria (2002).

2 Tive a oportunidade de aprofundar esse aspecto histórico da representação paritária na Justiça do Trabalho em outro texto (CHAVES, 2009, p. 162 et seq.). Acresço, no entanto, que ainda são raros os estudos e os enfoques sobre esse capítulo da trajetória da Justiça do Trabalho. Muitas questões, mesmo à época em que vigente o modelo de magistratura tripartite, não foram adequadamente enfrentadas. Por exemplo: em alguns tribunais, o representante classista, além de receber igualmente a distribuição de feitos, conhecia e processava medidas cautelares, mandados de segurança, ações rescisórias, entre outros procedimentos de caráter técnico, com direito, inclusive, à concessão de liminares. Tal prerrogativa, escudada em regimento interno, não encontrava, a meu ver, respaldo na legislação, na medida em que a simetria com o que sucedia em Primeiro Grau, no qual os vogais não ostentavam qualquer prerrogativa semelhante, desautorizava a violação do princípio do juiz natural pela normatização interna do tribunal. Além disso, essa previsão regimental desaguava num paradoxo irrespondível: como cometer a um juiz-leigo o exame da abusividade ou não, em face do Direito, de uma decisão judicial hostilizada pela via mandamental? Apesar de pouco explorado, esse foi também um fator que contribuiu para o desgaste do sistema originalmente desenhado para a Justiça do Trabalho e que resultou na Emenda nº 24.

3 Trata-se do caráter da “supralegalidade” de que se reveste a Constituição, “que a impõe sobre todos os textos legislativos, atos administrativos e jurisdicionais” (DANTAS, 2012, p. 36).

Consolidação das Leis do Trabalho, é importante sublinhar o que a *hermenêutica constitucional* dispõe a respeito do fenômeno intertemporal decorrente do advento de normas de estatura fundamental sobre o tecido normativo subalterno ou infraconstitucional.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 1133), a *condição hierárquico-normativa* das normas constitucionais se projeta em diversas dimensões.

Uma delas se constitui na ideia de *autoprimazia normativa*, no sentido de que “as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior”.

Outra dimensão diz com a sua *força heterodeterminante*, nomeadamente na sua faceta *negativa*. É dizer: as normas hierarquicamente inferiores (Direito Ordinário) hão de se converter em “Direito Constitucional concretizado” (CANOTILHO, 2002, p. 1135), de modo que a tessitura normativa infraconstitucional apresente *conformidade formal e material* com a sua matriz fundante e legitimadora, que é a própria Constituição (na sua formulação originária ou reformada).

Nesse contexto, observa o jurista lusitano, o Direito Constitucional é concebido como parâmetro material de todos os ramos do Direito, inclusive o processual, o qual é tido atualmente como “materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais, e, nesse sentido, se fala da crescente ‘constitucionalização’ da ordem processual civil, e, sobretudo, penal” (CANOTILHO, 2002, p. 1135).

Delineada sua supremacia, temos que – sob o ponto de vista intertemporal – não se cogita da eficácia de normas hierarquicamente inferiores em face da Constituição, as quais passam por uma espécie de filtro: a *consideração hermenêutica de recepção*.

Essa ferramenta tem o mérito de não deslegitimar – a um só golpe – o tecido normativo

pré-constitucional, quando da gênese de um novo paradigma constitucional. Em princípio, o chamado direito pré-constitucional pode seguir legitimado a ter eficácia, desde que guarde compatibilidade com o seu tronco legitimador.

O que sucede, porém, com frequência é que essa consideração de compatibilidade, em que se constitui o fenômeno da recepção, ganha relevo em sua manifestação implícita, isto é, sem que haja qualquer disposição expressa da Constituição quanto à revogação ou não de normas inferiores.

Não se trata, portanto, de inconstitucionalidade superveniente, mas de revogação, diante da falta de recepção de normas infraconstitucionais em face da Constituição, cujo controle é exercido de forma difusa ou, excepcionalmente, pela via subsidiária da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por meio da qual se pode perquirir sobre a conformidade de normas pré-constitucionais em confronto com os preceitos contidos na Constituição em vigor.

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como estampa o seguinte aresto:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DE ATO ESTATAL EDITADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA CF/88. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização

concentrada de Constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova constituição, à tutela jurisdicional de Constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por essa Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. *A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.* O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade” (STF, ADIQUO-7/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4/9/1992, grifo nosso).

Tendo em conta esses conceitos e essas ferreamentas hermenêuticas, cabe agora confrontar as alterações promovidas pela Emenda nº 24 com as disposições processuais do trabalho, examinando-se as possíveis antonímias derivadas do fenômeno intertemporal projetado pela atuação do Constituinte Derivado.

3. O novo desenho jurisdicional da Justiça do Trabalho: Juiz do Trabalho ou Vara do Trabalho?

Por certo, os debates políticos que culminaram com a promulgação da Emenda nº 24 gravitaram em torno da extinção, propriamente dita, da representação classista na Justiça do Trabalho, mas o resultado normativo das alterações promovidas sobre suas regras constitucionais de organização demanda um olhar mais atento.

A primeira regra constitucional alterada pela Emenda nº 24 foi a inserta no art. 111, in-

ciso III, cujo *caput* explicita quais são os órgãos da Justiça do Trabalho.

No plano do Primeiro Grau de Jurisdição, de que trata precisamente o inciso III, as “Juntas de Conciliação e Julgamento”, órgãos colegiados, de composição tripartite (Juiz do Trabalho de carreira e dois vogais, um representante profissional e outro dos empregadores), foram substituídas apenas pelos “Juizes do Trabalho”.

A jurisdição em Primeiro Grau passou, portanto, por uma aguda transformação de arquitetura jurisdicional, tendo a reforma constitucional em estudo introduzido um modelo semelhante ao que existe nos demais ramos do Poder Judiciário (art. 106, II; art. 118, III; art. 122, II, parte final; e art. 125, § 3º, CF), com o exercício monocrático da jurisdição pelo Juiz do Trabalho de todos da carreira, apenas.

Uma nota importante: no lugar das Juntas, há, desde então, os Juizes do Trabalho, que são os órgãos jurisdicionais.

Algumas publicações da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como textos da literatura especializada, sem se esquecer também de muitos julgados, não têm observado com a atenção devida essa peculiaridade e indicam, como órgão judicante de Primeiro Grau, a *Vara do Trabalho*.

No entanto, de acordo com a Constituição, *Vara do Trabalho não é órgão judicante*, mas apenas unidade organizacional onde atua(m) o(s) órgão(s) judicante(s): um ou mais de um Juiz do Trabalho.⁴

4 Talvez o equivocado uso da denominação “Vara do Trabalho” tenha sido consequência de *duas ordens* de consideração. A primeira refere-se à ideia de substituição da “Junta” por uma expressão mais aproximada de impessoalidade – a “Vara”. Sucede que a Junta de Conciliação e Julgamento era órgão jurisdicional, ainda que não o único em 1º Grau, mesmo antes da Emenda nº 24. Isso porque os arts. 659, II, e 877 da CLT reservavam – e ainda reservam, por suposto – a atribuição de cumprimento das decisões ao Juiz (até o advento da Emenda nº 24, chamado togado ou de carreira). É dizer: as Juntas, como órgãos jurisdicionais colegiados, apenas atuavam na chamada fase de conheci-

Isso se deve ao fato de que o atual regime legal permite que, ao lado do Juiz Titular da Vara do Trabalho, também atue outro, em substituição legal ou em regime de auxílio (art. 656, CLT, com a redação dada pela Lei nº 8.432/92).⁵

mento e, mesmo assim, nas decisões de mérito. Os atos de impulsionamento do processo e as decisões interlocutórias sempre estiveram no rol de atribuições do então denominado Juiz Presidente da Junta, nos termos do rol de atribuições conferidas pelo já mencionado art. 659 da CLT. A *segunda consideração* possivelmente tem relação estreita com uma visão da pirâmide organizacional da Justiça do Trabalho. Visualizando-se os tribunais a partir do 2º Grau de jurisdição, assenta-se uma tendência de se procurar um órgão igualmente impessoal no 1º Grau. Ocorre que os tribunais, a rigor, carregam, sob a mesma denominação, duas projeções distintas: são órgãos jurisdicionais colegiados – quando em sua composição plena –, mas são também unidades administrativas em que atuam outros órgãos fracionários de caráter jurisdicional, por exemplo: órgão especial, seções, câmaras ou turmas, presidência, corregedoria, etc. Aos tribunais, também sob a dimensão administrativa, estão vinculados os juízes do trabalho, sendo aqueles os órgãos de correição e disciplina. Essa natureza bifronte da expressão “tribunal” merece exata compreensão sempre que a utilizarmos.

5 Esse regime de auxílio, a depender de um sistema objetivo de lotação ou zoneamento de Juízes (art. 656, § 1º, CLT; STF, MS 27.958, Rel. Min. Ricardo Lewandovsky), encontra-se, no caso do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, por exemplo, disciplinado pela Resolução Administrativa nº 48/2011 (disponível em www.trt21.jus.br), de cujo inteiro teor transcrevo os seguintes dispositivos: “Art. 1º A lotação, zoneamento e designação dos Juízes do Trabalho Substitutos da 21ª Região, bem como a distribuição das atividades jurisdicionais e administrativas no Primeiro Grau, observam as normas contidas na presente Resolução Administrativa, que se orienta pelos seguintes princípios: I – efetividade na entrega da prestação jurisdicional, em prazo razoável; II – eficiência na gestão processual; III – governança dos Juízes nas atividades administrativas de Primeiro Grau; IV – cooperação; V – prestígio à antiguidade na carreira da Magistratura; VI – distribuição equitativa das atividades jurisdicionais [...] Art. 2º Para fins de lotação e zoneamento dos Juízes do Trabalho Substitutos, a jurisdição territorial do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região é dividida em três circunscrições: [...] Art. 3º Os Juízes Substitutos serão designados para atuar nas Unidades Judiciárias de primeiro grau do Tribunal Regional da 21ª Região de acordo com a conveniência do serviço, os interesses da Administração e dos jurisdicionados, observando-se os seguintes regimes: I – Lotação, como Juiz Auxiliar, em caráter permanente, a ser prestada por Juízes do Trabalho fixos, lotados nas unidades judiciárias de Natal e Mossoró, independentemente da movimentação processual e, nas demais unidades, que contem com média de 1000 (um mil) processos distribuídos, nos últimos dois anos, para que haja planejamento das atividades judiciárias; II – Auxílio em caráter temporário, a ser prestado preferencialmente por Juízes do Trabalho da Reserva Técnica, objetivando execução de programas ou projetos específicos e em casos de acúmulo extraordinário de serviço na Unidade Judiciária; III – Substituição, em caráter temporário, a ser prestado preferencialmente por Juízes Substitutos da Reserva Técnica, quando a Unidade Judiciária para a qual for designado não contar com Juiz Titular em exercício ou este estiver afastado da jurisdição; IV – Zoneamento, a ser prestado em caráter permanente, preferencialmente por Juízes do trabalho zoneados na circunscrição, de forma compartilhada entre as Unidades Judiciárias. Art. 4º As Unidades Judiciárias que contem com o regime de lotação são atendidas por um Juiz Titular e um Juiz Auxiliar. Parágrafo único. A Corregedoria observará a média de processos distribuídos, igual ou superior a 1000 (um mil), no período de dois anos, a fim de se verificar a necessidade de permanência do regime de lotação e a possibilidade de inclusão das demais Unidades Judiciárias neste regime. Art. 5º A distribuição dos Juízes Substitutos mediante lotação ou zoneamento será feita pelo Presidente e Corregedor e observará o critério da antiguidade – de acordo com a última lista de antiguidade publicada pelo Tribunal – e a preferência manifestada pelo interessado pela Circunscrição e, quando couber, pela Unidade Jurisdicional. § 1º O Presidente e Corregedor expedirá edital para que os interessados manifestem sua preferência por escrito, em oito dias, para ocupação das vagas disponíveis; § 2º Na manifestação tratada no parágrafo anterior, cada Juiz, ou procurador regularmente constituído, deve considerar todas as vagas disponíveis, e, de forma expressa, a ordem de preferência de cada uma das vagas. § 3º Os Juízes que não forem lotados ou zoneados, em razão do critério de antiguidade, constituirão a Reserva Técnica, ficando a critério da administração a sua atuação. § 4º Cabe ao Presidente e Corregedor designar o Juiz Substituto que permanecer em silêncio no prazo estabelecido pelo § 1º deste artigo. § 5º O Presidente e Corregedor do Tribunal

Logo, por ausência de recepção, é necessário que o intérprete da legislação trabalhista faça *interpretação conforme a Constituição* sempre que diante da expressão “Junta de Conciliação e Julgamento”, tomando, no seu lugar, a força normativa da expressão “Juizes do Trabalho”, de que trata o art. 111, III, reformado pela Emenda nº 24.

Desse modo, não é tecnicamente adequado se dirigir, em petições, por exemplo, à “Vara do Trabalho”; tampouco é ajustado que o Magistrado do Trabalho consigne expressões do tipo “decide a Vara do Trabalho”, entre outras semelhantes.

Pessoalmente, tenho que, após a Emenda nº 24, os textos judicantes devem seguir a conjugação da primeira pessoa (decido, defiro, entendo, concedo, acolho, etc.). Além de se aproximar mais da ideia de órgão judicante unipessoal ou monocrático, projeta ao jurisdicionado compromisso institucional entre o que se decide e quem

decide. Do ponto de vista estético-linguístico, pois, essa posição me parece melhor.

Também não me parece tecnicamente apropriado que se encaminhem processos ou expedientes “para a Vara do Trabalho”, que não é órgão jurisdicional. E, mesmo como unidade administrativa, aloja diversos atores institucionais (juizes, diretor de secretaria, servidores), sendo de todo conveniente que se indique a quem se destina determinado expediente.

Ainda nesta parte, mencionem-se alguns rápidos registros acerca dos efeitos da Emenda nº 24/99 sobre os demais graus de jurisdição da Justiça do Trabalho.

Regional da 21ª Região expedirá os atos de designação para atuação em regime de Lotação, Zoneamento ou Reserva Técnica. § 6º Nas distribuições subsequentes, a Presidência do Tribunal publicará edital para que os Juizes Substitutos, no prazo de cinco dias, manifestem interesse na ocupação das vagas abertas. § 7º O Juiz que exercer a preferência pela CAEX, de acordo com a antiguidade, será nela lotado, sem prejuízo de sua atuação jurisdicional em regime de auxílio temporário ou substituição nas Varas do Trabalho da Primeira Circunscrição, caso não haja disponibilidade na Reserva Técnica em razão da necessidade de serviço. § 8º Havendo necessidade excepcional, em razão de não disponibilidade de Juiz nos quadros da Reserva Técnica, o Juiz lotado ou zoneado poderá ser designado, em caráter temporário, para atuar em Vara diversa a correspondente a sua lotação ou abrangida pelo seu zoneamento, retornando à origem depois de cessada a causa [...] Art. 6º Os Juizes do Trabalho Titulares e Substitutos têm iguais condições materiais de trabalho e de recursos humanos disponíveis, cabendo ao Juiz Titular a administração da Unidade Judiciária, com auxílio do Juiz Substituto em todas as atividades de natureza administrativa. § 1º Providências administrativas urgentes podem ser adotadas pelo Juiz Substituto na ausência eventual do Juiz Titular, sujeitas a posterior ratificação por este. § 2º Cabe ao Juiz do Trabalho Substituto a administração da Unidade Judiciária na qual estiver lotado ou zoneado em caso de vacância da titularidade ou impedimento do Juiz Titular. § 3º Encontrando-se a Vara com dois Juizes Substitutos lotados simultaneamente, a administração da unidade judiciária competirá ao Zoneado. Não havendo

juiz Zoneado, a administração será exercida pelo Substituto mais antigo, conforme a lista de antiguidade. § 4º Ao Juiz Auxiliar lotado na Unidade de Jurisdição compete a indicação de servidor para função comissionada de sua assistência. Caso não haja Juiz Substituto lotado na Vara a função comissionada poderá ser ocupada, temporariamente, por servidor indicado pelo Juiz Titular. § 5º Os Juizes Substitutos têm as mesmas funções jurisdicionais dos Juizes Titulares, devendo seu exercício pautar-se pelo auxílio mútuo e recíproco. § 6º As atividades da Secretaria da Vara do Trabalho são comuns ao Juiz Titular e ao Substituto que nela atuem. § 7º Os gabinetes dos Juizes são compostos, por, no mínimo, um assistente de Juiz e um estagiário, vinculados ao Juiz Titular e ao Juiz Substituto. Art. 7º A divisão de trabalho nas Varas em que houver regime de lotação é equânime, de acordo com as classes processuais, observando-se critérios objetivos de distribuição dos processos. § 1º Aos Juizes Titulares são encaminhados os processos com numeração final ímpar, desconsiderando-se o dígito verificador. Aos Juizes Auxiliares cabem os processos com numeração final par, desconsiderando-se o dígito verificador. § 2º Os processos têm sua tramitação determinada pelo Juiz respectivo, que tem liberdade na fixação da pauta de audiência. § 3º A identificação dos processos é providenciada mediante aposição das expressões “Juiz Titular” e “Juiz Auxiliar” na capa do processado, conforme a distribuição entre pares e ímpares. § 4º Os processos são distribuídos aleatoriamente, com compensações automáticas nos casos de suspeição e impedimento. Art. 8º Os Juizes lotados na Unidade Judiciária podem estabelecer, de comum acordo, compensações de serviços, respeitados os princípios da economia e da celeridade processual, prevalecendo o interesse jurisdicional. § 1º Nos casos de suspeição e impedimento, o processo é redistribuído ao outro Juiz lotado na Vara do Trabalho, com compensação. § 2º A homologação de acordo é providenciada pelo Juiz condutor do processo, salvo casos devidamente justificados, a fim de não prejudicar a prestação jurisdicional e a independência funcional de cada magistrado. § 3º Na eventual ausência do Juiz a quem couber o processo por distribuição cabe ao Magistrado em exercício na Unidade Judiciária apreciar as tutelas de urgência, remetendo-se, em seguida, ao Juiz para o qual o processo foi distribuído. [...]”.

Quanto ao Tribunal Superior do Trabalho, a Emenda nº 24, de forma expressa, também eliminou a presença dos representantes classistas, reduzindo-se o número de ministros para 17 (dezessete). A composição somente foi restaurada ao número de 27 (vinte e sete) com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

No tocante aos tribunais regionais, a previsão de representação paritária foi eliminada (art. 113, CF), mas não houve expressa determinação quanto à (re)composição de seus quadros de magistrados. Por essa razão, com a chancela da interpretação do Supremo Tribunal Federal⁶, os cargos antes destinados à representação do vocalato foram assegurados aos magistrados vitalícios.

Outra alteração levada a efeito pela Emenda 24 diz respeito à composição das turmas julgadoras nos tribunais, que ajustaram seus regimentos internos para permitir a atuação mínima de três julgadores, a despeito do que estatuem os arts. 670, § 8º, e 672, § 1º, da CLT, atingidos pela extinção da representação classista.

Sobre o tema, é oportuna a reprodução de aresto do Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. QUÓRUM DE VOTAÇÃO DE TURMA JULGADORA NO TRT. MÍNIMO DE TRÊS MAGISTRADOS. ARTS. 672, § 1º, DA CLT E 555 DO CPC. Caso em que a Turma não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante, no item relativo à preliminar de nulidade do julgamento do recurso ordinário em face da ausência de quórum mínimo no TRT, por entender que a aplicação subsidiária do art. 555 do CPC, apontado como violado, é incabível, na medida em que a matéria, no processo do trabalho, está disciplinada

6 “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CLASSISTA NA JUSTIÇA LABORAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24/99. VAGAS DESTINADAS A ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE. 1 – Legitimidade do Presidente da República para figurar no pólo passivo do writ, tendo em vista ser ele o destinatário da lista tríplice prevista no § 2º do art. 111 da Constituição Federal, visando ao provimento dos cargos em questão. Precedente: MS nº 21.632, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2 – Não aplicação, ao mandado de segurança coletivo, da exigência inscrita no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e da indicação dos seus respectivos endereços. Requisito que não se aplica à hipótese do inciso LXX do art. 5º da Constituição. Precedentes: MS nº 21.514, rel. Min. Marco Aurélio, e RE nº 141.733, rel. Min. Ilmar Galvão. 3 – Composição do Tribunal Superior do Trabalho. Proporcionalidade. Emenda nº 24/99. Artigos 111, § 1º, 94 e 115, caput da Constituição Federal. Por simetria com os TRFs e todos os demais tribunais de grau de apelação, as listas tríplices haverão de ser extraídas das listas sêxtuplas encaminhadas pelos órgãos representativos de ambas as categorias, a teor do disposto no art. 94, *in fine*. A regra de escolha da lista tríplice, independentemente de indicação pelos órgãos de representação das respectivas classes é restrita aos tribunais superiores (TST e STJ). Não procede a pretensão da impetrante de aplicar aos Tribunais Regionais do Trabalho a regra especial de proporcionalidade estatuída pelo § 1º do art. 111 da Constituição, alusiva ao Tribunal Superior do Trabalho. Segurança denegada” (STF, MS 23769, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/2002).

pelo art. 672, § 1º, da CLT. Consignou que, de acordo com o disposto no art. 769 da CLT, somente é aplicável o direito processual comum como fonte subsidiária, nos casos omissos e quando houver compatibilidade das normas previstas na CLT. Verifica-se, todavia, que inexistia alegada incompatibilidade, visto que o dispositivo da CLT que trata da matéria faz referência à representação classista, a qual foi extinta pela Emenda Constitucional 24/99, o que confirma a possibilidade de também se adotar o art. 555 do CPC como fundamento para a exigência do *quorum* mínimo de votação de três magistrados nos tribunais trabalhistas. Constata-se, ademais, que a norma constante do CPC é uma repetição da norma prevista na CLT, com a exclusão da representação classista, o que afasta a suposta incompatibilidade. Considerando, pois, que o julgamento colegiado a ser realizado no âmbito dos tribunais trabalhistas é constituído de, no mínimo, três magistrados, exigência prevista também nos regimentos internos dos Tribunais, e que, no caso, consta da certidão de julgamento que o recurso foi julgado por apenas dois magistrados, visto que o terceiro presente à sessão absteve-se de julgar porque estava impedido para atuar no processo, impõe-se o reconhecimento da nulidade do acórdão regional por vício na composição da Turma julgadora. Recurso de embargos conhecido e provido” (TST-E-ED-RR-64900-81.2005.5.01.0060, SBDI-I, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, divulgado no DEJT de 25/3/2011).

Em realidade, essa posição veio a pacificar uma inicial hesitação que pairou sobre a Justiça do Trabalho na leitura – após a Emenda nº 24/99 – dos mencionados dispositivos da CLT.

É que, em grande medida, a possibilidade de constituição de turmas com três magistrados abria, do ponto de vista institucional, uma janela de profundas modificações para os Tribunais Regionais, em especial aqueles de composição mínima ou de menor composição, que até então somente funcionavam na sua formação plenária.

A estabilização do tema fecundou uma nova apresentação de órgãos judicantes fracionários na Justiça do Trabalho, que tem contribuído para a melhoria da *performance* jurisdicional, na medida em que propiciou uma maior dinâmica no julgamento dos recursos.

Assim, vê-se que a Emenda nº 24/99 contribuiu também para o processo histórico de concretização do preceito da duração razoável do processo, de cariz supralegal, porquanto constitui tema não só consagrado pela ordem constitucional interna, mas também homenageado por conhecidas normas internacionais (*Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José*, art. 8º, 1; *Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, arts. 5º e 6º).

4. Sobre o procedimento de julgamento de exceções de suspeição (ou impedimento) opostas em face de Juiz do Trabalho

A mudança constitucional na estrutura dos órgãos da Justiça do Trabalho, levada a efeito pela Emenda nº 24, fez surgirem dúvidas quanto à conformação procedimental da exceção de suspeição (ou impedimento⁷) em face do Juiz do Trabalho.

O modelo descrito na CLT (art. 802) estabelece o processamento e o julgamento pelo

⁷ Faço a referência, entre parêntesis, à outra hipótese de defesa indireta contra o processo, relativamente ao órgão julgador, porque a CLT não cogita, de forma expressa, a exceção de impedimento. No entanto, assentou-se, desde muito, a simetria, no particular, com o Processo Comum, em homenagem à Teoria Geral do Processo, que admite processamento, como exceção, tanto das razões capituladas como suspeição, quanto daquelas tipificadas como impedimento. É que o art. 801 da CLT trata de temas próprios da suspeição do juiz (inimizade, amizade, interesse) e de impedimento (parentesco) sob o manto geral de “suspeição”, em ofensa à melhor técnica contemporânea do processo geral. No Código de Processo Civil, o tema é apresentado de forma mais didática e técnica, descrevendo-se, no art. 134, as situações que geram impedimento do juiz e, nos arts. 135 e 136, os motivos de sua possível suspeição.

próprio órgão, já que parte da premissa de sua composição colegiada:

“Art. 802 – Apresentada a exceção de suspeição, o juiz ou Tribunal designará audiência dentro de 48 (quarenta e oito) horas, para instrução e julgamento da exceção.

§ 1º – Nas Juntas de Conciliação e Julgamento e nos Tribunais Regionais, julgada procedente a exceção de suspeição, será logo convocado para a mesma audiência ou sessão, ou para a seguinte, o suplente do membro suspeito, o qual continuará a funcionar no feito até decisão final. Proceder-se-á da mesma maneira quando algum dos membros se declarar suspeito.

§ 2º – Se se tratar de suspeição de Juiz de Direito, será este substituído na forma da organização judiciária local”.

Apesar de não estar previsto expressamente, o costume judiciário se firmou, no âmbito do 1º Grau, no sentido de condução do processo, uma vez oposta a exceção, por outro membro da então Junta: se a exceção foi oposta, por exemplo, contra o Juiz Presidente, assumia a condução do processo o seu substituto legal.

É de lembrar ser um dever do juiz dar-se por impedido ou declarar sua suspeição, inclusive por motivo de foro íntimo (art. 137, CPC).

Pois bem. Com o advento do novo modelo jurisdicional, o *art. 802 da CLT não se mostra recepcionado pela ordem constitucional* inaugurada pela Emenda nº 24, pelo menos no que se refere ao 1º Grau, uma vez que ela em nada atinge os tribunais, que se regem pela colegialidade e, portanto, ainda permitem a eficácia, conforme a Constituição, do referido dispositivo legal.

Não me parece razoável que a interpretação conforme permita que, no lugar do órgão colegiado, atue – no exame de impugnação ao julgador – o próprio juiz apontado como peitado ou impedido. Trata-se de solução que não se harmoniza com a Teoria Geral do Processo.

Mesmo a ideia de que teria a parte como impugnar a decisão do juiz, de não se abster de conduzir o processo, quando do recurso ordinário (impugnação diferida) não basta para acomodar os interesses fundamentais do processo, visto que constrangeria a parte a suportar a tramitação do processo, com todos os danos possíveis, por juiz sob a desconfiança do jurisdicionado.

Por certo, não desconheço a possibilidade de a exceção ser oposta apenas com o intuito de ver travada a boa marcha processual, em razão da suspensão do processo, como impõe o art. 799 da CLT (“nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência”), no que é simétrico ao art. 265, III, do CPC. Contudo, estamos no terreno dos direitos fundamentais atinentes ao processo. Direito ao acesso à justiça e ao devido processo legal, que implica não só o juiz natural, mas também sua imparcialidade.

Assim, o tema se submete – pela ausência de recepção do art. 802 da CLT – à insuficiência normativa superveniente, abrindo-se espaço para a sua colmatação e atraindo-se, nos termos do art. 769 da CLT, a aplicação supletiva do rito descrito no Código de Processo Civil:

“Art. 312. A parte oferecerá a exceção de impedimento ou de suspeição, especificando o motivo da recusa (arts. 134 e 135). A petição, dirigida ao juiz da causa, poderá ser instruída com documentos em que o excipiente fundar a alegação e conterà o rol de testemunhas.

Art. 313. Despachando a petição, o juiz, se reconhecer o impedimento ou a suspeição, ordenará a remessa dos autos ao seu substituto legal; *em caso contrário*, dentro de 10 (dez) dias, dará as suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, *ordenando a remessa dos autos ao tribunal*.

Art. 314. Verificando que a exceção não tem fundamento legal, o tribunal determinará o

seu arquivamento; no caso contrário condenará o juiz nas custas, mandando remeter os autos ao seu substituto legal” (grifo nosso).

Essa solução, inclusive, é a recomendada pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, como se vê da sua Consolidação de Provimentos:

“Art. 13. Se o juiz de primeiro grau não reconhecer o impedimento ou a suspeição alegada, aplicar-se-á o procedimento previsto nos artigos 313 e 314 do Código de Processo Civil, exceto, quanto a este último, na parte relativa à condenação às custas ao magistrado. (Redação dada pelos Atos GCGJT nºs 004/2009, de 13/8/2009, e 002/2010, de 8/4/2010.)

Parágrafo único. Acolhido o impedimento ou suspeição do juiz, será designado outro magistrado, que incluirá o processo em pauta no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Introduzido pelo Ato GCGJT nº 004/2009, de 13/8/2009.)”.

Há precedentes, também, na jurisprudência. Eis aresto:

“EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. JUIZ DO TRABALHO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. JULGAMENTO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL. O art. 802 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, encontrando-se revogado, não havendo mais espaço para se sustentar a sua aplicação, bem como para se declarar a competência do Juiz do Trabalho para apreciar a exceção de suspeição oposta contra sua pessoa, em especial de forma monocrática. O exame da exceção de suspeição, à luz da Constituição Federal, também deve observar o devido processo legal, o que pressupõe a imparcialidade do Juiz. Assim, o magistrado contra o qual foi levantada a exceção não pode participar do julgamento, mesmo porque, no caso, ele figura como parte no incidente e, a teor do disposto art. 135, I, do CPC, é defeso ao Juiz atuar em processo de que seja parte, sob pena

de quebra do princípio da imparcialidade e do devido processo legal. Destarte, o julgamento do incidente suscitado em face do Juiz do Trabalho de primeira instância, compete ao Tribunal a que ele está vinculado” (Proc. nº 00093.2008.000.13.00-7, Rel. Juiz Edvaldo de Andrade, julg. 15/5/2008).

Ao que tudo indica, pois, a perda da eficácia do art. 802, na parte atinente aos Juízos de 1º Grau, encontra-se estabilizada.

5. Sobre a publicação das decisões monocráticas: forma, publicação e contagem do prazo (Súmula nº 197 do TST)

5.1. A forma das decisões monocráticas na Justiça do Trabalho de 1º Grau

Vigora, entre nós, o *princípio da instrumentalidade das formas* processuais, cujo núcleo protege a eficácia do ato praticado, independentemente de sua apresentação formal, desde que atingidos o objetivo a que se propõe o ator processual que o pratica e o propósito do ato em si.

Nada obstante, há aspectos dos atos processuais que merecem aperfeiçoamento, nomeadamente quando causam algum embaraço que, mesmo não comprometendo a essência do procedimento, abala a eficiência e o prestígio do processo como manifestação de administração racional da justiça.

Com a previsão constitucional, após a Emenda nº 24/99, do exercício monocrático da jurisdição no 1º Grau da Justiça do Trabalho, temos de ter presentes algumas repercussões formais e estéticas que decorrem desse ajuste de arquitetura e de modelo de Justiça.

Logo, salta aos olhos que, mesmo após a reforma constitucional em tela, muitos Juízos trabalhistas continuam prolatando decisões

em forma de “ata”, de que trata o art. 851 da CLT, ainda que essa “ata de julgamento” seja, em essência, uma *decisão monocrática* redigida pelo Juiz do Trabalho *fora do ambiente de audiência* (no seu gabinete, por exemplo) e juntada em seguida aos autos pela Secretaria.

Creio se tratar da manifestação de um *fenômeno inercial*, próprio das formas, solenidades e expressões positivas do Direito, como já assentou Zagrebelsky (2005), cujo resultado é a sobrevivência de rotinas sem lastro conceitual ou valorativo contemporâneo, uma espécie de resíduo histórico que convive com os poros de renovação. Nas palavras desse autor:

“La supervivencia ‘ideológica’ del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa de cambio de las circunstancias que originalmente las habían justificado. Antes de pasar a considerar su modo de componerse, es preciso prestar atención a las superaciones que constituyen la novedad fundamental de los ordenamientos jurídicos del siglo XX y que hacen del iuspositivismo [...] un puro e simple residuo histórico” (ZAGREBELSKY, 2005, p. 41).

Há diversos problemas nesse procedimento:

a) o termo de audiência ou ata constitui ato processual que reproduz os principais acontecimentos de uma reunião, de uma audiência judicial. Pode, como resumo de um feixe de atos processuais, conter diversos tipos de decisões interlocutórias e até mesmo a sentença, resolutive ou não resolutive do mérito.

Não me parece, contudo, fazer sentido uma ata de sessão, destinada à prolação de uma sentença, que, no plano formal, esteja a indicar uma reunião do Juiz com ele mesmo, como se sessão pública aberta fosse.

Tanto é assim que, nessas condições, é comum o registro da expressão: “ausentes as partes”. Em alguns casos, já cheguei a presenciar a indignação de jurisdicionado, no setor de atendimento da Secretaria de uma determinada Vara do Trabalho, assinalando que só não esteve presente porque lhe foi dito que não precisava comparecer em audiência alguma, mas apenas receber, na própria Secretaria, uma cópia da sentença.

Em síntese: os atos processuais devem revelar aquilo que, em substância, se pratica.

As formas processuais que se distanciam dessa necessária correspondência causam o desprestígio da jurisdição e corroem a harmonia simbólica que dá a musculatura da legitimação da justiça;

b) há, acoplado a essa prática, um costume de designação de audiência para julgamento (inclusive com hora marcada), *meramente ficta*, mas que confunde as partes litigantes, que, por vezes, se deslocam para o foro no intuito de participar dessa “sessão de julgamento”.

Essa prática se expande até mesmo para o julgamento dos embargos de declaração eventualmente opostos, para cuja publicação também – em alguns foros – costuma-se designar data e hora de uma audiência, igualmente apenas no plano formal, visto que materialmente ela inexistia;

c) implica, muitas vezes, a subscrição da decisão também pelo Diretor de Secretaria (art. 712, “g”, CLT), em ofensa ao *preceito da reserva de jurisdição*, na medida em que ele subscreve ato eminentemente jurisdicional, para o qual não tem atribuição constitucional.⁸ Se não é certidão, mas substancialmente uma decisão monocrática, sua existência depende da assinatura do Juiz.⁹

Trata-se de procedimento que pode comprometer a ideia de eficiência e economia processual, máxime quando temos presentes as dificuldades das pessoas em se deslocar até os órgãos da Justiça do Trabalho.

Em realidade, o procedimento previsto no art. 851 se relaciona diretamente com duas realidades superadas pela Emenda nº 24/99: a) a colegialidade, que demanda a solução dos processos em sessões públicas; e b) o pronunciamento dos votos dos vogais classistas, a partir da proposta do Juiz do Trabalho, como determina o parágrafo único do art. 850 da CLT.¹⁰

8 O art. 712, “g”, revela uma época há muito perdida, pois cogita também de o Diretor secretariar as audiências (função hoje afeta a um servidor especializado), como de fato era no princípio da Justiça do Trabalho. Já faz longo tempo que essa realidade mudou, solapando a eficácia desse dispositivo. Atualmente, cabe a um servidor designado (não raro com uma função comissionada) exercer essa atividade de “digitador ou secretário de audiência”, modelo em que costuma o próprio Juiz assinar a ata. Nessa situação, mesmo sendo ata de instrução, e não de julgamento, não pode o Diretor de Secretaria subscrevê-la com o Juiz, seja porque não secretariou a audiência, seja porque a ata já está assinada pela autoridade judiciária, o que dispensa, para fins de fé pública, a firma de um membro da Secretaria que a ele está subordinado. É dizer: a validade ou fé de um documento assinado pela autoridade subordinante não está a depender do concurso da firma de autoridade subordinada.

9 “EXECUÇÃO – RECURSO DE REVISTA – CABIMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 896, § 2º, DA CLT – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PETIÇÃO SEM ASSINATURA. O artigo 896, § 2º, da CLT é claro ao dispor que “das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá recurso de revista, salvo na hipótese de ofensa direta à Constituição Federal”. O dispositivo alude a ofensa direta à Constituição, ou seja, aquela que se aperfeiçoa sem a necessidade de se aferir, em primeiro lugar, a existência de lesão a norma legal de hierarquia inferior. A hipótese é de petição de embargos à execução não assinada, conforme consigna o Regional: “deve ser confirmado o despacho que não conheceu da petição apócrifa apresentada pelo executado, porque a ausência da assinatura torna inexistente o ato”. Inviável, pois, a revista, porque, nesse contexto, o v. acórdão recorrido se limita a interpretar e aplicar preceitos de norma ordinária (arts. 13 e 284 do CPC). Logo, para se concluir pela ofensa direta e literal aos dispositivos da Constituição invocados, imprescindível, primeiro, seria a demonstração inequívoca de ofensa aos preceitos legais, procedimento incompatível com o recurso na fase de execução. Agravo de instrumento não provido” (TST, AIRR – 121000-80.1992.5.08.0007, Rel. Min. Milton de Moura França, 11/2/2005).

10 É interessante perceber a idiosincrasia do sistema original da CLT para a solução dos casos. A rigor, cabia ao Juiz do Trabalho, após a inteira condução da instrução processual, apenas sugerir uma proposta de solução da lide, que era, então, objeto de deliberação dos vogais, cabendo ao Juiz do Trabalho votar apenas em caso de empate entre eles, ou proferir voto médio, se fosse o caso. Em tese, poderiam os vogais adotar uma solução diferente da proposta, pelo que seria constrangedora obrigação do Juiz do Trabalho lavrar a sentença, prerrogativa que era sua. Daí porque, nessa época, era mais facilmente identificada a dife-

Sem esses requisitos, superados pela Emenda nº 24, esse procedimento não mais se sustenta.

Soma-se a isso o fato de que, ao tempo do desenho do modelo processual trabalhista, era possível – e até comum – a realização de uma audiência una, na qual também era pronunciado o veredicto de mérito. Tratava-se de outro momento, de menor rigor técnico e de maior simplicidade das pretensões, em razão do ainda emergente (e excludente) direito do trabalho.¹¹

De um tempo a esta parte, não é mais possível supor um procedimento na Justiça do Trabalho que admita a possibilidade de realização de todos os atos em audiência, principalmente os julgamentos. O fracionamento da instrução e do julgamento, ou apenas do julgamento, revela-se costume bastante sedimentado atualmente, em que pese a autoridade do art. 849 da CLT, que o posiciona apenas como exceção¹², e, mesmo assim, demandando sua continuação para a primeira oportunidade possível.

E mais: dependendo da complexidade do caso, é medida até mesmo salutar, a fim de elevar a qualidade dos julgamentos, que se tornam mais complexos, por obra da própria complexidade do mundo do trabalho, da legislação e das novas institucionalidades.

Isso não quer dizer que o Juiz não possa prolatar sua decisão em mesa, no exato modelo de que trata o referido art. 849 da CLT. Pode, mas, nessa hipótese, trata-se de sessão designada, com intimação prévia, para a leitura ou

a entrega da decisão às partes em mesa de audiência, com a presença do Juiz, procedimento que, a meu juízo, não se mostra consentâneo com a atual demanda jurisdicional, tampouco contribui para a eficiência dos trabalhos no Juízo, que demandam a atenção do Magistrado para outras tarefas de maior relevo, como a efetivação das tutelas em fase de cumprimento da sentença, por exemplo.

Em conclusão, nesta parte do estudo, tenho para mim que a sentença monocrática, na forma da tradição processual, é a mais apropriada para ajustar o procedimento trabalhista à conformação demandada pela Emenda nº 24/99.

5.2. Publicação da sentença monocrática

Como vimos, o procedimento original da CLT contava com a realização dos atos instrutórios e decisórios em audiência, com a presença das partes e do colegiado formado pelo Juiz do Trabalho e pelos vogais classistas. Desse modelo se ocupam os arts. 848 a 851 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sucedem que, mesmo antes da Emenda nº 24/99, não era raro que a prolação da sentença tivesse lugar em panorama processual bem distinto.

O costume de designar a chamada “audiência de julgamento”, por meio da qual se proporcionavam – a meu ver adequadamente – uma melhor análise da lide e uma elaboração da sentença de forma mais serena, não era acooplado à realização de uma solene sessão judicial, como se supunha.

Muitas vezes (em alguns Juízos, a regra), essa audiência significava, em realidade, a ciência da sentença pelas partes e dos interessados na Secretaria, quando se firmava o “ciente” nos autos. Se contumaz o réu, realizava-se a intimação postal, nos termos do art. 852, parte final, da CLT.

rença entre decisão e sentença, momentos que, aos olhos do jurisdicionado, são indivisíveis no modelo da decisão monocrática, embora exista a divisão fenomenologicamente.

11 Sobre o alcance social dos direitos do trabalho e sua eficácia, sugiro ao leitor consultar French (2001).

12 Art. 849 (CLT): “A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação”.

Esse procedimento, em realidade, já se traduzia no procedimento do processo comum de publicação das decisões, quando não proferidas em audiência, com a presença das partes (art. 242 do CPC), e revelava ductibilidade procedimental do Processo do Trabalho, que incorporou esse método com o evidente propósito de dar maior fluxo às rotinas processuais, concentrando-se na audiência apenas as causas que demandavam atenção instrutória do Juiz ou mesmo que ainda estavam no estágio de conciliação.

Noutras palavras, o Processo do Trabalho, pelo influxo da fenomenologia (criativa e experimental), ajustou-se, admitindo outra forma de publicação das decisões.

Nesse passo, passamos a ter duas formas, as quais, a rigor, não desapareceram:

a) *publicação da sentença em audiência*: embora não seja mais obrigatória após a Emenda nº 24/99, que extinguiu a colegialidade do 1º Grau da Justiça do Trabalho, nada obsta que o Juiz do Trabalho profira sua decisão tão logo encerrada a instrução e recusada a segunda proposta de conciliação. Nesse caso, os termos da decisão se farão constar da ata de audiência, como sucede, aliás, em outros foros (juizados especiais, justiça ordinária, etc.).

Prolatada a decisão, ela é dada como publicada no mesmo instante, pois estão presentes as partes perante a autoridade judicante que a prolatou. Se revel, a CLT possui regra para a intimação da parte (art. 852).

Essa técnica de publicação de decisões judiciais – na própria sessão em que proferidas – não é peculiaridade do Processo do Trabalho. O Processo Eleitoral, por exemplo, utiliza-se da mesma técnica, como se vê do art. 11, § 2º, da Lei Complementar nº 64/2010.¹³

O que não me parece apropriado, por causar certos embaraços, é a designação de uma “audiência ficta”, “pautando-se”¹⁴ o processo apenas para a prolação da decisão, o que implica, não raro, o deslocamento das partes.

Essa medida, em ambiente de acesso aos atos processuais pela rede mundial de computadores (pelas partes e advogados) não tem, a meu ver, mais relação com o preceito da eficiência.

13 A redação é a seguinte: “terminada a sessão, far-se-á a leitura e a publicação do acórdão, passando a correr dessa data o prazo de 3 (três) dias, para a interposição de recurso para o Tribunal Superior Eleitoral, em petição fundamentada”.

14 Agendar uma data para a publicação da decisão não implica, necessariamente, incluir ou manter o processo em pauta. A pauta é um plano de trabalho para a realização de sessões judiciais públicas, com a esperada (nem sempre possível) presença das partes, dos advogados e, obrigatoriamente, do Magistrado. A pauta não é um pré-agendamento de atos processuais, cuja realização observa, fora das sessões de audiência, prazos próprios. Por essa razão, mais impróprio ainda é incluírem-se decisões monocráticas de incidentes processuais na fase de execução de sentença (embargos à execução, embargos de terceiro, entre outros), por exemplo, em “pauta de julgamento”, medida que confunde as partes, que se deslocam até a sede do foro, imaginando tratar-se de uma reunião pública com a autoridade judicial.

Se não fará o Juiz a leitura da sentença na presença das partes, é melhor então que designe um dia¹⁵ para a publicação da sentença em Secretaria;

b) *publicação da sentença, nos autos, pela Secretaria*: nessa outra possibilidade, atualmente bem mais comum, a publicação é feita com juntada da decisão aos autos, na forma do procedimento comum, com certidão da Secretaria, indicando-se com precisão a data dessa juntada.

Esse procedimento foi apropriadamente descrito por Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 583) da seguinte forma:

“Se a sentença não for proferida na própria audiência de instrução e julgamento, por inexistência desse ato, ou porque o juiz não se achou habilitado a prolatá-la de pronto, a intimação ficará subordinada à regra do art. 242, § 2º do Código de Processo Civil, se não designar-se outra audiência para esse fim.

Inexistindo audiência, a publicação será feita em cartório, pelo escrivão, por meio de termo nos autos, seguindo-se da intimação na forma usual”.

Assim, se as partes foram intimadas da data da publicação, nenhuma outra providência será necessária, a não ser a disponibilização de cópia da decisão, para efeito de conhecimento de seus fundamentos e conclusão, ou seja, de

15 Uma nota pouco explorada pela literatura processual diz respeito a esse costume de designação de dia para publicação de julgamento, mesmo quando presente que essa publicação não será feita em audiência com as partes. Na realidade, trata-se de costume que decorre do comando contido no art. 849 da CLT (que indica a necessidade de designação de audiência em prosseguimento para a conclusão do exame da pretensão), mas que está ausente nos demais ramos do Poder Judiciário, os quais, como atualmente sucede na Justiça do Trabalho, também funcionam com o modelo monocrático em 1º Grau. A rigor, desaparecendo a colegialidade, não haveria razão para se tomar o preceito da obrigação de designação de audiência em prosseguimento para a prolação de julgamento. O costume, contudo, adotou essa prática na forma de um “agendamento” de decisão, de modo a observar um prazo razoável para a solução do litígio (prazo que é variável, no âmbito das diversas Regiões trabalhistas), o que, atualmente, constitui nota de qualificação e peculiaridade da Justiça do Trabalho.

seu inteiro teor, até mesmo para o exercício do direito fundamental ao devido processo legal e eventual interposição de recurso, se for o caso.

Se se tratar de publicação a destempo ou mesmo antecipação da data anteriormente indicada às partes, procederá a Secretaria à intimação das partes por meio da imprensa oficial ou pela via postal, segundo o comando judicial ou os costumes.

O que me parece essencial quanto a este tema, principalmente após a Emenda nº 24/99, é que *não se conservem práticas sabidamente incompatíveis com a racionalidade e a eficiência judiciárias*, muitas vezes em homenagem ao modelo de rotinas que está evidentemente em desconformidade com a Constituição Federal.

Não é demais lembrar que é papel do intérprete e aplicador do Direito a conformação da ordem jurídica infraconstitucional.

5.3. Contagem do prazo para eventual recurso ou para o trânsito em julgado da decisão: uma leitura da Súmula nº 197 do TST conforme a Constituição (após a Emenda nº 24/99)

Outro aspecto que me parece conectar-se mais diretamente com o ajuste do Processo do Trabalho ao que resulta da Constituição Federal após a Emenda nº 24/99 diz respeito à fluência do prazo para recurso.

Cuida-se de tema que também está ligado ao problema da publicação, o que demanda uma apropriada distinção entre este fenômeno – o da publicação – e o da intimação da parte, a partir de quando se inicia a efetiva contagem do prazo para eventual recurso ou para o trânsito em julgado da decisão.

Sobre esse assunto, esclarece, uma vez mais, Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 583) que:

“é preciso não confundir publicações com intimação da sentença, embora em alguns

casos os dois atos se dêem simultaneamente (publicação e intimação em audiência). De ordinário, são atos distintos e praticados separadamente: o escrivão publica a decisão, fazendo-a integrar o processo por meio de termo de juntada lavrado nos autos; em seguida, a intimação ocorre pela ciência dada às partes, segundo os diversos meios de comunicação autorizados em lei”.

A partir do que já foi assentado neste estudo, temos diversos cenários possíveis quanto à questão da fluência do prazo para a *estabilização da sentença*:

I. *sentença publicada em audiência, com a presença das partes*: nessa hipótese, tendo em conta que as partes tomaram conhecimento dos fundamentos e das conclusões do julgado, em direto contato com a autoridade judicial que o proferiu, tem-se o dia da prolação da decisão como dia da intimação, fluindo o prazo a partir de então, com a exclusão deste dia e a inclusão do dia final (art. 775, CLT), desde que:

a) seja imediatamente disponibilizada cópia da ata de julgamento às partes, de modo a viabilizar, substancialmente, o exercício do direito a recurso;

b) seja essa ata juntada aos autos no prazo máximo de 48 horas, nos termos do art. 851, § 2º, da CLT (na parte cuja eficácia não foi comprometida pela Emenda nº 24), c/c o art. 852-I, § 3º (“as partes serão intimadas da sentença na própria audiência em que prolatada”);

II. *sentença publicada em Secretaria, com data previamente designada*: nessa hipótese, a fluência do prazo se conta da data efetiva da juntada da decisão aos autos, desde que essa juntada se realize na data previamente agendada.

Intimadas as partes de que a sentença será publicada em determinado dia, é seu dever diligenciar para obter seu conteúdo, seja na Secretaria, seja por outro meio idôneo de divulgação de seu teor (Lei 11.419/06). O prazo começará a fluir a partir desse dia, independentemente de intimação formal às partes com esse propósito.

Nesse sentido, *por analogia*, é o entendimento contido na Súmula nº 197 do Tribunal Superior do Trabalho, assim vazada: “o prazo para recurso da parte que, intimada, não comparecer à audiência em prosseguimento para a prolação da sentença conta-se de sua publicação”. Se o prazo começa a fluir a partir de uma audiência efetivamente realizada, para a qual foi intimada a parte, com a mesma razão deve começar a fluir quando designado dia para publicação em Secretaria;

III. *sentença publicada em Secretaria, em data diversa da previamente agendada*: nessa hipótese, há de se ter em conta que a publicação da sentença se dá com a sua efetiva juntada aos autos.

Não é incomum que haja a designação de data para a publicação, mas que a juntada ocorra em dia diverso. Neste caso particular, considero

ser indispensável específica intimação da parte, *sob pena de violação a direito fundamental*.

Também aqui *não se aplica o disposto no art. 851, § 2º, da CLT*, quanto a autorizar a juntada da decisão no prazo máximo de até 48 horas, como se fosse possível um período de graça, ou um prazo diferido para a juntada, diverso da data agendada.

Parece-me que um exame do dispositivo referido da CLT e da própria Súmula nº 197 do TST, em *projeção histórico-evolutiva*, demonstra não ser admissível aquela possibilidade.

Isso se deve ao fato de que, tomada a hipótese de sua expressão fenomenológica, poderíamos ter a seguinte situação: designada a publicação para um determinado dia, a sentença só ser juntada *dois dias depois*¹⁶, do que resultaria, substancialmente, um prazo *de apenas 6 (seis) dias* para a parte ou seu advogado interpor recurso, em flagrante violação a seu direito fundamental de ver observada a integralidade do prazo legal que lhe é conferido, na plenitude das condições cognitivas para exercer esse direito, isto é, de posse dos fundamentos e das conclusões da sentença.

Logo, não socorrem à tese da possibilidade de juntada *a posteriori* da sentença os preceitos legais mencionados, tampouco a Súmula nº 197 do TST.

Afora isso, é preciso considerar que a redação do art. 851, § 2º, da CLT considerou o método sentencial colegiado, partindo-se do suposto de que as partes estavam sempre presentes (ou intimadas a se fazerem presentes) à audiência judicial pública em que prolatada a decisão.

Desse modo, desde aquele momento, já teriam tomado ciência de seus termos, de seus fundamentos, de suas conclusões.

Não sendo, pois, a hipótese de juntada da decisão na data efetivamente designada, tenho como necessária a intimação específica, a partir de quando será considerada a fluência do prazo recursal.

6. Ainda é necessária a designação automática de audiência para todos os processos em fase de conhecimento?

Estabelece o art. 841 da Consolidação das Leis do Trabalho que, por ato da Secretaria do Juízo, as partes serão notificadas, por ocasião do ajuizamento da ação, para comparecimento “à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias”.

Esse procedimento é bastante marcante no cenário processual trabalhista, constituindo um traço peculiar do seu funcionamento. Há precedente do Tribunal Superior do Trabalho assentando até mesmo

¹⁶ Aqui trato do prazo em dias, apesar de o art. 851, § 2º, da CLT referir-se a prazo em horas, porque o prazo para os recursos, nos termos da Lei nº 5.584/70, é contado em dias. Logo, não tem qualquer consequência a consideração do problema em horas.

que é a audiência que promove a estabilização da lide, permitindo-se o aditamento da inicial até esse momento.¹⁷ A literatura especializada, no entanto, revela dissonância (CORDEIRO, 2012, p. 615-616).

Parece-me, outrossim, forte entre nós a ideia de que a audiência trabalhista é palco da oralidade como técnica processual de grande relevância nos espaços da Justiça do Trabalho (oralidade que é admitida desde a postulação até a prolação de atos decisórios).

Também é a audiência momento de contato dos jurisdicionados com a mediação do Juiz do Trabalho, de quem se esperam os esforços de persuasão para uma possível conciliação entre as partes em litígio.

Suas qualidades não passaram despercebidas por outros microssistemas processuais, influenciando o rito sumário comum e o procedimento específico dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95).

Nada obstante essa quadra, não se pode olvidar que a designação compulsória de audiência, no atual desenho da competência da Justiça

17 “ADITAMENTO DA INICIAL – APLICAÇÃO DO ART. 264 DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO – INVIABILIDADE – NOTIFICAÇÃO INICIAL FEITA DE OFÍCIO PELO DIRETOR DE SECRETARIA DA VARA DO TRABALHO – ESTABILIZAÇÃO DO PROCESSO COM A ENTREGA DA DEFESA EM AUDIÊNCIA. I – É cediço ser imprescindível à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho, a teor do artigo 769 da CLT, o concurso dos requisitos ligados à omissão da CLT e à compatibilidade e adequação da norma alienígena aos princípios e regras normativas do Processo do Trabalho. II – Nesse sentido, a norma do artigo 264 do CPC preconiza que, ‘feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei’. III – Malgrado o silêncio da CLT, tem-se não só que o Processo do Trabalho é regido pelos princípios da oralidade, da celeridade, da informalidade e da economia processual, como também é de se considerar que a notificação inicial, tal qual estabelece o art. 841 da CLT, é ato do diretor de Secretaria da Vara do Trabalho. Assim, na sistemática do Processo do Trabalho, o Magistrado só tem contato com a reclamação trabalhista na audiência inaugural. IV – À vista de tais peculiaridades, admite-se o aditamento da inicial até a apresentação da defesa em audiência, visto que é neste momento que se dá a estabilização da lide trabalhista, desde que seja permitido à parte complementar a sua defesa. V – Nesse passo, registrado pelo Regional que o recorrido aditara a inicial, posteriormente à citação e antes da apresentação da defesa, para acrescentar causa de pedir ao pedido de responsabilidade subsidiária da recorrente, cuja anuência fora negada, mas tendo a recorrente se valido da oportunidade do exercício do direito de defesa, pois contestou o pedido feito em aditamento, sobressai a certeza de que foi plenamente observado o devido processo legal. [...] (RR – 56200-18.2008.5.09.0892, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 27/10/2010, 4ª Turma, Data de Publicação: 12/11/2010)”. É bastante interessante esse precedente, pois, de certa forma, amplia o que foi construído pela Teoria Geral do Processo sobre o tema, que admite o aditamento apenas até o instante da citação do réu. A partir daí, somente com a aquiescência da parte contrária. Porém, não se tratando de jurisprudência pacificada, é preciso considerar restrita essa posição, até mesmo porque há questões dela decorrentes que devem ser temperadas. Por exemplo: a inovação à *litiscontestatio* no momento da audiência nem sempre permite à parte reclamada simplesmente “complementar a defesa”, uma vez que pode ser necessário recorrer a informações, dados e provas que não estão disponíveis naquele instante. Por outro lado, desafia o preceito fundamental do contraditório e ampla defesa a compulsoriedade de complementação de defesa fora do prazo de cinco dias assegurado pelo Processo do Trabalho. Por fim, caso se suspendesse a sessão para que esse prazo fosse concedido, poderíamos ter outros problemas, como o arrefecimento da efetividade processual, comprometendo-se o valor da duração razoável do processo. O problema, pois, não é tão simples como sugere o precedente.

do Trabalho, bem como diante do volume de suas demandas, produz disfuncionalidades que precisam ser objeto de adequado estudo e reflexão.

Sobre esse aspecto, pontua Wolney de Macedo Cordeiro (2012, p. 620):

“A característica inata ao processo do trabalho, mesmo que abreviando o curso processual, acaba por atribuir ônus adicional aos litigantes, que devem, obrigatoriamente, comparecer às sessões previamente designadas, independentemente da presença de seus procuradores (art. 843, CLT). Nesse caso, a ausência dos litigantes gera efeitos contundentes no âmbito da relação processual, tendo em vista a imprescindibilidade da presença das partes”.

Dentro dos propósitos temáticos deste estudo, desejo apresentar ao leitor as seguintes hipóteses, a despeito da audiência:

a) o modelo processual trabalhista, antes da Emenda nº 24/99, somente concebia a cognição jurisdicional a partir da atuação de órgãos colegiados, inclusive no 1º Grau de jurisdição;

b) assim, a audiência se convertia não só na expressão de palco para a concentração de atos processuais, para a expressão da oralidade ou para a realização dos esforços de persuasão para a conciliação, mas também, e sobretudo, no meio que permitia o próprio funcionamento colegiado;

c) as alterações perpetradas pela Emenda nº 24/99, que estabeleceu a jurisdição monocrática, retiram, ao menos no que diz respeito ao palco cognitivo, a necessária e ontológica relação entre audiência e cognição processual, na medida em que, monocraticamente, é perfeitamente viável que a relação processual se desenvolva em outros espaços processuais, inclusive documentais.

Essas premissas permitem cogitar que o art. 841 da CLT, a partir da mudança de perfil da Justiça do Trabalho, em virtude do fim da representação classista, *pode e deve merecer temperos*, em benefício da nítida vantagem processual de não concentrar esforços na realização de prescindíveis audiências, as quais, como já mencionado, demandam a reserva de energia e dedicação de magistrados, servidores, partes e seus procuradores.

A jurisdição monocrática determinada pela Emenda nº 24/99 não pode conviver com essa compulsoriedade. *É necessária aqui uma interpretação do art. 841 da CLT conforme a nova ordem constitucional.*

Essa ductibilidade, gestada a partir do ventre da própria Constituição, também atende, por outra banda, a tendência contemporânea de maior flexibilidade procedimental, reforçando o caráter instrumental do processo e restaurando-lhe o vigor para a concretização dos preceitos fundamentais processuais contidos no Texto Fundamental da República.

Soma-se a isso o fato de que a nova competência da Justiça do Trabalho, antes e depois da Emenda nº 45/2004, agregou uma série

de procedimentos especiais que não demandam, necessariamente, a realização de atos em audiência, ainda que esta possa ser designada, a critério do juiz.

Assim como as ações de rito especial, como o mandado de segurança, ações cautelares, impugnações e incidentes na execução, outras demandas podem perfeitamente observar um percurso procedimental sem a realização prévia de audiência para o aperfeiçoamento da lide.

Vejamos alguns exemplos:

a) demandas em face de entes públicos da administração direta, autárquica e fundacional: como se sabe, o patrimônio público é revestido da propriedade especial de inalienabilidade e indisponibilidade. Logo, o administrador encontra na Constituição e nas leis limites para efetuar despesas e assumir obrigações legais.

Assim, diferentemente do que sucede com o particular, os representantes do Poder Público precisam de disposição legal expressa para transacionar em juízo¹⁸, razão pela qual, em linha de princípio, não se justifica a designação compulsória de audiência quando se tratar de ação em face de órgãos da administração pública, o que só se justificaria se presentes os requisitos para viabilizar essa solução amigável da lide.

Além disso, é também cautelar medida que se observe se o ente público que busca conciliar se encontra sem qualquer pendência de precatórios e requisições de pequeno valor. Caso haja pendência, admitir o acordo – mesmo que o administrador esteja autorizado por lei para firmá-lo – ofenderia o preceito da ordem cronológica de que trata o art. 100, que se expande para alcançar a assunção de qualquer outra medida de pagamento de obrigações posteriores, judicializadas ou não.

Portanto, tratando-se de lide envolvendo ente público da administração direta, autárquica e fundacional, é possível cogitar da desnecessidade de designação compulsória de audiência, ficando a critério do Juiz do Trabalho (art. 765, CLT) a oportunidade de designá-la, de acordo com as peculiaridades da lide.

Nessa hipótese, protocolada a ação, poder-se-ia, por despacho fundamentado do Juiz, conceder prazo para a apresentação de defesa em Secretaria, observados os lapsos legais.

Essa hipótese foi, inclusive, objeto de tese (nº 9) aprovada em Encontro Regional dos Magistrados do Trabalho do Rio Grande do Sul, de autoria do Juiz Celso Fernando Karsburg ([20--]), e assim resumida:

“A supressão da audiência inicial no processo do trabalho – e de qualquer audiência, quando a matéria em discussão for apenas de direito – com o

18 No âmbito federal, observe-se o disposto no art. 1º da Lei nº 9.469/97.

recebimento da contestação em Secretaria, não deve ser vista como uma panacéia que irá desafogar ou resolver os problemas do Judiciário Trabalhista. É, antes de mais nada, uma medida de bom-senso, que visa evitar a realização de mera formalidade que já deu mostras de ter se exaurido.

Tem aplicação, principalmente, naquelas Unidades Judiciárias onde é baixo (ou inexistente) o índice de acordos realizados na audiência inicial, ou quando envolver processos cujos réus, de regra, não têm o hábito de conciliar o processo nesta fase processual, ou não podem fazê-lo, como é o caso dos entes públicos (principalmente Municípios). E é neste contexto que deve ser analisada, visando evitar a prática de atos absolutamente inócuos que somente ocupam tempo da pauta e do Juiz, que normalmente intervém apenas como “despachante”, recebendo a contestação em audiência e, eventualmente, sanando alguma irregularidade na representação de alguma das partes envolvidas na lide, antes de designar nova data para o prosseguimento ou diligência necessária”;

b) litígios que envolvam matéria exclusivamente de Direito: quando a lide não cogita de questões de fato, creio que fica ainda mais evidente a utilidade – na perspectiva do desempenho dinâmico do processo – do mecanismo de defesa em Secretaria.

É que, nesses casos, a contumácia das partes – a gerar arquivamento ou confissão meramente relativa – em nada afeta, na dimensão meritória, a necessidade do exame da questão jurídica controvertida pelo julgador.

Deve o Juiz examinar a oportunidade, dentro do seu contexto forense, de adotar esse procedimento, até mesmo para evitar o esforço do comparecimento das partes e de seus procuradores apenas para elidir a contumácia.

Quanto a essa hipótese, há interessante precedente do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (MS):

“AUDIÊNCIA – NÃO-REALIZAÇÃO – MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO – AUSÊNCIA DE NULIDADE. Não há nulidade quando, tratando o processo de matéria exclusiva de direito, o juiz deixa de realizar audiência. Procedimento consentâneo com a disposição do art. 765 da CLT. Recurso do reclamado a que se nega provimento (RO-01494-2005-002-24-00-4, Rel. Juiz André Luiz Moraes de Oliveira, DJ 11/7/2006)”.

Ora, não me parece razoável – e, portanto, de acordo com as expectativas das partes e da ordem jurídica – que, *em determinados casos*, observe-se o modelo de procedimento que exsurge do vetusto art. 841 da CLT apenas com o fito de causar às partes o desconforto do deslocamento até a sede do Juízo.

A título de exemplificação, gostaria de compartilhar com o leitor uma experiência vivida.

Quando jurisdicionava em dada comarca do interior do Rio Grande do Norte, recebi uma série importante de ações trabalhistas em face de

um determinado Município, que distava cerca de 100 quilômetros da sede da Vara do Trabalho. Tratava-se de um pedido de diferença de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), com prova eminentemente documental e sem qualquer necessidade de dilação probatória em audiência. O Município-réu não reunia nenhuma das condições para a celebração de acordo.

Detalhe importante: os autores, servidores municipais, nem sequer tinham condições materiais de se deslocarem até a sede da Vara para a realização de audiência. Um ônibus escolar (!) da Prefeitura era destacado para fazer esse traslado de 200 quilômetros (ida e volta), possivelmente em ostensivo prejuízo à função desse veículo (desvio de finalidade).

Nem preciso mencionar que as audiências eram rapidíssimas – quase por turmas de autores – apenas e tão somente para checagem da presença da parte. Causava até certo constrangimento a todos a falta de qualquer providência ou ato processual que demandasse a concorrência daqueles que se deslocaram de tão longe para ali estarem.

Ciente, portanto, desse quadro, proferi decisão fundamentada, ajustando o procedimento para as peculiaridades da lide e indicando para o réu a possibilidade de oferecimento de defesa em Secretaria. Eis o conteúdo da interlocutória:

“Vistos, etc.

1. *Autue-se e registre-se* o presente feito, observadas as cautelas de praxe.
2. Suspenda-se, por ora, a designação de audiência.
3. Isso porque, em que pese o disposto no art. 841 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, as peculiaridades da lide recomendam a adoção de um procedimento mais célere e econômico.
4. A matéria tratada nestes autos é eminentemente de direito e já é bem conhecida

pelo réu e por este Juízo, que já prolatou dezenas de decisões, ora pela procedência, ora pela extinção sem resolução do mérito, ora pela improcedência; de acordo com a situação funcional de cada autor junto à Municipalidade.

5. As peças processuais, portanto, já são bem conhecidas.

6. Por outro lado, trata-se de Município que dista quase 100 Km da sede deste Juízo, sendo, dessa forma, muito dispendioso o deslocamento das partes para comparecimento em audiência onde não serão coletadas provas orais. Em audiências realizadas há aproximadamente um mês, foi necessário que o Poder Público disponibilizasse o transporte para as dezenas de reclamantes que se deslocaram até este Juízo.

7. Tampouco há que se falar em conciliação, pois o réu é ente de Direito Público interno, subsumido ao princípio da indisponibilidade de seus bens. Assim, ainda que houvesse lei expressamente autorizando a realização de acordos (o que se faz necessário), a tese que vem apresentando o réu é pela improcedência das demandas.

8. Assim, tenho que melhor atende aos ditames constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo (art. 5º, incisos LV e LVXXVIII, respectivamente), a adoção de um rito que, pelo menos num primeiro momento, prescindia do desforço da realização de tantas audiências, cujo fito tem sido o de, apenas, entregar a defesa e de se conceder prazo para a juntada de impugnação pela parte adversa quanto aos documentos, providências que podem ser atingidas de forma mais econômica.

9. Assento, por oportuno, que a adoção de procedimentos mais consentâneos com as peculiaridades da lide vem ganhando prestígio no Direito Processual Comparado. Sobre o tema, afirma Miguel Teixeira de Sousa, professor da Universidade de Lisboa, em Portugal, que há uma tendência de substituição do modelo processual de ‘pré-formatação’ (onde a tramitação do processo é definida, em termos abstratos e gerais, pela lei) pelo modelo da ‘adequação’, através da qual ‘a

tramitação processual é determinada, caso a caso, pelo juiz’ (SOUSA, Miguel Teixeira. ‘Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu’. *Revista de Processo*, v. 161. São Paulo: RT, 2008, p. 213).

10. Afora isso, a própria Teoria dos Direitos Fundamentais, aplicada aos preceitos processuais contidos na Constituição Federal, vem admitindo maior plasticidade aos procedimentos infraconstitucionalmente estabelecidos, de modo a garantir a plena efetividade aos postulados processuais de maior estatura, como o acesso à justiça de forma ampla e menos dispendiosa, e a duração razoável ao processo (sobre o tema, cf., por todos, ALEIXO. Pedro Scherer de Mello. ‘O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um ‘devido processo proporcional’. In MONTEIRO, A. P. *et alii* (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, nº 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

11. Assim, considerando o exposto, proceda a Secretaria, após a autuação e o registro do feito, *expedição de citação postal à parte ré*, a fim de que, no prazo de 20 (vinte) dias (art. 1º, inciso II, Decreto-Lei nº 779/69), querendo, apresente contestação na Secretaria deste Juízo, enviando-lhe a contra-fé da inicial.

12. Por medida de economia e racionalização judiciárias, expeça um único instrumento de citação, açambarcando todos os processos autuados nesta data, os quais deverão ser expressamente relacionados no corpo da intimação.

13. Esgotado o referido prazo, conceda-se vista ao advogado dos autores, para, querendo, pronunciar-se sobre a documentação por ventura juntada, no prazo de 5 (cinco) dias, por se tratar de matéria já conhecida.

14. Em seguida, conclusos os autos para as providências instrutórias finais.

15. Cumpra-se”.

Não me parece que a necessidade de concessão de oportunidade para as partes firmarem acordo seja motivo para bloquear esse caminho, em especial quando se trata de ente público.

Mesmo entre particulares, não creio que guarde razoabilidade uma leitura excessivamente dogmática do art. 846 da CLT, que cogita da concessão de oportunidade para o acordo entre as partes. Esse acordo pode ser trazido ao conhecimento do juiz em qualquer fase do processo. E, em se tratando de matéria de direito, a *res dubia* deve receber, em princípio, um pronunciamento judicial, que é a atividade jurisdicional por excelência.

O escopo pedagógico que exerce a jurisdição (Dinamarco) em casos dessa natureza recomenda o enfrentamento da questão controvertida, a fim de balizar as partes envolvidas na relação obrigacional.

De outra parte, na própria dinâmica do procedimento, deve o seu condutor primar pelas *consequências* da aplicação da lei (MacCormick),

aplicando-a de modo a prestigiar também os preceitos da eficiência e da efetividade, facilitando o acesso e reduzindo os esforços materiais desnecessários de todos os envolvidos na questão judicializada;

c) *ações civis públicas*: as ações civis públicas estão subsumidas a um microsistema próprio das ações coletivas, do qual é a expressão mais contundente a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Nessa quadra, tendo em conta as funções extraprocessuais do Ministério Público (Lei Complementar nº 75/93), entre as quais se situa a de firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), parece-me que não se faz necessária a designação compulsória de audiência para a concretização do contraditório inicial.

No curso do processo, se assim demanda a lide, pode o juiz do trabalho designar audiência de instrução, para a qual as partes serão intimadas;

d) *outros procedimentos*: também me parece que ações que tratam de representação sindical, eleições sindicais, cobrança de contribuições sindicais, ações monitórias, bem como ações decorrentes de pretensões de nulificação de autos infracionais, entre outras hipóteses afins, estão a desafiar o rito do art. 841 da CLT.

Em geral, são demandas que invocam matéria técnica ou exclusivamente de direito, cuja excepcional necessidade de designação de audiência pode ser avaliada pelo juiz instrutor ao longo da marcha processual.

O que dizer, então, das ações de jurisdição voluntária, como a *ação de alvará*, em que não há sequer contraditório a se fazer em audiência ou mesmo conciliação a ser proposta?

Enfim, essas são algumas hipóteses possíveis que decorrem dessa (re)leitura do art. 841 da CLT de acordo com a Emenda nº 24/99 e com outras técnicas processuais contemporâneas.

Positivo é considerar que, nesses e noutros casos, a redução do tempo do julgador em sala de audiência *pode resultar em ganhos consideráveis de tempo e de eficiência focados noutras fases dos processos* já em curso.

Na fase de cumprimento da sentença, por exemplo, o *Relatório Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça, para o ano de 2010, aponta um congestionamento de quase 70% na Justiça do Trabalho.

Essa é uma realidade que não pode ser desprezada nos experimentalismos procedimentais em busca de um melhor ajuste às necessidades da jurisdição.

7. Considerações finais

É atividade regular do intérprete e aplicador do Direito promover a necessária adequação do tecido normativo infraconstitucional ao tronco

ou matriz constitucional, seja em relação ao texto apresentado pelo Constituinte originário, seja em face das alterações supervenientes, levadas a cabo pelo Poder Constituinte Reformador ou Derivado.

No que se refere aos efeitos sobre o Processo de Trabalho da Emenda nº 24/99, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho, essa técnica hermenêutica de conformação é necessária para que se reconheçam, na prática judiciária, as mutações decorrentes da alteração do modelo jurisdicional projetado pela reforma de diversos dispositivos da Constituição atinentes à Justiça do Trabalho.

Essas mutações não deitam efeitos apenas sobre procedimentos, como o processamento da exceção de suspeição e impedimento de Magistrado de 1ª Grau; a técnica sentencial monocrática; a publicação de decisões e a respectiva contagem de prazo para a interposição de recursos ou a estabilização dos seus efeitos.

Elas propõem, de outro lado, uma mudança cultural em relação à arquitetura de costumes, bem como às interpretações da legislação processual do trabalho até então vigente. São exemplos daquele primeiro aspecto cultural as formas das decisões judiciais monocráticas e a designação de “pautas de julgamento”. No tocante ao segundo aspecto, é necessária uma interpretação consentânea da nova realidade normativa para a adequada aplicação do entendimento cristalizado na Súmula nº 197 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre a intimação da decisão sem a necessidade de expedição de notificação específica para as partes previamente cientes da data da sua publicação.

É preciso, desse modo, superar os resíduos históricos (Zagrebelsky) que se fizeram brotar em razão dos longos anos de vigência de normas originárias da CLT atingidas pelo fenômeno da não recepção pela Constituição, após a Emenda nº 24/99; mas – e isso é fundamental – sem desprezar tudo aquilo que positivamente tem contribuído, nomeadamente pelos costumes judiciais, para a celeridade e o prestígio do Processo do Trabalho.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Processo e procedimento na perspectiva trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2012.

FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

KARSBURG, Luiz Celso Fernando. A possibilidade de supressão da audiência inicial do rito ordinário com recebimento da contestação em secretaria. *Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região*, n. 7, p. 23-31, [20--]. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-07?start=22>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2005.

Direito do Comércio Internacional

Delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível

LEILA BIJOS

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução. 2. Delimitação do Direito do Comércio Internacional. 3. Características principais do Direito do Comércio Internacional. 4. Autorregulação do comércio internacional. 5. Codificação internacional, harmonização e unificação jurídica. 6. Direito Flexível no âmbito do Direito do Comércio Internacional. 7. Conclusão.

Leila Bijos é professora do Programa de Mestrado *stricto sensu* em Direito Internacional, Econômico e Tributário da Universidade Católica de Brasília.

João Rezende Almeida Oliveira é professor do Programa de Mestrado *stricto sensu* em Direito Internacional, Econômico e Tributário da Universidade Católica de Brasília.

Leonardo Garcia Barbosa é mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

1. Introdução

O presente artigo trata dos temas introdutórios do Direito do Comércio Internacional. São examinadas: a delimitação do Direito do Comércio Internacional e suas perspectivas de abordagem; as características principais do Direito do Comércio Internacional, entre elas a pluralidade de participantes; a autorregulação do mercado em relação ao papel do Estado; os mecanismos de codificação internacional, de harmonização e unificação jurídica, tendo em vista um Direito do Comércio Internacional plurinacional; e os diferentes tipos de Direito Flexível.

2. Delimitação do Direito do Comércio Internacional

O Direito Econômico Internacional, do qual o Direito do Comércio Internacional é parte, é um ramo recente do Direito e tem-se desenvolvido acentuadamente nas últimas décadas. Ele envolve a organização dos intercâmbios econômicos e financeiros entre os Estados, com a presença de importantes organismos internacionais de cooperação econômica e

comercial, entre eles a Organização Mundial do Comércio (OMC), que representa relevante mecanismo de solução de controvérsias. Os limites à regulação do comércio internacional pelos Estados, estabelecidas nos acordos da OMC, favorecem as empresas ao garantir a previsibilidade e a equidade nos negócios internacionais (TIMM; RIBEIRO; ESTRELLA, 2009, p. 110). O Direito Econômico Internacional também intervém na regulamentação do mercado internacional, institucionalizando princípios e diretrizes orientadoras, além de regras positivas e concretas. Como se verá, há uma dependência relevante entre o Direito do Comércio Internacional e o Direito Econômico Internacional, ainda que o Direito do Comércio Internacional manifeste de forma acentuada seu caráter privado.

Entre os setores de especial relevância para o Direito do Comércio Internacional, podemos destacar a proteção dos direitos de propriedade intelectual, a regulação das empresas transnacionais, as regras de contratação internacional em geral, especialmente os contratos de compra e venda internacional. Para que se compreenda o mercado internacional, é preciso que se estudem os seus instrumentos de proteção, principalmente as regras de livre concorrência, com destaque para as regras de autorregulação, que garantem a prevalência da autonomia da vontade.

Já existem algumas perspectivas para a abordagem do Direito do Comércio Internacional, entre elas a da *lex mercatoria*, a normativista, a do Direito especial em virtude de suas normas, a de codificação do Direito do Comércio Internacional e a que dá destaque ao conjunto de normas jurídicas que regem o comércio internacional.

A perspectiva da *lex mercatoria* enfatiza o caráter histórico do Direito do Comércio Internacional, ao destacar que ele é um Direito

criado e elaborado pelos próprios comerciantes, sem a participação do Estado e fundado fortemente no princípio da autonomia da vontade. Os comerciantes formulam as regras e preveem mecanismos de solução de controvérsias consistentes na arbitragem comercial internacional.¹ A *lex mercatoria* medieval surge num momento em que não havia a organização estatal responsável pela estruturação, controle e intervenção no comércio internacional, dado seu evidente interesse público e social. A *lex mercatoria* é caracterizada por seu caráter transnacional, pelos usos e costumes no comércio, pela utilização de tribunais arbitrais do comércio, pela informalidade e rapidez e, sobretudo, pela consideração da boa-fé na atividade comercial.

A perspectiva normativa reclama distinção entre atos civis e atos de comércio, incluindo a resolução de conflitos derivados de atividades comerciais no âmbito do Direito do Comércio Internacional. A caracterização do Direito do Comércio Internacional como uma espécie de Direito especial, por sua vez, esbarra na insuficiência de suas normas, muitas vezes não contando com regulamentação específica para diversas realidades.

A perspectiva de codificação do Direito do Comércio Internacional, levada a efeito por um órgão codificador da Organização das Nações Unidas (ONU), denominada *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), responsável pela efetivação de um Direito uniforme, encontra dificuldades, pois seu desenvolvimento depende da elaboração legislativa de um único órgão, esquecendo-se dos problemas específicos surgidos nas mais diferentes localidades.

¹ A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional possui 92 Comitês Nacionais e opera em 127 países (WALD; LEMES, 2011, p. 13).

A delimitação do Direito do Comércio Internacional implica considerá-lo um conjunto de normas oriundas do Estado, de tratados internacionais, de regramentos privados e de usos e costumes internacionais, aplicáveis ao comércio internacional praticado por entidades privadas localizadas em Estados diferentes.

3. Características principais do Direito do Comércio Internacional

A pluralidade de participantes é uma característica do Direito do Comércio Internacional. Os participantes da ordem comercial internacional são pessoas jurídicas denominadas empresas transnacionais, as empresas estatais de forte influência dos governos e as sociedades mercantis constituídas por tratados internacionais.

Outra característica do Direito do Comércio Internacional são os seus procedimentos de produção normativa. Ela é fortemente influenciada por fontes internacionais, especialmente as do Uncitral e da Câmara de Comércio Internacional de Paris. As regras internas e os usos e práticas mercantis são também fontes do Direito do Comércio Internacional.

A consolidação de usos e costumes do comércio internacional em documentos internacionais colabora para a institucionalização da *lex mercatoria*, de que é exemplo o Convênio de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias.² Os usos e costumes internacionais, muitas vezes, afastam-se das regras internas do comércio internacional, evidenciando uma tendência desnacionalizadora do Direito do Comércio Internacional, sem afastar de todo o papel do Estado, característica da idade medieval. Comparativamente às

ordens jurídicas nacionais, as regras de Direito do Comércio Internacional ainda apresentam muitas lacunas e são menos seguras, porque apresentam imperfeições decorrentes do seu desenvolvimento recente.

Uma das características do Direito do Comércio Internacional são as técnicas de regulamentação. São modestos ainda os empenhos a favor de uma unificação material da regulamentação das transações comerciais internacionais que supere a unificação de normas de conflito. As normas materiais de determinado tratado aplicam-se segundo os critérios de aplicação nele estabelecidos. No caso de lacunas, as soluções conflituais do Direito Internacional Privado desempenham papel relevante.

4. Autorregulação do comércio internacional

A autorregulação do comércio internacional tem desenvolvido respostas jurídicas concretas para as necessidades do mercado. Há um conjunto de normas cada vez mais numeroso à margem do Estado. O comércio, contudo, requer um marco institucional caso não se possa constituir determinado mercado somente mediante instrumentos econômicos, além da adequação em muitos casos de algumas formas de protecionismo. O livre mercado implica reorientação dos poderes públicos, que passa a ocupar-se de assegurar a livre concorrência e a adequada prestação dos serviços públicos por empresas privadas.

O equilíbrio entre o Estado e o mercado implica um mercado eficaz e produtivo e um Estado que não deve perder seu tradicional protagonismo. As recentes crises financeiras internacionais mostram o colapso de um comércio internacional sem Estado. A mundialização e a privatização na economia não geraram um sistema mundial autorregulado à

² A Convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil (TIMM; RIBEIRO; ESTRELLA, 2009, p. 82).

margem dos Estados. A soberania nacional e o papel do Estado como ator das relações internacionais, contudo, têm diminuído progressivamente. As agências estatais independentes são criadas sem valoração ideológica e não têm legitimidade representativa alguma. As instituições privadas de classificação de risco atuam à margem do Estado e têm ganhado importância a cada dia. Os órgãos independentes do setor privado, como o *International Accounting Standards Committee* (IASC), tem criado normas uniformes para empresas e governos. Cada vez mais, a arbitragem comercial internacional é uma alternativa em relação aos tribunais estatais.

Os negociadores comerciais reconhecem a importância de incluir o setor empresarial, por meio de suas associações, no planejamento das negociações no sistema multilateral de comércio. O tempo de impacto entre a celebração do acordo internacional e seu impacto nos negócios cotidianos tem diminuído. As associações comerciais tomam a iniciativa de elaboração de instrumentos reguladores do comércio internacional com o objetivo de assegurar segurança em contraposição aos legisladores nacionais que dificultam a rapidez, a segurança e a confiança inerentes à atividade comercial, além de gerar incertezas.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI), criada em 1919, é a manifestação mais evidente da sociedade de comerciantes. Ela é uma organização não governamental constituída de mais de sete mil membros de cento e trinta países. As regras e os procedimentos estabelecidos pela CCI são respeitados em milhões de transações efetuadas diariamente no comércio internacional, além de contar com uma importante corte internacional de arbitragem.

A resolução das disputas comerciais entre as empresas precisa ser adequada e rápida, em virtude da globalização da economia, do desenvolvimento do comércio internacional, do incremento dos investidores estrangeiros no País e da posição do Brasil no *ranking* das grandes potências (WALD; LEMES, 2011, p. 9).

A CCI canaliza propostas do setor empresarial perante os governos para que estes atuem nos fóruns internacionais, como nas rodadas de negociação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Há um grande número de entidades representativas de setores da sociedade de comerciantes em diferentes âmbitos do comércio internacional.

A composição do comércio agrícola estrutura-se de acordo com o tipo dos bens envolvidos. Um dos principais mercados é o mercado internacional de operações a prazo de Londres. Nos transportes, uma associação se destaca: a *International Federation of Freight Forwarders Associations*. Além dela, ganha relevo no transporte aéreo a *International Air Transport Association* (IATA).

No ramo industrial, uma das principais associações é a *Eletronica and Metalworking Industries* (Orgalime). No setor de construção, podemos apontar a *Federation of Consulting Engineers* (Fidic), responsável pela padronização dos contratos internacionais de construção. As associações do setor financeiro é presidida pelo *Institute of International Banking Law & Practice* (Iiblp), ao lado da *International Financial Services Association* (IFSA).

5. Codificação internacional, harmonização e unificação jurídica

As leis nacionais necessitam de harmonização e unificação porque são inadequadas para os casos internacionais e há grande disparidade entre elas. A harmonização é mais flexível e comporta aproximação de conceitos jurídicos. A unificação requer um texto único para regular determinado aspecto do comércio internacional. A unificação garante maior segurança jurídica nas relações comerciais.

A realidade mostra que há substanciais discrepâncias entre as legislações nacionais. Por essa razão, a uniformidade do Direito Mercantil Internacional deve ser parcial e fragmentária, com a formulação de princípios gerais. É indiscutível a dialética entre as normas internas e as normas unificadoras. Ainda que o Direito uniforme ingresse em determinado Estado, as peculiaridades manifestam-se no momento da sua interpretação.

O processo de unificação internacional do Direito do Comércio Internacional apresenta características dos movimentos de mundialização e regionalização: a unificação coexiste com uma forte tendência em direção ao particularismo; a seleção de matérias para unificar é importante para evitar o fracasso de projetos ambiciosos de unificação; nem sempre é necessária a edição de um normativo modelo

internacional, dada a tendência ao particularismo; e a unificação não é um valor abstrato, mas serve para oferecer solução adequada para os problemas.

A Resolução da ONU nº 2.102, de 20 de dezembro de 1965, define o Direito do Comércio Internacional considerando três elementos: os textos emanados da ONU contêm uma série fixa de operações, entre elas a compra e venda internacional de mercadorias; as normas são consideradas de Direito privado, dando-se ênfase ao caráter privatístico; e a uniformidade jurídica busca evitar o conflito de leis.

A harmonização e a uniformização podem ser um método eficaz de regulação das transações comerciais internacionais, mas elas não são suficientes, forçando a existência de dispositivos conflituais. A unificação do Direito do Comércio Internacional utiliza o método de contar com a autoridade do Estado, como a recepção de tratados internacionais ou a aceitação de leis-modelos, ou depender da vontade das partes, como o uso de termos de comércio.

Na atualidade, a codificação de leis utiliza a técnica do Direito Flexível, materializada em leis-modelos, recomendações ou resoluções dirigidas ao legislador interno. O Direito uniforme garante, como nenhum outro, a segurança jurídica e a previsibilidade dos operadores econômicos. O grau de coordenação pretendido define a escolha entre a harmonização normativa por meio de princípios reguladores ou a unificação propriamente dita.

É decisiva a distinção entre a unificação que abranja as relações de comércio internas e internacionais ou somente as internacionais, para fins de delimitação normativa. A técnica de codificação implica uma hábil seleção do tema e o estudo dos Direitos que se pretende unificar, acompanhado de um método apropriado para examinar as causas da diversidade legislativa.

Depois de finalizada a minuta da codificação, aprova-se o texto em uma conferência internacional.

O Direito uniforme tem utilizado preferencialmente o tratado internacional de caráter multilateral. A vantagem é proporcionar certeza sobre a matéria unificada; a desvantagem é a rigidez intrínseca de toda codificação e a dificuldade de adaptação a cada sistema jurídico nacional.

A uniformização por tratado internacional apresenta os seguintes problemas: um *déficit* democrático dos negociadores na conferência internacional; a unificação por tratado internacional prejudica a flexibilidade da *lex mercatoria*, pois permite aos Estados um maior controle sobre a criação do Direito; os interesses antagônicos resultam em textos ambíguos; a rigidez do texto pode convertê-lo em obsoleto em pouco tempo; a aplicação do texto em Estados federais é dificultada; os juízes têm dificuldades em assimilar o Direito unificado; e a sucessão de tratados dá lugar a conflitos de difícil solução quando há silêncio sobre como resolver conflitos entre os tratados.

A uniformização legislativa não supõe a uniformização de interpretação. No momento da elaboração do texto, nem sempre é possível eliminar problemas interpretativos, os quais aparecem na hora de aplicar a norma. A solução para os problemas interpretativos é a atribuição de competência a uma jurisdição internacional que decidiria sobre o sentido e o alcance dos termos do tratado. Essa jurisdição existe apenas em determinados círculos jurídicos, como a Comunidade Europeia. O remédio habitual tem sido a submissão da questão interpretativa à jurisdição do Estado que aplica o tratado. Há ainda a possibilidade de se recorrer a uma norma de conflito do tratado para que ela designe o ordenamento sob o qual se fará a interpretação.

6. Direito Flexível no âmbito do Direito do Comércio Internacional

O Direito Flexível é um conjunto normativo que carece de força vinculante e que exerce uma influência nos operadores jurídicos mediante normas de caráter dispositivo. Ele é composto de recomendações, códigos de conduta e princípios, influenciando no desenvolvimento legislativo futuro e na atuação judicial. Ele também configura, perante o legislador, uma diretriz habilitante para a edição de uma norma e persegue um efeito dinamizador, abrindo novas áreas de expansão normativa. Além disso, os juízes podem utilizar o Direito Flexível para fundamentar uma decisão.

Um exemplo de utilização do Direito Flexível é a edição de lei-modelo. A lei-modelo é a norma adotada em uma conferência internacional que é recomendada para ser incorporada ao Direito interno. Ela não tem

um caráter obrigatório, nem mesmo há o dever de comunicar ao órgão codificador ou a outros Estados a sua incorporação, mas tem a função de inspirar a legislação interna.

A flexibilidade da lei-modelo permite aos Estados adaptar a norma a suas peculiaridades internas, sem a necessidade de aplicar as tradicionais reservas ao texto. Após a criação da lei-modelo, os Estados adaptam suas normas internas paulatinamente, sem sobressaltos. A Uncitral adotou exemplos bem sucedidos de leis-modelos no caso das leis-modelos sobre comércio eletrônico de 1996 e sobre assinaturas eletrônicas de 2001.

As empresas têm interesse em promover uma adequada política de proteção do consumidor, por meio de códigos de valores éticos e de códigos voluntários de autorregulação elaborados por organizações consumeristas e do setor empresarial. Os códigos de conduta geralmente contêm normas de caráter programático para regular a conduta de determinados sujeitos do comércio internacional. A característica principal do código de conduta é a sua flexibilidade, pois seu cumprimento não é obrigatório.

O código de conduta procura preencher as lacunas constantes do regramento nacional. Seu fundamento é semelhante ao da lei-modelo, mas a diferença é que o código de conduta é dirigido aos particulares. Um exemplo de código de conduta é a prevista na Recomendação 77/524/CE, de 25 de julho de 1977, a respeito de um código de conduta europeu relativo às transações de valores mobiliários.

A guia legislativa é um texto indicativo elaborado por uma organização internacional. A guia tem por objetivo facilitar a consulta ao texto legal por juízes e doutrinadores, constituindo importante mecanismo de harmonização de regras do comércio internacional.

7. Conclusão

A delimitação do Direito do Comércio Internacional implica considerá-lo como um Direito de caráter manifestamente privado, desenvolvido pelos comerciantes a partir dos usos e costumes, cujas controvérsias são dirimidas mediante arbitragem comercial internacional. Os principais participantes do Direito do Comércio Internacional são as empresas transnacionais fornecedoras de mercadorias e de serviços. A produção normativa exige flexibilidade e rapidez por meio de fontes internacionais, notadamente as regras produzidas por organizações empresariais de natureza privada, pois as normas jurídicas dos Estados soberanos não conseguem acompanhar a velocidade dos negócios. A autorregulação desempenha importante papel no comércio internacional ao dar ênfase às regras produzidas pelas próprias partes em seus documentos normativos, atenta aos usos e costumes declarados pelas entidades privadas e

que colabora para a uniformização do Direito do Comércio Internacional. A complexidade das relações jurídicas no comércio internacional e a sua imprevisibilidade demandam a cooperação para a utilização de mecanismos de harmonização e unificação jurídica, bem como uma codificação internacional em diversos temas. A liberdade contratual e a autonomia da vontade encontram ressonância no Direito Flexível, haja vista que não são editadas normas obrigatórias para os comerciantes, mas somente leis-modelos, códigos de conduta e guias legislativas.

Referências

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; GARCÍA, Rafael Arenas; ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho de los Negocios Internacionales*. 3. ed. Madrid: Iustel, 2011.

TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Ângela T. Gobbi. *Direito do Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

A vida de muitos, mas também a vida de poucos

Análise jurisprudencial do princípio da boa-fé objetiva e do dever de informar nas relações de consumo

WALFRIDO VIANNA VITAL DA SILVA

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da boa-fé objetiva: a norma e a jurisprudência. 2.1. O princípio da boa-fé. 2.2. A boa-fé objetiva e os marcos normativos. 2.3. A boa-fé objetiva e o dever de informar. 2.4. A boa-fé e a jurisprudência. 3. Análise de um julgado do STJ. 3.1. O Recurso Especial nº 586316 MG 2003/0161208-5, de 17/4/2007. 3.2. O contexto histórico e normativo. 3.3. Análise do julgado. 4. Considerações finais. 5. Anexos

“pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos”

Ministro Herman Benjamin, relator do Recurso Especial nº 586316 MG 2003/0161208-5, do Superior Tribunal de Justiça

Walfrido Vianna Vital da Silva é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (USP), e licenciado em Letras (Português-Inglês) pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU-MG); professor e analista legislativo do Senado Federal.

1. Introdução

Neste trabalho, abordaremos a incidência do *princípio da boa-fé* no domínio do consumo, em particular sob o filtro da norma segundo a construção jurisprudencial concernente à *boa-fé objetiva* nestes mais de vinte anos de aplicação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – que instituiu o *Código de Defesa e Proteção do Consumidor* brasileiro –, a partir de agora referida sempre como CDC.

Todavia, dado o descompasso entre, de um lado, a amplitude da aplicação do princípio da *boa-fé objetiva* e a profícua elaboração dos

tribunais e, de outro, a exígua extensão deste artigo, procederemos a uma particular delimitação de seu campo de incidência.¹

Nesse sentido, depois de breve análise do princípio da boa-fé, em particular sob o viés da sua objetivação e dos efeitos decorrentes na esfera consumerista, com especial destaque para o dever anexo de informar, entreveremos sumariamente o papel desempenhado pela jurisprudência na construção da norma jurídica.

Por fim, a título de exemplo, procederemos a uma sucinta análise de um julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – o Recurso Especial nº 586316 MG 2003/0161208-5. Publicado em 19/3/2009, fundamenta-se no princípio da boa-fé objetiva, correlacionado ao dever de informar e ao propósito de assegurar o direito à saúde dos que, acometidos pela síndrome ou doença celíaca, não podem consumir produtos que contenham glúten.

Desse modo, também serão tangenciadas as Leis nº 8.543/92 e nº 10.674/2003, que, associadas a resoluções de âmbito administrativo e à justa aplicação do CDC, configuram a função interventiva da tutela jurisdicional do Estado como garantidora de alguns dos direitos fundamentais inscritos, por exemplo, no artigo 5º da Constituição promulgada em 1988.

2. O princípio da boa-fé objetiva: a norma e a jurisprudência

“Alligator que vit indifféremment sur la terre ou dans l’eau”, nas palavras de Yves Loussouarn², a *boa-fé* manifesta-se em praticamente todos os ramos do direito e produz efeitos nas mais variadas esferas. Seja no direito interno, seja no direito internacional, ela conhece uma multiplicidade de aplicações. Consagrada pelo Tratado de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias e pelos princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit) relativos ao comércio internacional, a *boa-fé* insere-se também em numerosos textos de direito interno (LOIR, 2002, p. 4). E, no caso do Brasil, poucos são os domínios do ordenamento jurídico nacional que parecem escapar – ao menos diretamente – à sua influência.

1 Assim, em princípio, exclui-se obviamente neste texto o teor dos milhares de julgados relativos, sobretudo, ao Capítulo IV (“Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”) do Título I (“Dos direitos do consumidor”), além dos mais afeitos ao Capítulo V (“Das práticas comerciais”) e ao Capítulo VI (“Da proteção contratual”), nos quais é ainda mais visível a aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

2 Em tradução livre: Crocodilo que indistintamente vive tanto sobre a terra quanto dentro d’água (LOUSSOUARN, 1997, p. 9 apud LOIR, 2002, p. 4).

2.1. O princípio da boa-fé

A *boa-fé* costuma evocar, em princípio, a situação de alguém que acredita equivocadamente na existência de uma regular situação jurídica, crença que se deve à sua exclusiva ignorância, como no caso do casamento putativo³ ou no do pagamento ao legítimo portador⁴. No caso dos contratos, devem eles executar-se de modo que as partes cumpram não só aquilo a que expressamente se tenham obrigado, mas também o que emane da natureza do próprio contrato ou o que, por lei, a ele pertença. Assevera De Los Mozos (1965, p. 56 apud TARTUCE, 2007, p. 48) que

“la buena fe entendida como comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere la función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. Bajo ese entendido la buena fe exige una actuación recta y honrada; es una fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella.”⁵

3 Código Civil, art. 1.561. “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão” (grifo nosso).

4 Art. 901: “Fica validamente desonerado o devedor que paga título de crédito ao legítimo portador, no vencimento, sem oposição, salvo se agiu de má-fé. Parágrafo único. Pagando, pode o devedor exigir do credor, além da entrega do título, quitação regular” (grifo nosso).

5 Em tradução livre: a boa-fé, entendida como comportamento de fidelidade, situa-se no mesmo plano do uso ou da lei, ou seja, assume a função de norma dispositiva; daí seu caráter objetivo, que não se funda na vontade das partes, mas na adequação dessa vontade ao princípio que inspira e fundamenta o vínculo negocial. Sob esse ponto de

Por conseguinte, a *boa-fé* pode ser entendida como a crença que tem alguém de considerar-se numa situação conforme o direito, e a consciência de agir sem lesar os direitos de outrem. Trata-se de uma noção utilizada com frequência nos ordenamentos jurídicos a fim de mitigar os rigores da aplicação de regras positivadas. Assim, o reconhecimento do efeito da aparência está jungido indelevelmente à *boa-fé*, como no caso de posse e, portanto, de prescrição. Tal é o caso, também, da aparência que governa as relações entre cônjuges aos olhos de terceiros.

A *boa-fé*, em princípio, é presumida. Entretanto, de acordo com o *Dictionnaire-Juridique.com*,

“la présomption de bonne foi est cependant battue en brèche en vue de l'amélioration de la protection du consommateur. Les tribunaux jugent que compte tenu de sa profession ou de son expérience un vendeur professionnel ne peut avoir ignoré les vices de la chose qu'il a vendue. Cette jurisprudence est appliquée à tous les types d'activités, par exemple, aux fabricants d'appareils ou de matières qui se sont révélées défectueuses, à l'architecte qui a contrôlé un bâtiment comportant des vices de construction” (BRAUDO, [200-?]).⁶

É também o princípio da *boa-fé* correlato ao do equilíbrio na relação de consumo, em virtude do qual deve haver uma precisa harmonização entre as partes em todas as etapas atinentes à consecução da prestação do serviço ou da utilização do produto fornecido. Nesse sentido

vista, a *boa-fé* exige uma atuação reta e honrada; é uma fonte de deveres específicos de condutas exigíveis em cada caso particular, de acordo com a natureza da relação jurídica, e com a finalidade buscada pelas partes por meio dela.

6 Em tradução livre: a presunção de *boa-fé* é superada com vistas a aperfeiçoar a proteção do consumidor. Os tribunais levam em consideração que, em vista de sua profissão ou experiência, um vendedor profissional não pode ignorar os vícios da coisa que vende. Tal jurisprudência aplica-se a todas as formas de atividades; por exemplo, aos fabricantes de aparelhos ou de produtos que se revelam defeituosos, ao arquiteto responsável por um edifício eivado de vícios de construção.

é que se pode dizer que a concepção revelada em toda a normatização das relações privadas, sobretudo no que concerne ao Direito Contratual, é caudatária da construção conceitual consumerista advinda do CDC. De fato, é possível apontar uma confluência entre a regra constante no art. 4º, III⁷, do CDC e as previstas no Código Civil, em seus artigos 113⁸, 187⁹ e 422¹⁰.

2.2 A boa-fé objetiva e os marcos normativos

Há que distinguir, entretanto, os conceitos de *boa-fé subjetiva* e *boa-fé objetiva*, dado que, em qualquer domínio da relação contratual no ordenamento jurídico brasileiro, do CDC, de 1990 ao Código Civil, de 2002, prepondera a segunda acepção. Na lição de Soares (2007, p. 96):

“A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota um estado de consciência de atuar em conformidade ao direito. Diz-se subjetiva justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou sua íntima convicção. Por seu turno, ‘boa-fé objetiva’ expressa modelo de conduta social ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta ao arquétipo normativo, atuando com honestidade, lealdade e probidade.”

De modo semelhante, ensina Flávio Tartuce (2007, p. 115-116, grifo do autor):

“à luz das codificações dos séculos passados, o conceito de boa-fé somente era relacionado com a intenção das partes no momento da elaboração do ato jurídico, elemento do conceito de *boa-fé subjetiva* (...) a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa (...) Com o *jusnaturalismo*, a boa-fé ganhou, no Direito Comparado, uma nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes, sendo denominada *boa-fé objetiva*. Nessa

7 CDC, art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21/3/1995): III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (grifo nosso).

8 Código Civil, art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (grifo nosso).

9 Código Civil, art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (grifo nosso).

10 Código Civil, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (grifo nosso).

fase, foi fundamental o pensamento de Hugo Grotius, que deu uma nova dimensão à boa-fé, ao atrelá-la à interpretação dos negócios jurídicos, particularmente no campo contratual. No Direito Comparado, outros autores, como Pufendorf, procuraram trazer a boa-fé para o campo da conduta, relacionando-a com uma ‘obrigação histórica de comportamento’. Da subjetivação saltou-se para a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias.”

Conforme Cláudia Lima Marques (2010, p. 125), a *boa-fé objetiva* acaba por desempenhar três funções basilares no campo das relações de consumo: a *criadora*, a *limitadora* e a *interpretadora*. No primeiro caso, tem-se que a *boa-fé objetiva* é *criadora* de deveres de conduta enquanto dura o liame decorrente do contrato – são os chamados deveres anexos. A segunda função é a de *limitar* o exercício dos direitos subjetivos, configurando as balizas entre o abuso e a licitude. Por fim, tem-se que a *boa-fé objetiva* é utilizável para a consecução e a *interpretação* da relação contratual.

Com efeito, a fim de que se assegure ao consumidor a eficácia de tais funções, em vista dessa *objetivação da boa-fé*, tem-se que as normas relativas às relações consumeristas são de ordem pública, conforme a dicção do art. 1º do CDC¹¹ – o que implica, pois, a necessária intervenção do Estado. No dizer de Valespinos,

“en este ámbito podemos señalar que la búsqueda del equilibrio negocial se manifesta en la necesidad de un mayor intervencionismo estatal a la hora de ponderar todo el fenómeno negocial entre consumidores o usuarios y los proveedores profesionales, es decir abarcativo desde la etapa previa al contrato, publicidad incluida, hasta el período poscontractual, pasando por lo atinente al contenido y ejecución del contrato” (VALESPINOS apud TARTUCE, 2007, p. 118).¹²

Expresso no citado artigo 4º, III, e no artigo 51, IV¹³, ambos do CDC, o princípio da boa-fé é preceito considerado de aceitação universal, e

11 CDC, art. 1º: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

12 Em tradução livre: nesse âmbito [do contrato], podemos destacar que a busca do equilíbrio negocial se manifesta na necessidade de maior intervenção do Estado no momento quando se considera todo o fenômeno da relação entre consumidores [ou usuários] e fornecedores [provedores profissionais], ou seja, abrange desde a etapa anterior ao contrato – publicidade inclusive – até o período pós-contratual, passando pela substância e pela execução do contrato.

13 CDC, art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;” (grifo nosso).

também explícito, por exemplo, no microssistema protetivo alemão, no famoso § 9 do AGB-Gesetz¹⁴, e no artigo 2º do *Código del Consumo* italiano, que apresenta pontos de contato com os artigos 4º e 6º do CDC brasileiro. É o que se constata numa leitura desse dispositivo em que aos consumidores

“ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali *secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà* (*); d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza”¹⁵ (ITALIA, 2005, grifo nosso).

De acordo com o princípio da *boa-fé objetiva*, também se executam os contratos de modo que as partes cumpram não só aquilo a que expressamente se tenham obrigado, mas também tudo o que emane da natureza do contrato ou que, por lei, a ele diga respeito. Nesse caso, a *boa-fé objetiva*, entendida como comportamento de fidelidade, situa-se no mesmo plano do uso ou da lei, isto é, adquire a função de norma dispositiva; daí seu caráter dissociado da vontade das partes, dada a adequação dessa vontade ao princípio que fundamenta o vínculo negocial. Sob esse ponto de vista, a *boa-fé* em sentido objetivo é fonte de deveres especiais e anexos que implicam condutas exigíveis, consoante a natureza da relação jurídica e o fim perseguido pelas partes por meio dela.

2.3 A boa-fé objetiva e o dever de informar

Decorrente do princípio da *boa-fé objetiva* é o dever anexo de informar, constituindo ele próprio outro princípio, o da informação, cuja

14 AGB-Gesetz, § 9: “Generalklausel (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist” (DEUTSCHEGESETZES, [200-?], grifo nosso).

15 Em tradução livre: [aos consumidores] e aos utentes são reconhecidos como fundamentais os direitos a) à tutela da saúde; b) à segurança e à qualidade dos produtos e serviços; c) a uma adequada informação e a uma correta publicidade; c-bis) ao exercício das práticas comerciais segundo os princípios da *boa-fé*, correção e lealdade; d) à educação para o consumo; e) à correção, transparência e equidade nas relações contratuais concernentes a bens e serviços; f) à promoção e ao desenvolvimento do associacionismo livre, voluntário e democrático entre os consumidores e os utentes; g) ao fornecimento dos serviços públicos segundo padrões de qualidade e de eficiência.

natureza constitucional¹⁶ é essencialmente despendida na relação entre cidadão e Estado, num dos exemplos mais visíveis do movimento de constitucionalização do direito, de que fala Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 18):

“O principal aspecto dessa irradiação [dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito] (...) revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais. (...) Por diversos motivos, no entanto, é impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque, no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são.”

O princípio constitucional do direito à informação inscreve-se, por sua vez, no rol de garantias estabelecidas em âmbito internacional. Nesse sentido são as *Diretrizes das Nações Unidas*, publicadas antes da própria promulgação da atual Constituição, as quais já em 1985 preconizavam que programas de informação e educação deveriam ser desenvolvidos de acordo com as tradições culturais, de modo a atender às desvantagens dos consumidores, tais como baixa renda ou escolaridade. De maneira ideal, a educação do consumidor tornar-se-ia parte do sistema público de educação e seriam incluídos, entre outros, aspectos como saúde e nutrição, produtos perigosos e rotulagem de produtos.¹⁷

16 CF, art. 5º, inc. XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

17 In totum: “Under the UN Guidelines, information and education programs should be developed according to cultural traditions, paying special attention to disadvantaged consumers, such as low-income or poorly educated consumers. Ideally, consumer education should become

De acordo com o item 3 daquelas *Diretrizes*, dentre as necessidades legítimas que se pretendia atingir, constavam: a proteção dos consumidores em face dos riscos para sua saúde e sua segurança, a promoção e proteção dos seus interesses econômicos, o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permitisse fazer escolhas bem fundadas e consoante os desejos e necessidades de cada um.¹⁸ Mais adiante, no item 33, as mesmas Diretrizes da ONU (1985) firmavam que a

“33. Consumer education and information programmes should cover such important aspects of consumer protection as the following: (a) Health, nutrition, prevention of food-borne diseases and food adulteration; (b) Product hazards; (c) Product labelling; (d) Relevant legislation, how to obtain redress, and agencies and organizations for consumer protection; (e) Information on weights and measures, prices, quality, credit conditions and availability of basic necessities; and (f) As appropriate, pollution and environment.”¹⁹

a part of the public education system and should include the following aspects of consumer protection: a) health and nutrition; b) products hazards; c) product labeling; d) relevant legislation on how to obtain redress; e) information on weights and measurements, prices, quality, credit conditions, etc.; and f) pollution and the environment. Government should work in close contact with consumer organizations and businesses and through educational programs and mass media to educate the population. The aim of such programs should be to enable people to act as discriminating consumers, capable of making an informed choice about goods and services, and conscious of their rights and responsibilities” (ONU, 1985).

18 In verbis: “3. The legitimate needs which the guidelines are intended to meet are the following: (a) The protection of consumers from hazards to their health and safety; (b) The promotion and protection of the economic interests of consumers; (c) Access of consumers to adequate information to enable them to make informed choices according to individual wishes and needs; (d) Consumer education; (e) Availability of effective consumer redress; (f) Freedom to form consumer and other relevant groups or organizations and the opportunity of such organizations to present their views in decision-making processes affecting them” (ONU, 1985).

19 Em tradução livre: 33. [a] educação do consumidor e os programas de informação devem abarcar aspectos muito importantes da proteção do consumidor, como os

Com efeito, na esteira das *Guidelines* das Nações Unidas, o princípio do direito à informação – explicitado seja na Constituição, em 1988, seja no CDC, dois anos depois – limita estritamente a atividade do fornecedor. Dispõe sobre o seu dever de informar²⁰ as características do produto ou serviço, desde o preço até a sua composição, visando esclarecer e educar o consumidor e vinculando o fornecedor à oferta apresentada, conforme preveem os artigos 30 e 31²¹, a ponto de a falha no dever do fornecedor em alertar para a periculosidade advinda do produto ou serviço, a exemplo do constante nos artigos 61 e seguintes do CDC²², acarretar até mesmo a detenção do responsável.

seguintes: a) saúde, nutrição, prevenção das enfermidades transmitidas pelos alimentos e adulteração dos alimentos; b) perigos dos produtos; c) rotulagem de produtos; d) legislação pertinente, forma de obter compensação, e entidades e organizações de proteção ao consumidor; e) informação sobre pesos e medidas, preços, qualidade, condições para a concessão de créditos e disponibilidade dos artigos de primeira necessidade; e f) poluição e meio ambiente, quando for o caso.

20 CDC, art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (grifo nosso).

21 CDC, art. 30: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével (Incluído pela Lei nº 11.989, de 2009)”.

22 CDC, art. 61: “Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes. Art. 62. (Vetado). Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas

Confirma-se, então, que a tutela da vida e da integridade física do consumidor é explícita no CDC, dado que a mera informação relativa aos componentes de um produto torna possível salvar, de danos ou da morte, o consumidor alérgico a determinada substância. Assim, é necessário ter ciência não só da origem do produto em face da extensão deletéria da comercialização clandestina, como também da nocividade do produto ou serviço ofertado, o que implica o dever de prescrição clara sobre o modo seguro quanto ao manuseio e ao consumo.

2.4 A boa-fé e a jurisprudência

Na lição de Maria Helena Diniz (1992, p. 266 apud AZEVEDO, 2008, p. 74), a jurisprudência pode ser definida como um “conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas”. Afirma-se, por conseguinte, que, ao prestar tutela, a jurisdição acaba por criar norma jurídica sempre que procede ao cotejamento entre duas ou mais regras positivadas no ordenamento, de modo que a tutela jurisdicional participa do feixe de normas jurídicas, constituindo-se em fonte de direito.

Disso resulta ser improcedente a consideração do ordenamento jurídico como um plexo de regras *stricto sensu*, uma vez que não se podem relegar o caráter verdadeiramente criador da função jurisdicional e a real natureza de fonte de direito das decisões judiciais. É inegável que do papel do juiz, em sua atividade típica, exsurge nova norma sempre que tempera e concretiza a abstração das previsões legais. Nas palavras

ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado. § 2º Se o crime é culposo: Pena – Detenção de um a seis meses ou multa”.

de Miguel Reale (1995 apud AZEVEDO, 2008, p. 75-76), muitas vezes a jurisprudência

“inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos de largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito.”

Nesse sentido é que se pode constatar o sistema dinâmico do Direito como um conjunto de imbricações recíprocas entre as fontes e, mesmo, entre os diversos ramos do Direito, cada qual com seus objetos específicos – mas nunca estanques. A propósito, numa obra capital, Nathalie Sauphanor, depois de demonstrar a funda influência – para o bem ou para o mal – do direito das relações de consumo sobre o direito penal, o direito público (administrativo) e o direito penal francês, conclui que

“L’exploration de l’influence du droit de la consommation sur les branches du droit aura permis de tirer deux conclusions. Le droit de la consommation exerce une action bénéfique sur le système juridique lorsqu’il dépasse des distinctions traditionnellement opérées entre les disciplines. En revanche, lorsqu’il n’opère plus par la voie de la ‘transcendance’ mais lorsqu’il s’immisce à l’intérieur d’une branche, le droit de la consommation entraîne des conséquences néfastes”²³ (SAUPHANOR, 2000, p. 222).

Mais além, na segunda parte de sua obra, Sauphanor (2000) trata da influência do direito das relações de consumo sobre as fontes de direito, em especial no que diz respeito à interação entre a lei e o juiz. Segundo a autora, um dado muito positivo é que o direito consumerista salienta o papel preponderante do juiz (no âmbito daquilo que, entre nós, Cláudia Lima Marques denomina “diálogo das fontes” de direito), além de renovar a teoria das fontes ao expandi-las para além dos limites constringentes.

Para Sauphanor, o juiz determina o campo de aplicação das leis de proteção do consumidor ao preencher lacunas legais, ao pôr em prática um paradigma legal, além de frequentemente afastar a fria letra da lei em favor da norma protetiva do consumidor – o que caracteriza o que ela chama de “domínio da deformação pretoriana” (*le domaine de la défor-*

23 Em tradução livre: A investigação da influência do direito das relações de consumo sobre os ramos do direito permite chegar a duas conclusões. O direito consumerista desempenha um papel benéfico sobre o sistema jurídico quando ele supera distinções tradicionalmente consideradas entre as outras disciplinas. Em contrapartida, quando ele não opera mais pela via da “transcendência”, mas se insere no domínio de outro ramo, o direito das relações de consumo acarreta consequências nefastas.

mation prétorienne), ao mesmo tempo em que ocorre uma gradativa modificação do papel do juiz. Disso decorre que o direito do consumidor

“[Le droit de la consommation] favorise l'émergence de sources évolutives dans le droit des contrats. La suppression du monopole de la loi dans la détermination de la clause abusive au profit de la reconnaissance dans ce domaine du pouvoir du juge renforce la variabilité des sources. L'introduction d'un standard participe d'un même phénomène puisqu'il s'agit là du type même de notion à contenu variable. (...) Enfin, l'exploration de l'influence du droit de la consommation sur les sources renforce l'idée d'une dynamique du système juridique, que nous avons présentée après l'analyse des effets du droit de la consommation sur les branches du droit. La dialectique des rapports noués entre le juge et le législateur a illustré le phénomène de 'dynamique des sources', facteur essentiel de dynamique interne du système”²⁴ (SAUPHANOR, 2000, p. 369-370).

Numa via muito próxima, ao retomar e aprofundar o conceito de “*dialogue des sources*”, de Erik Jayme, Cláudia Lima Marques (2007) frisa que o “diálogo das fontes” implica influências recíprocas entre o CDC e o Código Civil, cujas cláusulas gerais facilitam a tarefa desafiadora dos aplicadores do direito na adaptação, à realidade brasileira, da codificação do direito privado – e, em se tratando da *boa-fé objetiva*, a autora chegou a reunir mais de dois

mil acórdãos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) relativos à incidência desse princípio nos serviços bancários, financeiros, creditícios e securitários.

Num texto escrito pouco depois da promulgação do novo Código Civil e em face da construção já consolidada da jurisprudência brasileira, preconizava a doutrinadora gaúcha que urgia

“estar o aplicador da lei atento para o enorme manancial de *Richterrecht* ou o direito desenvolvido pelos juízes (*Rechtsfortbildung*) que estes mais de 10 anos [*agora, mais de 20 anos*] de prática com as mesmas cláusulas gerais no microsistema do CDC significam. (...) as pesquisas realizadas pelo Brasilcon sobre o avanço da jurisprudência brasileira demonstram claramente: 1. o juiz brasileiro (...) sabe como concretizar cláusulas gerais, sem arbitrariedades, nem exageros, mesmo em um microsistema protetor como o CDC; logo, saberá realizar esta mesma concretização com as cláusulas gerais do CC/2002; 2. o uso reiterado das cláusulas gerais do CDC para relações interempresariais permite agora, facilmente, transpor estes avanços jurisprudenciais (e as cláusulas consideradas abusivas, por exemplo) para a aplicação do CC/2002” (MARQUES et al, 2007, p. 50-51).

3. Análise de um julgado do STJ

3.1 O Recurso Especial nº 586316 MG 2003/0161208-5, de 17/4/2007

Eis a Ementa do julgado:

“Processo: REsp 586316 MG 2003/0161208-5

Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN

Julgamento: 17/04/2007

Órgão Julgador: T2 – SEGUNDA TURMA

24 Em tradução livre: [O direito do consumidor] favorece a emergência de fontes mais avançadas na esfera do direito dos contratos. A supressão do monopólio da lei na determinação da cláusula abusiva em benefício do reconhecimento do poder do juiz nesse domínio ressalta a pluralidade das fontes. A introdução de um paradigma é parte de um mesmo fenômeno, visto que se trata aí do próprio conceito de conteúdo variável. (...) Enfim, a investigação da influência do direito das relações de consumo sobre as fontes de direito põe em relevo a noção de um dinamismo do sistema jurídico, que já pressentíamos antes da análise dos efeitos do consumerismo sobre os outros ramos do direito. A dialética dos estreitos liames entre juiz e legislador ilustra o fenômeno da “dinâmica das fontes”, fator essencial da dinâmica interna do sistema.

Ementa

DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. *PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE* DO CONSUMIDOR. *PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA*. *PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA*. *PRINCÍPIO DA CONFIANÇA*. OBRIGAÇÃO DE *SEGURANÇA*. DIREITO À *INFORMAÇÃO*. DEVER *POSITIVO* DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE *RISCOS* DE PRODUTOS E SERVIÇOS. *DISTINÇÃO* ENTRE *INFORMAÇÃO-CONTEÚDO* E *INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA*. *ROTULAGEM*. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES *HIPERVULNERÁVEIS*. CAMPO DE APLICAÇÃO DA *LEI DO GLÚTEN* (LEI 8.543/92 AB-ROGADA PELA LEI 10.674/2003) E EVENTUAL ANTINOMIA COM O ART. 31 DO *CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DA IMPETRANTE DE OFENSA À SUA LIVRE INICIATIVA E À COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR *DEIXAR DE ADVERTIR SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN AOS DOENTES CELÍACOS*. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA”²⁵ (grifo nosso).

3.2 O contexto histórico e normativo

Antes de tudo, é necessário saber que, de acordo com Associação dos Celiacos do Brasil (ACELBRA, 2004)²⁶, a doença celíaca

“é uma intolerância permanente ao glúten (proteína presente no trigo, centeio, cevada, malte e aveia) acometendo indivíduos com predisposição genética que não podem ingerir qualquer quantidade de glúten, por toda a vida, sob risco de desenvolverem complicações malignas, como linfoma intestinal, assim como, complicações não malignas, como osteoporose. A dieta isenta de glúten é o único tratamento da Doença Celíaca.”

A fim de garantir a segurança alimentar dos portadores dessa intolerância ao glúten, editou-se, em 1992, a Lei nº 8.543, que determinava a impressão de advertência em rótulos e embalagens de alimentos industrializados que contivessem glúten. A partir de então, todos os alimentos industrializados que apresentassem, em sua composição, ingredientes como trigo, aveia, cevada, malte e centeio e/ou seus derivados deveriam conter, obrigatoriamente, advertência indicando essa composição.

²⁵ Vide Anexo 1.

²⁶ A Associação dos Celiacos do Brasil, entidade sem finalidade lucrativa, com representação em vários estados da federação, tem por objetivo principal dar apoio aos portadores da doença celíaca e da dermatite herpetiforme.

Tal advertência deveria “ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos industrializados em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura”.²⁷ A lei determinava também que as indústrias alimentícias ligadas ao setor teriam “o prazo de um ano, a contar da publicação (daquela lei), para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento”.²⁸

Algum tempo depois, em 2001, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) realizou, em Brasília, uma consulta pública relacionada à nova rotulagem para alimentos com glúten²⁹ (ACELBRA, 2001). Disso resultou uma resolução, a RDC nº 40, de 8 de fevereiro de 2002, que, ao considerar a necessidade de padronização da advertência a ser declarada em rótulos de alimentos que continham glúten, aprovou o *Regulamento Técnico para Rotulagem de Alimentos e Bebidas Embalados que Contenham Glúten*.³⁰

Todavia, a Lei de 1992 foi revogada pela Lei nº 10.674, de 16 de maio de 2003, a qual determinou que todos os alimentos industrializados deveriam “conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições ‘Contém Glúten’ ou ‘Não contém Glúten,’ conforme o caso”.³¹ Tal advertência deveria ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos, assim como em cartazes e materiais de divulgação, sempre em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura. Ademais, as indústrias alimentícias ligadas ao setor teriam “o prazo de um ano, a contar da publicação desta Lei, para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento”.³²

Observa-se, pois, que a lei revogadora só veio a beneficiar os pacientes celíacos, bem como a esclarecer a sociedade, ao implicitamente divulgar a existência dessa moléstia, cujo conhecimento à época ainda estava adstrito ao próprio paciente e ao âmbito de sua família. Entretanto, a poderosa Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (Abia), com claros objetivos mercadológicos, passou a pressionar o legislador e a acionar o Poder Judiciário, sempre a exigir que se revogasse a referida Lei ou, ao menos, que se aguardasse mais um ano para o início de seu cumprimento.

Com efeito, a Abia alegava que a lei era impraticável, dado que obedecer a ela implicava um ônus muito alto para ser suportado, em vista da necessidade de mudar embalagens e rótulos, embora isso, na verdade, já fosse bem comum. De fato, as empresas sempre o têm feito quando, por exemplo, mudam rótulos e embalagens para anunciar alguma promoção

²⁷ Vide Anexo 2.

²⁸ Vide Anexo 2.

²⁹ Vide Anexo 4.

³⁰ Vide Anexo 5.

³¹ Vide Anexo 3.

³² Vide Anexo 3.

do gênero “leve três e pague um” ou “compre 750g e pague apenas 500g”. Em defesa dos doentes celíacos, a Acelbra (2004) argumentava:

“Além do mais, temos visto nos supermercados um número francamente crescente de produtos cujas embalagens já foram adaptadas à Lei 10.674/03, trazendo a inscrição ‘CONTÉM GLÚTEN’ ou ‘NÃO CONTÉM GLÚTEN’, conforme a lei. Se fornecer informação aos celíacos é tão desgastante aos associados da ABIA, solicitamos a eles que também se movam contra os interesses dos diabéticos, dos fenilcetonúricos, dos intolerantes à lactose e todos os demais portadores de intolerâncias alimentares. A ABIA solicita também que tudo volte à Lei anterior (nº 8.543/92), mas essa Lei já foi revogada. Portanto, revogar também a Lei atual é deixar os celíacos sem proteção alguma. Além disso, ao longo dos mais de doze anos de vigência dessa Lei, muitas empresas a desobedeceram sistematicamente.”

Na mesma época, algumas indústrias alimentícias multinacionais (a exemplo de uma empresa líder em chocolates) começaram a informar “CONTÉM GLÚTEN” nas embalagens de produtos que, historicamente, eram isentos de glúten. Com a Lei nº 8.543/92, as embalagens desses alimentos passaram a apresentar inscrições como “traços de glúten” ou “traços de trigo”. Evidenciava-se, desse modo, que o problema não dizia respeito aos alimentos, mas à possível contaminação acarretada pela manipulação concomitante com as farinhas de trigo, aveia, centeio, cevada e malte (ACELBRA, 2004).

3.3 Análise do julgado

É nesse contexto conflituoso que se deve fazer a leitura do julgado do STJ, paradigmático no sentido de que se apoia em praticamente todos os princípios informadores da Lei nº 8.078/90 – de cujo anteprojeto³³, aliás, participou o próprio relator, o Ministro Herman Benjamin –, de maneira que se tornam evidentes aquelas já aludidas funções (criadora, interpretadora e limitadora) da *boa-fé objetiva* na esfera das relações de consumo, além do papel colmatador da norma jurídica exercido pela jurisprudência.

O julgado em questão diz respeito a mandado de segurança preventivo impetrado justamente pela Abia, que, alegando sofrer efetiva lesão e ser detentora do presumido direito líquido e certo de exercer com liberdade a produção e a comercialização de produtos, opôs-se a procedimentos

33 Contribuíram para o anteprojeto, além de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin: Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari (GRINOVER, 2007).

administrativos instaurados pelo Procon de Minas Gerais, em face da obrigatoriedade da informação sobre os riscos, para a saúde e a segurança dos portadores da síndrome celíaca, da presença de glúten em alimentos industrializados.

Conquanto reconheça concreto e justo o receio das empresas representadas pela Abia, firma-se o juízo no fato de que a Lei nº 10.674, de 2003, não torna inválida a necessidade de a expressão “contém glúten” ser complementada com a advertência acerca dos riscos à saúde e à segurança dos doentes celíacos. Em face do caráter da inafastabilidade e da indisponibilidade, porque são de “ordem pública e interesse social”³⁴ as normas do CDC, não é dada ao consumidor a faculdade de a elas renunciar.

Tais normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica. Mais que normas de direito privado, são de forte interesse público; daí serem indisponíveis e inafastáveis, mesmo que haja acordo entre as partes. Sob esse ponto de vista, veda-se ao consumidor a renúncia a direitos que lhe outorga o CDC, bem como ao fornecedor é defeso eximir-se de responsabilidade. Relativamente às normas de interesse social, o CDC visa a “resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo” (GRINOVER, 2007, p. 25).

Disso decorre o princípio da intervenção estatal, previsto no art. 4º, inciso II, do CDC, que faculta ao Estado a intervenção nas relações de consumo por meio de ações governamentais, com o escopo de efetivamente proteger o consumidor.³⁵ Neste inciso, prevê-se ação governamental no sentido de protegê-lo, e o que se pode dar por meio de iniciativa direta, de incentivos à criação e ao desenvolvimento de associações representativas, da presença do Estado no mercado de consumo, da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, entre outras possibilidades.

Saliente-se, todavia, que, se por um lado o CDC se funda no princípio da vulnerabilidade do consumidor, com o fito de assegurar igualdade (a

34 CDC, art. 1º: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias” (grifo nosso).

35 CDC, art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995) (...) II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”.

formal e sobretudo a material) aos agentes envolvidos nas relações de consumo, por outro lado tal garantia, de índole constitucional, não se pode constituir em óbice aos empreendimentos do fornecedor. Em contrapartida, deve-se considerar que o princípio da boa-fé objetiva conduz, como corolário, aos princípios da confiança e da transparência – que perfazem o supracitado *Treu und Glauben* da cláusula geral do § 9, 1, do *AGB-Gesetz* alemão³⁶ –, garantidores do direito à informação, explícito no inciso XIV do art. 5º da Carta Maior³⁷.

Nesse sentido, o dever de segurança é contraparte do direito ao acesso à informação, do que decorre a previsão do art. 6º, III, do CDC³⁸. No entendimento do relator, tal *informação adequada*, em face dessa disposição

“é aquela que se apresenta *simultaneamente completa, gratuita e útil*, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor”³⁹ (grifo nosso).

Decorrem, pois, da *boa-fé objetiva* os termos do que estatuem, na Seção II (“Da Oferta”) do Capítulo V (“Das Práticas Comerciais”), os artigos 30 e 31 do CDC. *In verbis*:

“Art. 30. *Toda informação ou publicidade*, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.
Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços *devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas* e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, *bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores*” (grifo nosso).

Assim, na oferta e na apresentação de produto ou serviço, a *boa-fé objetiva* manifesta-se nessa necessidade de que toda informação deva ser firmada na adequação, na veracidade e na suficiência, ou seja, deva ser verdadeira, de fácil entendimento, além de não poder ser prolixa ou insuficiente, de modo que seja facilitada sua percepção ou constatação.

36 Vide nota 14.

37 CF, art. 5º, inc. XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional,” (grifo nosso).

38 CDC, art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem,” (grifo nosso).

39 Vide Anexo 1, item 8.

A adequação respeita aos modos de informação e ao conteúdo respectivo. Devem os meios concretizar a compatibilidade entre o produto ofertado e o destinatário atingido; em virtude disso, todo o sistema de signos envolvidos na informação ou publicidade deve caracterizar-se pela clareza e precisão, de modo a se fazer facilmente apreensível e compreendido quando aludir à composição, à periculosidade e à potencialidade de riscos.

Quanto à veracidade, deve a informação corresponder às características reais relativas à composição, qualidade, quantidade, preço etc. E, por fim, a suficiência concerne à integralidade e completude, sem omissões ou imprecisões. Nos termos do julgado, o dever de informar, assim definido, exige uma conduta comissiva, visto que o CDC veda “tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão”.⁴⁰

Em outro texto, ainda antes da promulgação do atual Código Civil, já prelecionara Herman Benjamin:

“Para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu *dever de informação positiva*. Toda reforma do sistema judiciário nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir. O dispositivo tem, na sua origem, o princípio da transparência, previsto expressamente pelo CDC (art. 4º, *caput*). Por outro lado, é decorrência também do *princípio da boa-fé objetiva, que perece em ambiente onde falte a informação plena do consumidor*” (GRINOVER, 2007, p. 287-288, grifo nosso).

Dessa maneira, evidencia-se que o princípio da *boa-fé objetiva* não se dissocia do princípio da transparência, pois que ambos se concretizam no instante em que a informação adequada e clara é prestada ao consumidor. E na soma desses princípios, constituídos de duas obrigações anexas – o dever da transparência e o dever da informação –, fundamenta-se o dever maior de o fornecedor prestar efetiva informação sobre produtos e serviços que oferte no mercado de consumo, além do que a própria informação assume posição relevante para instrumentalizar a defesa do consumidor.

O dever de bem informar, anexo da *boa-fé objetiva*, conduz, por sua vez, a quatro desdobramentos, conforme o relator:

“A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) *informação-conteúdo* (= características intrínsecas do produto e serviço), b) *informação-utilização* (= como se usa o produto ou serviço), c) *informação-preço* (= custo, formas e condições de pagamento), e d) *informação-advertência* (= riscos do produto ou serviço)”⁴¹ (grifo nosso).

Ao considerar esses quatro desdobramentos, o relator afirma a complementaridade entre o CDC e a Lei nº 10.674/ 2003. No cotejamento dos dois textos legais, evidencia-se a necessária distinção entre a obrigação *geral* e a obrigação *específica* de informação, bem como entre *informação-conteúdo* e *informação-advertência*. Logo, julga não haver antinomia entre, de um lado, o art. 31 do CDC, que obriga o fornecedor a informar os consumidores sobre o “conteúdo”, bem como alertá-los acerca dos riscos a sua saúde e segurança, e, de outro, a Lei de 2003, editada justamente para proteger a saúde (bem imediato) e a vida (bem mediato) dos portado-

40 Vide Anexo 1, item 12.

41 Vide Anexo 1, item 11.

res da síndrome celíaca. Mais além, o relator aprofunda a análise sobre a índole da obrigação de informar:

“15. O CDC estatui uma *obrigação geral* de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei 10.674/03), dispõem sobre *obrigação especial* de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela. 16. *Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência*. Quem informa nem sempre adverte. 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a *alimentos e medicamentos*), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores”⁴² (grifo nosso).

Patenteiam-se bem visíveis, no final do julgado, aquelas já aludidas três funções marcantes do direito consumerista: *delimitadora, criadora e interpretadora*. Segundo o relator, há que se considerar também a existência dos “hipervulneráveis”, os quais diferem dos vulneráveis no sentido em que, “exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna”⁴³. Com efeito, ressalte-se o fato de que ser

“diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. 20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos”⁴⁴ (grifo nosso).

Com base nessa sólida e já antológica argumentação, alicerçada no princípio da *boa-fé objetiva* – em que se demonstra a existência de lacuna na Lei nº 10.674/2003, por haver tratado tão somente da *informação-conteúdo*, o que torna imprescindível, em processo hermenêutico de integração jurídica, a aplicação do art. 31 do CDC, de maneira a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, de modo inequívoco, o necessário elo entre a presença de glúten e os doentes celíacos –, o relator do Re-

42 Vide Anexo 1, itens 15 a 17.

43 Vide Anexo 1, item 18.

44 Vide Anexo 1, itens 19 e 20.

curso Especial em questão decidiu pelo parcial conhecimento e pelo seu provimento apenas numa parte.

4. Considerações finais

Conforme se destacou desde o início, a *boa-fé* é um conceito de difícil apreensão, e da sua polissemia decorre o inevitável recurso à remissão a outros conceitos vagos e fluidos, tais como *lealdade*, *confiança*, *probidade*, *sinceridade*, *autenticidade*, *veracidade* e, mesmo, *equidade*. Nessa expressão da variedade de sentidos, resta ao jurista a desafiadora tarefa de delimitar-lhe o âmbito semântico, em busca da precisa interpretação teleológica e sistemática, conforme as intenções apreensíveis de dado conjunto de normas em que ela se apresenta, a fim de atribuir-lhe conteúdo propriamente jurídico. Nessa direção, ensina Alair Caffé Alves (2005, p. 177-178, grifo nosso) que

“temos o campo da lógica das normas, isto é, da lógica que nos permite reunir sob a unidade do texto literal uma multiplicidade de sentidos que são candidatos a ser um norma efetiva. Depois dessa exploração hermenêutica dos possíveis sentidos é que se impõe o exercício da vontade, a decisão da autoridade normativa (autoridade autêntica) de erigir um dos sentidos como norma jurídica vinculante. Portanto, a norma jurídica é, a um só tempo, o produto da interpretação lógica de um texto normativo – *buscando-lhe os possíveis sentidos* – e da *decisão do poder autêntico (autoridade ou órgão jurídico) pela qual se escolhe um dos sentidos logicamente possíveis*, integrantes do quadro proposicional representado pelo texto normativo-literal da lei jurídica.”

No mesmo sentido são as palavras de Béatrice Jaluzot quanto ao caso específico do princípio da *boa-fé objetiva* na construção jurisprudencial da norma jurídica no domínio das relações de consumo:

“Le fait que la bonne foi permette de créer de nouvelles règles juridiques est un phénomène qui pourrait paraître naturel. Étant une norme floue, au contenu indéterminé, *l'application de la bonne foi impose une intervention constructive du juge*: à lui de déterminer le sens de la règle pour chaque cas précis, les conditions de son application et les résultats juridiques qu'elle produit”⁴⁵ (JALUZOT, 2001, p. 391, grifo nosso).

No julgado em análise, ressalta o modo como o princípio da *boa-fé objetiva* deve ser atendido no caso concreto, pois, mesmo que não esteja explícito nas relações entre as partes, acaba por constituir-se em norma jurídica regulamentadora das relações de consumo, dada a sua natureza de ordem pública e de interesse social. Disso decorre que a aplicabilidade de seus princípios independe do grau de explicitação em cada dispositivo de um conjunto de regras, pois, assim como se revela como princípio, a *boa-fé objetiva* é norma que se espraia por todo o ordenamento jurídico, sobretudo no que atina às relações na esfera consumerista.

Do princípio da *boa-fé objetiva*, tomado em sua função *limitadora*, deflui a distinção entre o conteúdo do ato e sua intenção prática, oriundos menos da autonomia da vontade e mais dos efeitos estabelecidos no plano do ordenamento jurídico. Desse modo, chega-se à noção da *boa-fé objetiva* como valor de norma jurídica, tomada em sentido amplo e concebida como produto construído institucionalmente pelo legislador, bem como pela jurisprudência. Isso traz à tona aquela discussão a que se refere Norberto Bobbio relativa ao fato de o problema da justiça ser

45 Em tradução livre: O fato de a *boa-fé* permitir a criação de novas regras jurídicas é um fenômeno que poderia parecer natural. Sendo uma norma fluida, de conteúdo indeterminado, a aplicação da *boa-fé* impõe uma intervenção construtiva do juiz: a de determinar o sentido da regra para cada caso concreto, as condições de sua aplicação e os resultados jurídicos que ela produz.

“o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico.(...) Para nós, basta constatar que *toda ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam valores* a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. No caso de se considerar que existam valores supremos, objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma jurídica é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não para realizar esses valores” (BOBBIO, 2008, p. 46, grifo nosso).

A *boa-fé objetiva* concretizada em norma jurídica pela via jurisprudencial diz respeito, portanto, a essa correspondência. E seu caráter dispositivo acaba por circunscrever atos jurisdicionais tomados em intrínseca coerência com a natureza de ordem pública a regular o *dever de informação* – e o fundamental direito a ela – nas relações de consumo, e a proteger, para além da segurança e da saúde, o bem maior da vida, não só “a vida de muitos, mas também a vida de poucos”.

Anexo 1

STJ REsp 586316 MG 2003/0161208-5

Processo: REsp 586316 MG 2003/0161208-5

Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN

Julgamento: 17/04/2007

Órgão Julgador: T2 – SEGUNDA TURMA

Publicação: DJe 19/03/2009

Superior Tribunal de Justiça

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 586.316 – MG (2003/0161208-5)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

EMBARGANTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DA ALIMENTAÇÃO – ABIA

ADVOGADO : RUI GERALDO CAMARGO VIANA E OUTRO(S)

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Embargos de Declaração opostos contra acórdão da Segunda Turma que deu provimento ao Recurso Especial do Ministério Público, assim ementado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA. ROTULAGEM. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI DO GLÚTEN (LEI 8.543/92 AB-ROGADA PELA LEI 10.674/2003) E EVENTUAL ANTINOMIA COM O ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DA IMPETRANTE DE OFENSA À SUA LIVRE INICIATIVA E À COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR DEIXAR DE ADVERTIR SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN AOS DOENTES CELÍACOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGACÃO DA SEGURANÇA.

1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca. 2. A superveniência da Lei 10.674/2003, que ab-rogou a Lei 8.543/92, não esvazia o objeto do *mandamus*, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, complementar a expressão “contém glúten” com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam. 3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de “ordem pública e interesse social”. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado. 4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. 5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma

das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC. 6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança. 7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III). 8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. 9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (art. 31 do CDC). 10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. 11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d)

informação-advertência (= riscos do produto ou serviço). 12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão. 13. Inexistência de antinomia entre a Lei 10.674/2003, que surgiu para proteger a saúde (imediatamente) e a vida (mediatamente) dos portadores da doença celíaca, e o art. 31 do CDC, que prevê sejam os consumidores informados sobre o “conteúdo” e alertados sobre os “riscos” dos produtos ou serviços à saúde e à segurança. 14. Complementaridade entre os dois textos legais. Distinção, na análise das duas leis, que se deve fazer entre obrigação geral de informação e obrigação especial de informação, bem como entre informação-conteúdo e informação-advertência. 15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei 10.674/03), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela. 16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte. 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são freqüentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.

18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. 20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos. 21. Existência de lacuna na Lei 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos. 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

A embargante alega que o acórdão incorre em omissão e contradição. Sustenta, em síntese, que: a) como o Mandado de Segurança foi impetrado em caráter preventivo, o efeito imediato da revogação da segurança é permitir que o Ministério Público adote as medidas que entender cabíveis para exigir a informação de que o glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos, mas “não impor às empresas associadas da embargante o imediato cumprimento dessa pretensão” (fl. 303); b) a advertência pretendida pela autoridade coatora e o complemento da expressão “contém glúten” não estão previstos na legislação específica que rege a matéria; c) não houve indicação do prazo para o cumprimento da exigência de rotulagem imposta pela

Segunda Turma no acórdão embargado; d) o julgamento ofende os arts. 2º e 5º, II, da Constituição da República, cujo prequestionamento requer. Sem impugnação. É o relatório.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 586.316 – MG (2003/0161208-5) VOTO: O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 20.5.2009. Os Embargos de Declaração não merecem prosperar, uma vez que ausentes os vícios listados no art. 535 do CPC. De início, registro que o argumento de que o acórdão embargado não poderia impor a complementação da expressão “Contém glúten” é inócuo, tendo em vista que tal não ocorreu. Com efeito, a instância ordinária concedeu a segurança por entender que a ora embargante tem direito líquido e certo de comercializar seus produtos com a mera expressão “Contém glúten” e impedir a imposição de sanções administrativas. Ao acolher a violação do art. 31 do CDC, a Segunda Turma deu fundamento claro e suficiente ao provimento do Recurso Especial do Ministério Público “para reconhecer a inexistência do direito subjetivo alegado e denegar a ordem de segurança pretendida”. Em momento algum determinou que a recorrida, ora embargante, cumprisse a exigência que entende legítima, a saber, a inserção nos produtos destinados ao consumo de que o glúten é prejudicial aos doentes celíacos. Assim, não cabe qualquer decote ou alteração da sua conclusão, tampouco a fixação de prazo para cumprir a exigência em defesa do consumidor, por fugir aos limites do objeto recursal. O acórdão embargado apenas revogou a tutela mandamental que a embargada havia obtido na instância ordinária, restabelecendo o *status quo ante* e, com isso, permitindo a atuação legítima da autoridade coatora, caso não seja prestada a devida informação aos consumidores. Além de não estar configurada omissão, a embargante, em momento algum, demonstrou contradição entre

os fundamentos do acórdão recorrido, tampouco entre eles e a conclusão pelo provimento do Recurso Especial do *Parquet*, sendo vazias e infundadas suas alegações. Em verdade, seus argumentos evidenciam intuito de rediscutir o mérito da questão e prequestionar dispositivos constitucionais, à margem de qualquer dos vícios previstos no art. 535 do CPC. É de conhecimento geral que os aclaratórios não se prestam a rever a matéria julgada, nem a prequestionar dispositivos constitucionais. Com esse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DE MÉRITO. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER MERAMENTE PROTETÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformismo com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, sem demonstrar omissão, contradição ou obscuridade (art. 535 do CPC). 2. Incabíveis embargos de declaração se inexistente omissão relativa à matéria infraconstitucional, não sendo o STJ competente para apreciar matéria constitucional, inclusive para fins de prequestionamento. 3. É nítido o intuito protetatório do recurso, dando ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, à razão de 1% do valor corrigido da causa. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no Ag 936.404/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 14/10/2008) Por se tratar de primeiros aclaratórios, deixo de aplicar a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. Diante do exposto, rejeito os Embargos de Declaração. É como voto.

Anexo 2

Lei nº 8.543 de 23 de dezembro de 1992

Determina a impressão de advertência em rótulos e embalagens de alimentos industrializados que contenham glúten, a fim de evitar a doença celíaca ou síndrome celíaca.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Todos os alimentos industrializados que contenham glúten, como trigo, aveia, cevada, malte e centeio e/ou seus derivados, deverão conter, obrigatoriamente, advertência indicando essa composição. § 1º (VETADO) § 2º A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos industrializados em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura. § 3º As indústrias alimentícias ligadas ao setor terão o prazo de um ano, a contar da publicação desta Lei, para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário. Brasília, 23 de dezembro de 1992, 171ª da Independência e 104ª da República. ITAMAR FRANCO/ Lázaro Ferreira Barboza/ Jamil Haddad

Anexo 3

Lei nº 10.674 de 16 de maio de 2003

Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições “contém Glúten” ou “não contém Glúten”, conforme o caso. § 1º A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura. § 2º As indústrias alimentícias ligadas ao setor terão o prazo de um ano, a contar da publicação desta Lei, para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento. Art. 2º (VETADO) Art. 3º (VETADO) Art. 4º A Lei nº 8.543, de 23 de dezembro de 1992, continuará a produzir efeitos até o término do prazo

de que trata o § 2º do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.700, de 9.7.2003) Brasília, 16 de maio de 2003; 182ª da Independência e 115ª da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA/ Humberto Sérgio Costa Lima/ Marcio Fortes de Almeida.

Anexo 4

Anvisa – Consulta Pública de 23 de outubro de 2001

Brasília, 23 de outubro de 2001. Consulta Pública prevê nova rotulagem para alimentos com Glúten No Diário Oficial da União do dia 23 de outubro de 2001, a Anvisa publicou a Consulta Pública nº 88, que prevê a aprovação do Regulamento Técnico para Rotulagem de Alimentos e Bebidas Embalados que contém Glúten. O objetivo é proteger pessoas que sofrem de Síndrome Celíaca, doença hereditária ocasionada por intolerância alérgica – sensibilidade – ao glúten. A Consulta Pública prevê que todos os alimentos e bebidas embalados que contém glúten – proteína presente no trigo, na aveia, na cevada, no malte, no centeio e/ou derivados –, devem apresentar obrigatoriamente no rótulo a advertência: “Contém Glúten”. Se o portador da Síndrome Celíaca ingerir inadvertidamente o glúten, pode ter a superfície intestinal destruída por anticorpos do próprio organismo, o que resultará em má absorção de nutrientes como gorduras, vitaminas e minerais. Os sintomas mais comuns em crianças de até três anos portadoras de Síndrome Celíaca, ao entrar em contato com o glúten, são: diarreia, insuficiência de crescimento, vômito, abdômen inchado, fezes anormais na aparência, odor e quantidade. Já nos adultos, o apetite aumenta, há perda de peso, fraqueza, fadiga e anemia. A doença Celíaca pode ainda provocar câncer nos linfócitos – Linfoma. O único tratamento para a

enfermidade é excluir o glúten da alimentação. A proposta de rotulagem atende solicitação da Associação de Celíacos do Brasil (Acelbra), com sede em São Paulo. A indicação da presença do glúten nos rótulos e embalagens de alimentos industrializados é obrigatória desde 1992, quando foi publicada a Lei nº 8.543. A partir de agora, com a nova regulamentação, as embalagens também vão apresentar um alerta informando a presença da substância.

Anexo 5

Resolução Anvisa – RDC nº 40, de 8 de fevereiro de 2002

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o art.11, inciso IV do Regulamento da ANVISA, aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, em reunião realizada em 6 de fevereiro de 2002, considerando o § 1º do art. 111, do Regimento Interno aprovado pela Portaria nº 593, de 25 de agosto de 2000, republicada no DO de 22 de dezembro de 2000; considerando a necessidade de constante aperfeiçoamento das ações de prevenção e controle sanitário na área de alimentos, visando à saúde da população; considerando que a doença celíaca ou síndrome celíaca e a dermatite herpetiforme são doenças causadas pela intolerância permanente ao glúten; considerando que o glúten é o nome dado a um conjunto de proteínas presentes no trigo, aveia, cevada, malte e centeio; e considerando a necessidade de padronização da advertência a ser declarada em rótulos de alimentos que contenham glúten; adotou a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação: Art. 1º Aprovar o Regulamento Técnico para ROTULAGEM DE ALIMENTOS E BEBIDAS EMBALADOS QUE CONTENHAM

GLÚTEN, constante do anexo desta Resolução. Art. 2º O descumprimento aos termos desta Resolução constitui infração sanitária ficando o infrator sujeito aos dispositivos da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977 e demais disposições aplicáveis. Art. 3º As empresas têm um prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da data de publicação deste Regulamento para se adequarem ao mesmo. Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. GONZALO VECINA NETO

ANEXO: REGULAMENTO TÉCNICO PARA ROTULAGEM DE ALIMENTOS E BEBIDAS EMBALADOS QUE CONTENHAM GLÚTEN

1. Alcance 1.2 Objetivo Padronizar a declaração sobre a presença de glúten nos rótulos de alimentos e bebidas embalados. 1.2. Âmbito de Aplicação O presente Regulamento Técnico se aplica à Rotulagem de Alimentos e Bebidas que contenham glúten, produzidos, comercializados e embalados na ausência do cliente e prontos para oferta ao consumidor, sem prejuízo das disposições estabelecidas nas legislações de rotulagem de alimentos embalados. Excluem-se deste Regulamento as bebidas alcoólicas. 2. Rotulagem 2.1. Todos os alimentos e bebidas embalados que contenham glúten, como trigo, aveia, cevada, malte e centeio e/ou seus derivados, devem conter, no rótulo, obrigatoriamente, a advertência: “CONTÉM GLÚTEN”. 2.2. A advertência deve ser impressa nos rótulos dos alimentos e bebidas embalados em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura. 3. REFERÊNCIAS 3.1. BRASIL. Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969. Institui normas básicas sobre alimentos. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de outubro de 1996. Seção I, pt.1. 3.2. BRASIL. Lei nº 8.543, de 23 de dezembro de 1992. Determina a impressão de advertência em rótulos e embalagens de alimentos industrializados que contenham glúten. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de dezembro de 1992. Seção 1, pt.1. 3.3. BRASIL. Portaria SVS/MS nº 42, de 14 de janeiro de 1998. Regulamento Técnico para Rotulagem de Alimentos Embalados. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de janeiro de 1998. Seção 1, pt.1. 3.4. BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de janeiro de 1999. 3.5. BRASIL. Resolução nº 23, de 15 de março de 2000. Regulamento Técnico sobre o Manual de Procedimentos Básicos para o Registro e Dispensa da Obrigatoriedade de Registro de Produtos Pertinentes à Área de Alimentos. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2000. Seção 1, pt.1. 3.6. ARGENTINA. Ley 24.827 de 12 de junio de 1997. Establecese que a través dos Ministerio de Salud y Acción Social, se determinará la lista de productos alimenticios, que contengan o no gluten de trigo, avena, cebada o centeno en su fórmula química,

incluído sus aditivos. 3.7. AUSTRALIA. ANZFA – Australia New Zealand Food Authority. Guides to Food Labelling. FDR, B.24.019. Amended 31/01/97. 3.8. CANADA. Canadian Food Inspection Agency – Proposed Labelling of Foods Causing Severe Adverse Reactions, Food and Drug Regulations Review, Project 19, 1998. 3.9. CODEX ALIMENTARIUS. Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias. Comisión del Codex Alimentarius. Norma General del Codex para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados. CODEX STAN 1-1985 (ver.2 – 1999). 3.10. EUROPEAN UNION. Directive 97/4/EC. Official journal NO. L 043, 14/02/97 P.0021 – 0024. 3.11. UNITED KINGDOM. MAFF – Statutory Instrument 1998 Nº 1398, The Food Labelling Amendment Regulations 199, ISBN 0 11 079151 7, UK.

Referências

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ASSOCIAÇÃO DOS CELÍACOS DO BRASIL (ACELBRA). *A defesa do celiaco na íntegra*. São Paulo: ACELBRA, 2004. Disponível em: <<http://www.ancelbra.org.br/2004/leis.php>>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. *Informações obrigatórias nos rótulos de alimentos*. ANVISA, Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.ancelbra.org.br/2004/leis.php>>. Acesso em: 22 maio 2011.

AZEVEDO, Marco Antônio Duarte de. *Súmula Vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. Bauru: Edipro, 2008.

BRAUDO, M. Serge. Définition de Bonne foi. In: _____. *DICTIONNAIRE du droit privé*. [S.l.]: [s.n.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 586316/MG, de 17 de abril de 2007. Relator: Ministro Herman Benjamin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=916503>>. Acesso em: 5 maio 2011.

DEUTSCHE GESETZES. *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*: AGB-Gesetz. [S.l.]: [s.n.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.gesetzesweb.de/AGB.html>>. Acesso em: 23 maio 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ITALIA. Decreto legislativo n. 206, 6 settembre 2005. Codice del consumo: diritti del consumatori. Gazz. Uff., n. 235, 8 ott. 2005. Disponível em: <<http://www.aduc.it/generale/files/allegati/codiceconsumo.pdf>> Acesso em: 23 maio 2011.

JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative de droit français, allemand et japonais*. Paris: Dalloz, 2001.

LOIR, Roman. *Les fondements de l'exigence de la bonne foi en droit français des contrats*. [s.l.]: [s.n.], 2002. <http://edoctore74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/contrats/loirr02.pdf> Acesso em: 23 abr. 2001.

MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código brasileiro de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

UNITED NATIONS (ONU). General assembly. *A/RES/39/248 16 April 1985: Consumer protection*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

Teoria econômica aplicada ao processo civil brasileiro

CECÍLIA BARBOSA MACÊDO CORREIA

DANY RAFAEL FONSECA MENDES

Sumário

1. Introdução. 2. Objetivo da teoria econômica aplicada ao processo: minimização dos custos sociais. 3. A judicialização do conflito de interesses: o litígio é mesmo necessário? 4. A troca de informações entre as partes litigantes. 5. Julgamento. Considerações sobre a função do juiz nos sistemas da *civil law* e da *common law*. 6. Recursos. 7. Considerações finais.

1. Introdução

As leis que repercutem de maneira significativa no ordenamento jurídico do país normalmente são precedidas de uma exposição de motivos, a qual, por sua vez, tem o objetivo de justificar as razões e a finalidade de tais leis. Embora não seja uma parte da lei propriamente dita, a exposição de motivos apresenta os princípios orientadores do projeto de lei, o que serve, inclusive, como critérios de interpretação e vivência do sistema recém-instituído.

Os códigos, pelo âmbito de incidência, pela complexidade e pela repercussão que impõem ao sistema jurídico, em regra apresentam uma exposição de motivos bastante útil para o intérprete. É o que acontece com o Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973), cuja Exposição de Motivos é reveladora das pretensões do legislador e dos princípios orientadores do sistema processual civil.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil indica que a finalidade do CPC é colocar o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico, revogando institutos processuais arcaicos e criando outros, afinados com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos.

Cecília Barbosa Macêdo Correia é advogada, professora e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Dany Rafael Fonseca Mendes é advogado, professor e mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

A Exposição de Motivos ressalta ainda que, diversamente de outros ramos do direito, orientados por valores éticos e morais, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a realização e o desempenho do Direito. Essa racionalidade é dirigida à construção de um sistema no qual as demandas sejam processadas e decididas em curto período de tempo e com o mínimo de despesas.

Nessa linha de ideias, é legítimo afirmar que o sistema processual brasileiro foi construído com base em uma racionalidade (econômica) que tem por finalidade alcançar a efetividade do processo, consistente na boa aplicação do direito material, com o menor custo possível (maximização de resultados).

Tais premissas, por si sós, já autorizam uma interpretação do CPC à luz de teorias que, em vez de primar pelo formalismo ou só se orientar por valores éticos e morais, tenham por escopo tornar o processo um instrumento de aperfeiçoamento do sistema jurídico como um todo, inclusive com a prevenção de lides, a um baixo custo social (aqui entendido como custo imposto a toda a sociedade).

Se o tempo gasto em um processo pode ser considerado custo (e, economicamente, ele o é, na verdade), a Exposição de Motivos do CPC informa que, processualmente, é preciso atender ao máximo de demandas ao mínimo de custos. Essas são, em síntese, as razões que justificam a crítica dos atuais institutos do direito processual civil à luz da teoria econômica.

O tema do presente trabalho, assim, diz respeito à aplicação da economia aos aspectos processuais das disputas civis, o que se pretende fazer de uma maneira ampla, examinando, desde o surgimento do conflito de interesses, passando pela contratação de advogados, a judicialização da demanda, com a propositura da ação e as diversas fases do processo, até o julga-

mento. Neste estudo, pretende-se dar destaque à repercussão que a solução da disputa pode ter no ordenamento jurídico e na prevenção de demandas.

Apesar de sua relevância para as pesquisas de Análise Econômica do Direito (AED), as questões de governança relacionadas à força das instituições e dos contratos (*enforcement*), apresentadas por Dixit (2004), não farão parte deste estudo, em função da dificuldade de sua mensuração e de delimitação necessária ao trabalho que se apresenta.

2. Objetivo da teoria econômica aplicada ao processo: minimização dos custos sociais

Embora seja imprescindível a qualquer sociedade minimamente organizada, o processo judicial é um instrumento complicado e dispendioso de solução de conflitos de interesses. Apesar da existência de meios alternativos de solução de conflitos, o processo, pelas funções política e garantidora que desempenha, é indispensável.

É interessante notar que o direito tem duas dimensões: uma abstrata, constituída pelo sistema de normas jurídicas e princípios, e outra concreta, na qual se verifica a efetividade das normas jurídicas. O intérprete do direito normalmente leva em consideração somente a sua dimensão abstrata. A boa interpretação, entretanto, não pode prescindir da consideração dos aspectos práticos que dizem respeito à concretização e funcionalização do direito, tanto para as partes quanto para a sociedade; ou seja, a avaliação de diferentes regras e práticas processuais exige a mensuração dos custos sociais.

As regras processuais não podem ser entendidas como simples instrumentos necessários à aplicação do direito substantivo (material). O uso dos instrumentos processuais tem um

custo social que, segundo Cooter e Ulen (2010, p. 405) pode ser entendido como a soma dos custos administrativos e dos custos de erros na aplicação do direito.

Os custos administrativos podem ser entendidos como a soma dos custos suportados pelo Estado para garantir o funcionamento do Poder Judiciário, ou seja, aquilo que se gasta com pessoal (juízes, funcionários e auxiliares), prédios, materiais de escritório etc.

Além dos custos administrativos, outro fator interessa à composição do custo social. O processo não se traduz numa atividade mecânica de aplicação do direito, mas, antes disso, é uma atividade orientada por fins sociais, que podem ser frustrados ou postergados pela ocorrência de erros na concretização do direito material, como e.g. na condenação de pessoa errada, ou na condenação da pessoa certa, mas em valor errado. Em ambos os exemplos há má aplicação do direito.

Os erros judiciais, ao contrário do que pode parecer inicialmente, não se circunscrevem aos interesses individuais das partes envolvidas na demanda. Eles irradiam seus efeitos para toda a sociedade, fenômeno que normalmente não é percebido pelo aplicador do direito, o qual está com os olhos voltados para a dogmática jurídica e desconsidera a dimensão concreta do direito, considerando, quando muito, a repercussão da decisão nos interesses individuais das partes do processo.

É importante reconhecer que o erro não só prejudica os interesses individuais das partes, mas distorce os incentivos relativos às demandas judiciais, conforme advertem Cooter e Ulen (2010, p. 405), impondo custos à sociedade, que podem ser entendidos como custos de erros.

Assim, do ponto de vista da teoria econômica, os custos são compostos pela soma dos custos administrativos e dos custos de erros, o que pode ser representado pela seguinte fórmula, adaptada de Cooter e Ulen (2010):

$$\textit{Min } C_s = C_a + C_{(e)}$$

onde: $\textit{Min } C_s$ é medida mais simples dos custos sociais; C_a é custos administrativos e $C_{(e)}$ é custo de erros.

O objetivo da teoria econômica aplicável ao processo civil, conforme já se vem demonstrando, é minimizar a soma dos custos administrativos e dos custos de erros e, por conseguinte, reduzir o custo social ao mínimo.

Uma parte dos custos administrativos é suportada pelas partes do processo, mediante pagamento de taxas que são exigidas da parte autora para o ajuizamento da ação (custas iniciais) e da parte vencida, ou sucumbente, ao final do processo (custas finais). Embora não seja viável saber quanto custa exatamente um processo para o Estado, o certo é que

as custas processuais não são suficientes para cobrir todas as despesas de uma demanda. Assim, é razoável afirmar que, se as partes fazem um acordo, evitando que a demanda seja julgada, isso minimiza os custos administrativos, pois são menos atos processuais praticados e, portanto, menos recursos materiais empregados para extinguir o processo.

Ora, se minimiza os custos administrativos, o acordo deve, em razão do benefício social de tal redução, ser sobreincentivado, mediante a adoção de medidas que o tornem economicamente atrativo para as partes, conforme se verá mais adiante.

Se, por um lado, é fácil perceber o que pode minimizar os custos administrativos, embora estes não sejam, como já se disse, mensuráveis com exatidão, por outro lado, os custos de erros são ainda mais difíceis de compreender e mensurar, pois a medida do erro exige um padrão de perfeição, conforme advertem Cooter e Ulen (2010, p. 406). Assim, para os custos de erros, a solução da lide deve ser pensada dentro de uma moldura ideal, na qual o juiz tenha informações perfeitas tanto sobre os fatos quanto sob o direito material aplicável ao conflito de interesses entre as partes do processo, de tal sorte que, se os tribunais tivessem informações perfeitas, não cometeriam erros.

Para ilustrar o que ora se afirma, podemos pensar na seguinte hipótese: imagine-se um processo no qual o valor real do dano que se pretende reparar seja de R\$ 2.500,00 e a sentença condene o réu ao pagamento de R\$ 2.000,00; logo, o tamanho do erro é de R\$ 500,00. O que pode ser representado pelo seguinte cálculo, adaptado de Cooter e Ulen (2010):

$$J^* - J = 500$$

onde J^* é a sentença com informações perfeitas e J é a sentença real.

O erro repercute diretamente na esfera patrimonial das partes, mas, indiretamente, irradia efeitos sobre a sociedade de maneira bem mais significativa, pois as pessoas passam a pautar suas condutas a partir daí, levando em consideração a decisão do tribunal. Muito embora, no sistema processual brasileiro, em regra, as decisões judiciais não tenham força vinculante e, portanto, não estejam habilitadas a criar regras jurídicas, o fato é que ninguém ignora a influência da jurisprudência sobre a sociedade, coibindo ou estimulando determinadas condutas.

Assim, o erro, que se afigura pequeno na perspectiva individual das partes do processo, poderá, na perspectiva dos interesses sociais, ser demasiadamente significativo. Se o erro, por exemplo, beneficia um fornecedor, este poderá diminuir o seu controle de qualidade, o que representa uma distorção dos incentivos (se gasta menos com indenizações do que

com o controle de qualidade ou precaução, o fornecedor não terá incentivos para investir na precaução).

3. A judicialização do conflito de interesses: o litígio é mesmo necessário?

Um ditado popular diz que é melhor um acordo ruim do que uma briga boa. A sabedoria popular parece indicar que os custos do processo, do ponto de vista psicológico, recomendam que se faça o acordo e se evite a demanda. Entretanto, do ponto de vista econômico, nem sempre é fácil saber quando é melhor fazer um acordo e evitar a demanda, principalmente no sistema processual brasileiro, no qual as partes e seus advogados não têm oportunidade de discutir suas pretensões antes da propositura da ação.

Apesar disso, o problema não merece ser abandonado, pois, ainda que não seja possível uma solução do conflito de interesses pela via extrajudicial, a solução do litígio pelo acordo, mesmo que isso se dê em fase adiantada do processo, ainda é melhor, do ponto de vista econômico, do que o esgotamento de todas as instâncias recursais. Afinal, quanto mais o processo avança, maior o seu custo administrativo.

É razoável afirmar que as partes litigam na justiça porque não encontraram meios mais eficientes para resolver a disputa na qual estão envolvidas. Para o autor, vítima de um dano, por exemplo, é possível calcular o ponto crítico a partir do qual o ajuizamento da demanda não valha a pena. A avaliação dos custos começa com a contratação do advogado, e este, por sua vez, para aceitar uma causa, também leva em consideração o tempo que deverá dedicar à causa, a remuneração no caso de a causa ser vencida e o provável valor da condenação, de maneira que é forçoso concluir que há determinadas demandas que são economicamente inviáveis.

Da mesma maneira, é possível calcular o ponto crítico para o réu, autor de um dano, por exemplo, aceitar um acordo, levando em consideração os custos do processo, a possibilidade de ser condenado e o valor da condenação.

Segundo Cooter e Ulen (2010), atualmente nos Estados Unidos, onde o processo é especialmente caro para as partes, mais de 95% das disputas terminam em acordo, não chegando a ser julgadas. No Brasil não há sequer dados a respeito do percentual de demandas que terminam em acordo; porém, a tomar como base o que a mídia frequentemente divulga sobre o volume de processos que tramitam nos tribunais, em especial nos tribunais superiores, o percentual de processos que poderiam terminar em acordo, mas vai a julgamento e é reexaminado na esfera recursal, não deve ser pequeno, pois os custos do processo para as partes são pequenos e os incentivos para o acordo praticamente não existem.

a) Custas processuais e honorários advocatícios como filtros empregados no controle do ajuizamento de demandas

Se age racionalmente, o autor, antes de ajuizar uma ação, deve avaliar os custos da demanda e o retorno esperado de sua reivindicação (aquilo que espera obter na justiça caso seu pedido seja julgado procedente); ou seja, tecnicamente, ele deverá fazer uma análise do custo-benefício da demanda. Para demandas fundadas em interesses não patrimoniais, ou puramente morais, como aquelas ligadas ao direito de família, por exemplo, bem como para aquelas diretamente ligadas à pacificação social, envolvendo uma camada mais desafortunada da sociedade, que necessita da justiça, mas não tem condições de custear o processo, o Judiciário deve estar aparelhado para julgar sem levar em consideração o aspecto econômico, mas,

antes disso, a conveniência política e o interesse social. Assim, para tais demandas, para as quais não se pode aplicar a relação de custo-benefício, justifica-se a assistência judiciária gratuita, a instituição de competências especializadas em direito de família, órfãos, sucessões etc., providências relacionadas a um tipo de litigiosidade que não tem fundo econômico.

No Brasil ainda não é possível saber, com exatidão, qual o custo administrativo de uma demanda, mas é quase certo que as custas processuais (suportadas pelos litigantes) são insuficientes para cobrir todas as despesas de um processo. Parte dos custos do processo, assim, não é internalizada¹ pelas partes (autor e réu), mas suportada pelo Estado, o qual, por óbvio, faz frente a tais despesas com o dinheiro do contribuinte. Para aquelas demandas cuja litigiosidade não têm fundo patrimonial ou econômico, conforme já referido anteriormente, dada a função política da justiça, é razoável que os custos do processo sejam suportados pelo Estado; porém, para as demandas que têm fim econômico, como aquelas derivadas de relações de consumo, por exemplo, os custos administrativos devem ser internalizados pelas partes. Para tanto, é necessário um sistema de custas que leve em consideração a natureza da demanda e a qualidade das partes.

Ao que tudo indica, dar o mesmo tratamento às partes, desconsiderando as diferenças referidas, implica um tratamento formalmente igual aos materialmente desiguais. As custas processuais para pessoas jurídicas que exploram atividades empresariais altamente lucrativas e que, não raro, terminam fazendo da justiça uma extensão de seus escritórios e estabelecimentos, costumam ser as mesmas para a pessoa natural, que só eventualmente recorre ao Judiciário.

É com respeito às demandas que têm fundo econômico e patrimonial que a teoria econômica deve ser aplicada para a minimização dos custos sociais. Por óbvio, conforme já se mencionou, a análise econômica não deve estender-se à toda atividade jurisdicional; porém, é inegável que as demandas relacionadas ao direito do consumidor, à responsabilidade civil etc. não podem ficar de fora dessa análise.

Cooter e Ulen (2010, p. 408) dão notícias de que, na justiça norte-americana, cada uma das partes que litiga em juízo arca com os seus custos processuais e, mesmo que venha a vencer a demanda, os valores que despendeu com as despesas do processo não são restituídos (por lá, a regra é “cada um paga o seu”). No sistema brasileiro, adota-se uma regra

¹ Para Pindyck e Rubinfeld (2010), externalidades são frutos da ação de um produtor ou consumidor que afeta outros produtores ou consumidores, mas que não é considerada no preço de mercado. Logo, quando se diz que uma parte não internalizou todos os custos do processo, pode-se afirmar que ela não arcou com todos os efeitos de sua ação, ou seja, os custos de sua demanda foram, em boa monta, internalizados (pagos) por toda a sociedade.

distinta, pois o vencido (sucumbente), além de suportar suas despesas, deve restituir as custas processuais que foram pagas pela outra parte (a regra é no sentido de que o perdedor pague tudo). Em outras palavras, no sistema processual civil brasileiro vige o princípio da sucumbência, no qual a parte que perde a demanda arca com as custas e despesas processuais da outra. Conforme dispõe o art. 20 do CPC, “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

O sistema brasileiro, com sua regra de que o perdedor paga tudo, não oferece qualquer incentivo para as partes evitarem a demanda, seja deixando de ajuizá-la, seja entabulando acordo no curso do processo, pois, sendo baixos os valores das custas processuais, para o autor é sempre vantajoso judicializar a sua demanda e, para o réu, é sempre vantajoso protelar ao máximo o pagamento, prolongado o processo até onde seja possível, já que, ao final, não haverá qualquer consequência.

Se um fornecedor é condenado por um dano causado ao consumidor, além do valor da indenização, aquele deverá restituir ao consumidor o valor das custas que este adiantou na propositura da ação. Se a demanda é ajuizada perante o Juizado Especial Cível, essa regra se torna inócua, pois o processo é gratuito para as partes, o que aumenta o custo social, não só porque o Estado suporta todo custo administrativo da demanda, mas também porque não incentiva o fornecedor a investir em prevenção, evitando danos futuros no exercício de sua atividade.

Além de prevenir danos, a regra do “perdedor paga tudo” deve servir como um filtro, impedindo que determinadas demandas sejam judicializadas. Cooter e Ulen (2010) questionam a eficiência dessa regra de distribuição dos custos do processo, indagando se o perdedor deve mesmo pagar tudo, e respondem comparando os sistemas dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha.

Na Grã-Bretanha, onde é adotada a regra do “perdedor paga tudo”, menos disputas vão a julgamento do que nos Estados Unidos, onde cada parte normalmente paga os próprios custos. Ao que tudo indica, a regra do perdedor paga tudo funciona como um filtro porque os custos do processo são de fato suportados pelo perdedor. Contudo, se a justiça é barata ou gratuita para as demandas fundadas em interesses estritamente patrimoniais, como ocorre no sistema brasileiro, tal regra torna-se inócua.

Possíveis autores de ação com baixa possibilidade de vitória, com a regra do “perdedor paga tudo” e valores elevados de custas processuais, vêem-se desmotivados a demandar, pois podem ter prejuízos com as custas processuais. O réu, por seu lado, vê-se incentivado a resolver a disputa mediante um acordo, pois o prolongamento do processo lhe é desfavorável, no caso de perder a demanda.

b) O valor e a natureza do dano como filtro no ajuizamento de demandas

Se, por um lado, é relevante o custo da ação, por outro, o retorno esperado com a reivindicação também deve ser considerado, pois é com esse benefício que o custo da demanda deve ser confrontado, a fim de se descobrir o ponto crítico a partir do qual o litígio não é economicamente viável.

Além desses dois fatores, é necessário considerar que a própria ocorrência do dano é outro fator relevante, pois, não havendo dano, não há razão para demandar.

O modelo proposto por Cooter e Ulen (2010, p. 411) identifica três causas imediatas para o ajuizamento de uma ação: 1 – lesão ou dano que provoca disputas; 2 – o custo do processo e; 3 – o valor esperado da reivindicação. Pela combinação desses fatores pode-se afirmar o seguinte: (i) o aumento da ocorrência de danos aumenta o número de litígios; (ii) o aumento do custo do processo para a parte diminui o número de demandas; (iii) a expectativa de valores elevados nas condenações aumenta o número de ações e; (iv) a prevenção contra danos evita demandas.

Os custos com ajuizamento de uma ação podem servir como filtro, ou seja, as disputas de valores altos passam pelo filtro e produzem processos judiciais, enquanto as de valores baixos não o atravessam e, conseqüentemente, não geram litígios. Conforme já se mencionou, o aumento do valor das custas judiciais tem relação direta com a decisão de ajuizar uma ação: se este preço aumenta, diminui o número de demandas na justiça; se ele cai, o número de litígios aumenta.

O ideal é encontrar um ponto de equilíbrio entre o ajuizamento de demandas e a eficiência social. Para tanto, o valor das custas judiciais deveria ser fixado de maneira a minimizar

os custos administrativos e os custos de erros na aplicação do direito. Não se trata, simplesmente, de usar as custas processuais como um mecanismo para impedir o acesso à justiça, o que poderia, em última análise, ser considerado inconstitucional; porém, é inegável que não há sentido algum em atribuir ao Estado o custo de demandas fundadas em interesses individuais e de natureza exclusivamente patrimoniais.

O ideal é que, num sistema processual organizado, levando em consideração os custos sociais, determinados danos não sejam indenizados e, apesar de isso consistir em um erro de aplicação do direito material, os ganhos com o sacrifício do direito individual são compensados pela diminuição dos custos sociais; ou seja, sacrificar o direito individual, em determinados casos, compensa, pois a sociedade ganha com isso.² Assim, “o tribunal imporia taxas ótimas para a apresentação de petições quando os custos administrativos do processo judicial fossem iguais aos custos do erro de não oferecer remédio jurídico para a lesão no caso marginal” (COOTER; ULEN, 2010, p. 414).

Assim, se um dano não é indenizado porque o custo de ajuizamento da demanda é igual ou maior do que o retorno esperado com a reivindicação perante a justiça, caso a ação seja julgada procedente, essa circunstância opera uma redistribuição nos custos com os danos (em vez de o autor do dano responder, a vítima arca com as conseqüências).

Essa mudança na distribuição dos custos do dano, deixando a vítima sem indenização, embora constitua um erro sob o ponto de vista do direito material, só deve ser evitada quando se justificar do ponto de vista econômico. Se os

² Para a Análise Econômica do Direito, em razão do princípio da Eficiência Econômica, a mera distribuição de recursos, ainda que seja considerada justa, não gera benefícios à sociedade como um todo, vez que não há, nesse caso, criação de excedentes, como no caso de barganhas.

erros têm grandes efeitos no sentido de desestimular a precaução em relação a danos, as custas processuais devem ser mantidas baixas (o que incentiva a judicialização da demanda). Por outro lado, quando não produzem mudanças no comportamento de quem causa lesões, ou seja, afetam a distribuição dos custos com o dano, mas não os incentivos, a eficiência econômica exige a manutenção de altas taxas de apresentação. Nesse caso, ainda que economicamente inviável, a vítima do dano tem acesso à justiça; porém, deverá tomar a decisão de ajuizar a demanda com base em critérios morais e não econômicos.

Em outras palavras, o erro na aplicação do direito, ainda que deixe determinadas lesões sem indenização, deve ser socialmente tolerado se representar uma vantagem do ponto de vista dos custos sociais.

Em síntese, qualquer modelo gratuito resulta na apresentação de mais reivindicações do que o sistema com custas judiciais, as quais, entretanto, devem variar de acordo com a natureza das demandas e a qualidade das partes litigantes. Se a demanda tem um fundo moral ou ético e se há interesse político na sua solução, os critérios para fixação do valor das custas podem ser políticos; mas, se a demanda tem um conteúdo exclusivamente patrimonial, os critérios para a fixação das custas judiciais devem ser econômicos, levando em consideração, sobretudo, a necessidade de diminuição dos custos sociais.

c) A oferta de serviços jurídicos

É razoável acreditar que o aumento do número de advogados militantes afeta o ajuizamento de demandas. Onde há livre mercado para a contratação desses profissionais intelectuais, o preço dos seus serviços tende a diminuir e, por consequência, dá-se uma redução nos custos totais de um processo.

Assim, é natural que o órgão de classe dos advogados tente controlar o acesso à profissão, pois, ao reduzir a oferta de profissionais, o preço dos serviços jurídicos aumenta.

Em cada lugar, a relação entre cliente e advogado tem suas vicissitudes. Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo Cooter e Ulen (2010, p. 416), para alguns ilícitos civis, o advogado cobra um pequeno valor adiantado e, se ganhar a causa, tem direito a uma participação na indenização; mas, se perder, nada recebe. Por óbvio, se aumentar o número de advogados, o ponto crítico para um profissional aceitar a causa tende a cair, de maneira que os advogados passam a aceitar causas com valores cada vez mais baixos, o que aumenta o número de demandas na justiça.

O que se percebe, claramente, é que a advocacia não é uma atividade profissional que se deva reger pelas leis do livre mercado. Na medida em que se trata de uma profissão diretamente relacionada com o acesso à justiça, o número desses profissionais deveria ser controlado, levando-se em consideração as reais necessidades de seus serviços e os custos sociais. Entretanto, ainda faltam estudos que indiquem quais as melhores providências a serem tomadas.

4. Troca de informações entre as partes litigantes

a) Diferenças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*

Se desconsiderarmos os casos nos quais as partes podem litigar sem a assistência de advogado, conforme acontece nos Juizados Especiais Cíveis em causas não superiores a vinte salários mínimos, o primeiro passo na instauração de uma disputa judicial é a contratação de um advogado e, em seguida, vem o ajuizamento da demanda.

No sistema norte-americano, antes da disputa ser apresentada à justiça, dá-se a troca de informações entre as partes e advogados, o que ocorre em uma fase pré-processual e, a depender dessa troca de informações, pode dar ensejo ao não ajuizamento da ação.

No sistema processual civil brasileiro, o encontro entre os advogados das partes se dá em audiência, quando a demanda já foi ajuizada, sendo que essa audiência se dá perante o juiz que a preside. Antes do processo não há, em regra, qualquer contato entre as partes ou entre seus advogados. Assim, no sistema norte-americano, o acordo é mais eficiente do que no sistema brasileiro, pois, se o acordo se dá antes do ajuizamento da ação, o custo administrativo do processo equivale a zero. A comparação entre os dois sistemas, nesse tocante, sugere que os advogados das partes deveriam ter a oportunidade de se encontrar antes da judicialização da demanda. Disso se pode concluir que seria proveitosa a criação de mecanismos processuais que incentivassem as partes, antes do recurso à justiça, a participarem de uma audiência extrajudicial de tentativa de conciliação. Entretanto, tal observação, de que a troca de informações pré-judicial reduziria o número de litígios, é meramente empírica, pois faltam ainda estudos (com dados confiáveis) que a confirmem.

b) A minimização dos custos sociais pela troca de informações

Os julgamentos ocorrem porque as partes têm expectativas diferentes sobre o valor da condenação, cada uma das partes espera ganhar com o julgamento mais do que se aceitasse a proposta da contraparte.

Um exemplo de Cooter e Ulen (2010, p. 422) serve bem para ilustrar o problema: um ônibus atropela um pedestre, a empresa de ônibus admite a culpa, mas as partes discordam quanto ao valor da indenização. O otimismo das partes quanto ao valor da possível condenação (maior para o autor e menor para o réu) dificulta o acordo; o pessimismo das partes, por sua vez, quando ao valor da condenação (menor para o autor e maior para o réu) facilita o acordo.

Em uma disputa judicial com tais características, o autor sabe mais que o réu sobre a magnitude da lesão; e o réu, por outro lado, sabe mais que o autor sobre as precauções que foram tomadas para evitar o acidente. As informações, assim, são assimétricas, situação que pode criar o pessimismo nas partes e facilitar o acordo, mas pode, também, criar uma situação de otimismo que o dificulte.

Se ambas as partes tivessem as mesmas informações, não haveria motivos para que elas fossem pessimistas ou otimistas. Se, por outro lado, uma das partes tem informações das quais a outra não dispõe, o retorno esperado da indenização diverge, de acordo com a expectativa de

cada uma das partes, por causa das informações assimétricas.

O compartilhamento de informações pode ser voluntário ou involuntário (determinado por lei). O problema que se coloca é saber qual dos dois modelos é mais eficiente para a produção de acordos. Cada uma das partes só tem interesse em revelar aquilo que é uma má notícia para a outra, ou seja, as más notícias saem de graça, pois quanto mais pessimista a outra parte estiver, mais esta estará disposta a aceitar um acordo que lhe é desfavorável. Nesse sentido, o compartilhamento voluntário de informação reduz o otimismo das partes e promove acordos, de maneira que a eficiência econômica indica que as partes devem ser livres para revelar os fatos que corrigem o falso otimismo do lado oposto.

Nessa linha de ideias, é razoável afirmar que, no compartilhamento obrigatório, há redução da assimetria de informações entre as partes e incentivos ao acordo. Por outro lado, a descoberta de informações que fazem com que uma das partes exija condições melhores reduz a probabilidade de acordos, o que conduz a uma aporia: não é possível saber se a exibição das provas ou das informações privadas das partes aumenta ou diminui a possibilidade de acordos. Daí se pode concluir que o compartilhamento obrigatório de informações entre as partes, dada a sua ambiguidade, não torna o sistema mais eficiente, pois não é possível saber se as informações vão encorajar ou desencorajar a realização de um acordo (COOTER; ULEN, 2010, p. 427).

Essa situação de aporia revelada no sistema norte-americano chama a atenção para um fato relevante e próprio do sistema processual brasileiro: o papel desempenhado pelo juiz na condução do processo. Vige, no sistema processual brasileiro, quanto às alegações das partes e às provas por elas produzidas, o princípio da eventualidade, segundo o qual, todas as razões

de fato das partes devem ser apresentadas na primeira oportunidade que “falam” em juízo. Portanto, é na petição inicial e na contestação que o autor e réu, respectivamente, alegam os fatos que lhes parecerem adequados à defesa de seus interesses.

No que concerne à prova, exceto os documentos, é toda ela produzida em juízo e perante o juiz (prova testemunhal), pelo próprio juiz (inspeção judicial) ou com a sua autorização (perícia).

No sistema processual brasileiro, conforme se pode notar, o processo é totalmente voltado para a figura do juiz, a quem os fatos são relatados e para quem as provas são produzidas (a finalidade da prova é convencer o magistrado dos fatos articulados na petição e na contestação), de maneira que o juiz é a figura central do processo e, como tal, sobre ele recai a responsabilidade por levar as partes a resolver a disputa mediante acordo.

Se tanto as alegações quanto as provas são dirigidas para o juiz, no intuito de convencê-lo, é o magistrado que terá melhores condições de convencer as partes a fazer um acordo, de maneira que, quanto maior o conhecimento do juiz sobre as informações que as partes têm sobre os fatos, tanto maior será a possibilidade de convencê-las, reduzindo o otimismo de ambas quanto aos resultados da demanda. Mais do que as informações, no entanto, a postura do julgador parece que é decisiva para a solução do processo por meio do acordo.

Contudo, para que as possibilidades de acordo não dependam exclusivamente do juiz, o ideal seria que, paralelamente ao sistema processual, fosse criado um mecanismo de troca de informações entre as partes, de preferência antes da propositura da ação perante o Judiciário, o qual propiciasse aos advogados a feitura de acordos extrajudiciais, o que pode funcionar como um meio alternativo de solução de conflitos de interesses.

5. Julgamento. Considerações sobre a função do juiz nos sistemas da *civil law* e da *common law*

Nos países que seguem a tradição da *common law*, o procedimento é acusatório e os juízes agem como árbitros, enquanto na *civil law* o procedimento é inquisitivo e os juízes tendem a atuar no desenvolvimento do processo assumindo uma postura mais ativa.

No sistema da *common law* dá-se primazia para o contraditório, os advogados têm mais liberdade no desenvolvimento de seus argumentos do que no sistema da *civil law*, em que o processo tem na figura do magistrado o seu principal personagem, pois todos os atos processuais são dirigidos ao juiz.

A partir dessas características básicas, podem-se vislumbrar possíveis incentivos aos advogados e ao juiz que possam tornar o processo mais eficiente do ponto de vista econômico.

Embora não seja raro encontrar profissionais comprometidos com a realização dos interesses públicos e com as responsabilidades de seus cargos, juízes e advogados vocacionados e comprometidos com a realização da justiça e com a ética profissional, o certo é que os mecanismos da competição ainda são os melhores meios de alinhar os interesses públicos com os interesses privados. É na defesa dos interesses próprios que os advogados terminam defendendo os interesses de seus clientes e, ao fazê-lo, ajudam os tribunais a produzir o resultado ideal para as disputas.

A estrutura de incentivos para o juiz, entretanto, é bem diferente da dos advogados, pois os juízes devem ser independentes. Essa é uma exigência que se impõe em qualquer sistema: para julgar, o magistrado deve ser imparcial e, por isso, deve estar equidistante das partes e dos interesses em disputa no processo, de tal sorte que, para o juiz, não há – ao menos em tese – qualquer importância no resultado da disputa.

No sistema da *civil law*, o magistrado é um funcionário público, pertence a uma burocracia judiciária alheia às disputas privadas. Nos EUA, os juízes, em sua maioria, são indicados por políticos, em qualquer caso; entretanto, o julgador, para fazer o que reputa certo, não pode correr o risco de ter a sua riqueza ou poder afetado, o que o colocaria numa situação de dependência dos resultados dos atos que praticam no exercício de sua função. De acordo com o diagnóstico de Cooter e Ulen (2010, p. 439), independentemente do sistema, o cenário não é animador, pois os juízes têm incentivos para fazer o que é certo e fácil, enquanto os advogados têm incentivos para fazer o que é lucrativo e difícil, e nenhum desses dois incentivos em nada contribui para a eficiência econômica do processo.

De acordo com essa perspectiva, se o desenvolvimento do processo está centrado no trabalho do juiz, conforme se passa no processo inquisitivo, o

juiz aumenta a sua independência e reduz a sua motivação. Por outro lado, se o desenvolvimento do processo está centrado no advogado, conforme se passa no processo contraditório, sua conduta fortalece a busca por fatos e argumentos, o que representa uma vantagem na diminuição dos custos de erros, podendo, porém, aumentar os custos administrativos.

A identificação das diferenças entre a *civil law* e a *common law*, bem assim o que cada um dos sistemas tem de positivo e de negativo para a eficiência do processo, reclama maior atenção de cientistas sociais. Ainda que o juiz, no sistema da *civil law*, não possa se comportar como se estivesse atuando sob a égide da *common law*, o certo é que a simples tomada de consciência dessas diferenças já descortina para o magistrado uma série de possibilidades no exercício de sua função, tornando o seu trabalho mais eficiente. A simples constatação, por exemplo, de que no processo inquisitivo o juiz tem melhores condições de conduzir as partes para a realização de um acordo, conforme já ficou demonstrado anteriormente, por si só já deveria ser suficiente para o julgador adotar uma postura menos formal e mais propícia à conciliação entre as partes.

6. Recursos

O sistema processual brasileiro é orientado pelo princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as decisões judiciais são passíveis de recurso. Esse princípio, embora não seja expresso na Constituição Federal, pode ser inferido de sua normativa, na medida em que a norma constitucional organiza o Poder Judiciário a partir de uma estrutura que reconhece a existência de juízes de primeira instância, tribunais locais e tribunais superiores.

Os tribunais, nessa linha de justificativa, têm duas funções distintas: (i) corrigir erros

das instâncias inferiores e; (ii) interpretar a lei, uniformizando o seu entendimento em todo o território nacional.

Ao contrário do que o senso comum possa indicar, de acordo com a teoria econômica a simples existência de um tribunal recursal faz com que os custos sociais caiam significativamente. O efeito psicológico que a falta de controle recursal das decisões judiciais causa é muito forte para que possa ser desconsiderado, e o juiz que sabe que sua decisão é a última palavra vê-se seduzido pela ideia de querer fazer justiça de acordo com os seus critérios pessoais, não de acordo com os critérios legais.

A história dos Juizados Especiais Cíveis ilustra bem o que ora se afirma. Os Juizados foram criados para funcionar como uma estrutura paralela à justiça tradicional, de maneira que existem os Juizados Especiais Cíveis, na primeira instância, onde a judicatura é exercida pelo Juiz de Direito que julga monocraticamente; e as Turmas Recursais, funcionando como segunda instância, na qual os recursos das decisões monocráticas são julgados por um colegiado. Essa estrutura limita-se e esgota-se em cada Estado da Federação, pois as Turmas Recursais julgam em última instância, sem possibilidade de recurso para o Tribunal de Justiça ou para Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Essa estrutura deu origem a uma jurisprudência destoante daquela gerada no âmbito do STJ, o qual tem a função constitucional precípua de unificar a interpretação do direito em todo o território nacional, de maneira que as decisões das Turmas dos Juizados Especiais Cíveis destoantes daquelas proferidas pelo STJ, do ponto de vista da análise econômica, podem ser consideradas um erro que contribui para a desagregação do ordenamento jurídico como sistema, criando, assim, insegurança jurídica. Afinal, se uma demanda é proposta na justiça tradicional, poderá ter um resultado; porém, se

é iniciada perante os Juizados Especiais Cíveis, o desfecho pode ser completamente diverso.

O STJ, sensível a esse problema que desafia sua autoridade, embora sem previsão legal, tem admitido reclamações contra decisões das Turmas Recursais, com a finalidade de corrigir abusos na interpretação e aplicação do direito.

Há quem argumente que o erro não seria das Turmas Recursais, mas do STJ que, por julgar com base em critérios puramente abstratos, do ponto de vista exclusivo do direito positivo, distancia-se da realidade dos fatos e, por isso, erra na aplicação do direito – o que, se for verdade, revela um grave problema na organização do Poder Judiciário. Contudo, não parece ser esse o caso.

Na filosofia ainda se discute se o juiz pode ou não decidir uma causa com base na ideia de eficiência ou se deverá priorizar a justiça; e, naquela área do conhecimento, é fácil concluir que uma coisa não exclui a outra, pois o direito incorpora e utiliza regras de eficiência, mas acaba atribuindo-lhes outros nomes.

O sistema recursal, por óbvio, não fica imune à análise econômica do direito e deveria ser organizado levando em consideração, em primeiro lugar, não o interesse subjetivo da parte litigante de recorrer e ver sua demanda reexaminada pelo órgão jurisdicional recursal, mas sim a diminuição dos custos sociais, sendo certo que uma boa solução nessa linha de ideias é a cobrança de taxas elevadas para o caso de recursos improcedentes e de caráter protelatório.

7. Considerações finais

Diversamente de outros ramos do direito, orientados por critérios de justiça baseados em valores de ordem moral, os quais regulam conflitos de interesses que normalmente não têm conteúdo econômico ou patrimonial, o direito processual civil deve ser orientado por

critérios exclusivamente racionais, na medida em que o processo é um instrumento para a concretização do direito material.

O objetivo do processo civil é resolver os conflitos de interesses que são judicializados, mediante a aplicação do direito positivo, de maneira eficiente e com baixo custo, conforme se pode perceber na Exposição de Motivos do CPC. O que muitas vezes se esquece é que toda decisão judicial tem uma repercussão direta na esfera de interesses particulares das partes do processo, mas indiretamente irradia efeitos sobre os interesses sociais.

O exame crítico do sistema processual civil à luz da teoria econômica fornece valiosos elementos para a realização dos fins propostos para o processo. Sem querer repisar o que se falou ao longo do presente trabalho, vale lembrar que não se tem notícia de quanto um processo efetivamente custa. O certo é que as custas processuais não são suficientes para cobrir todos os seus custos; e uma parte destas despesas, talvez a mais significativa, é custeada pelo Estado. A gigantesca estrutura do Judiciário não nos deixa perceber que cada um dos processos que tramitam em suas diversas seções tem um custo, o qual, embora difícil de calcular, não é impossível de se mensurar e, tampouco, deve ser desconsiderado.

Apesar de o processo ser caro e custeado com o dinheiro do contribuinte, o Estado garante o acesso de todos à justiça, sem distinguir as partes ou os diversos tipos de demandas que lhe são apresentadas. O acesso é universal, não importa se o conflito de interesses tem um fundo moral ou alberga razões puramente patrimoniais ou econômicas.

Essa liberalidade do Estado, em nome da garantia constitucional de acesso à justiça, segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do Judiciário, resulta na ineficiência do processo e na clara negação

de seus princípios norteadores, pois, no fim das contas, conforme ficou demonstrado no decorrer do presente estudo, tal liberalidade representa alto custo social, resultando em um sistema jurídico injusto. A título de exemplo, cabe mencionar que as demandas relacionadas com o direito do consumidor são julgadas, normalmente, pelos Juizados Especiais Cíveis e, no caso de procedência do pedido, o processo tem custo zero para o fornecedor, o que se traduz num desestímulo para que o fornecedor evite demandas investindo em precaução. Então, qual o sentido social dessa liberalidade?

Essa é apenas uma das contradições que a concretização do direito processual pode apresentar e que pode perfeitamente ser resolvida, com base em critérios, razoáveis e válidos, fornecidos pela teoria econômica. Para a fixação do valor das custas processuais suportadas pelas partes litigantes, conforme já se argumentou, deve-se buscar um patamar que minimize os custos sociais, sem com isso negar o acesso à Justiça. No entanto, é necessário clareza de espírito e coragem para quebrar determinados paradigmas.

Em uma sociedade complexa como é a nossa, onde as necessidades são cada vez maiores e mais sofisticadas, valer-se dos mesmos conceitos de justiça utilizados pelos cultores do Direito Natural, desde a antiguidade, é ignorar as vicissitudes dos tempos presentes, onde a eficiência a cada momento é invocada para dar conta dos novos desafios.

Referências

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and economics: alternative modes of governance*. Princeton: Princeton University, 2004.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v.1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.
- MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael Dennis; GREEN, Jerry R. *Microeconomic theory*. New York: Oxford University, 1995.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 7. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8. ed. Boston: Aspen, 2011.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. Coimbra: Almedina, 2007.

A essência da Constituição

Uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno

VINICIUS DE MOURA XAVIER

Sumário

Introdução. 1. Biografia e contextualização histórica. 2. A essência da Constituição. 2.1 A monarquia. 2.2. A aristocracia. 2.3. A grande burguesia. 2.4. Os banqueiros. 2.5. A pequena burguesia e a classe operária. 3. Considerações e cotejo.

Introdução

Na concepção de Lassalle (1998), os problemas constitucionais não são primariamente problemas de Direito, mas de poder.

Nesse contexto, Lassalle é considerado o iniciador da doutrina que desconhece a importância do Direito como instrumento de organização social, e desconsidera seu aspecto dirigente, afirmando-o apenas descritivo das relações sociais que sustentam o poder político.

Sua obra, “A essência da Constituição”, é, até hoje, duramente criticada por negar qualquer força normativa à Constituição e traduzi-la como mera reprodução das situações de controle existentes nos âmbitos nacionais.

Todavia, como veremos no curso desta exposição, a tese dos fatores reais de poder, embora possa ter ganhado novas roupagens, não se encontra totalmente superada, seja no âmbito nacional, seja no internacional.

Por fim, resta uma questão a ser analisada: qual ou quais eram as intenções reais de Lassalle por trás de seu discurso, mercê do contexto histórico em que se inseria? Nesse passo, embora impossível analisar o âmbito interno da mente desse importante personagem da história do Direito, afigura-se factível inferir axiologicamente o valor encontrado em suas afirmações.

Vinicius de Moura Xavier é pós-graduado do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Curso de Teoria do Poder e da Constituição da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Destarte, a pergunta que se faz após a leitura atenta e contextualizada do livro é: seria o pai da construção da ideia de Constituição antijurídica, na verdade, o fecundador do constitucionalismo jurídico moderno?

1. Biografia e contextualização histórica

Ferdinand Lassalle nasceu em Wrocław (Breslau), há época cidade alemã, (hoje da Polônia), com cerca de 640.000 habitantes, em 11 de abril de 1825, em uma família judia e próspera (DAWSON, 1891, p. 114). Seu pai era um comerciante do ramo da seda e pretendia que o filho seguisse carreira no mundo empresarial, mandando-o para uma escola em Leipzig com esse escopo.

Todavia, posteriormente Lassalle trilhou outros caminhos, sendo discente na Universidade de sua cidade natal e mais tarde em Berlim. Na Alemanha, Lassalle estudou filologia e filosofia, tornou-se um seguidor do sistema filosófico de Hegel (DAWSON, 1891, p. 114), e depois se dedicou à advocacia.

Durante a denominada “Primavera¹ dos Povos”, Lassalle começou a discursar em encontros coletivos incitando o povo de Düsseldorf a preparar-se para uma resistência armada contra a decisão do governo da Prússia de dissolver a Assembleia Nacional (DAWSON, 1891, p. 120).

Por conta desses discursos, Lassalle foi preso sob a acusação de incitação à oposição armada contra o Estado prussiano (DAWSON, 1891, p. 120). Todavia, essa acusação foi desqualificada para incitação à resistência contra oficiais públicos. E, em razão disso, teve sua pena reduzida de vinte e três anos para seis meses de prisão.

Banido de Berlim, Lassalle somente retornou à cidade em 1859, disfarçado de condutor de trem. Conta-se que buscou o auxílio de seu colega dos tempos de escola, Alexander von Humboldt, para que pudesse ficar na então capital prussiana (DAWSON, 1891, p. 125), tendo logrado êxito na sua intenção.

1 Membros do operariado e do campesinato passaram a exigir melhores condições de vida e trabalho. Aproveitando das novas tendências que surgiam, fizeram uma forte oposição ao regime monárquico por meio de uma série de levantes. Alimentando ainda mais esse sentimento de mudança, devemos salientar que nesse mesmo ano houve a publicação do *Manifesto Comunista*, de Karl Marx, obra que defendia a mobilização de trabalhadores.

2 Dá-se o nome de *Revoluções de 1848* à série de revoluções na Europa central e oriental que eclodiram em função de regimes governamentais autocráticos, de crises econômicas, de falta de representação política das classes médias e do nacionalismo despertado nas minorias da Europa central e oriental, que abalaram as monarquias da Europa, onde tinham fracassado as tentativas de reformas políticas e econômicas. Também chamada de *Primavera dos Povos*, este conjunto de revoluções, de caráter liberal, democrático e nacionalista, foi iniciado por membros da burguesia e da nobreza que exigiam governos constitucionais, e por trabalhadores e camponeses que se rebelaram contra os excessos e a difusão das práticas capitalistas.

Registra-se que somente em 1862 Lassalle se reaproximou do campo político, motivado por uma disputa constitucional que eclodiu na Prússia em virtude de o rei Wilhelm I, o qual tinha ascendido ao trono em 2 de janeiro de 1861, forçar a aprovação de uma lei que reorganizava o exército, aumentando vencimentos. Tal projeto recebeu oposição da Câmara dos Deputados, filiada ao pensamento liberal. Diante desse impasse, o rei decidiu agir por conta própria e alegou que assim o faria “pelo bem da nação”. Na sequência, dissolveu o parlamento, o que levou o Estado prussiano a ficar sem orçamento nos quatro anos seguintes. Nesse contexto de disputa constitucional, Lassalle foi convidado pela associação de contribuintes de Berlim para proferir conferência sobre as relações sociais, e cujo tema, escolhido por ele, foi “A essência da Constituição”.

Posteriormente, em 1863, participou da fundação e direção da Associação Geral dos Operários Alemães, sendo seu primeiro presidente, posição que manteve de 23 de maio de 1863 até sua morte, ocorrida em 31 de agosto de 1864.

Dissertando sobre o partido e a influência de Lassalle para a História, escreveu Élie Halévy (1941):

“Lassalle foi o primeiro homem na Alemanha, o primeiro na Europa, que conseguiu organizar um partido de ação socialista. No entanto, ele via os partidos burgueses emergentes como mais hostis à classe trabalhadora do que à aristocracia, tendo apoiado o sufrágio universal em um momento em que os liberais preferiam uma limitação baseada na propriedade que excluía a classe trabalhadora e aumentava as classes médias.

Isso criou uma estranha aliança entre Lassalle e Bismarck. Quando, em 1866, Bismarck fundou a Confederação da Alemanha do Norte em uma base do sufrágio universal acolhendo conselho, que veio diretamente de Lassalle. E, após, 1878, quando começou a praticar o ‘socialismo de Estado’, o ‘socialismo cristão’ e o ‘socialismo Monárquico’, ele não tinha esquecido o que tinha aprendido daquele líder socialista.”

Outrossim, como visto, o único objetivo declarado dessa organização foi a ideia de sufrágio igual, universal, direto e por meios pacíficos e legais, o que serviu de base para muitas conquistas democráticas posteriores.

Por derradeiro, quanto à sua morte, conta-se que, em Berlim, Lassalle conheceu uma jovem mulher de nome Helene von Dönniges, tendo ambos decidido casar-se no verão de 1864. Ela, todavia, era a filha de um diplomata bávaro que residia em Genebra, Suíça, e que diante dessa situação, por discordar da escolha da filha, trancou-a em casa e, posteriormente, aparentemente por pressão paterna, renunciou ao pedido formulado por Lassalle em favor de um outro admirador, um nobre de nome Bajor von Racowitza.

Irresignado, Lassalle desafiou o pai da moça e o Sr. Racowitza para um duelo, tendo este aceito.

O embate teve efeito em 28 de agosto de 1864, resultando na morte de Lassalle, dias depois, em 31 de agosto, em decorrência de ferimentos sofridos.

Na data de sua morte, o partido de Lassalle tinha 4.610 filiados, mas sem programa político detalhado. A agremiação foi importante na estabilização posterior do Partido da Social Democracia Alemã em 1875 (DAWSON, 1891, p. 125) existente até hoje, com cerca de 495.000 membros.

2. A essência da Constituição

A concepção de Lassalle enquadra-se no conceito sociológico de Constituição. Sobre o tema, destaca Jorge Miranda (1991) as diversas correntes que tentaram conceituar e analisar o que seria uma Constituição: as concepções jusnaturalistas “manifestadas segundo as premissas do jus-racionalismo nas Constituições liberais e influenciadas depois por outras tendências”, as positivistas (Laband, Jellinek ou Carré de Malberg e Kelsen), as historicistas (Burke, De Maistre, Gierke), as sociológicas (Ferdinand Lassalle), as marxistas, as institucionalistas (Hauriou, Renard, Burdeau, Santi Romano, Mortati), a decisionista (Schmitt), as concepções decorrentes da filosofia dos valores (Maunz, Bachof) e as concepções estruturalistas (Spagna Musso, José Afonso da Silva) (MIRANDA, 1991, p. 53-54).

Nesse contexto, – o livro – na verdade a redução a termo de um discurso de Lassalle proferido em conferência à Associação de Contribuintes de Berlim – divide-se em três capítulos.

No primeiro, denominado “Sobre a Constituição”, Lassalle (1998) indaga: qual a verdadeira essência, qual o verdadeiro conceito de uma Constituição? Não basta apresentar a matéria concreta de determinada Constituição, tampouco basta buscar, na legislação precedente, seus dispositivos para alcançarmos um conceito de Constituição e, portanto, a sua essência.

Segundo um jurisculto, para Lassalle, a Constituição seria “um pacto juramentado entre o rei e seu povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país” ou “a lei fundamental proclamada pela nação, na qual se baseia a organização do Direito público do país” (LASSALLE, 1998).

Todavia, essas respostas não explicam a pergunta; ao revés, limitam-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem, mas não explicam o que ela é.

Para tentar responder à pergunta, Lassalle (1998) utiliza o método de comparação, ou seja, coteja o objeto de conceito desconhecido com outro, similar, esforçando-se para penetrar nas diferenças que os separam.

Desse modo, compara Lei e Constituição. Inicialmente, ressalta as semelhanças, como a essência genérica comum e a aprovação legislativa necessária a ambas. Entretanto, ao acentuar as diferenças, estabelece que a Constituição afigura-se mais sagrada, mais delicada, de modo que sua alteração deve ocorrer, em geral, por quórum mais qualificado. E isso demonstraria o “espírito unânime dos povos [que] uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum” (LASSALLE, 1998).

Prosseguindo, assevera que a Constituição deve, por óbvio, constituir algo, ou seja, informar e engendrar as leis comuns originárias daquela, mas ao se deparar com a questão do fundamento, Lassalle (1998) aprofunda-se na tentativa de encontrar resposta à sua pergunta.

Consigna que as coisas existem porque devem existir, têm uma função, se regem pela necessidade. Assim, a ideia de fundamento traria, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atuasse sobre tudo em que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo.

Indaga: e qual seria essa força ativa que fundamenta uma Constituição? Lassalle responde expressamente: os fatores reais de poder³.

Para legitimar a sua ideia e explicá-la, Lassalle (1998) propõe o seguinte exercício: suponhamos que um país, por causa de um sinistro, ficasse sem nenhuma das leis que o governavam e que por força das circunstâncias fosse necessário decretar novas leis. Nesse caso, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis por capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar?

3 Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são (LASSALLE, 1998, p. 26).

A resposta que ecoa na eloquência do silêncio é imediata: não.

Assim, Lassalle (1998) passa a explicar o que entende por “fator real de poder”. Vejamos.

2.1. A monarquia

Seria possível a existência de uma lei abolindo a monarquia? Não. E a resposta, segundo Lassalle (1998), assenta-se no fato de que o rei, por possuir o controle do exército, o poder real efetivo, não permitiria tal proposição.⁴

2.2. A aristocracia

De início, Lassalle (1998) critica a posição da aristocracia na sociedade ao afirmar:

“Não sabemos por que esse punhado, cada vez menor, de grandes proprietários agrícolas possui tanta influência nos destinos do país como os restantes milhões de habitantes reunidos, formando somente eles uma Câmara Alta que fiscaliza os acordos da Câmara dos Deputados, eleita esta pelos votos de todos os cidadãos.

[...]

Destruídas as leis do passado, somos todos ‘iguais’ e não precisamos absolutamente ‘para nada’ da Câmara Senhorial.”

Entretanto, em tom de ceticismo e derrotismo, afirma que a nobreza seria influente e bem vista pelo rei, modo pelo qual essa influência poderia garantir-lhe o uso do exército e dos canhões para seus fins, sendo, portanto, parte da Constituição, ou seja, um fator real de poder.

2.3. A grande burguesia

Ao caracterizar a grande burguesia como um fator real de poder, Lassalle (1998) propõe

4 Neste ponto, é importante destacar que o exército prussiano à época não jurava respeito à Constituição e estava sob as ordens diretas do monarca.

um exercício inverso. Propõe que seja imaginada a união entre a aristocracia e a monarquia com o fulcro de ser imposto o sistema medieval/gremial aos burgueses, ou seja, por lei seria estipulada a quantidade estrita de produção de cada industrial e cada indústria somente poderia ocupar determinado número de operários por igual.

Porém, lembra o conferencista que a expansão industrial não aceitaria uma Constituição inspirada nesse modelo. O progresso industrial requer “ampla liberdade de fusão dos mais diferentes ramos do trabalho nas mãos de um mesmo capitalista” e “necessita, ao mesmo tempo, da produção em massa e da livre concorrência – aqui no sentido de empregar quantos operários necessitar, sem restrições” (LASSALLE, 1998). A implantação de uma Constituição nos moldes medievais, isto é, do tipo gremial, provocaria uma crise no setor industrial e, consequentemente, no social. O fechamento de fábricas e o desemprego levariam os homens sem trabalho às ruas, subsidiados pela grande burguesia. Outrossim, entende que os grandes burgueses, industriais, também são fragmentos da Constituição.

2.4. Os banqueiros

Segundo Lassalle (1998), os banqueiros também se caracterizam como fator real de poder em virtude de os governos, de quando em quando, sentirem apertos financeiros devidos à necessidade de investir grandes quantias que “não têm coragem de tirar do povo por meio de novos impostos ou do aumento dos existentes”.

Nesses casos, ficaria o recurso de absorver dinheiro do futuro, por intermédio das instituições bancárias. Sendo os seus diretores, os detentores do capital, titularizam poder real e, portanto, são partes da Constituição.

É nesse capítulo que Lassalle (1998) faz observações importantes sobre serem, também, a cultura coletiva e a consciência social do país formas de expressão de poder. Mas elas somente teriam força e se levantariam contra graves alterações legais ou políticas à população imposta, indicando, como exemplo, a punição da pessoa dos pais pelos roubos cometidos pelos filhos, tal qual o modelo chinês.

2.5. A pequena burguesia e a classe operária

Por fim, Lassalle (1998) afirma expressamente que, se todos os fatores de poder alhures mencionados tentassem privar a pequena burguesia e a classe operária de suas liberdades políticas, poderiam fazê-lo. Aliás, já o tinham feito. E recorda que até 1848 vigia o sufrágio universal que garantia a todo cidadão, rico ou pobre, o mesmo direito político. Mas, em

1849, foi instituído pelo rei, o sistema eleitoral de três classes, após a dissolução do parlamento.

Tal sistema dividia o eleitorado em três grupos de acordo com suas posses e com os impostos por eles pagos.

Destaca Lassalle (1998) que no primeiro grupo estariam 153.808 pessoas, no segundo 409.945 e no terceiro 2.691.950. Dessa forma, o opulento teria o mesmo poder político de 17 cidadãos comuns. Em suma: 17 vezes a influência política de uma pessoa comum.

Critica também a existência do Senado, o que para ele significava “pôr nas mãos de um grupo de velhos proprietários uma prerrogativa política formidável que lhes permitirá contrabalançar a vontade nacional e de todas as classes que a contrapõem, por mais unânime que seja essa vontade” (LASSALLE, 1998).

Todavia, é nesse cenário de crítica e desesperança que Lassalle (1998) começa a esboçar o que seria a força motriz do constitucionalismo moderno.

Ao perguntar se o governo poderia tirar não somente as liberdades políticas, mas também a pessoal da pequena burguesia e do corpo operário, transformando-os em escravos ou servos, responde prontamente: não, mesmo que todos os demais fatores de poder se posicionem nesse sentido.

Dessa forma, expressamente se manifesta: “nos casos extremos e desesperados também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição” (LASSALLE, 1998, p. 32).

Mas, deixando-se levar novamente pelo ceticismo, afirma que, sob o poder político do rei, o exército está organizado, ou seja, pode se reunir a qualquer hora do dia ou da noite, funcionando com uma disciplina única e pode ser utilizado a qualquer momento quando dele se necessite, ao contrário do poder que se apoia na nação, embora infinitamente maior – e essa frase ganha especial relevo – por não estar organizado.

Para respaldar suas ideias, Lassalle (1998) cita Virgílio: “tu, povo, fabrica-os e paga-os, mas não para ti”, referindo-se ao equipamento bélico utilizado pelo exército contra o próprio povo.

Desse modo, para ele, uma força organizada pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, do país.

Importante ressaltar que ao denominar a Constituição escrita de “folha de papel”, expressão que ficou célebre, Lassalle (1998) apenas fazia alusão à frase de Frederico Guilherme IV, que disse “Julgo-me obrigado a fazer afora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda providência”. Desse modo, estabelece a relação que existe entre esses fatores reais de poder e a Constituição jurídica:

“Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido” (LASSALLE, 1998).

No segundo capítulo, Lassalle (1998) faz uma retrospectiva histórica demonstrando a importância e a influência dos fatores reais de poder no caminhar evolutivo da sociedade. Neste ponto, é importantíssima a sua definição do motivo pelo qual seria necessária, na visão dos detentores de poder, a existência de uma Constituição escrita. Para Lassalle (1998), seria como mera forma de legitimação, mais fácil, mais convincente.

Observando que todos os países tiveram e terão sempre uma Constituição real e efetiva, afirma ser essa uma necessidade que se impõe, “pois não é possível imaginar uma Nação onde

não existam os fatores reais de poder, quaisquer que sejam eles” (LASSALLE, 1998).

Segundo Lassalle (1998),

“todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos de sua história, uma Constituição real e verdadeira. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância –, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel”.

Nos Estados Modernos, com o fenômeno do monopólio do Direito pelo Estado, é que surgem, de modo generalizado, as Constituições escritas, “cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente” (LASSALLE, 1998).

Por isso, aspirar a uma Constituição escrita tem como origem o fato de ter-se operado uma transformação nos elementos reais do poder imperantes dentro do país, num determinado momento:

“se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranqüilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional” (LASSALLE, 1998).

Nesse contexto, realiza uma breve análise da história constitucional europeia. Destaca que no Estado pouco povoado da Idade Média, sob o domínio governamental de um príncipe e com uma nobreza que possuía a maior parte da propriedade territorial, necessitava-se de uma Constituição feudal. A nobreza detinha, além da posse das terras, o poder sobre os feudatários, os servos, os colonos, obrigando-os a formar suas hostes e a lutar com os seus vizinhos. Os senhores

feudais tinham, ainda, chefes de armas, soldados, escudeiros e criados que, sob o seu poder, também serviam ao rei, que não mantinha outra força efetiva que a dos próprios que compunham a nobreza. O príncipe não poderia criar, sem seu consentimento, novos impostos e ocupava entre eles apenas a posição de *primus inter pares*.

Acrescenta que a passagem do feudalismo ao capitalismo determinou novas mudanças. Novos fatores reais de poder surgiram determinando novo modelo de Constituição:

“a população cresce, a indústria e o comércio progredem e seu progresso facilita os recursos necessários para fomentar novas mudanças, transformando as vilas em cidades. Nasce a pequena burguesia e os grêmios se desenvolvem, circulando o dinheiro e formando os capitais e a riqueza particular” (LASSALLE, 1998).

Esclarece que a população urbana não mais dependia da nobreza; tem interesses opostos a esta que, pouco a pouco, perde as prerrogativas e os poderes. O príncipe alcança maior poder efetivo, chegando a manter Exército permanente. Ato contínuo, o poder central se fortalece, retirando da nobreza a prerrogativa de receber tributos e obrigando-a ao pagamento de impostos.

Com a transformação dos fatores reais do poder, transforma-se também a Constituição vigente no país. O absolutismo sucede ao feudalismo, iniciando uma nova ordem.

Entretanto, o príncipe, como soberano absoluto, não acredita na necessidade de se pôr por escrito a nova Constituição. O príncipe tinha em suas mãos o instrumento real e efetivo do poder – o exército permanente – que forma a Constituição efetiva dessa sociedade, e ele e os que o rodeiam dão expressão a essa ideia e dão ao país a qualificação de Estado militar.

Além disso, o poder efetivo do príncipe é reconhecido pela nobreza, que abandona os

feudos e concentra-se na Corte, onde “recebe uma pensão e contribui, com sua presença, para prestigiar a monarquia” (LASSALLE, 1998).

Após esse período e em função dele ocorre o do fortalecimento da burguesia, por meio do desenvolvimento da indústria e do comércio. Ao príncipe torna-se impossível acompanhar o desenvolvimento da burguesia, “que começa a compreender que também é uma potência política independente” (LASSALLE, 1998).

Paralelamente ao aumento da população, aumenta e divide-se a riqueza social em proporções incalculáveis, progredindo também as indústrias, as ciências, a cultura geral e a consciência coletiva – outro dos fragmentos da Constituição, conforme já visto.

Assim, Lassalle (1998) entende “haver demonstrado que os fatos históricos analisados tiveram o mesmo efeito de um incêndio ou de um furacão que tivesse varrido a velha legislação nacional”.

No terceiro e último capítulo, Lassalle (1998) diz que uma Constituição escrita só seria boa e duradoura se correspondesse à Constituição real, pois, caso contrário, mais dia ou menos dia, a escrita, a folha de papel, sucumbiria necessariamente perante as verdadeiras forças vitais do país.

Traz também a ideia de que o poder, a força do exército, embora menor, é mais efetiva do que a do povo, pois encontra-se organizada e treinada, sendo um dos grandes erros da Revolução de 1848 o fato de não ter sido o exército colocado sob a Constituição, tirando-o do controle da monarquia.

Após essas observações, Lassalle (1998) apresenta três consequências da Revolução de 1848 na Prússia:

“a) A preocupação em evitar que fossem afastados os fatores reais de poder dentro do país impediu que a Assembléia Nacional organizasse a sua Constituição por escrito.

b) Com a dissolução da Assembléia Nacional Constituinte, coube ao rei proclamar a Constituição; decretou-a voluntariamente e – ainda que de acordo, em muitos pontos, com as idéias da Assembléia Nacional – não correspondia à sua pretensão, pois não se justificava pelos fatores reais de poder de que o rei continuava a dispor.

A disparidade entre a Constituição real, efetiva, e a Constituição escrita se fez notar e acarretou várias modificações. A Constituição datada de 5 de dezembro de 1848, em que o rei espontaneamente concordava com uma série de concessões, foi alterada por Lei Eleitoral que restabeleceu o voto censitário.

c) Quando uma Constituição corresponde aos fatores reais de poder que regem um país, não há necessidade de modificá-la e o respeito a que a ela se tem é natural, não é lema de um ou de outro partido político, porque ela, *per sí*, já é respeitada e invulnerável. Se, ao contrário, não corresponder, será modificada.”

3. Considerações e cotejo

Inicialmente, cumpre destacar que a lógica de Hegel e sua dialética – esta uma progressão na qual cada movimento sucessivo surge como solução das contradições inerentes ao movimento anterior⁵ –, estão presentes na obra de Lassalle, pois ele buscou estabelecer uma visão global para conhecer a verdade por trás das instituições.

Todavia, em uma leitura perfunctória, a conclusão de que a essência da Constituição traduz apenas a vontade de reduzidos detentores do poder mostra-se distante das reais conclusões políticas a que chega o livro.

Deve-se ter em mente que ao narrar uma situação, expondo-a a toda sociedade, Lassalle (1998) provoca o debate, inquietude que iria desaguar na forma de dois livros que se propuseram a combater, com maior ou menor êxito – ao menos no campo das ideias – a lógica de Lassalle, quais sejam, “A força normativa da Constituição” de Hesse (1991) e “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”⁶ de Häberle (1997)⁷.

Georges Burdeau (1969) conseguiu sintetizar bem a crítica dirigida à obra de Lassalle e às suas concepções sobre a Constituição.

“A Constituição deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito, pois se antes dela o Poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Lei Fundamental ele muda de natureza e se juridiciza, convertendo-se em Poder de direito, desencarnado e despersonalizado.”

Entretanto, o próprio Hesse (1991, p. 14) reconhecia que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e que, por isso, a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização.

Em verdade, esse autor desloca essa discussão do plano dos fatos para o plano dos valores, axiologicamente, modo pelo qual sua crença se dá ao fundamento de que, em *ultima ratio*, a constituição só se mantém por um acordo dos poderes em legitimá-la.

No mesmo sentido, Häberle (1997, p. 12), pois a sua “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” apenas aumentou e legitimou maior

⁵ A visão total é necessária para enxergar, e encaminhar uma solução a um problema. Hegel dizia que a verdade é o todo. Que se não enxergamos o todo, podemos atribuir valores exagerados a verdades limitadas, prejudicando a compreensão de uma verdade geral.

⁶ Nessa obra, a ideia principal é a de que toda e qualquer pessoa que leia livremente a Constituição acaba sendo co-intérprete do texto.

⁷ Que, em entrevista recente, desenvolveu assuntos deveras interessantes (HAIDAR; SCRIBONI, 2011).

número de hermenêutas aptos a participarem do debate constitucional, sem, contudo, fechar portas aos antigos detentores do poder.

A questão que se coloca em debate, já secular, é se a Constituição é manifestação de força ou de fé. E o cerne dessa questão panorâmica pode restringir-se a uma pergunta: a Constituição, escrita, dogmática, pode ir de encontro aos detentores dos fatores reais de poder?

Todavia, a importância não está na resposta, mas sim na própria pergunta. Afinal, quem seriam os verdadeiros detentores dos fatores reais de poder?

Creio que no âmbito interno, nacional, o próprio Lassalle dá pistas quando destaca:

“Dentro de certos limites, também a consciência coletiva e a cultura geral da nação são partículas e *não pequenas* da Constituição.

Nos casos extremos e desesperados também o povo, *nós todos*, somos uma parte integrante da Constituição.

O poder que se apóia na nação, meus senhores, embora seja, como de fato o é, *infinitamente maior*, não está organizado.

Uma força organizada pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, *do país*” (LASSALLE, 1998, p. 31-32, 36-37, grifo nosso).

Como se denota, no decorrer do texto as ideias vão ganhando força e expressão, deixando a timidez e partindo quase para incitação explícita. Ora, cambiemos a expressão “do país” na última citação por “do povo”, o contexto e a profundidade semântica seriam muito semelhantes.

Referido argumento ganha força conclusiva na página 48, quando Lassalle começa um subcapítulo com o título “O poder da nação é invencível” e destaca que “em 1848, ficou demonstrado que o poder da nação é muito superior ao do exército e, por isso, depois de uma cruenta e longa luta, as tropas foram obrigadas a ceder” (LASSALLE, 1998, p. 48).

Segundo Sahid Maluf (2003, p. 15), “nação” é uma realidade sociológica, subjetiva, uma entidade de direito natural e histórico. Conceitua-se como um conjunto homogêneo de pessoas ligadas entre si por vínculos permanentes de sangue, idioma, religião, cultura e ideais.

Sarida Maluf (2003, p. 17) dispõe sobre “povo” afirmando que em sentido amplo, genérico, equivale à população. Porém, no sentido estrito, qualificado, condiz com o conceito de “nação” e cita Cícero:

“Populus est non omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus sed cuetus multitudinis iuris consensu et utilitaris comunione sociatus.”⁸

8 Povo não são todos os seres humanos, em conjunto em qualquer forma, mas sim um conceito jurídico e utilitário de comunhão social (Tradução livre).

Outrossim, tem-se que o conceito de povo e nação se não são idênticos, afiguram-se intimamente ligados.

Quando Lassalle (1998) diz expressamente que “o poder da nação é invencível”, plausível entender que “o poder do *povo* é invencível”. Logo, se o poder do povo é invencível, ele é o detentor real do poder. Ele é a Constituição.

Se for a essa conclusão a que se chega, resta a pergunta: por que Lassalle não deixou expressa sua convicção? Se analisarmos o momento histórico da conferência e os antecedentes pessoais de Ferdinand, poderemos supor que, na Prússia de 1863, não seriam tolerados levantes organizados ou incitações contra o regime, sobretudo diante de uma nova afirmação do poder da monarquia, com a dissolução do parlamento.

Ademais, Lassalle já havia sido preso em virtude de incitação, tendo sido banido de Berlim e escapado, por pouco, de cumprir pena de 23 anos de prisão. Ora, a reincidência poderia levar a condenações piores, como à prisão perpétua ou talvez até à pena de morte. Não seria sensato, portanto, propagar ideais socialistas de forma aberta naquela quadra histórica.

Desse modo, mais fácil e talvez, produtivo sob o véu da descrença e do conformismo, provocar e desafiar, ainda que implicitamente, os seus ouvintes – a assembleia de contribuintes de Berlim –, buscando uma reflexão, em um tipo de provocação subjetiva, indireta.

Assim, ao produzir essa reflexão que culminou nos estudos de Hesse, Häberle e tantos outros, Lassalle cumpriu seu objetivo: semeou a inquietude e a busca de soluções para que o real poder, do povo, fosse, em um primeiro momento, por este acreditado, tal como a doutrina de Hesse, para que, posteriormente, fosse protegido. Afinal, como proteger algo em que não se acredita?

Dessa forma, coube-lhe o mérito de haver lançado as bases de uma análise da Constituição no sentido material e sociológico, ao afirmar a necessidade de distinguir entre Constituições reais e Constituições escritas. Considerando que a verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos fatores reais e efetivos de poder que dominam nessa sociedade, observa que, quando a Constituição escrita não corresponder a tais fatores, está condenada a ser por eles afastada.

Assim, se uma Constituição escrita não corresponde à Constituição real, o povo pode afastá-la. Não de modo expresso, mas com novas interpretações – a chamada mutação constitucional – que adequem o texto à realidade atual.

Por fim, é necessária uma reflexão. A força armada, para Lassalle (1998), como condutora do poder, não é maior do que a força da nação, do povo. Todavia, nação e povo são conceitos ainda regionais quando nos deparamos com o aspecto global da humanidade. Dessa forma, no âmbito

universal, no qual não há nação, mas sim nações, é possível entender que a força armada ainda é a maior detentora do poder?

Referências

BOURDEAU, Georges. *Traité de science politique*: tome IV, Le statut du pouvoir dans l'État. Paris: LGDJ, 1969.

DAWSON, William Harbutt. *German socialism and Ferdinand Lassalle*. London: Swan Sonnenschein, 1891.

HAIDAR, Rodrigo; SCRIBONI, Marília. Constituição é declaração de amor ao país. *Consultor Jurídico*, Brasília, maio 2011.

HALÉVY, Élie. The age of tyrannies. *Economica*, London, v. 8, n. 29, p. 77-93, Feb. 1941.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. v. 2.

**Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do
Senado Federal**

Teoria dos jogos e fechamento de empresas

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução. 2. Jogos sequenciais com informação incompleta. 3. Fechamento do empreendedor individual. 3.1. Empresário individual. 3.2. Empresa individual de responsabilidade limitada. 4. Fechamento de sociedades empresárias. 4.1. Sociedade limitada. 4.1.1. Distrato social. 4.1.2. Dissolução parcial. 4.2. Sociedade anônima. 4.2.1. Fechamento de capital da sociedade anônima. 5. Fechamento por crise econômico-financeira. 5.1. Falência. 5.2. Recuperação de empresas. 5.2.1. Recuperação extrajudicial. 5.2.2. Recuperação judicial. 6. Considerações finais.

1. Introdução

A teoria dos jogos examina os comportamentos e as estratégias racionais de interação entre dois ou mais indivíduos dentro de determinadas regras de atuação. A ação de cada indivíduo envolvido na situação afeta os demais. A teoria dos jogos ganhou notoriedade em 1964, com a obra de Von Neumann e Morgenstern (A teoria dos jogos e o comportamento econômico). Ela é o instrumento mais utilizado para resolver problemas que envolvam interação social. Cada jogador obtém vantagens ou desvantagens decorrentes de cada combinação de estratégias. A atuação ilegal ou antissocial influencia o comportamento dos jogadores, mas não os impede de optar de forma racional por descumprir a lei e eventualmente pagar alguma reparação.

A estratégia de cada jogador pode implicar a manipulação de informações, com a sinalização de fatos verdadeiros ou falsos para influenciar a decisão da outra parte. A estratégia inclui o aumento das recompensas ou a ameaça de redução dos valores, tudo em função da credibilidade e da reputação de cada jogador. Aspectos comportamentais, como a expecta-

Leonardo Garcia
Barbosa é Consultor
Legislativo do Senado
Federal.

tiva de continuidade do relacionamento após o jogo, também influenciam a tomada de decisões.

Diversas situações podem ser examinadas à luz da teoria dos jogos. A relação entre um empresário e o órgão de registro de empresas pode ser considerada, por exemplo, uma interação entre jogadores. O comportamento estratégico do sócio em uma sociedade também pode ser estudado utilizando-se o instrumental da teoria dos jogos, visando melhorar a eficiência das regras societárias. Em momentos de crise econômico-financeira, a composição dos conflitos entre devedor e credores pode ser aprimorada pela teoria dos jogos. Os problemas relacionados ao momento do fechamento de empresas e os custos de transação associados aos procedimentos necessários para sua extinção podem ser examinados pela teoria dos jogos.

Para abordar a temática aqui introduzida, organizamos este artigo da seguinte forma: examinamos no item 2 a importância da teoria dos jogos e seus conceitos e fundamentos principais. No item 3, apresentamos algumas considerações sobre o fechamento de empreendedores individuais, revelando aspectos do fechamento do empresário individual e da empresa individual de responsabilidade limitada. No item 4, tratamos do fechamento de sociedades, nas quais há interação estratégica entre os sócios. No item 5, são feitos alguns comentários sobre o fechamento de empresas em virtude de crise econômico-financeira. No item 6, tecemos algumas considerações finais.

2. Jogos sequenciais com informação incompleta

O prêmio Nobel de Economia foi concedido algumas vezes a expoentes da teoria dos jogos. Em 1994, John Harsanyi, John Nash e Reinhard Selten foram contemplados pelo desenvolvimento da Teoria do Equilíbrio em jogos não

cooperativos. A interação estratégica entre os jogadores permite chegar a um equilíbrio no qual um jogador não deseja mudar a sua posição, desde que os demais tampouco o façam, ainda que não seja a melhor situação possível para eles. O húngaro John Harsanyi estudou como o processo de barganha ocorre caso um agente tenha mais informação do que o outro. Reinhard Selten, primeiro alemão a ganhar o prêmio Nobel de Economia, incluiu na Teoria do Equilíbrio de Nash conceitos referentes à formação de estratégias ao longo do tempo. Em 1996, James Mirrlees e William Vickery foram ganhadores pela discussão sobre a teoria dos incentivos sob a regra da assimetria de informações. Em 2005, foram premiados dois estudiosos da teoria dos jogos: Robert Aumann e Thomas Schelling. Este último introduziu na teoria dos jogos noções como o de ameaça crível.

Boa parte das situações verificadas na prática refere-se a jogos nos quais há uma sequência de atos praticados por agentes que têm limitações nas informações disponíveis para ele. Esse fato torna importante o estudo dos jogos extensivos com informação incompleta, nos quais cada jogador ao escolher sua ação não é informado previamente sobre as ações dos outros jogadores. A informação incompleta significa que as ações dos demais jogadores não podem ser previstas com perfeição, competindo a cada jogador construir sua reputação mediante sinalização de qualidade.

A forma extensiva do jogo é representada no formato de uma árvore de decisão onde cada vértice representa um ponto de decisão para o jogador e permite dar relevância a três aspectos importantes: a) a ordem dos lances altera o resultado do jogo, caso os lances sejam feitos ao mesmo tempo, especialmente dando vantagem ao jogador que toma a primeira iniciativa; b) a informação disponível para cada jogador afeta o seu comportamento, diferenciando-se entre jogo de informação perfeita e de informação im-

perfeita; c) o jogo pode ser de lances repetidos, o que facilita a cooperação, ou de lance único, no qual se favorece o comportamento oportunista.¹

3. Fechamento do empreendedor individual

3.1. Empresário individual

A extinção do registro de empresário individual não apresenta maiores problemas. É necessário apenas que o empresário apresente um requerimento de extinção.

Não obstante, muitas vezes não é feita a comunicação de inatividade na junta comercial, colaborando para a inconsistência das informações registradas no órgão. Uma das razões é a cobrança de um preço pelo registro da extinção. Entendemos que a cobrança do preço deveria dar-se no momento da abertura do cadastro, quando há maior confiança no sucesso do empreendimento.

Outro fator que colabora para a inconsistência dos dados é o prazo excessivamente amplo após a cessação das atividades para que a empresa seja considerada inativa. A Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que regula o registro de empresas, diz que o empresário individual ou a sociedade que não proceder a qualquer arquivamento no período de dez anos consecutivos deve comunicar à junta comercial se deseja manter-se em funcionamento.² Em Alagoas, por exemplo, 3.853 empresas foram declaradas inativas pela Junta Comercial do Estado no ano de 2010³, após ficarem sem movimento por mais de dez anos (JUNTA..., 2012).

Alterando-se a estrutura de incentivos, é possível obter um cadastro de empresas mais condizente com a realidade social. De acordo com a teoria dos jogos, o Direito é percebido como um sistema de normas que estimula a cooperação e sanciona a não cooperação. É possível sancionar determinada conduta indesejada pelo Direito, diminuindo-se as recompensas do jogador que insistir na conduta indesejada. A compreensão sobre a teoria dos jogos serve de instrumento para a análise de políticas públicas (MCCAIN, 2009, p. 3). Assim, o prazo para declaração de inatividade da empresa poderia ser significativamente reduzido pela legislação.

1 O denominado Teorema de Bayes, criado por Thomas Bayes no século XVIII, defende que as informações sobre o comportamento passado de cada jogador colaboram para aferir a probabilidade de repetição da conduta de cada um no futuro.

2 Caso não seja feita a comunicação, a empresa é considerada inativa, promovendo-se o cancelamento do registro, com a perda automática da proteção ao nome empresarial. Antes do cancelamento do registro, a empresa deve ser notificada pela junta comercial, mediante comunicação direta ou por edital.

3 Em 2000, foram constituídas 4.582 empresas.

3.2. Empresa individual de responsabilidade limitada

O fechamento da empresa individual de responsabilidade limitada é mais complexo do que a extinção do registro do empresário individual. A complexidade é decorrente da separação do patrimônio da empresa do patrimônio pessoal do seu titular, tornando-se necessária a desconstituição da empresa e a sua liquidação.

As fases de desconstituição e liquidação podem ser praticadas em um único instrumento, mediante a elaboração de um ato de extinção da empresa individual de responsabilidade limitada.

4. Fechamento de sociedades empresárias

4.1. Sociedade limitada

A constituição de uma sociedade limitada é um jogo de confiança entre os sócios.⁴ Ela permite a agregação de recursos entre duas ou mais pessoas para a consecução de empreendimentos em que há vantagens na cooperação mútua. Caso não houvesse um mecanismo jurídico de cooperação entre eles, haveria em maior quantidade empreendimentos individuais na sociedade, reduzindo o seu resultado econômico.⁵

A situação pode ser exemplificada no chamado jogo de caça ao cervo. Dois homens necessitam de cooperação para caçar um cervo de 60 kg, mas poderiam mais facilmente abater uma lebre de 10 kg. Caso cooperassem, os dois poderiam dividir o cervo em duas partes iguais de 30 kg para cada um. Caso optassem pela não cooperação, cada um receberia apenas 10 kg pelo abatimento da lebre.

A tabela de possibilidades⁶ para o jogo “caça ao cervo” é apresentada a seguir (VITAL, 2010, p. 27):

4 É possível em jogos com mais de dois jogadores a formação de coalizão de jogadores com o objetivo de cooperação entre eles.

5 Uma estratégia possível na interação entre os jogadores é tornar a promessa crível, aumentando o grau de confiança no acordo entre um e outro. Caso o valor a pagar pelo descumprimento da promessa seja alto e a condenação efetiva, aumenta-se a credibilidade em determinada ação prometida pelo jogador.

6 A forma normal do jogo é representada por um quadro em que os jogadores se encontram dispostos no alto e na cela mais à esquerda. As suas opções estão colocadas no interior da tabela. A forma normal também é conhecida como jogo simultâneo ou estático. Ao tomar a decisão, cada jogador avalia as opções dos outros jogadores, imaginando qual a escolha mais racional dos demais. É importante que o estudioso da teoria dos jogos construa uma matriz de recompensas correlacionando a decisão tomada por cada jogador e o retorno positivo ou negativo em virtude de sua conduta. Quanto em maior quantidade for a informação disponível para o jogador, mais preciso será a sua jogada. Caso as informações não estejam acessíveis, o jogador realiza sua jogada com base em probabilidades.

		Caçador B	
		Cervo	Lebre
Caçador A	Cervo	30,30	0,10
	Lebre	10,0	10,10

Uma situação semelhante é o jogo de cooperação na sociedade limitada. Seus resultados dependem da cooperação dos sócios, não se permitindo que um dos jogadores adote uma conduta oportunista. Por esse motivo, a legislação prevê alguns mecanismos de desincentivo à dissolução das sociedades.⁷

4.1.1. Distrato social

O procedimento normal de fechamento da sociedade limitada dá-se por meio de um distrato social, no qual os sócios deliberam pela resolução da sociedade. Caso as fases de dissolução e liquidação sejam praticadas em um único instrumento, devem constar do distrato social os valores repartidos entre os sócios.

A celebração de um distrato social requer um jogo de barganha entre os sócios no qual o ganho de um pode ser considerado a perda do outro.⁸ O acordo entre os sócios, mitigando eventuais divergências que seriam levadas ao Judiciário, muitas vezes os coloca em um “jogo da covardia” (*chicken game*) (FERNANDES, 2011, p. 74). Dois motoristas dirigem em sentido contrário e se chocarão em determinado ponto. Caso colidam, eles morrerão. O que desviar primeiro é chamado de “covarde”. Se nenhum deles desviar, ocorrerá justamente o pior resultado possível. A elaboração de um distrato social, evitando a dispendiosa e demorada via judicial, geralmente requer concessões por parte dos sócios.

4.1.2. Dissolução parcial

Em alguns casos, a saída de um dos sócios da sociedade limitada não ocasiona a sua extinção. A dissolução parcial implica a definição quanto aos valores que o sócio tem a receber da sociedade em virtude de sua

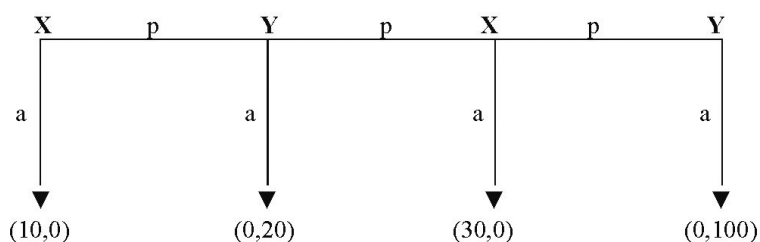
⁷ O jogo de caça ao cervo apresenta dois equilíbrios de Nash. O próprio interesse pessoal dos jogadores permite chegar a um equilíbrio no qual um jogador não deseja mudar a sua estratégia desde que os demais tampouco o façam (Equilíbrio de Nash). O equilíbrio 30, 30 é mais eficiente do que o equilíbrio 10,10 do ponto de vista de Pareto.

⁸ Importante conceito na teoria dos jogos é o denominado jogo de soma zero, no qual o que um jogador ganha é igual ao que o outro jogador perde. O jogo de soma zero decorre da impossibilidade de cooperação entre os jogadores, já que seus interesses são opostos.

saída. Um sócio que possua 25% das quotas da sociedade terá direito a receber um valor proporcional a essa porcentagem do patrimônio líquido da sociedade. Com base nessa premissa, são duas as modalidades de cálculo do valor que o sócio tem direito a receber: a primeira é o valor patrimonial e a segunda é o valor econômico.

O valor econômico das quotas é calculado por um profissional especializado em avaliação de ativos, geralmente um economista, que utiliza a metodologia do fluxo de caixa descontado ou outra semelhante. A avaliação das quotas pelo critério econômico no caso de dissolução parcial não é a mais apropriada. O valor encontrado corresponderia ao lucro gerado no futuro em virtude da titularidade das quotas sem que eventuais riscos da atividade econômica fossem agregados.⁹

Caso o critério do valor econômico das quotas seja utilizado no contrato social, é mais vantajoso para o sócio optar pela dissolução parcial, caso em que o outro sócio optaria pela dissolução total, remetendo a situação a um jogo semelhante ao do “jogo da centopeia” (CARVALHO, 2007, p. 228). Um pai oferece uma nota de 10 reais ao filho “X” e concede-lhe a escolha de pegar para si a nota e acabar o jogo, ou passar a nota ao filho “Y”. A cada circulação da nota o pai acrescenta 10 reais. O jogo é finito, terminando quando a quantia chegar a 100 reais. A representação é feita de forma sequencial ou dinâmica:¹⁰



Cada filho tentará antecipar sua jogada de forma sucessiva, a fim de alcançar a melhor estratégia. O raciocínio é chamado de indução reversa, fazendo com que o jogo termine na primeira jogada. O filho “X” apropria-se da nota de 10 reais na primeira oportunidade.

⁹ O critério do valor econômico é mais bem utilizado no caso de uma negociação voluntária das quotas.

¹⁰ A forma sequencial ou dinâmica simula a sequência de movimentos dos participantes, começando pelo primeiro jogador e imaginando-se as alternativas possíveis até o final do jogo. Logo após, faz-se o percurso inverso das várias linhas de ação, procurando encontrar equilíbrios em cada um dos pontos de interseção, chamados de subjogos.

4.2. Sociedade anônima

A deliberação sobre a dissolução e liquidação da sociedade anônima é competência da assembléia geral de acionistas (BRASIL, 1976). A aprovação da dissolução depende da aprovação de um quórum qualificado, composto por acionistas que representem pelo menos 50% das ações com direito a voto (BRASIL, 1976). Esse quórum qualificado é menor do que o previsto para a decisão sobre a dissolução da sociedade limitada. A razão é que se exige um maior compromisso dos sócios na sociedade limitada, já que os investimentos estão mais relacionados às suas características pessoais e profissionais. Dadas essas peculiaridades, presentes muitas vezes na sociedade anônima de capital fechado, a lei da sociedade anônima permite que o estatuto social da sociedade anônima de capital fechado exija quórum ainda maior para a dissolução.

4.2.1. Fechamento de capital da sociedade anônima

Em vez de optarem por dissolver a companhia, pode ser do interesse dos acionistas majoritários fechar o capital de uma sociedade anônima de capital aberto, resultando em uma companhia de capital fechado cujo modelo societário implica menor exigência burocrática. A companhia ou o controlador que desejar cancelar o registro de companhia aberta deve realizar uma oferta pública de aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado (OPA).

A lei das sociedades anônimas permite a aquisição compulsória das ações restantes, no caso de remanescerem em circulação menos de 5% do total das ações emitidas pela companhia após a oferta pública de aquisição (OPA), constituindo hipótese de “desapropriação

particular”.¹¹ O objetivo é não incentivar o comportamento oportunista do detentor de poucas ações da companhia de cobrar preços excessivos pela venda das ações, dificultando o fechamento do capital. O resgate das ações remanescentes é procedido pelo valor da oferta pública, depositando-se o dinheiro em instituição bancária à disposição do anterior titular da ação (BRASIL, 1976).

5. Fechamento por crise econômico-financeira

5.1. Falência

No caso de crise econômico-financeira que implique impossibilidade da continuação da empresa, a legislação prevê a execução coletiva pelos credores no processo de falência, o qual culmina com a extinção da sociedade empresária.

Uma boa lei de falências confere equilíbrio à proteção ao devedor empresário e seus titulares e sócios e à proteção aos direitos dos credores, impactando a taxa de juros praticada no mercado e o tamanho e a composição do mercado de crédito. A atuação pró-devedor pode desequilibrar a relação entre devedores e credores, prejudicando a concessão de elevados volumes de crédito e a fixação de baixas taxas de juros (PINHEIRO, 2006, p. 201 et seq.).

É importante destacar que a inovação é um ponto central da dinâmica capitalista e afeta o desenvolvimento econômico. É necessário que algumas empresas que utilizam tecnologia ultrapassada desapareçam para que outras mais modernas tomem o seu espaço no mercado. A inovação tecnológica é criadora de distúrbios e

¹¹ O Código de Valores Mobiliários de Portugal também prevê esse direito a quem adquiere mais de 90% do capital de uma sociedade aberta (RODRIGUES, 2007, p. 75).

desequilíbrios. Esse processo pressupõe um desenvolvimento institucional específico para dar conta com efetividade e presteza da tarefa de realinhar esses desequilíbrios. Assim, o Direito prevê um processo de falência que tem por objetivo regular o pagamento aos credores e retirar a empresa falida do mercado. A crise econômica da empresa muitas vezes é decorrente de uma atuação das forças de mercado e as mudanças da demanda são uma sinalização do mercado.

A clareza das regras do jogo na lei de falências, bem como a firmeza no seu cumprimento, colabora para diminuir distorções na alocação de recursos na sociedade. Na presença de incertezas quanto à regra aplicável às relações comerciais, deve-se esperar um subinvestimento nas atividades econômicas.

A inadimplência do devedor é decorrente da impossibilidade de pagamento, em virtude de insucesso do negócio (risco empresarial) ou da recessão econômica (risco econômico), ou da indisposição para pagar, resultado de um comportamento oportunista devido à ausência de incentivos para que o devedor pague. As garantias pessoais e reais são importantes mecanismos utilizados pelos credores para reduzir o risco de comportamento oportunista do devedor, gerando incentivos para que este pague suas dívidas. A instituição financeira ao conceder crédito costuma exigir a garantia pessoal dos sócios aos empréstimos fornecidos à sociedade empresária, afastando contratualmente a limitação da responsabilidade.¹²

A inadimplência caracterizada pela impossibilidade de o devedor pagar a dívida pode ser tão grave que determine a quebra da empresa. Caso se verifique um estado de insolvência, é possível que o credor requeira a falência do empresário. É iniciada uma negociação quanto à liquidação da empresa ou sua continuidade e quanto à repartição dos eventuais bens entre os credores, sejam eles fornecedores, trabalhadores ou governo. Caso não haja acordo, um juiz define as disputas, de acordo com as regras do jogo estabelecidas na lei de falências, que determina os valores que cada um dos jogadores pode receber por sua atuação estratégica.

O processo de falência visa a realizar a venda de todos os ativos do empresário para pagamento conjunto dos credores. A formação de uma execução conjunta dos credores permite que não se privilegie o credor que primeiro executou seu crédito, resguardando os credores que optaram por conceder créditos de maior prazo. Essa é uma questão interessante para a teoria dos jogos. Em muitos casos, é mais vantajoso para credores de dívidas vencidas de curto prazo a execução de seus créditos e com isso

¹² Um conceito importante de teoria dos jogos é o de estratégia dominante, segundo a qual se permite a um dos jogadores auferir uma vantagem qualquer que seja o comportamento do outro jogador. Conhecendo a estratégia dominante de determinado jogador, resta ao outro adotar a melhor estratégia dominada.

evitar a decretação da quebra do empresário, já que com a quebra ele teria que concorrer com os demais credores de longo prazo. A regra do vencimento antecipado de todas as dívidas do falido com a decretação da falência (BRASIL, 2005) permite a concessão de empréstimos ao empresário com prazos maiores para pagamento. Um estudo recente mostra que a nova lei de falências fortaleceu os direitos dos credores, o que levou a uma redução do custo dos créditos e a um aumento do volume dos créditos de longo prazo (ARAÚJO; FERREIRA; FUNCHAL, 2011).

Há uma brecha importante na lei de falências concernente à possibilidade de recuperação das empresas viáveis, mantendo os postos de trabalho. Essa brecha está presente nos procedimentos de recuperação extrajudicial e judicial de empresas.

5.2. Recuperação de empresas

O modelo de recuperação de empresas previsto na Lei nº 11.101, de 9 de setembro de 2005, é um jogo de interação estratégica entre o devedor e seus credores. A interação coletiva e organizada sobre o plano de recuperação exige um consenso entre as partes envolvidas com vistas a evitar a quebra da empresa.

A recuperação permite que todos os credores simultaneamente deem sua parcela de contribuição para o soerguimento do empresário em crise econômico-financeira, não recaindo em apenas um deles o esforço de recuperação. A situação é semelhante ao problema dos agricultores de Palanpur (BOWLES, 2004 apud FIANI, 2011, p. 119 et seq.). Os agricultores de Palanpur, uma vila pobre na Índia, semeavam algumas semanas depois do momento mais adequado para a eficiência das colheitas. Quem semeasse isoladamente no período mais eficiente, teria suas sementes comidas por pássaros.

Caso todos semeassem juntos nesse período, os danos seriam distribuídos entre todos e seria obtido o melhor resultado do ponto de vista do grupo. Os agricultores de Palanpur sofriam a falta de instituições que reduzissem os custos de transação da negociação e cumprimento de uma semeadura simultânea.¹³ A falha de coordenação no jogo de recuperação pode acarretar a falência de um empresário prematuramente, levando a um resultado pior para todos.

5.2.1. Recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial visa a simplificar e a dar celeridade ao procedimento de recuperação de empresas e se fundamenta no conhecimento que os credores têm do mercado no qual o devedor atua. Os credores detêm melhores informações do que o juiz para avaliar se é viável a recuperação da empresa.

Inicialmente, o projeto de lei que resultou na lei de falências previa que o plano de recuperação extrajudicial seria aplicado tão somente aos credores que a ele aderissem. Durante a tramitação da proposta, o quórum de aprovação foi modificado de unanimidade por maioria de 60% dos créditos, mas não foram acrescentadas medidas que diminuíssem eventuais abusos por parte dos devedores.

A decisão sobre a recuperação por maioria dos credores e não por unanimidade implica a imposição à minoria discordante de uma modificação unilateral nos contratos, alterando-se as datas de pagamento inicialmente pactuadas. Acreditamos que a possibilidade de recuperação extrajudicial por decisão de 60% dos créditos pode ser utilizada de maneira oportunista pelo devedor.

¹³ A tabela de recompensas do jogo da semeadura em Palanpur é semelhante ao do jogo de caça ao cervo. Ambos são considerados jogos de interesse comum.

Não obstante, caso não se viabilize a deflagração de um procedimento de recuperação extrajudicial, é possível a recuperação da empresa em crise econômico-financeira por meio de um processo de recuperação judicial, mais solene e submetido a um maior controle do Poder Judiciário.

5.2.2. Recuperação judicial

A recuperação judicial é um jogo de barganha sequencial. Compete ao devedor apresentar um plano de recuperação sob a forma de um ultimato.¹⁴ Apresentado pelo devedor o pedido de recuperação judicial e deferido o processamento, é concedido a ele um prazo de sessenta dias para apresentar um plano de recuperação. Formulado o plano de recuperação, se não houver objeção, ele é aprovado; se houver objeção por parte de algum credor, o plano é submetido à deliberação da assembleia de credores. A assembleia decide no prazo máximo de cento e cinquenta dias contados do deferimento da recuperação. Caso o plano não seja aprovado, compete ao juiz decretar a quebra da empresa (fim do jogo), podendo resultar em perda para o devedor e os credores, especialmente para os credores trabalhistas e para os credores sem garantia.

O plano de recuperação judicial implica concessões por parte dos credores, mediante dilação de prazos para pagamento e descontos no valor das prestações. A impugnação do plano inicialmente apresentado pelo devedor por algum credor gera a submissão do plano a três assembleias especiais: a) credores trabalhistas; b) credores com garantia real até o valor do bem gravado; e c) demais credores (credores quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e credores subordinados).

A votação na assembleia de credores trabalhistas é procedida por cabeça e mediante a aprovação da maioria dos presentes. É possível a substituição dos trabalhadores pelo sindicato, sem necessidade de procuração.¹⁵ Nas duas outras assembleias, considera-se aprovado o plano se ele obtiver a concordância de mais da metade do valor total dos créditos presentes e de mais da metade dos credores individuais presentes. É decisiva a participação dos pequenos credores. O juiz pode conceder a recuperação se o plano for aprovado por duas das três assembleias. Para isso, não pode ter havido rejeição na terceira

¹⁴ No jogo do ultimato, a banca oferece um prêmio ao jogador-líder que deve repassar algum valor ao jogador-receptor. Caso o receptor recuse a oferta, a banca não paga nada a nenhum dos dois.

¹⁵ A presença da entidade sindical cria um problema de informação assimétrica, caracterizada pela relação principal-agente. O sindicato pode inserir na pauta de reivindicações outros temas de interesse da categoria.

assembleia por mais de dois terços dos presentes pela regra cumulativa do valor e do número de presentes. A sistemática é tão confusa que se chegou a cogitar que não haveria na prática caso algum de aprovação de plano de recuperação judicial, por mais bem que fosse elaborado (PINHEIRO, 2006, p. 218).

É necessário que o plano ofereça algo a mais do que os credores obteriam com a decretação da falência. O devedor deve calcular qual é a melhor alternativa do credor caso não ocorra a aprovação do plano e oferecer algo um pouco mais vantajoso do que essa escolha.¹⁶ De acordo com o equilíbrio Nash para jogos sequenciais, os credores aceitarão um plano de recuperação do devedor que lhes dê um retorno minimamente maior do que o valor esperado com a decretação da falência.

Em alguns planos de recuperação judicial, os credores concordaram com a remissão das dívidas em montante superior a 80% do total dos débitos, em outros casos com redução de 90%, além de outras situações nas quais foi concedido o dilatado prazo de vinte anos para pagamento, com três anos de carência e sem incidência de juros ou atualização monetária (FIGUEIREDO, 2012). Parece-nos que a lei de falências deveria prever um limite máximo para remissão das dívidas, sob pena de decretação da falência da empresa.

6. Considerações finais

A teoria dos jogos é um importante instrumento de exame do comportamento estratégico dos indivíduos no momento do fechamento de empresas. O estudo dos jogos sequenciais com informação incompleta colabora para a solução dos problemas verificados no encerramento de sociedades, seja por dissolução parcial ou por falência.

A inconsistência dos dados constantes do registro de empresas no Brasil poderia ser diminuída pela redução na cobrança do preço pelo registro da extinção e pela redução do prazo de dez anos para que o empresário seja considerado inativo.

A constituição de uma sociedade limitada é um jogo de cooperação entre os sócios, semelhante ao jogo de caça ao cervo, sendo necessário que a legislação e o contrato prevejam mecanismos que desestimulem a sua dissolução. Caso as partes não consigam celebrar um distrato social,

¹⁶ No chamado jogo de barganha, um jogador propõe um determinado acordo a outro, na forma de um ultimato, cabendo a este aceitar ou recusar. A taxa de impaciência dos jogadores e os seus preços de reserva, correspondentes à diferença entre a recompensa sem o acordo e a recompensa com ele, influenciam as decisões. O proponente que oferecer qualquer coisa acima da "melhor alternativa se não houver acordo" (BATNA) do destinatário da proposta gera incentivo para aceitar o acordo.

a saída de um dos sócios implica o recebimento de seus haveres pelo critério do valor patrimonial, haja vista que o recebimento pelo valor econômico é mais apropriado para a saída negociada, conforme situação verificada no jogo da centopeia.

O quórum requerido para aprovação da dissolução da sociedade anônima é menor do que o previsto para a decisão sobre a dissolução da sociedade limitada. Na sociedade anônima, os investimentos estão menos relacionados às características pessoais e profissionais dos sócios. A legislação prevê a aquisição compulsória das ações remanescentes, no caso de oferta pública de fechamento do capital da sociedade anônima, como forma de desestimular o comportamento oportunista do acionista detentor de poucas ações da companhia.

A regra de vencimento antecipado de todas as dívidas do falido com a decretação da falência estimula a concessão ao empresário de empréstimos com maior prazo para pagamento, haja vista que essa maior concessão não prejudica o recebimento dos créditos em benefício dos credores que ofertaram crédito com menor prazo para pagamento.

A decisão sobre a recuperação extrajudicial por maioria de 60% dos credores e não por unanimidade implica a imposição à minoria discordante de uma modificação unilateral dos contratos, o que pode ser utilizado de maneira oportunista pelo devedor. A recuperação judicial é um jogo de barganha sequencial sob a forma de um ultimato. O deferimento pelo juiz concede ao devedor o direito de elaborar um plano de recuperação judicial que deve ser submetido a uma assembleia de credores classificada em três classes. O oferecimento de algo melhor do que os credores obteriam se decretada a falência do empresário é suficiente para a aprovação do plano.

Referências

ARAÚJO, Aloisio Pessoa de; FERREIRA, Rafael de Vasconcelos Xavier; FUNCHAL, Bruno. The Brazilian Bankruptcy Law Experiment. *Social Science Research Network*, 26 May 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1853984>>. Acesso em: 15 out. 2012.

BERNI, Duílio de Ávila. *Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 fev. 2005. Seção 1, p. 1.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 59, p. 213-234, abr./jun. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. A ação de dissolução parcial de sociedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, t. 1, p. 141-155, abr./jun. 2011.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. *Acordo de Quotistas*. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

FERNANDES, Eduardo Serafim. A aplicação da teoria dos jogos na negociação de contratos com cláusula compromissória. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 59, n. 410, p. 41-96, dez. 2011.

FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FIGUEIREDO, Ivanildo. O limite da recuperação judicial. *Valor Econômico*, 6 nov. 2012.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da; KÖHLER, Marcos Antônio. A nova lei de falências e o instituto da recuperação extrajudicial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 44, n. 138, p. 84-101, abr./jun. 2005.

HANEKE, Uwe; SADDI, Vitória. Prêmio Nobel de Economia de 1994: contribuições de Nash, Harsanyi e Selten à teoria de jogos. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 58-69, jan./mar. 1995.

JUNTA comercial do Estado de Alagoas (JUCEAL). Maceió, 2012. Disponível em: <<http://www.juceal.al.gov.br/portal/>>. Acesso em: 15 out. 2012.

MARINHO, Raul. *Prática na teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução dos negócios*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

MCCAIN, Roger. *Game theory and public policy*. Northampton: Edward Elgar, 2009.

OSBORNE, Martin J. *An introduction to game theory*. Oxford: Oxford University, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 9, n. 31, p. 63-79, jan./mar. 2006.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do Direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

VITAL, André Luiz Francisco da Silva. A teoria dos jogos no contexto social e a visão de controle. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 8, n. 32, p. 17-33, out./dez. 2010.

VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic Behavior*. New York: J. Wiley, 1964.

ZINI JÚNIOR, Álvaro Antonio. Nobel de Economia foi para teoria dos jogos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, n. 23.944, p. 2-5, 23 out. 1994.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por e-mail (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato Word for Windows. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;

b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;

c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;

d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.*

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. *Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). História dos jovens: a época contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.*

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.*

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. Correio Braziliense, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão “Disponível em:” e data de acesso ao documento precedido da expressão “Acesso em:”.

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.

