

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Julho-Setembro/2011 – Ano 48 – Nº 191



Otoniel Fernandes Neto, “Caboclo”, 2002. Acervo do Senado Federal.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 191  
Julho/setembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

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

---

ISSN 0034-835x

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

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva  
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marilúcia Chamarelli, Jéssica Fernandes Costa  
REVISÃO DE PROVAS: Débora da Silva Oliveira, Yara Ribeiro da Silva  
EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku  
CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues  
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

© 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.  
Pidesse canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um Austausch.

---

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, nº 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, n. 34-, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

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

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---



"Cabloco", de Otoniel Fernandes Neto, técnica óleo sobre tela de 0,30 cm x 0,40 cm de 2002.



# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 48 · nº 191 · julho/setembro · 2011

Alexandre Pimenta Batista Pereira	É necessária a figura das pertenças no Código Civil? 7
Cintia Garabini Lages	O caráter democrático do processo legislativo 17
Paulo Roberto Barbosa Ramos e Diogo Diniz Lima	Mandado de injunção: origem e perspectivas 27
Jorge Fontoura	Do direito do mar e de seus avatares: a plataforma continental brasileira 39
Eduardo Biacchi Gomes	Democracia e o Parlamento do Mercosul: rumos da integração sul-americana 47
Kátia Magalhães Arruda	As transformações no mundo do trabalho e suas repercussões no Brasil atual 61
Gustavo Saad Diniz	Responsabilidade do administrador de entidades fechadas de previdência complementar 71
André Sathler Guimarães e Ricardo de João Braga	Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito 81
Carlos José Saldanha Machado e Rosemary de Sampaio Godinho	Dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados 99
Fernando Paiva Scardua e Márcia Dieguez Leuzinger	Mata Atlântica: as inconsistências dos instrumentos legais de utilização e proteção 123
Renato Gugliano Herani	Acordo bilateral Brasil/EUA e o sigilo bancário: limite constitucional do poder requisitório do Ministério Público 139
Urbano Carvelli e Sandra Scholl	Evolução histórica dos direitos fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos 167
Estefânia Viveiros	Os novos embargos de declaração no Anteprojeto do Código de Processo Civil 191
Láís de Oliveira Penido	Saúde mental no trabalho: um direito humano fundamental no mundo contemporâneo 209
Cristhyan Martins Castro Milazzo e Hudieny Dias de Souza	Alcoolismo e tratamento penal da embriaguez 231

José de Ribamar Barreiros Soares	O papel do deputado federal na República Federativa brasileira 245
Roberto Bueno	A formação do projeto político norte-americano: as vias para a estruturação do republicanismo na América 255
Julio de Melo Ribeiro	Controle de constitucionalidade das leis e decisões interpretativas 265
Francisco Pereira Costa	Direito e gênero: repercussões da violência doméstica nas relações de trabalho e a aplicabilidade do art. 9º, § 2º, II, da Lei nº 11.340/2006 291
Gabriel Luiz de Carvalho	Sociedade de propósito específico como meio de recuperação de empresas 309

*Seção Resenha Legislativa  
da Consultoria Legislativa do Senado Federal*

Tiago Ivo Odon	Sociabilidade autoritária: direito penal e imaginário social no Brasil 325
----------------	--

# É necessária a figura das pertenças no Código Civil?

Alexandre Pimenta Batista Pereira

## Sumário

1. Introdução. 2. Entendendo a equação. 3. Significado do regime alemão. 4. Críticas. 5. *Einzelfälle*. 6. Algumas contradições do regime brasileiro. 7. Necessidade de uma regra hermenêutica?

### 1. Introdução

Uma das novidades do Código Civil de 2002 é a figura das pertenças. À luz do art. 93 CC/02, pertenças são bens que cumprem um destino funcional duradouro, sem representarem partes integrantes. No diploma de 1916, as acessões ocupavam um centro primordial de referência da consideração recíproca das coisas. Agora, além delas, comparece, na temática dos acessórios, o olhar de dicotomia entre as partes integrantes e as pertenças.

O conceito de pertenças apresenta forte influência alemã, mas é visto hoje, na literatura estrangeira, com certa desconfiança. O problema reenvia para uma casuística latente e revela um predicado voltado para a hermenêutica, em atenção às peculiaridades do caso. A definição das coisas seria concretizada mediante atributos do tráfego social.

O regime de acompanhamento das pertenças, estabelecido no código brasileiro, é confuso, mantendo, com a *praxis*, certa distância. Prova disso é a preocupação, na jurisprudência brasileira, de buscar o

Alexandre Pimenta Batista Pereira é Professor Adjunto na Universidade Federal de Viçosa. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador-Visitante na Universidade de Gießen/Alemanha (2006-2008) e no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht em Hamburgo/Alemanha (2010-2011).

predicado de impenhorabilidade do objeto em atenção ao sujeito (bens indispensáveis à sobrevivência) e não propriamente na perspectiva do vínculo de atribuição real.

Refletir sobre o regime das pertenças e promover uma análise crítica da ilustração no sistema jurídico brasileiro designam alguns objetivos do presente estudo.

## 2. Entendendo a equação

Pertenças são “bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro” (art. 93 do CC/02).

Emerge da definição o necessário caráter funcional, estabelecido pela relação de destino da coisa, configurado no uso, serviço ou aformoseamento. Pertenças se distinguem, sobretudo, das partes integrantes, à vista do conceito legislativo: *bens que não constituindo partes integrantes*.

O Código Civil Brasileiro de 2002 não define, porém, os pressupostos indispensáveis, nem mesmo indica onde encontrar pistas, das partes, ditas *integrantes*, dos bens.

Pode-se observar que, no capítulo II (Dos Bens Reciprocamente Considerados) do Título Único (Das Diferentes Classes de Bens) do Livro II (Dos Bens) da Parte Geral do Código Civil, estão presentes disposições a respeito dos frutos e produtos (art. 95 CC) bem como sobre as benfeitorias (arts. 96 e 97 CC). Estariam abrangidos no conceito de *partes integrantes* os frutos, produtos e benfeitorias?

No Código de Minas (Decreto-Lei 227 de 1967, modificado pela Lei 9.314 de 1996), explica-se que: “consideram-se partes integrantes da mina: a) edifícios, construções, máquinas, aparelhos e instrumentos destinados à mineração e ao beneficiamento do produto da lavra, desde que este seja realizado na área de concessão da mina; b) servidões indispensáveis ao exercício da lavra; c) animais e veículos empregados no serviço; d) materiais necessários aos trabalhos da lavra, quando dentro da área

concedida; e) provisões necessárias aos trabalhos da lavra, para um período de 120 (cento e vinte) dias” (BRASIL, 1967).

Por uma geografia abrangente do código, permite-se colher um regime geral de acompanhamento dos objetos. A obrigação de dar coisa certa deve abranger os acessórios (art. 233 CC); até a tradição, pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acréscidos (art. 237 CC); o locador deve entregar a coisa alugada, com suas pertenças, em estado de servir ao uso a que se destina (art. 566 I CC); o possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos (art. 1214 CC); o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acréscidos, salvo disposição em contrário (art. 1392 CC); a hipoteca abrange as acessões, melhoramentos ou construções do terreno (art. 1474 CC); o bem de família, prédio residencial urbano ou rural que se destina a domicílio familiar, abrange as pertenças e acessórios da coisa (art. 1712 CC).

Percebe-se que o código emprega indistintamente as expressões *acessões, melhoramentos, acessórios, acréscidos*, induzindo pretender a sequência obrigatória do objeto à coisa principal. Afinal, *accessorium sequitur principale*.

A semântica *acessório* englobaria tanto a *parte integrante*, voltada para completar ou integrar uma coisa composta, quanto a *pertença*, destinada à função de serviço. A formação integrada, segundo Cunha Gonçalves (1958, p. 88-), não pode ser, porém, confundida com a relação de serviço útil.

Mesmo que não especificado na Parte Especial, o vocábulo *parte integrante*, referido na Parte Geral do Código Civil, cuida de enfatizar o predicado de abrangência do acessório. Trata-se de uma perspectiva que tem em mira a proteção do conjunto, compreendida pelo aforismo – unidade da coisa, unidade do direito – *Einheit der Sache, Einheit des Rechts* (EICHHORN, 1907, p. 54).

O regime brasileiro é, no mínimo, curioso. Apesar de as pertenças expressarem coisas em relação de destino útil, servindo

a outros objetos, elas não estariam abrangidas nos negócios jurídicos que dizem respeito ao objeto principal “salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso” (art. 94 CC). Se elas cumprem um papel de utilidade, por que o legislador brasileiro teria excluído o acompanhamento das pertencas em relação à coisa principal? Como se desenharia o correspondente regime jurídico alemão?

### 3. Significado do regime alemão

Como anunciado, a dicotomia partes integrantes *versus* pertencas é de origem alemã e foi concebida, no século XVIII, por Carl Christoph Hofacker, ao promover uma *divisio in species* das coisas (SCHMOECKEL, 2003, p. 336).

Partes integrantes designam elementos afetados ao caráter essencial da coisa. A sua importância estaria direcionada à construção do *ser*. Segundo a percepção do Código Civil Alemão (§93 BGB), partes integrantes essenciais (*wesentliche Bestandteile*) representam segmentos que, se retirados, ocasionem destruição, alteração da essência – *ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird*<sup>1</sup>.

As partes integrantes essenciais devem ser contrapostas, segundo a sistemática alemã, às partes integrantes não-essenciais (*unwesentliche Bestandteile*): objetos que, sem estarem vinculados à essência da coisa, contribuem a completar o destino comum, funcional, do conjunto – as peças do veículo, a moldura do quadro, a corda do violino. Todos esses objetos, apesar de se prestarem a artigos independentes, promovem, a partir da união, uma otimização da arquitetura funcional. Trata-se de um regime de

produção, *Herstellung*, da finalidade da coisa (SOERGEL, 2000, p. 550-551).

Ao estabelecerem um predicado geral de acompanhamento dos objetos, as partes integrantes cumprem um importante papel no direito. Se retiradas, a coisa principal pode se destruir, ou mesmo sofrer alteração da essência.

Segundo o §97 BGB, pertencas “são coisas móveis que, sem serem partes integrantes, são destinadas a servir o fim econômico da coisa principal, colocando-se em uma correspondente relação espacial. Uma coisa não é pertença, se assim não for considerada no tráfego”<sup>2</sup>.

Em razão de realizarem um serviço duradouro, as pertencas devem estar abrangidas na alienação ou no gravame da coisa principal. Existe um vínculo de subordinação entre a coisa, dita *principal*, e o objeto secundário, a chamada *coisa ajudante* (*Hilfssache*). O contexto de afetação é marcado por uma destinação funcional (SCHUPPERT, 1905, p. 19).

A relação deve ser estabelecida por um vínculo espacial duradouro, já que a separação temporária entre os objetos não ocasiona o desfazimento da relação, tampouco a utilização transitória poderia fundamentar a característica pertencal (§97, 2, BGB).

Segundo o BGB, as noções do tráfego poderiam excluir o conceito de pertencas. Ao lado dos pressupostos conceituais positivos, haveria um elemento conceitual negativo – *ein negatives Begriffsmerkmal* – pelo que o tráfego poderia não recepcionar o conceito de pertença (SCHUPPERT, 1905, p. 51). Uma provável crítica do dispositivo levaria em conta a contrariedade à segurança jurídica, albergando uma referência aos costumes locais (SCHUPPERT, 1905, p. 53).

<sup>1</sup> Para conferir o original – § 93 BGB – *Wesentliche Bestandteile einer Sache: “Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein”*.

<sup>2</sup> § 97 BGB: “Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird”.

O regime jurídico das pertenças é estabelecido no § 311c BGB. As pertenças, na dúvida, devem acompanhar a coisa principal. A disposição é um regramento concernente aos *Verpflichtungsgeschäfte*, negócios de obrigação, entendida como regra de interpretação, principalmente na locação, arrendamento e empréstimo (WEIMAR, 1980, p. 908).

A disciplina visa, fundamentalmente, a proteger a boa-fé. Embora não mencionados no contrato, os acessórios devem acompanhar a coisa principal. O BGB, nesse sentido, utiliza-se de uma expressão de significado abrangente: “*im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache*” – “na dúvida também as pertenças da coisa”.

#### 4. Críticas

Tanto no direito brasileiro, a partir da referência às circunstâncias do caso (art. 94 CC), quanto no direito alemão, pela valorização do entendimento do tráfego (§97 BGB), existem sinais claros de que as pertenças devem estar ligadas às peculiaridades da relação concreta. Elas não são constituídas por um regime dogmático institucionalizado, mas apontam, antes, para um predicado de atuação com base nos usos locais<sup>3</sup>.

Pode ser observada uma premissa variável, no tempo e lugar, de determinação dos objetos que se prestam à destinação em serviço. Por exemplo, o enquadramento jurídico de um aparelho de calefação pode variar segundo as condições climáticas do país (GONÇALVES, 1958, p. 89).

O pressuposto negativo do tráfego, no regime das pertenças, serve apenas, segundo Dochnahl, como meio de prova subsidiário, podendo ser capaz de excluir a relação, mesmo quando vislumbradas as premissas do suporte fático abstrato (DOCHNAHL, 1902, p. 292-293).

Referências ao *costume do lugar* aparecem também no Código Civil Brasileiro como

critério, *verbi gratia*, de fixação da retribuição e de determinação do prazo contratual na prestação de serviço (arts. 596 e 599 CC) e como base de aferição do modo de conclusão da obra na empreitada (art. 615 CC).

A valorização dos costumes como ferramenta jurídica está voltada para a hermenêutica<sup>4</sup>. O resguardo dos usos e circunstâncias concretiza verdadeira válvula para interpretação. Não se trata de um regramento dispositivo, que pudesse ganhar força a partir do silêncio das partes, mas de uma ferramenta para complemento das declarações tácitas. Consolida-se a premissa de que o instituto das pertenças possa servir-se, propriamente, a viés de cunho hermenêutico (*Auslegungsregel*) (SCHEVEN, 1921, p. 194).

#### 5. Einzelfälle

Como se não bastassem as noções do tráfego a fincar as bases interpretativas na temática, cumpre observar que as premissas dogmáticas das pertenças são frequentemente apresentadas por casos singulares (*Einzelfälle*) ou inúmeros exemplos (*Beispiele*) (PALANDT, 2011; MÜNCHEN..., 2006).

Comparece, em famosos comentários do BGB, uma listagem longa de objetos, ora apontados como partes integrantes, ora tratados por pertenças. A reminiscência é feita sem uma explicação condizente da fundamentação abstrata do suporte fático que permita estabelecer uma lógica própria no enquadramento (PALANDT, 2011, p. 72; MÜNCHENER..., 2006, p. 1184-1187).

SCHULTE-THOMA (2004, p.62) aponta a razão do problema para a “pouca nitidez da definição jurídica das pertenças”, o que tem originado uma “enorme casuística no decorrer do século”. A jurisprudência, segundo ele, tem sofrido de um “medo de decisão” (*Entscheidungsangst*) quando enfrenta a delimitação das partes integrantes e pertenças (SCHULTE-THOMA, 2004, p. 62). Alguns objetos são de reconhecida con-

<sup>3</sup> Cf. Schlossmann (1900, p. 299-300).

<sup>4</sup> Cf. Schlossmann (1900, p. 301-302).

trovêrsia, transitando entre o regime das partes integrantes e o das pertenças: alarme, antenas, lâmpadas, cozinha pré-fabricada, produtos para calefação, marquises, objetos sanitários, sauna, piscina, tapetes (SCHULTE-THOMA, 2004, p. 63-65).

No famoso comentário ao BGB, *Palandt*, existem fartas referências aos *Einzelfälle* (casos singulares) das pertenças, por meio de menções detalhadas da jurisprudência. Na verdade, a listagem é apresentada sem um matiz de argumentação dogmática, mas tão somente em atenção a certo apelo de arbitrariedade, conferindo-se em cada verbete a justificativa *ja oder nein* (sim ou não) para o enquadramento dos objetos: aparelho de alarme da casa, *ja*, é sim *pertença*; a mobília da farmácia, *ja*; o telefone do automóvel, *nein*; *Baugerät*, aparelho da construção, sim; o assoalho do chão, *nein*, já que seria *parte integrante*; *Bierausschankanlage*, utensílios da cervejaria – são sim *pertenças*; *Kühlanlage*, aparelhos de refrigeração dos restaurantes – são sim *pertenças*; *Möbel*, móveis, *nein*; estátua do jardim – não<sup>5</sup>.

No *Münchener Kommentar*, outro célebre comentário do BGB, também se pode observar uma listagem jurisprudencial de *Beispiele* (exemplos). A enumeração, por designação alfabética, é utilizada tanto no elenco de partes integrantes, quanto nas pertenças. Alguns objetos seriam, por assim dizer, de reconhecida controvérsia: alarmes; móveis de hotel; instalações e aparelhos elétricos da propriedade agrária; utensílios para a produção da cerveja; aparelhos de cozinha; cerâmicas; o sino da igreja; tanques, piscinas, ar condicionado, aparelhos de calefação<sup>6</sup>.

A situação é mesmo emblemática, pois está a colocar em cheque a certeza dos pressupostos legais, promovendo verdadeira desestabilização dos requisitos normativos. O enquadramento dos objetos é, até mesmo para o especialista do direito, “extremamente duvidoso” (FRANKFURT..., 1982, p. 654). A determinação do conceito

de pertenças, a partir de casos singulares, “evidencia na verdade uma *quaestio facti*” (SCHUPPERT, 1905, p. 36).

A observação reenvia para o alerta de Hommel, já no século XVIII, de que a aferição das coisas como pertenças seria o resultado de um *arbitrio tirânico do juiz*. Hommel criou um catálogo, por meio do qual se pudesse reunir os diferentes objetos feudais. As coisas da época são assim apresentadas, uma a uma, conforme um registro classificatório, ora como pertenças, ora como coisas independentes. Cebolas, escovas, janela, prendedor de cabelo, penico são alguns dos objetos catalogados por Hommel (1967, p. 9-). A surpreendente e inigualável iniciativa sugere o ambiente de profunda divagação e insegurança em que nasceu a teoria das pertenças<sup>7</sup>.

A noção de sistema só é possível por um método harmônico, uniforme. Onde haja casuísmo, contradição, a ciência não pode se manifestar. Canaris (1993, p. 385), por isso mesmo, reconhece que uma teoria pode ser qualificada *inconsistente* mediante a existência de numerosas exceções e particularismos. Talvez esteja aí a chave para o destino da figura das pertenças. Antes, porém, de sugerir uma conclusão ao problema, devem ser detectadas algumas contradições no direito brasileiro.

## 6. Algumas contradições do regime brasileiro

Ao que parece, a regra do art. 94 do Código Civil Brasileiro inspirou-se no art. 210 do Código Civil Português, que prevê, salvo declaração em contrário, a não abrangência das coisas acessórias nos negócios jurídicos. A doutrina portuguesa tem criticado, incisivamente, a disposição, rotulando de *aparatoso erro histórico*, em referência à contradição com o direito romano e com o direito medieval, que apontavam para uma perspectiva geral de acompanhamento dos acessórios (CORDEIRO, 2000, p. 170).

5 Cf. *Palandt* (2011, p. 73-74).

6 Cf. *Münchener* (2006, p. 1184-1188).

<sup>7</sup> Para um aprofundamento, veja *Pereira* (2010).

Não se entenderia, ademais, o sentido útil da categoria jurídica, sem lhe reconhecer a prerrogativa, relativizada, de acompanhamento do objeto principal. Se fosse para estabelecer um destino autônomo, deixasse a coisa simplesmente como *independente*. Para que se construir um enlace conceitual, se os atributos da figura seriam estéreis?

Existe, ainda, uma colisão entre o art. 94 CC (“os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas”) e o art. 233 CC (“a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados”). A dicotomia é confirmada no art. 566, I, CC pelo que o locador é obrigado a entregar “a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina”.

Talvez uma possível solução fosse imaginar que as pertencas representariam um conceito apartado dos acessórios. A proposta confrontaria, porém, com a inserção da figura no capítulo dos *bens reciprocamente considerados* – acessórios em sentido amplo – e viria para simplesmente confirmar que, na verdade, as pertencas, embora cumpridoras de uma relação de serviço, seriam mesmo coisas independentes.

Ainda, no sistema brasileiro, vale lembrar uma importante aplicação da figura no tocante à regra de abrangência da impenhorabilidade do prédio residencial, entendido sob o manto do bem de família. O parágrafo único do art. 1º da Lei 8.009 de 1990 disciplina que a impenhorabilidade compreende os equipamentos “ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”. O art. 2º cuida, contudo, de excluir da impenhorabilidade *obras de arte, adornos suntuosos*.

A jurisprudência vem se inclinando por definir a condição de acessórios essenciais da casa, a partir de um critério subjetivo, ditado pela subsistência indispensável do dia a dia. Ou seja, almeja-se a referência de objetos “usualmente mantidos em um lar comum”<sup>8</sup>. Integram o rol de coisas

<sup>8</sup> STJ, 6ª T., REsp 439.395/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 24/09/2002.

excluídas da penhora a geladeira, o fogão, o computador, a máquina de lavar louça<sup>9</sup>, aparelhos de televisão e de som, microondas e videocassete<sup>10</sup>.

A utilidade cotidiana da coisa, à vista de um padrão normal de vida, seria o atributo nuclear, capaz de promover a abrangência da impenhorabilidade. Mesmo no Código de Processo Civil, art. 649, II, CPC, a linguagem persiste pouco palatável, ao considerar bens absolutamente impenhoráveis os móveis, pertencas e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, “salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”.

O critério para excluir da impenhorabilidade continua a ser a ostentação do sujeito. Artigos de luxo, adornos suntuosos não se enquadram nos preceitos da subsistência cotidiana. O piano, por exemplo, quando não refletir um meio de aprendizagem, atividade profissional ou bem de valor sentimental, pode ser penhorado<sup>11</sup>.

Observa-se que a jurisprudência não se inclina, propriamente, a enfocar a relação real entre os objetos. A pergunta central gira em torno do sujeito: “os móveis em questão se destinam simplesmente a embelezar o ambiente ou se constituem em peça essencial à vida familiar? São indispensáveis à normal utilização da residência”<sup>12</sup>?

Veja-se que o raciocínio passa ao largo da disposição geral do art. 1712 CC, que abrange, no bem de família, as pertencas e acessórios do prédio residencial. Ao passo que o código civil parece concentrar-se em uma criteriologia real, a jurisprudência

<sup>9</sup> STJ, 2ª T., REsp. 691.729/SC, rel. Min. Franciulli Netto, j. 14/12/2004.

<sup>10</sup> O Min. Waldemar Zveiter explica que o computador e a impressora “hoje em dia são largamente adquiridos como veículos de informação, trabalho, pesquisa e lazer”: cf. STJ, 3ª T., REsp 198.370/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14/12/2001.

<sup>11</sup> STJ, 3ª T., REsp 198.370/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14/12/2001.

<sup>12</sup> STJ, 2ª T., REsp 300.411/MG, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 03/12/2002.

finca o pressuposto da impenhorabilidade com base em um atributo subjetivo, arraigado na subsistência cotidiana. A coisa seria penhorável, quando destinada a ornamento luxuoso; quando, porém, empregada na sobrevivência cotidiana, o bem adquiriria o condão da impenhorabilidade.

Todavia, vale destacar que a figura das pertenças foi pensada para um atrelar de unidade real, à luz de uma ótica objetiva (ANDREOLI, 1936, p. 262-263). Por isso mesmo, o código civil (art. 93 CC) prevê a relação jurídica das pertenças segundo um destino duradouro, longe de qualquer traço subjetivo. A jurisprudência, porém, ao concentrar-se no médio padrão de vida, na averiguação dos objetos para subsistência cotidiana, parece dar primazia a um critério maleável, mais atento à pessoa do que à coisa. Não há uma confluência entre a previsão conceitual e o padrão de relevo da jurisprudência.

### 7. Necessidade de uma regra hermenêutica?

A designação das *partes integrantes* serve de base a um regime que contribui para uma afetação ótima da finalidade da coisa. O eventual rompimento de uma parte do objeto, dita integrante, ocasiona alteração da essência ou mesmo destruição. Cotejada a separação em relação à coisa principal, verifica-se um dispêndio excessivo, uma transação custosa. Por se tratar de equipamentos ligados ao funcionamento primordial da atividade, a retirada de parte do objeto pode provocar dano à atividade econômica (BRASIL, 2010).

*Pari passu*, no Código Civil Brasileiro de 1916, as acessões naturais e industriais concentram a preocupação com a manutenção do conjunto. Como destacado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, o elevador de um edifício, tratado no diploma de 1916 como acessão artificial, é considerado parte integrante de um imóvel, pois se encontra incorporado à estrutura do prédio, “sendo

insuscetível de divisão ou alienação em separado” (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, o STJ vem entendendo que a separação do elevador, apesar de fisicamente possível, seria incompatível com a natureza do condomínio, “cujas particularidades impõem soluções que preservem a unidade do conjunto e sua função própria” (BRASIL, 2004). Segundo o Min. Jorge Scartezzini, um prédio de apartamentos é formado por partes divisas (unidades autônomas) e partes indivisas (unidades comuns). “Pode-se citar como exemplo de instalação de uso comum o elevador, que se encontra incorporado à estrutura do edifício, constituindo condomínio de todos e sendo insuscetível de divisão, de alienação em separado ou de utilização exclusiva por qualquer condômino” (BRASIL, 2004).

Também a recente súmula 449 STJ, ao considerar que “a vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”, destaca a acepção funcional do conjunto do objeto. Provada a autonomia da coisa, a partir do registro próprio, possibilita-se a constrição judicial.

Enquanto o regime das partes integrantes permanece vivo e atual, o problema das pertenças mostra-se recheado de um didatismo, longe da *praxis*. Para o predicado da impenhorabilidade, a jurisprudência leva em conta artifícios subjetivos, voltados ao cotejo do valor útil do bem para subsistência cotidiana.

Em razão disso, não é possível estabelecer uma decisão prévia sobre a qualificação da coisa como pertença. A ponderação deve ser tomada em atenção aos elementos fáticos, balizada por uma compreensão adequada das peculiaridades do caso. Ainda que assim não fosse, a regra evidencia, no direito brasileiro, tão só o predicado geral de não acompanhamento, o que a coloca distante de uma utilidade imediata.

A figura das pertenças designa, na verdade, um preceito hermenêutico (*Auslegungsregel*) (MAJER, 2008, p. 145) de cla-

mor às circunstâncias concretas do tráfego social. Evidencia-se um dever óbvio de o aplicador observar as particularidades fáticas, em vista da superação do brocardo *in claris non fit interpretatio*. Assim, a busca por um modelo de subsunção das coisas padecerá, hoje, de certa perda de significado (*Bedeutungsverlust*)<sup>13</sup>.

As pertenças seriam o espelho de uma *desagradável casuística*<sup>14</sup>, com um destino voltado mais para o esquecimento do que propriamente cumpridor de um relevante papel social.

### Referências

ANDREOLI, Giuseppe. *Le pertinenze*. Padova: Cedam, 1936. p. 262-263.

BRASIL. Decreto Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Código de Minas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 28 fev. 1967. p. 2417. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del0227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del0227.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 8.009, de 29 de março de 1990. Lei do Bem de família. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 mar. 1990. p. 6285. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 786292/RJ (2005/0165382-6). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, v. 578, 17 maio 2010. Elevador de hotel não pode ser penhorado. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/consultaPorOrgao>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 259994/SP (2000/0049907-2). Relator: Ministro Jorge Scartezzini. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*, Brasília, 22 nov. 2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000499072&dt\\_publicacao=22/11/2004](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000499072&dt_publicacao=22/11/2004)>. Acesso em: 31 ago. 2011.

<sup>13</sup> Rüfner admite uma tendência de perda de significado das regras gerais e definições, quanto ao regime das coisas, na parte geral. Uma exceção, para ele, seria o preceito das partes integrantes, contraposto às pertenças (SCHMOECKEL, 2003, p. 353).

<sup>14</sup> A expressão é de Eck, ao se referir ao problema de determinação da *essencialidade* ou *não essencialidade* das coisas (ECK, 1903, p. 105).

CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, struktur und falsifikation juristischer theorien. *Juristenzeitung*, Tübingen, p. 377-391, 1993.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2000. v. 2.

DOCHNAHL, J. Die Rücksichtnahme auf die Verkehrssitte bei der Definition des Zubehörs im BGB. *Deutsche Juristen-Zeitung*, Berlin, p. 292-293, 1902.

ECK, Ernst. *Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Nach des Verfassers Tode durch Feststellung der Wortlautes fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von R. Leonhard. Berlin: J. Guttentag, 1903. v.1.

EICHHORN, Otto. *Die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches über Bestandteile und Zubehör in ihrer besonderen Beziehung zu Grundstücken*. Köln: [s.n.], 1907.

FRANKFURT Olg. Urteil v. 7.04.1981. *Neue Juristische Wochenschrift*, München, v. 12, p. 654, 1982.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed. Adaptação de Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo, Vicente Rao. São Paulo: Max Limonad, 1958. v. 3. t. 1.

HOMMEL, Carl Ferdinand. *Pertinenz und Erbsonderungsregister*. Leipzig: Johann Friedrich Junius, 1767.

MAJER, Christian Friedrich. Zur bestimmung der zubehöreigenschaft: negriff und funktion der verkehrsauffassung nach §97 I 2 BGB. *Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg*, Stuttgart, v. 5, p. 144-146, 2008.

MÜNCHENER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker. München: Beck, 2006-. v. 1. §§93-97.

PALANDT, Otto (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bearbeitet von Peter Basseng et al. 70. neuarb. Aufl. München: C.H. Beck, 2011. §§93-97.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. *Bens acessórios: acessões, partes integrantes e pertenças*. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHEVEN, Ernst Moritz von. *Bestandteile und Zubehör*. Breslau: r.-u. Staatswiss. Diss., 1921.

SCHLOSSMANN. Ein Fall von latenter Verweisung auf partikuläres Gewohnheitsrecht im BGB. *Jherings jahrbücher für die dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, Jena, v. 41, p. 289-302, 1900.

SCHMOECKEL, Mathias (Hrsg.). *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. v. 1. Allgemeiner teil §§1-240.

SCHULTE-THOMA, Leotin. Zubehörveräußerung bei grundstückskaufverträgen. *Rheinische Notar-Zeitschrift*, Köln, v. 3, p. 61-83, 2004.

SCHUPPERT, Karl. *Begriff und rechtliche bedeutung des zubehör nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und Seinen Nebengesetzen*. Wiesbaden: Schnegelberger, 1905.

SOERGEL, Hans Theodor (Org.). *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Kommentar*. Herausgeber Dr. Hans Theodor Soergel;

Dr. Jürgen F. Baur et al. 13. Auf. Stuttgart: Kohlhammer, 2000. v. 1. §§93-97.

WEIMAR, Wilhelm. *Das zubehör und seine Rechtslage*. *Monatsschrift für deutsches Recht*, Köln: Hamburg, p. 907-909, 1980.



# O caráter democrático do processo legislativo

Cintia Garabini Lages

## Sumário

1. Introdução. 2. Pressupostos teóricos para a formulação do conceito de procedimento jurídico. 3. A reconstrução da teoria do procedimento jurídico na teoria geral do direito. 3.1. A unidade de referência do fenômeno procedimental – o ato total. 4. Processo e procedimento na teoria geral do procedimento plurissubjetivo de Serio Galeotti. 5. O modelo constitucional processual e teoria do processo: a necessária conexão. 6. Considerações finais.

### *1. Introdução*

Ao processo de modo geral e ao processo legislativo especificamente compete, na modernidade, o papel de garantir a legitimidade do direito produzido por meio da atuação das autonomias pública e privada dos cidadãos (OLIVEIRA, 2007, p. 13; HABERMAS, 2002, p. 293). Em função dessa importante tarefa assumida pelo processo legislativo no contexto do estado democrático de direito, o seu estudo não pode prescindir da análise das teorias que buscam compreender o processo, como forma legítima de atuação estatal, a partir de uma perspectiva democrática participativa.

Esse é o caso da teoria do processo legislativo elaborada por Serio Galeotti, cuja obra “Contributo alla teoria del procedimento legislativo” foi publicada na Itália pela primeira vez em 1957, como resultado

Cintia Garabini Lages é Doutora e Mestre em Direito Processual pela PUC MINAS. Professora da Faculdade Mineira de Direito da PUC MINAS e da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna/MG.

do esforço da doutrina italiana em enfrentar temas que se tornaram particularmente relevantes à luz da constituição italiana de 1948, que inaugurou uma nova fase do constitucionalismo daquele país, de caráter democrático, fundado no reconhecimento de direitos fundamentais. É nesse contexto que o processo legislativo tem a sua importância reconhecida, passando a constituir objeto de novas pesquisas, em contraponto ao desinteresse até então dominante (GALEOTTI, 1985, p. 5).

“As atividades que precediam o colocar-se do ato, e, portanto, o procedimento legislativo, eram assim deixadas no limbo de uma juridicidade incompleta e, de qualquer maneira, tênue; e a distinção que se estabelecia entre vícios do ato e vícios da atividade que conduzia ao ato (apenas os primeiros podendo incidir sobre a validade do ato enquanto os segundos ficavam irrelevantes para este fim) significava justamente um forte desinteresse no plano da realidade jurídica e assim se caracterizava o procedimento legislativo” (GALEOTTI, 1985, p. 5-6).<sup>1</sup>

Resgatar a importância do processo legislativo e definir-lhe novos contornos doutrinários foi tarefa que se impôs em face da nova Constituição, sobretudo em função da previsão ali contida de uma jurisdição constitucional especial, centrada na figura do Tribunal Constitucional, competente para declarar, por um sistema de controle concentrado de constitucionalidade das leis, as violações decorrentes da inobservância do processo legislativo.

<sup>1</sup> No original: “Le attività che precedevano il porsi dell’atto, e quindi il procedimento legislativo, venivano così lasciate nel limbo di una giuridicità incompiuta e, comunque, sfumata; e la distinzione che si poneva tra vizi dell’atto e vizi dell’attività che mena all’atto, solo i primi potendo incidere sulla validità dell’atto mentre irrilevanti restavano a questo fine i secondi, era significativa appunto di un sostanziale disinteresse, sul piano della realtà giuridica, per ciò che costituiva procedimento legislativo” (GALEOTTI, 1985, p. 5-6).

Tal inovação produziu um efeito inédito: afirmou a natureza pública do processo de produção da lei, cuja violação importava na anulação do ato viciado, ou seja, da lei, e elevou-o a um patamar de observância obrigatória.

O que antes se apresentava como utopia – controlar o processo de elaboração da lei – tornou-se, segundo Galeotti, uma possibilidade real, cuja força residia na crença no Estado de Direito e em seus desdobramentos (GALEOTTI, 1985, p. 1). Buscando suprir, à época, a ausência de uma teoria acerca dos atos constitucionais na Itália, a teoria processual concebida por Galeotti ressalta o aspecto dinâmico e participativo da atividade legislativa, atendendo à necessidade de se repensar o processo como modo legítimo de produção do direito.

Dessa forma, a teoria do procedimento elaborada por Galeotti acaba por erigir-se em uma teoria democrática do processo legislativo, compatível com as exigências de um Estado de Direito de caráter procedimental (HABERMAS, 1997, p. 330), razão pela qual entendemos que esta possibilita uma melhor compreensão do processo legislativo brasileiro estruturado pela Constituição Federal de 1988 e do modelo constitucional processual por ela adotado.<sup>2</sup>

## *2. Pressupostos teóricos para a formulação do conceito de procedimento jurídico*

Foi no contexto do direito administrativo que a associação entre “iter” – caminho – e procedimento deu lugar à compreensão do processo como evento dinâmico, “consistente na sucessão juridicamente preordenada de atividades concatenadas à determinação de um resultado jurídico final” (GALEOTTI, 1985, p. 14). Tal reformulação conceitual ocorreu a partir da

<sup>2</sup> Sobre a teoria do modelo constitucional do processo, consultar: (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

análise de duas compreensões diametralmente opostas acerca do procedimento: a substancialista e a formalista.

Segundo a corrente substancialista, o procedimento desenvolve-se entre os atos de um único ente e se equipara à categoria de ato jurídico. Os atos que compõem o procedimento são tomados como parte do todo, desprovidos de autonomia, residindo no efeito jurídico final produzido o ponto de união entre o procedimento e os atos, o que possibilita a identificação do procedimento como entidade autônoma (GALEOTTI, 1985, p. 21).

De modo oposto, para a teoria formalista, o procedimento diz respeito ao aspecto dinâmico de um fenômeno que se concretiza em vários momentos no tempo, sendo percebido tanto a partir da série dos atos singulares que encontram sua concretização nele, como no modo próprio de sua sucessão (GALEOTTI, 1985, p. 23).

No entanto, nem a teoria formalista nem a substancialista são capazes de oferecer, isoladamente, uma compreensão normativa adequada do processo legislativo. Segundo Galeotti (1985, p. 23), não é possível desconsiderar a correlação necessária entre o procedimento e o ato final produzido. A instrumentalidade do primeiro em relação ao segundo apresenta-se como característica inerente ao fenômeno procedimental. Por outro lado, o procedimento deve ser percebido não apenas em razão de seu conteúdo e de seu produto final, tampouco pode ser percebido somente como sucessão de atos subsequentes no tempo. Sua compreensão requer a análise em conjunto de todos os seus aspectos inseridos numa dimensão temporal.

Assim, visando superar as limitações das teorias administrativistas, Galeotti (1985) reelabora o conceito de procedimento, definindo-o “como a série concatenada de atos realizados por diversos sujeitos jurídicos, com vistas à produção de um determinado ato final” (CARVALHO NETTO, 1992, p. 229).

### *3. A reconstrução da teoria do procedimento jurídico na teoria geral do direito*

Para superar a lacuna das construções examinadas, Galeotti (1985) propõe a união do fenômeno procedimental ao dado substancial em função do qual esse se produz, ou seja, uma união entre as duas correntes: a formalista e a substancialista, o que, no entanto, não significa uma mera junção dessas teorias.

Inicialmente, o procedimento deve ser definido como categoria conceitual distinta da do ato (GALEOTTI, 1985, p. 38), não somente pela contraposição do procedimento (figura formal) ao ato (figura substancial), como fazem as teorias administrativistas, mas também pela observação do conteúdo do ato, uma vez que o estudo da ordem e da conexão dos atos subsequentes na série procedimental independe do conteúdo do ato final do procedimento (GALEOTTI, 1985, p. 38-39).

O procedimento é um fenômeno dinâmico, é conexão juridicamente preordenada de atos sucessivos coordenados a um mesmo fim. Nesse sentido, a crítica apontada à teoria substancialista reside na sua incapacidade de perceber o procedimento como o fazer-se do ato, como o seu próprio processo de produção.

“A distinção entre procedimento e ato é a mesma que conceitualmente se realiza entre o fazer e o feito, entre o operar e o resultado da operação. O procedimento não é, portanto, ato, mas com mais exatidão, pode-se dizer que é a série complexa dos atos que determinam o caminho procedimental, bem como o ato no seu fazer-se, ou ainda, o fazer-se do ato, a combinação juridicamente preordenada dos atos sucessivos que se coordenam, todos, em relação a um fim único, a produção do ato final” (CARVALHO NETTO, 1992, p. 229).

Se o procedimento é, segundo Galeotti (1985, p. 40-41), o suceder-se de atos na conexão juridicamente preordenada à *fattispecie* total, o elemento específico que está a mais e aparece como característica nova do fenômeno procedimento com relação ao fenômeno do ato, individualmente considerado, “é unicamente sua projeção no tempo”. Vista de forma mais ampla, a categoria do procedimento inclui a do ato, superando, portanto, a tese de ato-procedimento elaborada no âmbito do direito administrativo. Procedimento é o ato em movimento, o realizar-se do ato, ou seja, o ato observado no tempo. Por outro lado, a sucessão de atos no tempo, que caracteriza o procedimento, não pode ser tomada de modo eventual, mas encontra-se juridicamente determinada, como acentua Galeotti (1985, p. 46):

“O fenômeno do procedimento, ao invés, repete-se sempre que o direito estabeleça, não apenas genericamente, que os vários fatos estruturalmente ligados no tempo para a formação de uma *fattispecie* complexa deem sequência, mas, além disso, sucedam-se um ao outro, realizem-se um após o outro, um em direção ao outro, o precedente provocando ou, de qualquer maneira, excitando o acontecimento do seguinte e assim por diante até a meta final em que o procedimento conclui-se, e o motor propulsor desligue-se”.<sup>3</sup>

A realização de um ato da cadeia procedimental produz um efeito jurídico capaz de levar à realização do ato subsequente até a produção do ato final. Todos os su-

jeitos que participam do procedimento são chamados a atuar, a concorrer para o desenvolvimento do processo, encontrando-se obrigados ou estimulados a agir<sup>4</sup>. O estímulo decorre da adoção de mecanismos técnicos – o dever e o ônus – utilizados pelo ordenamento jurídico para unir num procedimento várias atividades. Na hipótese de dever, a não produção do ato subsequente enseja um ilícito, uma vez que a realização do ato processual não é apenas querida, mas necessária (GALEOTTI, 1985, p. 50).

Em outras situações, afirma Galeotti (1985, p. 51), para manter em movimento o procedimento, basta a cominação de um ônus com uma situação de desconforto, resultante da não produção do ato.

“Realmente, com o ônus, no lugar de cominar-se o ilícito no caso da inobservância de um determinado comportamento, como acontece na obrigação, dispõe-se, como consequência jurídica do inadimplemento, o sobrevir de uma situação comumente avaliada como desvantajosa para o sujeito à mesma adstrito”.<sup>5</sup>

Conclui Galeotti (1985) que a teoria substancialista deve ser rejeitada em função de sua concepção estática, de sua incapacidade de perceber o procedimento como o fazer-se do ato. Por outro lado, a teoria formalista não merece acolhida por caracterizar o procedimento como sucessão eventual de atos jurídicos. Segundo o referido autor, uma teoria do procedimento deve ser capaz de diferenciá-lo da genérica formação sucessiva da *fattispecie*. Segundo o autor, a combinação sucessiva dos atos

<sup>3</sup> No original: “Il fenomeno del procedimento invece ricorre tuttavolta che il diritto preveda non solo genericamente che i più fatti, strutturalmente collegati nel tempo per la formazione di una *fattispecie* complessa, si succedano, bensì inoltre che, succedendosi l’un l’altro, procedano uno dall’altro, uno verso l’altro, il precedente provocando o comunque eccitando il compimento del susseguente e così via fino alla meta finale in cui il procedimento si conclude, e il moto propulsivo si spegne” (GALEOTTI, 1985, p. 46).

<sup>4</sup> Para Galeotti (1985, p. 46), não há relevância alguma se a realização do ato seguinte ocorre de modo livre ou vinculado, eventual ou mesmo juridicamente obrigatório.

<sup>5</sup> No original: “Infatti, con l’onere, in luogo di comminarsi l’illiceità per il caso di inosservanza di un dato comportamento, come accade nell’obbligo, si dispone invece, come conseguenza giuridica dell’inadempimento, il sopravvenire di una situazione comumente valutata come svantaggiosa per il soggetto che vi è astretto” (GALEOTTI, 1985, p. 51).

se apresenta juridicamente estabelecida de modo necessário e não apenas juridicamente eventual, lícita, mas devida (GALEOTTI, 1985, p. 55).

A partir do nexu necessário entre os atos que compõem a cadeia procedimental, Galeotti estabelece algumas aplicações classificatórias. A primeira delas diz respeito à composição do procedimento por atos, isto é, comportamentos humanos voluntários, não apenas meros fatos (GALEOTTI, 1985, p. 58).

Tal afirmação não é contraditória com o fato de o procedimento ser analisado numa dimensão temporal. Apesar de frequentemente classificado como fato pela doutrina, Galeotti (1985, p. 59) ressalta que o tempo se apresenta como dimensão na qual se colocam os atos segundo uma ordem previamente estabelecida. Para o autor, não há dúvida de que o tempo é elemento que caracteriza a sequência dos atos procedimentais, mas dela não participa como fato em razão das características de acidentalidade e casualidade que lhe são típicas:

“Na verdade, o decurso do tempo é fenômeno, pela sua própria causalidade física, intrinsecamente necessário, de modo que esse *quid*, natural e necessariamente procedente, pode bem ser utilizado pelo direito na predisposição da sequência procedimental, restando à norma apenas a tarefa de fixar-lhe a fração ou o ponto e de ligá-lo às situações jurídicas dos procedimentos” (GALEOTTI, 1985, p. 60).<sup>6</sup>

Por fim, Galeotti afirma que reside no princípio da pluripersonalidade necessária a nota diferenciadora do procedimento em

<sup>6</sup>No original: “Invero, il decorso del tempo è fenomeno, per la sua stessa causalità fisica, intrinsecamente necessitato cosicchè codesto *quid*, naturalmente e necessariamente procedente, può ben essere utilizzato dal diritto nella predisposizione della sequenza procedimentale, restando solo alla norma di fissarne la frazione o il punto e di collegarlo così alle situazioni giuridiche procedurali” (GALEOTTI, 1985, p. 60)

relação à *fattispecie*. Segundo esse princípio, o procedimento desenvolve-se por meio da atuação sucessiva de vários sujeitos com vistas a um fim previamente estabelecido. O procedimento não se coaduna com a ideia de ato contínuo unipessoal, mas se realiza com a atividade sucessiva proveniente de várias pessoas físicas, tomadas como órgãos integrantes de uma única pessoa jurídica complexa, à qual se deve imputar o ato produto do procedimento: o ato total.

Caracterizado pelo princípio da pluripersonalidade, o procedimento se apresenta como o modo legítimo de atuação de vários sujeitos na formação de um ato final. Ou seja, o procedimento é a forma legítima de produção do direito por viabilizar a atuação de todos os afetados em seu processo de produção. Daí poder-se afirmar que a pluripersonalidade caracteriza o procedimento e é por ele garantida.

### 3.1. A unidade de referência do fenômeno procedimental – o ato total

Como se vê até aqui, o procedimento jurídico caracteriza-se pelo nexu jurídico previamente estabelecido entre os vários atos que o compõem, pelo contexto temporal em que esses se realizam e por resultar da atividade de vários sujeitos. No entanto, outro elemento se faz necessário para individualizar definitivamente o procedimento de qualquer formação sucessiva (*fattispecie*): o ato final. A necessidade de pôr fim ao procedimento decorre da necessidade própria de estabelecer-lhe limite, “caso contrário, a sequência dos atos permaneceria ainda aberta e contínua, indefinida em seu início e no seu termo, indistintamente envolta na rama ininterrupta dos fenômenos jurídicos” (CARVALHO NETTO, 1992, p. 232; GALEOTTI, 1985, p. 65).

O fim do procedimento reside na produção de um ato jurídico final, capaz de unificar em torno de si todos os atos singulares que compõem o primeiro. O ato jurídico final é uma unidade de referência de todos os atos componentes do procedimento, uma

vez que é para aquele que esses se voltam. O procedimento diferencia-se da figura genérica da *fattispecie*<sup>7</sup> exatamente em função do ato que lhe põe fim, o ato final. Logo, *fattispecie* é gênero do qual procedimento é espécie (GALEOTTI, 1985, p. 67).

Mas em que consiste o ato que põe fim ao procedimento? Segundo Galeotti (1985), o ato jurídico final consiste numa declaração ou pronúncia jurídica, ou seja, um ato jurídico capaz de produzir uma modificação externa psíquica e não apenas material. Para o autor, seria desproporcional adotar o procedimento apenas para promover uma modificação material. O princípio da proporcionalidade requer que o resultado final consista numa operação psíquica voltada a produzir efeitos externos, o que o leva a concluir que o ato jurídico final só pode ser do tipo pronúncia ou declaração jurídica (GALEOTTI, 1985, p. 73).

“Somente se o ato jurídico, ao qual se refere a série procedimental, configura-se como uma operação psíquica dirigida para o externo, como é justamente o ato jurídico consistente na declaração ou pronunciamento jurídico, isto é, um ato que pode ser idôneo para produzir uma eficácia jurídica em conformidade ao próprio conteúdo ou teor, pode-se dizer satisfeito o princípio da lógica jurídica que requer em relação à construção do procedimento, como de todas as outras instituições jurídicas, adequação e proporção entre escopo e meio que o ordenamento jurídico emprega para consegui-lo” (GALEOTTI, 1985, p. 71).<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Galeotti (1985, p. 25) utiliza o termo *fattispecie* como “elemento ou complexo de elementos ao qual o ordenamento vincula um efeito que na hipótese venha em consideração”, sendo possível, assim, afirmar existirem tantas *fattispecie* quantos os diversos efeitos jurídicos produzidos pelos atos que põem fim ao procedimento (GALEOTTI, 1985, p. 29).

<sup>8</sup> No original: “Solo se l’atto giuridico, a cui mette capo la serie procedurale, si configura come un’operazione psichica rivolta verso l’esterno, quale è

O fenômeno procedimental encontra sua unidade de referência – o dado que o identifica e ao mesmo tempo o unifica – num ato-total do tipo declaração-pronúncia. Essa constatação leva Galeotti a afirmar que o procedimento se encontra presente no modo de proceder das pessoas jurídicas e, em geral, dos entes coletivos, normalmente no âmbito do direito público, em que o Estado e os entes públicos constituem elementos subjetivos imprescindíveis ao procedimento (GALEOTTI, 1985, p. 73).

Assim, o procedimento encontra sua unidade de referência num ato total emanado da pessoa jurídica complexa. É por meio do procedimento voltado à produção do ato tipo pronúncia que a pessoa jurídica complexa desenvolve suas funções, ou seja, participa da vida jurídica (GALEOTTI, 1985, p. 74).

Por outro lado, a realização de um ato por vários sujeitos que compõem a pessoa jurídica complexa requer a adoção do procedimento. O direito estabelece assim uma *fattispecie* capaz de produzir consequências jurídicas que não podem resultar de outra forma que não da combinação da atividade dos diversos sujeitos. Mas exatamente por ser uma atividade desempenhada por vários sujeitos, deve o direito regulá-la adequadamente por meio do mecanismo procedimental (GALEOTTI, 1985, p. 75).

A adoção do procedimento permite atribuir a realização do ato jurídico do tipo pronúncia-declaração a um agente único, apesar de sua natureza plurissubjetiva. Tal identificação é possível em razão da adoção do procedimento, que vincula o comportamento dos vários agentes componentes da pessoa jurídica complexa à realização de

appunto l’atto giuridico consistente nella dichiarazione o pronuncia giuridica cioè un atto che può essere idoneo a produrre un’efficacia giuridica conforme al proprio contenuto o tenore, può dirsi soddisfatto il principio della logica giuridica che richiede in relazione all’atto costruzione del procedimento come di ogni altro istituto giuridico, adeguamento e proporzione tra scopo e mezzo che l’ordinamento giuridico impiega per conseguirlo” (GALEOTTI, 1985, p. 71).

um mesmo ato final. É o procedimento que permite, segundo Galeotti (1985), a identificação de dois importantes princípios: o da unicidade e o da continuidade da série procedimental.

Segundo o princípio da continuidade, o procedimento permanece em aberto até a realização do ato final ao qual se reportam os efeitos de todo ato singular que o compõe. Até que o ato final seja produzido, o procedimento permanece pendente, podendo esse estado de pendência (continuidade) decorrer da realização seriada e necessária dos atos que compõem o procedimento ou ainda da superveniência de um fato impeditivo de sua conclusão, como a apresentação de um recurso ou, no caso do processo legislativo, da aposição de um veto.

Em segundo lugar, ao lado do princípio da continuidade e estreitamente conexo com ele, Galeotti apresenta o princípio da unicidade ou da economia funcional do procedimento. Segundo esse princípio, o Direito, ao preordenar como meio para a produção do ato-total a série procedimental, busca evitar que a realização de um único ato-total ocorra com dispêndio de atividade e com grave perigo, ou ainda que se dê por mais de um procedimento (GALEOTTI, 1985, p. 115).

Analisando o procedimento ainda a partir de sua unicidade própria, em razão da finalidade que o informa e conforma toda a sucessão dos atos na cadeia procedimental, Galeotti afirma que a unidade de referência da série procedimental, o ato-total, além de delimitar o procedimento, possibilita que este mesmo seja percebido a partir de fases distintas. É possível uma identificação de fases ou períodos temporais do ciclo procedimental que se encontram numa relação de sujeição com relação ao ato-total, entendendo-se por fase o período destinado ao cumprimento das atividades que são funcionalmente coligadas de modo direto e imediato ao ato total, não sendo tarefa da teoria geral a sua identificação, quer quanto ao conteúdo, quer quanto ao número.

Portanto, para Galeotti (1985, p. 71-72), o procedimento (a) dá origem a um ato jurídico do tipo pronúncia ou declaração, (b) apresenta-se como a forma necessária de atuação das pessoas jurídicas e, em geral, dos entes coletivos, (c) encerra-se com a produção de seu ato final, (d) pode ser analisado em fases, apesar de seu caráter unitário.

#### *4. Processo e procedimento na teoria geral do procedimento plurissubjetivo de Serio Galeotti*

Como se afirmou no início, a teoria elaborada por Galeotti apresenta-se como uma teoria democrática do procedimento legislativo, adequada a um constitucionalismo democrático. A partir do reconhecimento da inexistência de um estudo teórico sobre o procedimento no âmbito do direito público, Galeotti desenvolve uma teoria geral do processo que determina ser o procedimento a forma pela qual o Estado (ente plurissubjetivo) atua mediante um sistema interno de repartição de competências, estruturado normativamente.

O conceito de procedimento engloba toda e qualquer atuação estatal desenvolvida por uma sequência necessária de atos preordenados que visam à elaboração de um ato final do tipo pronúncia ou declaração no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário (GALEOTTI, 1985, p. 86). Da mesma forma, a designação do ato final do procedimento como ato total do tipo pronúncia ou declaração possui um sentido geral, o qual abarca o ato legislativo, o administrativo e o provimento jurisdicional (GALEOTTI, 1985, p. 70).

O que torna atual a teoria de Galeotti é o seu caráter participativo. Segundo esse autor, no contexto de um regime político democrático, o procedimento deve possibilitar a coordenação da atividade de vários órgãos ou pessoas voltados para a realização de um mesmo fim, incluindo agentes do Estado e particulares, destinatários dos efeitos do ato total.

“Onde a *fattispecie* do ato total, satisfatória de uma função pública, realiza-se normalmente através da formação sucessiva e, mais especificamente, procedimental, não apenas pela necessidade de coordenar a ação de uma pluralidade de órgãos do aparato autoritário, mas também pela necessidade de combinar a atividade dos órgãos públicos com a dos particulares, com a finalidade de desenvolver uma função pública que melhor corresponda às exigências efetivas da comunidade, ou seja, da justiça” (GALEOTTI, 1985, p. 86).<sup>9</sup>

A exigência de justiça apresentada pelo autor deve ser entendida hoje como exigência de legitimidade. O ato final é legítimo se for produto de um processo democrático, contraditório, participativo e estruturado normativamente. Galeotti (1985, p. 86) afirma que se deve garantir a interação das atividades dos particulares e dos órgãos públicos, possibilitada pelo procedimento, a fim de que a função pública se desenvolva segundo os interesses efetivos da sociedade.

A teoria processual de Serio Galeotti rompe com uma visão formalista de procedimento como instrumento de atuação do Estado. O procedimento não é necessário apenas para coordenar a atividade do Estado, mas aparece como estrutura legitimadora de sua ação (GALEOTTI, 1985, p. 86).

Assim Galeotti (1985) afirma que, se a princípio a noção de procedimento era atrelada à função jurisdicional, o surgimento de novas formas de participação direta dos interessados nas atividades administrativas

<sup>9</sup> No original: “Onde la *fattispecie* dell’atto totale, satisfattivo della pubblica funzione si presenta solitamente a formazione successiva, e più specificamente procedimentale, non solo per la necessita di coordinare l’azione di una puralità di organi dell’apparato autoritario, bensì anche per la necessita di combinare con l’attività degli organi pubblici quella dei privati ai fini di un esplicitamento della pubblica funzione che meglio corrisponda alle esigenze effettive della comunità, cioè della giustizia” (GALEOTTI, 1985, p. 86).

e legislativas (como a iniciativa legislativa e o referendo, citados por Galeotti) ajudou a difundir o procedimento como forma hodierna de atuação estatal tanto no âmbito da função legislativa, quanto no da administrativa. Daí ser possível afirmar que a teoria elaborada por Galeotti resulta numa verdadeira teoria geral e não apenas numa teoria do procedimento legislativo.

Seria, então, a teoria do procedimento de Galeotti uma teoria do processo? Para o autor, como se relacionam processo e procedimento? A diferenciação entre processo e procedimento, segundo Galeotti, reside na participação dos destinatários dos efeitos produzidos pelo ato total, os quais não se confundem com os órgãos componentes do Estado. Processo é espécie do gênero procedimento e caracteriza-se pela garantia de participação dos destinatários finais dos efeitos do ato total em seu processo de elaboração.

“E assim surgirá distinta como espécie do procedimento, a figura do processo, a qual deveria ser caracterizada segundo uma tese sugestivamente mais ampla, simplesmente com base no elemento da necessária cooperação que à elaboração do ato total são de todo modo chamados a atuar o privado ou os privados destinatários dos efeitos do mesmo” (GALEOTTI, 1985, p. 87).<sup>10</sup>

O processo não se caracteriza pela existência de conflito entre as partes que dele participam, ou seja, por uma posição de oposição e contraste assumida pelos participantes do procedimento. O fator conflito não é essencial para a caracterização do procedimento como processo (GALEOTTI, 1985, p. 88). O processo identifica-se pelo

<sup>10</sup> No original: “È qui che verrà distinta, come specie del procedimento, la figura del processo, la quale dovrebbe essere caratterizzata secondo un tesi suggestivamente ampia, semplicemente in base al connotato della necessaria cooperazione che all’elaborazione dell’atto totale siano comunque chiamati a portare il privato o i privati destinatari degli effetti del medesimo” (GALEOTTI, 1985, p. 87).

seu caráter participativo e não na forma de atuação conflituosa dos sujeitos assumida no seu desenvolvimento.

A ausência do elemento democrático impede a caracterização do procedimento como processo, do que se conclui que nem todo procedimento é processo. Assim, processo e procedimento são conceitos coincidentes no contexto de um estado democrático, posto que os destinatários dos efeitos do ato total, seja ele uma sentença ou uma lei, têm garantido o direito de participar do procedimento que o prepara. A teoria do procedimento legislativo de Serio Galeotti, elaborada à luz de um modelo democrático de estado, comprometido com a formação participativa do direito, apresenta-se como uma teoria geral do processo aplicável aos processos legislativo, administrativo e jurisdicional.

### *5. O modelo constitucional processual e teoria do processo: a necessária conexão*

A grande tarefa que se impõe à Teoria Geral do Processo não se resume apenas e tão somente à descrição das diversas teorias processuais apresentadas em momentos distintos no tempo e no espaço, mas a possibilitar, sobretudo, o confronto das teorias processuais com um modelo de processo que se apresente adequado segundo um determinado ordenamento constitucional. À Teoria Geral do Processo compete ainda perquirir acerca do uso das teorias que produz e por ele se responsabilizar, reafirmando seu compromisso com o sistema de direitos fundamentais sobre o qual se funda o constitucionalismo moderno. Nesse sentido, a teoria do procedimento legislativo, objeto de estudo do presente artigo, ganha destaque no cenário teórico em que se situa.

O caráter participativo e plurissubjetivo da teoria formulada por Serio Galeotti, comprometida com uma ordem constitucional fundada no reconhecimento de direitos fundamentais (GALEOTTI, 1985, p. 1), autoriza o seu estudo à luz do modelo

constitucional do processo brasileiro, compreendido esse como conjunto de normas processuais constitucionalmente estruturado (LAGES, 2010, p. 48).

A essência da teoria do modelo constitucional processual reside no reconhecimento da constituição como configuradora de um “modelo único e de uma tipologia plúrima” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 11) e exprime a ideia segundo a qual existe um paradigma constitucional do processo composto por uma pluralidade de princípios constitucionais processuais a partir dos quais vários procedimentos são criados segundo as necessidades específicas da função pública a ser desempenhada.

Ao reconhecer o direito das partes (destinatários dos efeitos produzidos pelo ato final da cadeia procedimental) de participação do processo que elabora o provimento, de modo simétrico, ou seja, em igualdade de condições, Galeotti vincula o conceito de processo ao reconhecimento e garantia do princípio do contraditório, previsto na Constituição brasileira, juntamente com o direito da ampla defesa ou ampla argumentação, o que nos permite afirmar a sua importância para uma compreensão adequada do processo, comprometido com uma atuação legítima do Estado, assim como impõe a Constituição Federal brasileira de 1988.

### *6. Considerações finais*

Após análise minuciosa das teorias formalista e substancialista do procedimento, estruturadas no âmbito do direito administrativo, Galeotti erige uma verdadeira teoria geral do procedimento jurídico, em que o procedimento legislativo se encaixa enquanto espécie. O procedimento é tomado em seu aspecto dinâmico, visto como o ato no seu fazer-se, constituído pela sucessão dos atos dirigidos à produção de um ato jurídico do tipo pronúncia-declaração, encontrando seu campo natural no âmbito da atividade das pessoas jurídicas e, em

geral, dos entes coletivos (GALEOTTI, 1985, p. 73).

O procedimento ocorre toda vez que o ordenamento jurídico estabelece a sucessão de vários atos estruturalmente coligados no tempo para a formação de uma *fattispecie* complexa, um precedendo o outro até a realização do ato final do tipo pronúncia-declaração (GALEOTTI, 1985, p. 46), caracterizando-se pela existência de uma pluralidade de atos jurídicos coordenados de forma necessária e unificados em torno do ato final do tipo pronúncia-declaração que o encerra.

O traço distintivo da teoria elaborada por Galeotti reside na estruturação de uma teoria democrática do procedimento legislativo que atende à função de integração social imposta ao direito pela modernidade e possibilita a fundamentação do processo de positivação do direito não no voluntarismo de uma sociedade fechada de representantes, mas na atuação de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* (HABÈRLE, 1997).

Finalizando, a teoria do procedimento legislativo de Serio Galeotti apresenta-se compatível com o modelo processual adotado pela Constituição Federal de 1988, caracterizado pelo princípio do devido processo, do contraditório, compreendido como garantia de participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento final, da ampla defesa, compreendida como ampla argumentação, e do acesso à jurisdição, que se legitima por meio do processo, o que ressalta a importância da teoria do procedimento legislativo de Serio Galeotti para o Direito Processual brasileiro.

## Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994.

GALEOTTI, Serio. *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*. Milano: Giuffrè, 1985.

HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

LAGES, Cintia Garabini. *Devido processo legislativo: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma procedimental de estado*. Belo Horizonte: PUC/MG, 2010. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

# Mandado de injunção

## Origem e perspectivas

Paulo Roberto Barbosa Ramos e  
Diogo Diniz Lima

### Sumário

1. Introdução. 2. Origem do instituto, adoção no ordenamento jurídico brasileiro e perspectiva doutrinária. 3. Perspectiva jurisprudencial: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão.

### 1. Introdução

O mandado de injunção é garantia constitucional que tem como objetivo tornar possível a fruição de direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Segundo alguns doutrinadores, o Poder Constituinte de 1987/1988 teria transladado um instituto do Direito Privado anglo-saxão, chamado *writ of injunction*, para o Direito Público brasileiro, modificando-o de tal maneira que do sistema alienígena só restou a denominação.

A jurisprudência brasileira, contudo, foi vacilante no trato da novel ação constitucional. Com foco na atuação do Supremo Tribunal Federal, equiparou-se o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto aos efeitos da decisão. O Poder Judiciário, em nome do princípio da Separação dos Poderes, abstém-se frequentemente de suprir, mediante jurisdição de equidade, a omissão normativa ocasionada pelo Poder Público.

Paulo Roberto Barbosa Ramos é Promotor de Justiça no Estado do Maranhão. Professor Associado do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Tutor do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional. Pesquisador do Centro Universitário do Maranhão.

Diogo Diniz Lima é Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional. Monitor vinculado ao Programa Institucional de Monitoria da UFMA da cadeira Direito Constitucional II: Organização do Estado e dos Poderes. Bolsista FAPEMA 2010-2011.

O presente trabalho visa analisar o mandado de injunção em perspectiva conceitual, jurisprudencial e comparativa.

## 2. Origem do instituto, adoção no ordenamento jurídico brasileiro e perspectiva doutrinária

O mandado de injunção tem origem no Direito anglo-saxão, no qual foi criado o *writ of injunction*, que é instituto de típica aplicação no âmbito do Direito Privado e visa impedir a lesão a direito individual, ainda que em face da inexistência de norma regulamentadora.

A *injunction* implica ao requerido a obrigação de fazer ou de não fazer decorrente do pedido formulado, tendo-se como parâmetro um juízo de equidade, que compensará a omissão do *Common Law* no trato da matéria. Nesse modelo de Direito Comum, a existência do direito subjetivo implica a existência de ação apta a garantir-lhe a efetividade, fato consubstanciado no brocardo “where there is no remedy, there is no right”. No caso específico da injunção, desenvolveu-se um remédio que transcende a produção jurídica, transferindo-se ao magistrado o poder de inaugurar o sistema de precedentes para decisão do caso concreto.

Assenta Tornaghi (1989) que, após a evolução histórica do instituto processada por meio da construção dogmática e jurisprudencial, surgiu, no reinado de Henrique VI, o *writ of injunction*, que substituiu o juízo desenvolvido por uma corte clerical, chefiada por um chanceler do reino.

Pode-se apontar, ainda na linha do pensamento de Tornaghi (1989), uma motivação de cunho negocial para o surgimento do *writ*: trata-se da impossibilidade de repressão de atos ilícitos no curso de relações privadas, o que diminuía a força impositiva dos contratos. Os tribunais determinavam, então, condenação do infrator tão-somente em perdas e danos, tornando reduzida a exequibilidade da obrigação

pela imposição apenas de reparação de cunho patrimonial.

O *writ of injunction*, analisado processualmente, possuía tanto caráter definitivo, quando julgado o mérito da ação, como acautelatório, o qual visava resguardar preliminarmente o direito levado a juízo.

No que toca o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, há autores, como Adhemar Ferreira Maciel (apud VELLOSO, 1989), que sustentam que o instituto adotado no Brasil teve origem no modelo português, como uma via complementar da ação de inconstitucionalidade por omissão, constante no artigo 288, I, da Constituição da República de Portugal.

Tal tese sustenta-se fundamentalmente no fato de o mandado de injunção instituído no Brasil ser uma ação da seara do Direito Público, cuja destinação dirige-se ao suprimento da omissão legislativa e de concessão de aplicabilidade imediata às disposições constitucionais referentes à matéria especificamente elencada na Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, afirma Sérgio Bermudes: “parece-me, assim, que a injunção do Direito Comum não é a que se encontra na nova ordem constitucional brasileira”, e continua o autor para afirmar, também com base no entendimento exarado por Galeno Lacerda, que ‘os constituintes brasileiros apenas tomaram de empréstimo, como na verdade aconteceu, o nome do instituto. Penso que eles se serviram de um rótulo estrangeiro (...)’ (BERMUDES, 1989, p. 22).

Cabe aqui analisar se, de fato, tais diferenças consubstanciam-se tão amplamente. O Ministro Célio Borja (1989) aborda a seguinte definição, consoante os estudos de Maitland acerca de *writ of injunction*: “an order made by the Court forbidding a person or class of persons from doing a certain acts of a certain class, upon pain of going to prison for a indefinite time as contemners of the Court”.

Por sua vez, o mandado de injunção foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. No rol do artigo 5º, dispôs o constituinte:

“LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

É possível observar que o instituto positivado na Constituição brasileira difere substancialmente daquele de origem anglo-saxônica. Aqui, o instituto possui o claro condão de garantir ao jurisdicionado o exercício de seus direitos, independentemente da morosidade ou da omissão do legislador em regulamentar as normas constitucionais. No modelo inglês, por outro lado, uma ordem, continente de uma obrigação de fazer ou deixar de fazer, é emitida para tutelar direitos, ainda que o sistema de *Common Law* não ofereça, em seu sistema jurisprudencial, a solução para o caso concreto.

Contudo, uma semelhança pode ser extraída entre os dois. Trata-se do elemento motivador do julgamento desta ação. Fala-se em injunção como “remédio típico de *equity*, a qual, por sua vez, é tecnicamente definida como sentença (...) segundo regras da boa consciência (...)” (BORJA, 1989, p. 43). Está-se diante do que a doutrina denominou de jurisdição de equidade.

Diante do vazio normativo, o magistrado do caso julgará o caso concreto a partir de uma compreensão de um juízo de equidade, ou seja, por uma perspectiva valorativa imediata, em substituição à vinculação ao arcabouço legislativo e jurisprudencial específico. Subsiste, porém, a sistematização do ordenamento jurídico, pois o Direito não é construído por normas isoladas, mas por um todo, orientado por valores inerentes a cada realidade social, configurando um marco referencial que é cultural.

Deve-se observar, contudo, que a jurisdição de equidade, de acordo com o conceito acima transposto, não é um recurso ou um parâmetro ilimitado. Como dito, a própria cultura jurídica desenvolvida põe como fronteira entre a missão conferida ao magistrado de solucionar o caso concreto no qual é cabível a injunção e a discricionariedade descomedida. Ademais, o peso que se põe sobre a decisão do magistrado também repercute na divisão de poderes, haja vista ser a norma do caso concreto emanada na injunção um mandamento de caráter provisório válido até a concretização da função político-institucional do Poder Legislativo.

Sobre tal ponto, repousa relevante aspecto da aplicabilidade do mandado de injunção no Brasil. O Ministro Célio Borja (1989) questiona se, no modelo pátrio, tem-se uma atuação amparada em “ditames da boa consciência” ou remanesce a obrigatoria observância à produção normativa já existente. Cuida-se aqui da dita usurpação de competência legislativa. Decidindo, na injunção por meio da criação de uma norma para o caso concreto, estaria o Poder Judiciário vergastando as funções concedidas constitucionalmente ao Poder Judiciário?

A resposta ao presente questionamento deve ser negativa. O mandado de injunção é uma garantia à ausência de norma regulamentadora dos ditames constitucionais especificados no inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna. Cuida-se de uma competência do Poder Judiciário, que confere ao magistrado a possibilidade de se substituir temporariamente ao legislador. É descabido falar que, em razão do mandado de injunção, cria-se uma crise institucional ou que esteja maculado o princípio da separação de poderes.

Pode-se dizer mais: tratando-se o mandado de injunção de garantia constitucional, além de ser a ação de competência do Poder Judiciário, trata-se de dever deste de proteção do jurisdicionado. Aplica-se, pois, o princípio constitucional da inafastabilidade

de, constante do artigo 5º, XXXV, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É necessário que se dê interpretação extensiva à norma constitucional em tela para que a ausência de lei também seja enquadrada no âmbito de eficácia do dispositivo. Assim sendo, tornam-se irrelevantes os argumentos que conduzem a qualquer crise institucional na separação de poderes.

Em tom conclusivo, Derly Barreto e Silva Filho afirmava que:

“Compete aos poderes constituídos, inseparavelmente a efetividade, no mundo fático, das normas constitucionais. A todos eles incumbe este dever. E o cumprem integrados em objetivo (fim), mas independentes em sua consecução (meio). Todavia, a independência dos poderes constituídos não permite que um ou mais deles se abstenham de fazer o que estão constitucionalmente adstritos. Na falta de atuação destes, principalmente do Legislativo e do Executivo, (...) o Judiciário, mediante a ordem de injunção, deverá cumprir o objetivo estabelecido pela norma constitucional e atuar como Poder integrado de objetivação dos fins, e, não, como Poder independente de consecução dos meios (...)” (SILVA FILHO, 1991, p. 135).

Definidos esses marcos iniciais, pode-se agora adentrar a análise das hipóteses de cabimento do mandado de injunção, que estão dispostas no artigo 5º, LXXI, da Lei Maior brasileira. Há duas espécies de pressupostos de cabimento que são cumulativas: a primeira diz respeito à inexistência de norma regulamentadora e a outra exige que o pleito verse sobre a fruição de direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania.

O supracitado artigo constitucional elenca a exigência de “falta de norma regulamentadora” para que se abra a via

do mandado de injunção como meio hábil a tutelar a situação concreta. É necessário assentar que não se deve estreitar o alcance do verbete “norma” para abarcar apenas lei. Sobre tal tema, manifestou-se José Afonso da Silva:

“Muitos direitos constam de normas constitucionais que prevêm uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que possa ser aplicada. Norma regulamentadora é, assim, toda ‘medida para tornar efetiva a norma constitucional’” (SILVA, 2009, p. 449-450).

Tal pressuposto, conforme acima defendido, permite ao Poder Judiciário superar os limites normativos, assegurando ao jurisdicionado a plenitude das disposições constitucionais amparando seu patrimônio jurídico.

Neste ponto figuram duas matérias polêmicas: a norma em processo de elaboração e a norma inconstitucional.

Sobre o primeiro caso, da norma em processo de elaboração, Sérgio Bermudes (1989, p. 23) anota que “a efetividade do direito, da liberdade, da prerrogativa se encontra na dependência de norma regulamentadora (...) se essa norma se encontra em regular processo de elaboração, faltará ao impetrante interesse processual (...)”. A postura doutrinária do citado professor merece ressalvas. Inicialmente porque a tutela de direitos e liberdades constitucionais deve ser imediata. Tais elementos figuram no patrimônio jurídico do indivíduo de modo a compor um núcleo mínimo ao redor do qual o Estado deve erguer fortes proteções. De outro modo, há também uma implicância referente aos efeitos que uma norma que se encontra tão-somente

em processo de elaboração. A carência de vigor da legislação confere a ela a mesma condição que a da norma inexistente.

Mesmo admitindo a cautela de Sérgio Bermudes, por se tratar de novel instituto jurídico à época em que elaborou seu estudo, ainda assim, é preferível a posição de que tal norma em processo de elaboração não afaste o interesse processual. Esse requisito da ação configura-se pelo binômio necessidade/utilidade, ambos presentes se considerada a impositiva tutela imediata que deve ser conferida às hipóteses fáticas em que é cabível o mandado de injunção.

Caso diferente é a superveniência da norma regulamentadora em período anterior ao da decisão do mandado de injunção. Nessa situação específica, não há razão para utilizar-se da garantia constitucional, pois não estaria configurada a necessidade exigida para o interesse processual, além do que, estar-se-ia a violar a separação de poderes.

Em se tratando de arguição de questão prejudicial que verse sobre inconstitucionalidade da norma regulamentadora, entende-se que não deve ser cabível o manejo do mandado de injunção, pois este foi instituído como garantia constitucional para a um campo de proteção restrito, em que cuidou a Constituição Federal de determinar-lhe o alcance. A presente ação carece de aptidão para conter em seu bojo dois pleitos distintos, ainda que interligados: o primeiro, uma arguição de inconstitucionalidade, após o que se preencheria um dos pressupostos de cabimento. É dilatar a função da injunção de forma a caracterizar verdadeiro desprezo com a presunção de constitucionalidade que reveste toda a legislação, até decisão final do Poder Judiciário. Afinal de contas, apesar do debate acerca da natureza da norma inconstitucional, a corrente que pugnava por sua inexistência tornou-se superada, tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira.

A segunda espécie de hipótese de cabimento acima mencionada abarca “direitos e liberdades constitucionais e das prerroga-

tivas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, que constituem o aspecto material da conformidade para o ajuizamento do mandado de injunção. Tem-se por óbvia a exclusão da matéria que não se enquadrar no dispositivo citado. Diz-se mais, em sede de juízo de admissibilidade, deve o magistrado demonstrar rigor em sua análise. A banalização de tal via, com cognição restrita, possibilitaria não a fruição, mas o abuso de direito amparado em decisão jurisdicional, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Novamente a matéria comporta debate, agora acerca da extensão dos referidos “direitos constitucionais”. Velloso (1989) cita, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem os direitos sociais não estariam inclusos nas disposições constitucionais, da mesma forma que interpreta restritivamente a norma para entender que as prerrogativas de que trata o inciso são aquelas ligadas ao caráter nacional do indivíduo, diretamente relacionadas ao *caput* do artigo 5º da Constituição ou aqueles constantes no capítulo III do título II.

O Ministro Carlos Velloso, no entanto, afirma discordar da restrição interpretativa perfilhada pelo doutrinador; segundo ele, o mandado de injunção protege os direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas constitucionais, que poderão referir-se à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Elenca ainda rol de juristas que não esposaram concepção restritiva em nenhum dos dois casos, nele figurando Celso Agrícola Barbí, Ivo Dantas, José Carlos Cal Garcia, entre outros.

José Afonso da Silva (op. cit.) é claro ao afirmar que o requisito principal é a não regulamentação, e, no que toca os direitos, abrange-se qualquer direito, liberdade ou prerrogativas constitucionalmente determinados. Parece esta a solução que melhor figura para a aplicação da norma constitucional. Sob o prisma da ausência de norma regulamentadora, sim, o constitucionalista enxerga um óbice, principalmente em re-

lação às liberdades constitucionais, cujas normas são, de regra, de aplicabilidade imediata.

A legitimidade *ad causam* também se faz tema de necessária análise. É aquele cujo direito, liberdade ou prerrogativa com previsão constitucional foi violado que deverá atuar no polo ativo da relação processual.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu também a possibilidade de impetração de mandado de injunção coletivo por sindicato. Trata-se de analogia para determinar a aplicação, no que couber, do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal. Quanto ao rito de processamento, aplica-se o mesmo previsto para o mandado de segurança. A doutrina não refuta tal possibilidade. A Suprema Corte, entretanto, fixou requisitos para a admissibilidade, entre outros julgados, no MI nº 712/PA: “O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano”.

Não cuidou o constituinte de definir o sujeito passivo do mandado de injunção. Em estudo doutrinário, Luís Roberto Barroso elenca então duas construções que para ele figuram como razoáveis:

“A primeira é a de que ela recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se impunha a omissão, bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que vier a suportar o ônus de eventual concessão de ordem de injunção (...) a segunda posição em relação a este tema é no sentido de que a legitimação passiva deve cair, *tour court*, sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte (...)” (BARROSO, 1993, p. 5).

A ordem de injunção vai além da mera comunicação da morosidade ou inoperância em que se encontra autoridade competente para emanar o ato regulamentar. Não se está aqui a tratar de ação de inconsti-

tucionalidade por omissão. Pressupõe-se que o constituinte não tenha positivado na ordem jurídica pátria institutos ambíguos ou desprovidos de efetividade. Da mesma forma, não é de se esperar que uma garantia constitucional seja intentada visando notificar qualquer poder da inércia na qual obviamente já se encontra.

A posição mais acertada parece ser aquela esposada pelo acima citado autor, segundo a qual ao órgão moroso deve ser dada ciência do feito, podendo este atuar por meio da prestação de informações ou como litisconsorte, tendo-se sempre presente no polo passivo aquele em desfavor do qual será dada a ordem de injunção.

O argumento acima apresentado adentra outro aspecto de fundamental estudo, que é o efeito da ordem de injunção. No transcorrer do texto, citou-se que a *injunction*, do *Common Law*, tem como resultado uma obrigação de fazer ou de não fazer. Com a apreciação da norma que versa sobre o mandado de injunção na Constituição brasileira, poder-se-ia concluir que tanto a *mens legis* como a *mens legislatoris* encaminham-se no sentido da garantia de plena fruição do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurados, independentemente da atuação regulamentadora remanescente conferida pela própria Lei Maior.

A ciência dada ao órgão responsável pela edição da norma regulamentar é perfeitamente aceitável e recomendável se tomado em conta o equilíbrio das relações institucionais. De outro lado, criam-se, na jurisdição constitucional, duas falhas: a primeira é o esvaziamento da efetividade da injunção e a segunda é a equiparação do mandado de injunção à ação de natureza e finalidade diversa, cujo objetivo é a contenção da ocorrência de inconstitucionalidades de modo amplo, conforme abaixo se diferenciará.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma das vias diretas de controle de constitucionalidade, que visa o controle do aparecimento de lacunas

inconstitucionais na esfera de imperativos emanados da Constituição Federal. A Constituição ofereceu dois mecanismos para o combate da omissão inconstitucional, que são o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ocorre, contudo, que a tutela jurisdicional emanada em cada caso deve ser no mínimo diferenciada.

Além disso, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010) acrescentam que o mandado de injunção somente tutela a omissão inconstitucional de forma diferenciada, pois se trata de modalidade de controle de constitucionalidade por exceção, além do que se deve registrar o restrito campo de aplicação do instituto.

Sobre as diferenças entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, discorreu o Ministro Carlos Mário da Silva:

“A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisso: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo máximo de 30 dias (CF, art. 103, §2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão de ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (...)” (VELLOSO, 1989, p. 14).

É tolerável a dúvida acerca da resposta a ser dada pelo magistrado em face da de-

manda que lhe é apresentada. No entanto, é inaceitável que cautelas demasiadas infrinjam a Constituição por não se oferecer decisão apta a garantir um núcleo essencial ao Estado Democrático de Direito, que é o respeito amplo aos direitos fundamentais.

Após as considerações até aqui desenvolvidas, remanesce o trato da competência do juízo para apreciação do mandado de injunção.

Inicia-se a análise da competência a partir da Constituição Federal, a qual toma como parâmetro de fixação a autoridade competente para a elaboração da norma regulamentadora de que trata o inciso LXXI do artigo 5º. Dispõe a Carta Magna em seu artigo 102, I, q:

“Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Não somente ao Supremo Tribunal Federal foi destinado o desígnio de processar e julgar o mandado de injunção, também o Superior Tribunal de Justiça é juízo apto à apreciação de tal ação, consoante dispõe o artigo 105, I, h:

“Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo

Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.

Vê-se que se concentrou no Supremo Tribunal Federal a competência de acordo com seu caráter de Corte máxima da federação, cabendo-lhe substituir eventual órgão na estrutura da União, compreendendo-se órgãos vinculados aos três Poderes da República.

O Superior Tribunal de Justiça manteve-se como guardião da legislação federal, competindo-lhe tutelar a efetividade de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais quando a inoperância for de órgão, ente ou autoridade federal.

A parte final do artigo demonstra que também a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal possuem competência para exercer a atividade jurisdicional na análise da matéria.

A Constituição, entretanto, não elencou entre as competências da Justiça Federal o julgamento do mandado de injunção; tal fato pode ser verificado pela leitura das disposições referentes aos Juízes Federais e aos Tribunais Regionais Federais, únicos componentes da estrutura da referida Justiça.

A Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho, apesar de não haver disposição expressa na Constituição, poderão estar incumbidas de tal competência, pois a Lei Maior determina que caberá à lei, entre outras coisas, reger as competências dos órgãos componentes de tais justiças de acordo com a norma geral fixada na Constituição Federal.

### *3. Perspectiva jurisprudencial: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal*

O presente tópico visa analisar a jurisprudência até aqui consolidada, tendo como marco o Mandado de Injunção nº 708/ DF. A partir desse caso, é possível

perceber como o Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca de diversos pontos polêmicos sobre aspectos materiais e processuais da presente ação.

Inicialmente debatia-se intensamente, em nível doutrinário, a autoaplicabilidade da norma constitucional do artigo 5º, LXXI. A doutrina majoritariamente pronunciou-se pelo absurdo de se entender que um dispositivo que visava garantir a eficácia plena da Constituição Federal tivesse a aplicabilidade restringida. Foi então que a Suprema Corte firmou posição pela aplicabilidade do procedimento em mandado de segurança.

De acordo com Luís Roberto Barroso (op. cit.), a jurisprudência do Supremo Tribunal iniciou as decisões sobre o tema firmando posicionamento com claro intuito de eximir-se de qualquer função normativa. O doutrinador indica trecho de voto do Ministro Celso de Mello no MI nº 191-0/RJ, que bem esclarece o posicionamento da Corte sobre a natureza da decisão a ser tomada na ação: “O STF não substitui ao legislador ou administrador que se hajam absterido de exercer sua competência normatizadora”.

Contudo, ao julgar o Mandado de Injunção nº 107-3/DF, o Supremo Tribunal Federal impropriamente equiparou o instituto à ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme acima tratado, nos seguintes termos:

“O mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (...)”.

Pode-se sustentar em favor do Supremo Tribunal Federal que, enfrentando a matéria apenas um ano após a promulgação da Constituição, a jurisprudência resguardava-se de promover invasão que pudesse, em momento tão instável da vida política nacional, configurar uma hipertrofia do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes. Porém, é fato que o presente entendimento, para o autor supracitado, esvaziou o sentido do mandado de injunção. A única contribuição que se pode afirmar que foi trazida pela presente ação, se considerado tal posicionamento jurisprudencial, é o alargamento do polo ativo da demanda, pois, na ação de inconstitucionalidade por omissão, apenas os constitucionalmente legitimados no taxativo rol do artigo 103 poderão litigar.

Em pronunciamento de 2007, o relator do MI 708/DF elenca detalhadamente as peculiaridades enxergadas no mandado de injunção. Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal:

“conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de

mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador”.

José Carlos Barbosa Moreira (apud BARROSO, 1993) assevera que se trata de uma inocuidade o tratamento conferido pela Suprema Corte ao mandado de injunção e comemora a evolução que se processou a partir do julgamento do MI 283-5. A partir da mudança de entendimento, o Supremo Tribunal Federal passava a determinar prazo para a purgação da mora, que, não observado, poderia possibilitar ao titular da ação o direito de exigir uma sentença líquida e certa de indenização por perdas e danos. Tal entendimento, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, padece de erro imperdoável: a tutela do mandado de injunção deve, em regra, ser específica, enquanto que, se adotando a mera reparação financeira por perdas e danos, transformava-se o mandado de injunção agora em ação ordinária. Sem dúvida, que não é essa a textura conferida pela Constituição à aplicação da injunção no modelo brasileiro, razão pela qual é possível dizer que esta primeira evolução jurisprudencial pouco contribuiu para a efetiva fruição de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionalmente assegurados.

Barroso acrescenta ainda que o então Desembargador José Carlos Barbosa Moreira relatou Mandado de Injunção no 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e bem mais progresso fez em relação à aplicação

do instituto constitucional tendo em vista sua aptidão para a consecução de seu objetivo jurídico. O Magistrado fixou três pontos controvertidos acerca do mandado de injunção: o primeiro, que a legitimidade passiva *ad causam* é da autoridade sobre a qual recairá a obrigação; o segundo, que, à autoridade omissa na elaboração da norma regulamentadora, será dada ciência do feito e, em terceiro, a constatação da lacuna impele o órgão judicial a formular a regra e aplicá-la respeitando o limite subjetivo da ação (efeito *inter partes*).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, então, em um de seus mais notáveis casos de Mandado de Injunção, de número 708-DF, fixou posição sobre diversos pontos polêmicos que permeiam o manejo da ora tratada ação constitucional.

O relator do Mandado de Injunção 708/DF destacou, na oportunidade, a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, da seguinte forma:

“Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003”.

É salutar o avanço que a Corte Constitucional brasileira adotou. Deixando para

trás a postura conservadora em relação ao mandado de injunção, com especial foco ao marco jurisprudencial da lavra do Ministro Moreira Alves, para perfilar uma compreensão mais abrangente, considerando-se, então, a possibilidade de atuação normativa do Tribunal para materializar a proteção que a Constituição quis conceder com a criação do mandado de injunção.

A partir do julgamento do Mandado de Injunção 708/DF, é possível notar o encontro, esperado por dezenove anos, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com a postura apontada doutrinariamente como a mais adequada para essa ação constitucional.

Ainda analisando referido julgado, nota-se a aproximação promovida pela Suprema Corte entre os modelos de injunção brasileiro e do direito comparado (de inspiração mais progressista do que a adotada até então no Brasil), consoante constatou o Relator:

“3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º)”.

Sobre as semelhanças da injunção brasileira e o modelo adotado na Alemanha, Sérgio Bermudes discorda, assentando que:

“Também não procede, no meu juízo, a esforçada tentativa dos eminentes Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci, em seu recente e ótimo livro, *Constituição de 1988 e Processo*, de filiar o instituto da injunção brasileira à *Verfassungsbeschwerde* do direito constitucional alemão, pois esse remédio se destina a veicular reclamação contra órgão público, em decorrência de ato ou omissão dele (...)” (BERMUDDES, 1989, p. 23).

Com tal decisão, encerra-se definitivamente a preocupação pretérita, manifestada em voto do Ministro Celso de Mello, com a invasão pelo Poder Judiciário nos assuntos de competência do Poder Legislativo e Executivo. Trata-se de uma evolução que transcende a mera produção jurisprudencial para chegar à compreensão política do Supremo Tribunal Federal, que parece reconhecer que as relações institucionais entre os Poderes Constituídos da República quedaram-se suficientemente firmes para compreender, sem a possibilidade de provocar instabilidade política, a atuação jurisdicional que transcende a margem de divisão funcional.

#### 4. Conclusão

O mandado de injunção foi concebido pelo Legislador Constituinte como remédio à ausência de aplicabilidade imediata das normas constitucionais, o que poderia comprometer o pleno gozo dos direitos, liberdades e das prerrogativas elencados no artigo 5º, LXXI.

Instituto inspirado, segundo alguns doutrinadores, no *writ of injunction*, do modelo anglo-saxônico, o mandado de injunção adentrou a história constitucional brasileira pela primeira vez no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988. Por se tratar de novel ação, e possuir caráter diferenciado ao modelo-fonte, houve profundo debate jurisprudencial no país e formaram-se controvérsias acerca de questões fundamentais, que se estendiam desde a autoaplicabilidade até os efeitos da decisão.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente, iniciou-se tímida e conservadora ao lidar com a ação ora tratada. Nos precedentes construídos nos primeiros anos da nova Constituição, o Tribunal preocupava-se sobremaneira com a reafirmação da separação funcional dos poderes, o que acabou por diminuir a importância e o campo de proteção que de-

veria ter o mandado de injunção na ordem constitucional brasileira.

A intensa manifestação doutrinária em posição contrária e a necessidade de modificações ante a complexidade dos casos levados à análise da Corte, provocaram uma modificação de postura, impelindo o Supremo Tribunal Federal a admitir que a Constituição lhe conferia competências que protegiam sua atuação da configuração de usurpação de poder, permitindo-lhe, assim, atuar na supressão de omissão normativa provocada pela inoperância das instâncias competentes. Com isso, superou-se a postura que igualava o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão e, também, aumentou os poderes conferidos ao magistrado, que até então eram meramente acautelatórios.

No modelo atual, doutrina e jurisprudência fixaram-se em torno do mandado de injunção de forma alinhada, concebendo-lhe como um importante remédio constitucional contra a morosidade das autoridades constituídas, outorgando ao Poder Judiciário, mediante racional uso da jurisdição de equidade, competência para emanar norma (observando o limite subjetivo *inter partes*) e efetivar a plenitude do direito em sua decisão, buscando-se, assim, um sistema constitucional de garantia de direitos aos indivíduos e construção do aclamado Estado Democrático de Direito.

#### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- \_\_\_\_\_. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993.
- BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 78, v. 642, abr. 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORJA, Célio. O mandado de injunção e o *habeas data*. *Revista Forense*, n. 306, Rio de Janeiro, abr./jun. 1989.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. tomo I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DANTAS, Ivo. *Novo Processo Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, dominação e decisão*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FREIRE, Alexandre Reis. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: *O Direito no século XXI. Estudos em homenagem ao Ministro Edson Vidigal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2010.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção. *Arquivo do Ministério da Justiça*. Brasília, DF, ano 44, n. 177, p. 131-138, jan./jun. 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista Forense*, v. 306, Rio de Janeiro, abr./jun. 1989.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 78, v. 644, jun. 1989.

# Do direito do mar e de seus avatares

## A plataforma continental brasileira

Jorge Fontoura

*“Antes que el tiempo se acuñara en días, el mar, el siempre mar, ya estaba y era. ¿Quién es el mar? ¿Quién es aquel violento y antiguo ser que roe los pilares de la tierra y es uno y muchos, abismos, azares, viento. Quién lo mira lo ve por vez primera. Siempre. ¿Quién es el mar, quién soy?”*

Jorge Luis Borges

As relações jurídicas entre o Brasil e o mar são ancestrais e precedem de forma curiosa o descobrimento e o feito de Pedro Álvares Cabral, a configurar peculiar situação em que o direito adianta-se à geografia e às suas ciências auxiliares. Com efeito, as Grandes Navegações, reguladas pelo incipiente direito internacional (além das Bulas *Inter Coetera*, do Tratado de Alcaçovas, de 1479, pouco citado na historiografia tradicional, e do Tratado de Tordesilhas, de 1493), conformam valioso *case* de direito do mar *avant la lettre*, como prenúncio do destino inexorável do país.

Data do período colonial a primeira norma jurídico-marítima brasileira de demarcação do mar territorial, por meio de Alvará Real de 24 de maio de 1805, que estipulava a largura adjacente à faixa litorânea de três milhas. Isso era consentâneo com a concepção da época, pelo critério do tiro de canhão, baseado na teoria de Cornelius van Bynkershoek, a fazer repousar o querer estatal na efetiva possibilidade de exercício de seu poderio militar: *potestas*

Jorge Fontoura, doutor em direito internacional, é professor titular do Instituto Rio Branco e presidente do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

*finitur ubi finitur armorum vis*. A ideação do poder jurídico embasado no poder de fato, como norma consuetudinária, irá vigorar no direito do mar, mas não apenas nele, com mais ou menos intensidade, até meados da Idade Contemporânea. Depois, com a era das organizações internacionais, no segundo pós-guerra, inúmeros esforços multilaterais, sob os auspícios das Nações Unidas, dirigiram-se a codificar o direito do mar. Como decorrência do desenvolvimento tecnológico e do substancial aumento do comércio internacional, o mar passava a dispor de valor inusitado e a constituir *locus* de potencial conflito entre as Nações. Conferências de codificação do mar foram reiteradamente frustradas, como na Haia e em Genebra, em meados do século XX, sem que se chegasse a entendimento pacífico sobre coisa alguma, tanto mais a largura do mar territorial.

Após a Declaração Truman, de 28 de setembro de 1945, que formaliza, entre outros aspectos, a pretensão norte-americana sobre a plataforma continental, bem como dá forma a sua terminologia (*shelf platform*), a consolidar reconhecimento político e a projetar nova feição ao mar dos juristas, o Brasil faz publicar, em 1958, legislação a propugnar pelo mesmo. A *rationale* da reivindicação se assentava na ideia de que a plataforma continental poderia ser considerada extensão da massa terrestre do país costeiro, como seu natural e inelutável prolongamento geológico. Depois, no começo dos anos de 1960, o mar ganha relevância e repercussão junto à opinião pública nacional, com o curioso episódio da Guerra da Lagosta: a marinha de guerra brasileira apreende cinco navios de pesca franceses, que operavam em águas reivindicadas pelo país. A questão ganhou foros de agravo e as esquadras prepararam-se para o pior, com o exército brasileiro também tomando posições no litoral do nordeste. A questão foi resolvida pelos caminhos diplomáticos, porém teve importante consequência psicossocial, trazendo para a cultura de

massa brasileira e para vastos setores da opinião pública a ideia de pertencimento do mar e ao mar. Embora contando com aproximados oito mil e quinhentos quilômetros de litoral, ademais de formidável espaço insular e arquipelágico, além de privilegiado posicionamento voltado para todos os horizontes do Atlântico Sul e para o Continente Antártico, até a Guerra da Lagosta o mar permanecia como espaço despercebido, alheio à política e aos objetivos nacionais. Como sinal dos novos tempos, em 1970 o Brasil edita, por iniciativa legislativa do Presidente da República, o Decreto Lei 1.098, de 28 de março de 1970, que proclamava unilateralmente a extensão do mar territorial brasileiro de 200 milhas, conforme já havia sido feito por alguns países vizinhos, como o Peru, Chile e Equador. Celebrado com gosto pela população, o fato transformou-se em música de sucesso nacional, antológico samba que levantou grande clamor popular.<sup>1</sup>

Já imbuídos da nova mentalidade, os brasileiros foram parte destacada das negociações da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Mar, que nos anos de 1970 passaram a discutir os termos da codificação que se pretendia realizar, a incorporar os novos conceitos e convicções formuladas após a Segunda Guerra Mundial. Na academia, o destaque foi para Vicente Marota Rangel, com seus estudos maritmistas elaborados a partir de sua cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Na diplomacia, destacavam-se os nomes dos Embaixadores Gurgel Valente, Araújo Castro e Ramiro Saraiva Guerreiro, hábeis negociadores e defensores dos inte-

<sup>1</sup> Tratou-se do samba de João Nogueira (1999), gravado por Clara Nunes "Esse mar é meu", logo conhecido como "Das duzentas para lá", com notória alusão ao mar territorial e à Guerra da Lagosta: "Esse mar é meu /Leva esse barco pra lá desse mar/Vá jogar a sua rede das 200 para lá/ Pescador dos olhos verdes/Vá pescar em outro lugar/ Tem rede amarela e verde/No verde azul desse mar/Obrigado seu doutor pelo acontecimento/Vai ter peixe camarão/Lagosta que só Deus dá/Peixe é bom pro pensamento e a partir desse momento meu povo vai pensar".

resses dos países emergentes. Finalmente, em outubro de 1982, após mais de década de debates e de gestões multilaterais, era aberta à firma a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, conhecida como Carta da Jamaica ou de Montego Bay. Malgrado contemplasse o estado da arte do que então eram convicções comuns da comunidade internacional acerca do tema, a “Constituição dos Mares” teve sérias dificuldades de aprovação no Poder Legislativo do Brasil, onde tramitou para efeitos de autorização de ratificação pelo Presidente da República, como tratado que era. Isso se deu pela aparente diminuição de direitos, com a desconstrução da parcela de reconhecimento internacional do mar territorial de duzentas milhas que já havia, e com a adoção multilateral do reconhecimento das doze milhas. Claro que se criavam áreas adjacentes ao mar territorial, como a zona contígua e como a zona econômica exclusiva, que salvaguardavam interesses patrimoniais até mesmo em alguns casos além das duzentas milhas antecedentes. Sem tomar-se em conta a previsão que o tratado contemplava sobre a possibilidade de Estados aquinhoados pela natureza, como é o caso do Brasil, apropriarem-se economicamente da plataforma continental, o que era de imenso interesse não apenas para nosso país. Tudo isso não evitou grande oposição da opinião pública pela renúncia às duzentas milhas, como se alardeava, justamente em meio à década em que se reunia a Assembleia Nacional Constituinte. Depois de grandes esforços de convencimento por parte de setores mais lúcidos da nação, contra o nacionalismo pueril de certa imprensa e considerável parcela ingênua da academia, o Congresso Nacional autorizou a ratificação da Convenção de Montego Bay, o que ocorreu em 22 de dezembro de 1988, depois de muitas lamúrias e protestos. A adesão brasileira, embora tardia, foi de particular importância e utilidade, pois havia inúmeros países latino-americanos que aguardavam a decisão de Brasília para também incorporar o tratado.

Com isso, o *quorum* foi logo atingido, com o início da vigência da Convenção em 1994, então dotada também de eficácia no plano jurídico. Como se não bastasse, fez ainda o Brasil publicar a Lei 8.617 de 1993, que enquadrava o direito brasileiro ao direito internacional, em técnica de manifesto dualismo doutrinário. Não bastava o direito internacional feito e acabado. Era necessário, mais e mais, que o legislador interno atuasse para pronunciar o que já era norma feita e acabada do direito das gentes, na ancestral aura “soberanófila e estatólatra” do direito público e de nossa própria cultura jurídica.

Como se tem elaborado pacificamente em doutrina, a existência da plataforma continental é dado geofísico. Embora conhecida de há muito no plano geográfico, só recentemente foi descoberta pelo direito internacional, que antes dela não se ocupava, Paulo Borba Casela (2009). Nesse sentido, também aduz Daniel P. O’Connell (1974) que foi a recente prática positivadora dos Estados que tornou lícita a doutrina da plataforma continental, grande novidade jurídica do pós-guerra.

Na esteira dos modernos entendimentos acerca dos direitos dos Estados adjacentes às suas plataformas continentais, o Brasil tem compartilhado do que se houve por bem convencionar no plano multilateral. No decorrer dos anos, conforme assinala P. Weill (1988), o direito à plataforma continental vai se destacar sempre mais e mais de sua raiz física, para adquirir feição de abstração jurídica por excelência, dissociada de fenômeno meramente geográfico. Nesse perfil sentido, o direito brasileiro estipulou, por meio da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993, que dispõe sobre o Mar Territorial, a Zona Econômica Exclusiva e a Plataforma Continental, e dá outras providências, em seu artigo 11, parágrafo único, conforme segue:

“Limite Exterior da Plataforma Continental será fixado de conformidade

com critérios estabelecidos no Art. 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay, em 10 de dezembro de 1982 e que entrou em vigor para o Brasil em 16 de novembro de 1994, de acordo com o Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995" (BRASIL, 1993).

Dizia a Convenção referida pela nova norma brasileira, a consagrar o importante avanço que seria bem dimensionado apenas recentemente, na descoberta do pré-sal, com todas as implicações patrimoniais relevadas pelas perspectivas de exploração e de exploração de petróleo nas profundezas marinhas, no artigo 4 de seu anexo II:

"Quando um Estado costeiro tiver intenção de estabelecer, de conformidade com o artigo 76, o limite exterior da sua plataforma continental além de 200 milhas marítimas, apresentará à Comissão de Limites da Plataforma Continental da ONU, logo que possível, mas em qualquer caso dentro dos 10 anos seguintes à entrada em vigor da presente Convenção para o referido Estado, as características de tal limite, juntamente com informações científicas e técnicas de apoio. O Estado costeiro comunicará ao mesmo tempo os nomes de quaisquer membros da Comissão que lhe tenham prestado assessoria científica e técnica."

O Decreto nº 98.145, de 15 de setembro de 1989, estabeleceu por seu turno o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), programa governamental instituído no intuito de determinar o limite exterior da Plataforma Continental brasileira em sua clivagem jurídica, ou seja, determinar a área marítima, além das 200 milhas, na qual o Brasil exercerá direitos de soberania para a exploração e para o aproveitamento de recursos naturais do leito e do subsolo marinho.

Instituída no bojo da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM) e

sob a coordenação do Itamaraty, o LEPLAC promoveu a aquisição e a análise de dados de toda a margem continental brasileira. Em 17 de maio de 2004, o Brasil submeteu à ONU a proposta de delimitação de sua plataforma, tendo sido o segundo Estado a fazê-lo, após a Rússia. O Brasil requisitou à Comissão a extensão de 960.000 km<sup>2</sup> de sua plataforma continental, distribuídos nas regiões Norte e Sudeste/Sul do território nacional. Em 2007, solicitou-se mais esclarecimento acerca de determinadas áreas delimitadas na submissão brasileira. Essas áreas para as quais careciam mais informações adicionais totalizavam 190.000 km<sup>2</sup>, ou 19% da área pleiteada pelo Brasil, a compreender as regiões da Foz do Amazonas, das Cadeias Norte-Brasileira, da fratura de Vitória-Trindade e da Margem Continental Sul. É importante ressaltar, nesse passo, que a Comissão não fez objeção ao pleito brasileiro sobre a área onde se situa a parte maciça das reservas do pré-sal, o mais importante recurso da nova fronteira energética brasileira.

O Governo brasileiro decidiu, *a posteriori* e em conformidade com o artigo 8 do Anexo II da CNUDM, preparar nova proposta de limites de sua PCE, com vistas à aceitação da totalidade do pleito nacional. Para isso, foi iniciada, em dezembro de 2008, no bojo das atividades voltadas aos fins do LEPLAC, nova fase de prospecção e de coleta de dados na margem continental brasileira, com equipamentos e metodologias mais modernos. Desde maio daquele ano, a fase de coleta de dados foi finalizada e o LEPLAC vem realizando a leitura, o processamento e a interpretação das novas informações. Com isso, pretende-se que o Brasil venha a apresentar, em 2012, nova proposta à Comissão das Nações Unidas, com a possibilidade técnica de prestar informações adicionais.

Não obstante o caráter provisório das gestões que ora se formulam acerca do tema, todas as atividades de pesquisas e investigações científicas realizadas em

áreas potencialmente sob jurisdição brasileira devem ser autorizadas pela Marinha do Brasil, particularmente na plataforma continental expandida, em conformidade com o Decreto nº 96.000, de 2 de agosto de 1988. O Brasil, que tem recebido pedidos de autorização para a realização de pesquisas na área ampliada da plataforma continental, justifica sua posição pela perspectiva de consolidar sua reivindicação com a prática de Governo relativa à política de concessão de autorização. Nesse sentido, a Comissão Interministerial para os Recursos Marinhos (CIRM) adotou, durante sua CLXXV Sessão Plenária, realizada em 26 de agosto de 2010, a Resolução nº 3 (BRASIL, 2010), publicada no Diário Oficial da União (DOU) nº 170, de 3 de setembro de 2010, que estipula:

“[...] independentemente de o limite exterior da Plataforma Continental (PC) além das 200 milhas náuticas não ter sido definitivamente estabelecido, o Brasil tem o direito de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na sua PC além das 200 MN, tendo como base a proposta de limites exterior encaminhada à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), em 2004, e publicada na página eletrônica da ONU.”

Conforme informações técnicas do Itamaraty, a decisão da CIRM não tem por objetivo estabelecer, em caráter definitivo e obrigatório, os limites da PCE, mas, tão somente, consolidar a interpretação do Governo acerca da aplicabilidade das normas relativas à autorização de pesquisas na plataforma continental.<sup>2</sup> Como se sabe, a

<sup>2</sup> RESOLUÇÃO Nº 3, DE 26 DE AGOSTO DE 2010 - A CIRM, RECONHECENDO os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), especialmente o disposto nos artigos 76, 77 e 246; LEVANDO EM CONTA que o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC) é o programa de Governo instituído pelo Decreto nº 98.145, de 15 de setembro de 1989, com o propósito de estabelecer o limite exterior da Plataforma Continental

plataforma Continental de Estado costeiro, conforme estabelece o Artigo 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até a distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

Os 960 mil km<sup>2</sup> correspondentes à área total reivindicada além das duzentas milhas náuticas que se distribuem ao longo da costa brasileira equivalem à soma das áreas dos estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, toda a região sul do país. Nesses termos, a área oceânica sob jurisdição brasileira totalizará 4,4 milhões de km<sup>2</sup>, o que corresponderá, aproximadamente, à metade de seu espaço

Brasileira sob o enfoque jurídico, ou seja, determinar a área marítima, além das 200 milhas náuticas, na qual o Brasil exerce direitos de soberania para a exploração e o aproveitamento dos recursos naturais do leito e subsolo marinhos; TENDO EM VISTA que a Proposta de Limite Exterior da Plataforma Continental Brasileira foi encaminhada à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC) da ONU, em maio de 2004, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, tendo o Brasil recebido as Recomendações da CLPC em abril de 2007. Em julho de 2008, o Brasil decidiu formular outra proposta, que se encontra, atualmente, em elaboração; CONSIDERANDO que o artigo 11, da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993, estabelece que: “A plataforma continental do Brasil compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância”; TENDO EM CONTA que o parágrafo 1º do artigo 13, da mesma Lei, dispõe que: “A investigação científica marinha, na plataforma continental, só poderá ser conduzida por outros Estados com o consentimento prévio do Governo brasileiro, nos termos da legislação em vigor que regula a matéria”; TENDO EM MENTE que este

terrestre, o que vem sendo designado pelo Governo brasileiro como a Amazônia Azul. A apropriada comparação se dá pela vastidão do espaço considerado, bem como pela exuberância e diversidade de seus recursos naturais.

Conforme se tem como assente na opinião pública brasileira, a definição do limite exterior da plataforma continental será legado vital para as próximas gerações, que terão ampliadas as possibilidades de descoberta de novos campos petrolíferos, como aqueles do pré-sal, bem como terão ampliadas as possibilidades de fruição de recursos de biodiversidade marinha, de biogenética, e de exploração de riquezas jacentes em grandes profundidades. Muitas delas que ainda não viáveis de exploração e de exploração econômicas, poderão ser no futuro próximo objeto de grandes vantagens para o desenvolvimento do país, mercê dos notáveis avanços científicos que se tem verificado, bem como da transferência de tecnologia, cada vez mais comum no mundo das *joint ventures* e das empresas bi ou plurinacionais. Vale ressaltar nesse patamar de comércio de conhecimento técnico, a experiência que se tem adquirido na realização do LEPLAC, com o Brasil a

---

dispositivo encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 96.000, de 2 de agosto de 1988, que, em seu artigo 2º, destaca que: “Compete ao Ministério da Marinha (Comando da Marinha) autorizar e acompanhar o desenvolvimento de atividades de pesquisas e investigações científicas realizadas na plataforma continental e em águas sob jurisdição brasileira”; TENDO EM VISTA que o artigo 21, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispõe especificamente sobre a competência da ANP para administrar os direitos de exploração de petróleo e gás natural, conforme a seguir: “Todos os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, pertencem à União, cabendo sua administração à ANP”; e que o inciso XV do artigo 6º da mesma Lei define: “Pesquisa ou Exploração: conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural”; CONSIDERANDO o estabelecido no artigo 77, da CNUDM, principalmente, o constante no parágrafo 3º, a saber: “Os direitos

desenvolver *expertise* no que contempla à feitura de projetos de estabelecimento de limites no mar, bem como nas árduas estivas de suas execuções. Com isso, o país se vê capacitado para atuar na área internacional de cooperação técnica, podendo assessorar outras pesquisas congêneres.

Cumprir destacar, por derradeiro, no plano das negociações internacionais referentes à plataforma continental, que foi realizada em Lisboa, em 21 de março de 2010, a I Reunião Formal dos Ministros do Mar da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, CPLP. Na ocasião, foram aprovados os seguintes documentos: i) Estratégia da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa para os Oceanos; ii) Regimento Interno da Reunião de Ministros dos Assuntos do Mar da CPLP; iii) Contribuições para projeto de criação de Atlas dos Oceanos da CPLP; iv) Contributos para programas de pesquisa referentes aos fundos marinhos (Área); v) Contribuições relativas à implementação de iniciativas no âmbito da “Segurança e vigilância marítima”; vi) Contribuições para projeto pedagógico destinado à mobilização de professores, alunos e sociedade civil para a importância dos

---

do Estado sobre a Plataforma Continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa”; e ACOLHENDO a proposta da Subcomissão para o LEPLAC, na sua 57ª Sessão Ordinária, realizada em 20 de agosto de 2010, que deliberou sobre o direito do Estado brasileiro de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na Plataforma Continental brasileira além das 200 milhas náuticas; resolve: a) Aprovar a recomendação da Subcomissão para o LEPLAC, de que, independentemente de o limite exterior da Plataforma Continental (PC) além das 200 milhas náuticas não ter sido definitivamente estabelecido, o Brasil tem o direito de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na sua PC além das 200 MN, tendo como base a proposta de limite exterior encaminhada à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), em 2004, e publicada na página eletrônica da ONU; e b) Dar conhecimento à Marinha do Brasil, por intermédio do Estado-Maior da Armada, e à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) desta Resolução. Almirante-de-Esquadra JULIO SOARES DE MOURA NETO - Coordenador da Comissão.

Assuntos do Mar como tema de afirmação da cultura e da identidade marítima da CPLP; vii) Contribuições para projeto de criação de Feira do Mar da CPLP; e viii) Declaração Final.

O Brasil coordena a elaboração do Atlas dos Oceanos da CPLP, produto da interação entre os centros nacionais que produzem informações de caráter científico e pedagógico sobre oceanos que banham os países da organização. Ademais, tendo o país já realizado levantamento de recursos minerais da parte ocidental do Atlântico Sul, está apto a cooperar com os demais países da CPLP e poderá auxiliar na capacitação para o levantamento de outros sítios marítimos. O primeiro esboço do Atlas deverá ser apresentado em 2012, prevendo-se para 2014 a aprovação de sua versão final.

Também merece destaque a realização, em 22 de outubro de 2010, do seminário Os Mares da Lusofonia, promovido pela Comissão de Comemoração do Centenário de Don Carlos, em Cascais, Portugal, emblemático lugar em que o rio Tejo ganha o mar, o caminho de Cabral e de seus coevos, onde academia e ciência se reuniram para refletir as importantes consequências do reconhecimento jurídico da plataforma continental.

A Estratégia da CPLP para oceanos é compatível com os objetivos perseguidos pela organização como um todo: basicamente concertação política, cooperação e promoção da língua e da cultura no espaço lusófono. O documento representa, ainda, contribuição à implementação da Resolução sobre o Desenvolvimento de uma Política de Oceanos da CPLP, aprovada na XII Reunião do Conselho de Ministros (Lisboa, 02/11/2007) e reiterada na Declaração de Lisboa, emanada da VII Conferência de Chefes de Estado e de Governo da CPLP (Lisboa, 25/07/2008). A iniciativa visa a “concentrar esforços entre os Estados-Membros da CPLP no sentido da elaboração de uma visão integrada, com vista a promover o desenvolvimento

sustentável dos espaços oceânicos sob as suas respectivas jurisdições nacionais, por meio da cooperação internacional”. Consta da Declaração Final do referido fórum que os países concordaram quanto à criação de Centro de Estudos Marítimos, bem como no que concerne à nomeação de Embaixador da Boa Vontade da CPLP para os oceanos. No que diz respeito à matéria do mar, as reuniões da CPLP serão bienais e a próxima deverá ocorrer no primeiro trimestre de 2012, em Angola.

Consciente de seus direitos e também deveres em relação aos espaços marinhos, o Brasil deverá estar apto a enfrentar as responsabilidades suscitadas pelos novos desafios. Mormente no que concerne à preservação ambiental e ao ecossistema marinho, devendo o país prover meios financeiros e preparar recursos humanos particularmente capacitados para a empreitada. Remanesce a convicção de que, como compromisso com as futuras gerações e como desígnio de convivência harmônica entre as Nações, a realização político-jurídica do direito do mar, por seu complexo de direitos e de obrigações, é compromisso permanente do país, a independe de variáveis de política externa ou das conveniências ou dos humores das diplomacias presidenciais.

### Referências

BRASIL. Lei nº 8.617, de 04 de janeiro de 1993. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 jan. 1993. p. 57. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18617.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18617.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Comando da Marinha. Comissão Intermunicipal para os Recursos do Mar. Resolução nº 3, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial União*, Brasília, n. 170, 3 set. 2010. Seção 1, p. 28. Disponível em: <[http://mpnuma.ba.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=171&tmpl=component&format=raw&Itemid=57](http://mpnuma.ba.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=171&tmpl=component&format=raw&Itemid=57)>. Acesso em: 30 ago. 2011.

CASELA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.

NOGUEIRA, João. Das 200 pra lá. In: \_\_\_\_\_. *Raízes do samba*. Rio de Janeiro: EMI, 1999.

O'CONNELL, Daniel P. Adumbrations of the continental shelf doctrine. In: MÉLANGES offerts a Charles

Rousseau: la communauté internationale. Paris: A. Pedone, 1974.

WEIL, Prosper. *Perspectives du droit de la délimitation maritime*. Paris: Pedone, 1988.

# Democracia e o Parlamento do Mercosul

## Rumos da integração sul-americana

Eduardo Biacchi Gomes

### Sumário

1. Introdução. 2. Mercosul: antecedentes históricos e a falta de legitimidade democrática em relação às políticas adotadas pelos Estados. 3. Parlamento do Mercosul e o viés democrático da integração. 3.1. A experiência europeia. 3.2. Rumos e desafios do Mercosul. 4. Considerações finais.

### 1. Introdução

Desde a sua criação, em 26 de março de 1991, o Mercosul objetiva constituir-se em um bloco econômico em regime de mercado comum, o que deveria ocorrer em um prazo extremamente exíguo de cinco anos. Com o Tratado de Assunção, que instituiu o Mercosul, seus objetivos eram extremamente ambiciosos, notadamente porque, a exemplo do modelo europeu, representado pela União Europeia, buscava-se integrar todas as políticas de mercado (livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais), de maneira célere, diferentemente do modelo europeu, que levou mais de cinquenta anos até que referidas políticas fossem implementadas.

Com o avanço de qualquer processo de integração, como é o caso da União Europeia, outras políticas, além daquelas decorrentes de questões econômicas e comerciais, inserem-se na pauta dos Estados e são debatidas dentro das suas instituições. Isso faz com que referidas políticas passem

Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com pesquisas realizadas na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Internacional das Faculdades do Brasil (Graduação e Mestrado) e Professor de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Grupo Pátrias, registrado no CNPq.

a integrar o cotidiano dos nacionais dos Estados integrantes de bloco econômico, como, por exemplo, a União Europeia.

Naquele bloco econômico (que adota o modelo da supranacionalidade), cada vez mais as instituições (como a Comissão, o Conselho, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o próprio Banco Central Europeu) adotam políticas voltadas para atender aos próprios interesses do bloco econômico, o que, muitas vezes, contraria os interesses dos Estados e, conseqüentemente, de seus jurisdicionados, que são os principais destinatários e interessados na condução das políticas.

Dentro da União Europeia, questiona-se mais do que nunca a falta de maior legitimidade no tocante às políticas adotadas pelas suas instituições, o que representa o chamado déficit democrático, porque o cidadão não participa do processo decisório das instituições (o que se pretende resolver com o Tratado Reformador de Lisboa, 2009, de forma a garantir maior atuação do Parlamento Europeu, que representa os interesses dos cidadãos da União Europeia na condução do processo legislativo da União Europeia, garantindo-se inclusive a participação dos Parlamentos Nacionais e a possibilidade de os próprios cidadãos da União Europeia, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos no Tratado, exercerem o direito de iniciativa popular, na adoção de uma normativa da União Europeia).

No Mercosul, processo de integração dos trópicos, o caminho a ser percorrido deverá ser muito mais longo e moroso, notadamente ante as diferenças existentes entre ambos os blocos econômicos.

Um grande avanço já foi dado com a criação do Parlamento do Mercosul (Parlasul), instituição de caráter permanente e de natureza consultiva, e, portanto, sem competência legislativa, mas com a finalidade de representar os interesses dos cidadãos.

O presente artigo tem por finalidade examinar – a partir do estágio atual do

Mercosul – como poderá ocorrer a inclusão de nacionais dos Estados-partes nas políticas voltadas para o avanço da integração regional.

Muito embora se adote o modelo da intergovernabilidade, regido pelo Direito Internacional Público (em que as decisões ficam concentradas nos Estados), torna-se cada vez mais necessária a participação, direta ou indireta, dos cidadãos para que se possam discutir as referidas políticas integracionistas.

Busca-se trabalhar, portanto, com valores da democracia que tendem a ser construídos a partir de uma interação entre as instituições do bloco econômico, os respectivos Estados e os seus jurisdicionados. O presente artigo procura examinar, portanto, qual pode ser o papel do Parlasul dentro do Mercosul, no sentido de cada vez mais buscar uma maior legitimidade e transparência na tomada das decisões adotadas pelos Estados e que possam, de maneira democrática, representar os interesses dos Estados-partes.

## *2. Mercosul: antecedentes históricos e a falta de legitimidade democrática em relação às políticas adotadas pelos Estados*

O Mercosul teve seu marco inicial em data de 26 de março do ano de 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção (que criou o bloco econômico, formado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, em estágio inicial, em regime de zona de livre comércio e que buscava consolidá-los em um mercado comum em um prazo de cinco anos). A Venezuela será o próximo país a ingressar no Mercosul e, muito embora já tenha assinado o tratado de adesão, o mesmo falta ser ratificado, tanto pelo Brasil como pelo Paraguai.

Como o Tratado de Assunção somente estabeleceu os objetivos para constituir-se em um mercado comum, sem esclarecer os meios através dos quais o bloco poderia

alcançar referido estágio da integração, e como não levou em consideração as diferenças econômicas, sociais, culturais, políticas, demográficas e geográficas entre os Estados, a realidade superou as expectativas e os objetivos, inicialmente estabelecidos, não foram atingidos.

Em data de 17 de dezembro de 1994, foi celebrado o Protocolo de Ouro Preto, que marcou a etapa de transição entre a zona de livre comércio e a união aduaneira, sem que seus parceiros perdessem de vista o seu objetivo maior, estabelecido no tratado fundacional originário.

Interessante observar que o Mercosul é resultante da ALADI, Associação Latino Americana da Integração, bloco econômico que objetivava consolidar-se, em longo prazo, em mercado comum e que atualmente encontra-se estagnado e contempla, dentro de si, vários acordos econômicos complementares, entre eles o Acordo de Complementação Econômica de n. 18 (ACE 18) – o qual se traduz no Mercosul, que é resultante de um acordo de natureza sub-regional celebrado dentro da ALADI e aberto a adesão dos demais países membros deste bloco econômico.<sup>1</sup>

Muito embora o Mercosul tenha sido criado, inicialmente, com uma finalidade econômica e comercial, pois os seus parceiros buscavam uma melhor inserção na economia globalizada, quando se verificam os objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção, observa-se que o mesmo estabelece como metas a criação de um mercado comum. Como o mercado comum compreende a livre circulação de bens, pessoas, serviços e de capitais, outros propósitos devem ser inseridos nas políticas integracionistas que, a exemplo da União Europeia, incluem metas de natureza social, cultural, democrática, voltados para a proteção dos direitos humanos, entre outros.

A inclusão das referidas políticas, no Mercosul decorre da própria realidade e da

evolução do bloco econômico, porquanto seus objetivos ainda permanecem vivos e, a exemplo da União Europeia, a inclusão de outros objetivos dentro da integração torna-se mais do que necessária, de forma que seus resultados possam (direta ou indiretamente) beneficiar os seus principais destinatários, que são os jurisdicionados dos Estados.

Muito embora o Mercosul seja um bloco econômico de natureza intergovernamental, regido pelas regras do direito internacional público, e suas instituições sejam provisórias – notadamente porque o bloco econômico somente possuirá as suas instituições definitivas quando da sua consolidação no estágio de mercado comum –, muito já se avançou, tanto institucionalmente (com a criação do Tribunal Permanente de Revisão e com o Parlamento do Mercosul), como em termos democráticos (com a criação de alguns instrumentos jurídicos neste sentido, conforme será visto adiante).

Quanto à alteração da estrutura institucional do Mercosul, importante destacar que, no XXVII encontro de Cúpula do Mercosul, realizado em 2004, na cidade de Ouro Preto, Minas Gerais, foi acordada a formação do Parlamento do Mercosul para o ano de 2008. A expectativa é que, com o decorrer dos trabalhos, o Parlamento do Mercosul venha dar maior celeridade ao processo de internalização das normas do Mercosul, no âmbito dos Estados-partes, na medida em que os parlamentares terão uma atuação mais decisiva nesse processo.

Ainda, em termos de políticas integracionistas, um dos principais entraves do Mercosul é o fato de a TEC (Tarifa Externa Comum) não ser harmônica, tendo em vista a existência da lista de exceção (produtos para os quais a TEC não vigora) e o regime de adequação (produtos para os quais a TEC vigora, mas não é harmônica). A existência das referidas inconsistências, que são naturais em um processo de integração totalmente desigual, impede, por exemplo, que um

<sup>1</sup> Cf. (GOMES, 2007).

produto que ingresse de fora do bloco (uma vez recolhido o imposto aduaneiro) possa circular livremente dentro do Mercosul, pois, caso ingresse em outro Estado-parte, novamente deverá ser recolhida a TEC.<sup>2</sup>

No ano de 2010, foi aprovada a eliminação da dupla cobrança da TEC. Assim, caso uma mercadoria, oriunda de outro Estado de fora do Mercosul, ingresse no bloco, uma vez recolhida a TEC, ela poderá circular livremente, não sendo necessário o recolhimento do tributo. O mesmo somente incidirá caso a mercadoria seja objeto de alguma transformação. Com o aperfeiçoamento do sistema, haverá a distribuição dos tributos arrecadados entre os Estados-partes, a exemplo do que ocorre com a União Europeia. Referida normativa não necessita ser incorporada pelos Estados, por se tratar de questões que dizem ao funcionamento do Mercosul.

O acordo prevê três fases para a eliminação da dupla cobrança da TEC: a primeira, que terá início em janeiro de 2012 e atinge todos os produtos acabados, como os automóveis ou computadores. A segunda fase começa a partir de 2014, quando o acordo se estenderá aos produtos com tarifa de 2% e de 4%. A última etapa será implementada em 2019 e atingirá todas as mercadorias.

Outro avanço diz respeito à aprovação do Código Aduaneiro do Mercosul, com a finalidade de harmonizar os procedimentos alfandegários entre os sócios. Para entrar em vigência, será necessário que o acordo seja ratificado por seus Estados.<sup>3</sup>

Cumprido ressaltar que, em qualquer processo de integração, a redução das desigualdades, não somente econômicas e comerciais, mas igualmente as sociais, é de fundamental importância para o seu sucesso, pois as políticas adotadas devem beneficiar a todos os Estados. Dentro do Mercosul não é diferente, pois somente com uma preocupação dos Estados, visando à

redução das desigualdades econômicas e sociais, é que será possível almejar um efetivo desenvolvimento na América do Sul, no qual os parceiros devem buscar um modelo próprio de desenvolvimento, visando beneficiar o cidadão, valorizando-se a democracia e os direitos humanos, elementos essenciais em qualquer processo de integração.

No contexto atual, em que o cidadão cada vez mais está inserido no plano internacional, em que a formação dos blocos econômicos ganha cada vez mais importância, em virtude da adoção de políticas voltadas à valorização da democracia, dos direitos humanos, dos direitos sociais, etc., torna-se importante o debate sobre qual o modelo de integração que o jovem subcontinente deverá seguir, visto que o viés econômico demonstrou o seu total fracasso.

Como no Mercosul, as decisões adotadas levam em conta os interesses dos Estados-partes, sendo esses que, de maneira efetiva, participam do processo decisório, notadamente porque as decisões, de acordo com o estabelecido no Protocolo de Ouro Preto, são tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados; inexistente a participação da sociedade civil organizada.

Nesse sentido ganha relevância o conceito de déficit democrático, relativamente ao processo da elaboração das normativas, na medida em que os cidadãos do Mercosul não participam do sistema de tomada de decisões e, muitas vezes, as mesmas são adotadas sem que levem em conta os seus interesses.

Referido distanciamento, entre as instituições do bloco econômico e os interesses dos cidadãos, pode ser suprido com a atuação, cada vez maior, do Parlamento do Mercosul, de forma a legitimar a adoção das referidas políticas, tornando-se um foro, ainda que político, para a inclusão, debate e efetivação de outras políticas, como a democracia, proteção aos direitos humanos, redução das diferenças sociais e realização de investimentos estruturais nos países.

<sup>2</sup> Cf. (GOMES, 2010).

<sup>3</sup> Decisões MERCOSUL 17 y 27 del 2010, emanadas do Conselho do Mercado Comum.

### 3. Parlamento do Mercosul e o viés democrático da integração

O Parlamento do Mercosul substituiu a antiga Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, que fora instituída pelo Protocolo de Ouro Preto, 1994, órgão de natureza jurídica consultiva integrado pelos parlamentares dos Estados-partes que adotava políticas voltadas a promover a harmonização legislativa e buscar acelerar o processo de incorporação das normativas emanadas pelos órgãos do bloco econômico. Na época da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, os seus representantes não eram eleitos diretamente, mas indicados pelos respectivos Estados-partes e acumulavam as funções de parlamentares nacionais e exerciam as suas funções dentro dos próprios parlamentos nacionais.<sup>4</sup>

O Parlasul, vigente desde janeiro do ano de 2006, instituição de caráter permanente, cujos parlamentares deverão ser eleitos mediante sufrágio universal, tem por finalidade representar os interesses dos cidadãos dos Estados-partes do Mercosul. Até o ano de 2011, somente o Paraguai realizou eleições diretas para o Parlamento do Mercosul.

Atualmente debate-se, dentro do Parlasul, a alteração do sistema de representação dos parlamentares. Uma das alternativas debatidas é que a distribuição das cadeiras seja proporcional ao número de eleitores de cada Estado.

Assim, o Brasil e a Argentina, por exemplo, teriam um número maior de parlamentares que o Paraguai e o Uruguai, o que traria desvantagens para esses últimos dois países, notadamente porque o sistema de votação ocorre da seguinte forma: maioria simples (em que as decisões são adotadas com o voto favorável dos presentes), maioria qualificada (em que as decisões são adotadas com a maioria de todos os integrantes do Parlamento) e maioria especial

(em que as decisões são adotadas mediante o voto favorável de 2/3 dos integrantes do Parlamento).

Até o ano de 2014, período em que estará concluída a etapa de transição, deverão ser realizadas eleições diretas e simultâneas entre todos os Estados-partes do Mercosul para escolha dos parlamentares do Parlasul.

Como órgão de natureza permanente e que visa representar os interesses dos cidadãos dentro do Mercosul, de forma a consolidar a democracia e os direitos humanos, de acordo com o seu Protocolo institutivo, o Parlasul tem como competências:

- a. Velar, no âmbito de sua competência, pela observância das normas do Mercosul.
- b. Velar pela preservação do regime democrático nos Estados-Partes, de acordo com as normas do Mercosul, e em particular com o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, na República da Bolívia e República do Chile.
- c. Elaborar e publicar anualmente um relatório sobre a situação dos direitos humanos nos Estados-Partes, levando em conta os princípios e as normas do Mercosul.
- d. Efetuar pedidos de informações ou opiniões por escrito aos órgãos decisórios e consultivos do Mercosul estabelecidos no Protocolo de Ouro Preto sobre questões vinculadas ao desenvolvimento do processo de integração. Os pedidos de informações deverão ser respondidos no prazo máximo de 180 dias.
- e. Convidar, por intermédio da Presidência Pro Tempore do CMC, representantes dos órgãos do Mercosul, para informar e/ou avaliar o desenvolvimento do processo de integração, intercambiar opiniões e tratar aspectos relacionados com as atividades em curso ou assuntos em consideração.

<sup>4</sup> Cf. (GOMES, 2006).

f. Realizar reuniões semestrais com o Foro Consultivo Econômico-Social a fim de intercambiar informações e opiniões sobre o desenvolvimento do Mercosul.

g. Organizar reuniões públicas, sobre questões vinculadas ao desenvolvimento do processo de integração, com entidades da sociedade civil e os setores produtivos.

h. Receber, examinar e se for o caso encaminhar aos órgãos decisórios petições de qualquer particular, sejam pessoas físicas ou jurídicas, dos Estados-Partes, relacionadas com atos ou omissões dos órgãos do Mercosul.

i. Emitir declarações, recomendações e relatórios sobre questões vinculadas ao desenvolvimento do processo de integração, por iniciativa própria ou por solicitação de outros órgãos do Mercosul.

No Mercosul, todas as suas normativas, antes de entrarem em vigor, devem ser incorporadas por todos os Estados-partes (diferentemente da União Europeia, em que as normativas possuem aplicabilidade direta). Existe um vasto número de normas que não estão vigentes, notadamente porque aguardam a internalização por parte dos Estados (um dos exemplos é o Código Aduaneiro do Mercosul, conforme visto acima).

Com vistas a atender dita demanda e reduzir referido déficit democrático, o Parlasul exerce papel preponderante, no sentido de buscar a aceleração dos procedimentos internos, visando à entrada em vigor das referidas normativas, conforme procedimento abaixo:

- Inicialmente o Parlamento elaborará pareceres sobre todos os projetos de normas do Mercosul que requeiram aprovação legislativa em um ou vários Estados-Partes, em um prazo de noventa dias a contar da data da consulta. Tais projetos deverão ser encaminhados ao Parlamento pelo

órgão decisório do Mercosul antes de sua aprovação.

- Se o projeto de norma do Mercosul for aprovado pelo órgão decisório, de acordo com os termos do parecer do Parlamento, a norma deverá ser enviada pelo Poder Executivo nacional ao seu respectivo Parlamento, dentro do prazo de quarenta e cinco dias, contados a partir da sua aprovação.

- Nos casos em que a norma aprovada não esteja de acordo com o parecer do Parlamento, ou se este não tiver se manifestado no prazo mencionado no primeiro parágrafo do presente inciso, a mesma seguirá o trâmite ordinário de incorporação.

- Os Parlamentos nacionais, segundo os procedimentos internos correspondentes, deverão adotar as medidas necessárias para a instrumentalização ou criação de um procedimento preferencial para a consideração das normas do Mercosul que tenham sido adotadas de acordo com os termos do parecer do Parlamento mencionado no parágrafo anterior.

- O prazo máximo de duração do procedimento previsto no parágrafo precedente não excederá cento e oitenta dias corridos, contados a partir do ingresso da norma no respectivo Parlamento nacional.

- Se, dentro do prazo desse procedimento preferencial, o Parlamento do Estado-Parte não aprovar a norma, esta deverá ser reenviada ao Poder Executivo para que a encaminhe à reconsideração do órgão correspondente do Mercosul.

Longe de se caracterizar como um órgão de natureza legislativa ou colegislativa, como é o caso do Parlamento Europeu, o Parlasul, antes de tudo, traduz-se como um foro de concertação política, com vistas a eliminar o vácuo de representação política entre as instituições do bloco econômico, Estados e a própria sociedade civil.

Uma das principais dificuldades em qualquer processo de integração diz respeito ao fato de que os jurisdicionados dos Estados, que são os principais destinatários das normas e das políticas negociadas pelos

Estados e adotadas pelas instituições do bloco econômico, como não possuem qualquer espécie de representação dentro dos órgãos de natureza decisória, não participam dos processos de tomada de decisões.

Tal característica acarreta o chamado déficit democrático ou de representação dentro do Mercosul, pois, a exemplo do que ocorre nas instituições da União Europeia, em que as normas e as políticas adotadas pelo bloco econômico levam em conta os interesses das instituições do bloco e, muitas vezes, contrariam os próprios interesses dos Estados, existe um distanciamento muito grande entre as referidas políticas e os interesses adotados pelos Estados.

Um exemplo claro, dentro da União Europeia, é a política do Euro, moeda única do bloco econômico que circula desde o ano de 2002. Cabe ao Banco Central Europeu adotar as políticas, de natureza macroeconômica, voltadas para garantir a estabilidade monetária dos países que integram a zona do Euro. Dita moeda comum foi adotada para atender aos interesses dos Estados, assim como incentivar o intercâmbio comercial. Todavia, internamente, não houve um debate maior, junto à sociedade civil organizada, no sentido de se saber a opinião dos cidadãos sobre a adoção ou não da moeda única.

O mesmo diga-se em relação à chamada Diretiva do Retorno, normativa da União Europeia que tem por finalidade combater a imigração ilegal e regulamentar o ingresso dos cidadãos extra-comunitários, o que pode se traduzir em uma legislação totalmente protecionista e que, até certo ponto, viola os direitos humanos, pois estabelece critérios de tratamento diferentes, em relação aos cidadãos comunitários e os de fora do bloco.

Neste ponto de vista, a União Europeia atualmente passa por um período ambíguo e contraditório, porque cada vez mais os Estados adotam políticas voltadas para o aprofundamento da integração, mas, por outro lado, adotam políticas cada vez

mais protecionistas para o seu mercado, de forma a proteger seus cidadãos, em uma clara afronta aos direitos humanos e à democracia, valores absolutos em qualquer processo de integração.

Os desafios da integração do Mercosul, no tocante à democracia, neste século XXI, podem refletir as mesmas dificuldades apresentadas pela União Europeia, a qual, a partir do Tratado Reformador de Lisboa (2009), procura adotar mecanismos cada vez mais transparentes em relação à possibilidade de participação da sociedade civil organizada dentro das instituições do bloco econômico e dar maior legitimidade na tomada das decisões.

### *3.1. A experiência europeia*

Longe de se buscar realizar uma comparação entre a União Europeia e o Mercosul, porque são processos de integração diferentes, em relação aos seus objetivos, fundamentos, processo histórico, mecanismo jurídico e estágio atual, alguns pontos em comum podem ser destacados, como, por exemplo, a existência do chamado déficit democrático dentro das instituições do bloco que impossibilita a participação dos cidadãos dos Estados nos processos decisórios.<sup>5</sup>

Na União Europeia, o Parlamento Europeu, que representa os interesses dos cidadãos da União Europeia, é composto por até 735 eurodeputados, eleitos diretamente pelos nacionais dos Estados-membros, os quais atuam com total independência e autonomia em relação aos respectivos Estados e que ocupam as cadeiras do Parlamento Europeu por meio dos respectivos partidos europeus, representantes das mais variadas tendências ideológicas.

Uma das principais dificuldades enfrentadas dentro da União Europeia é o fato de que o Parlamento Europeu não legisla diretamente, mas participa do processo legislativo da União Europeia, juntamente com

<sup>5</sup> Cf. Gomes (2010).

a Comissão (que representa os interesses das instituições do bloco) e o Conselho (que representa os interesses dos Estados e, em última instância, detém o poder decisório).

Em linhas gerais, o Tratado Reformador de Lisboa buscou dar mais transparência em relação ao processo de tomada de decisões e ratificou o princípio da igualdade democrática, em que todos os cidadãos são iguais perante as instituições. Trouxe, ainda, como novidade, a existência dos Poderes reforçados do Parlamento Europeu de forma a possibilitar a sua atuação cada vez maior nas suas políticas e competências:

“a) Começando pela matéria legislativa, o procedimento de co-decisão (rebaptizado ‘processo legislativo ordinário’) é alargado a vários domínios. O Parlamento Europeu adquire assim um verdadeiro poder legislativo, em pé de igualdade com o Conselho, em relação a determinadas matérias sobre as quais actualmente não intervém ou é simplesmente consultado. É o caso, nomeadamente, da imigração legal, da cooperação judiciária penal (Eurojust, prevenção do crime, aproximação das normas penais, infracções e sanções), da cooperação policial (Europol), bem como de determinadas disposições no domínio da política comercial e da política agrícola comum. O Parlamento Europeu intervém agora, por conseguinte, na quase totalidade dos dossiês legislativos.

b) Em matéria orçamental, o Tratado de Lisboa consagra a prática estabelecida do quadro financeiro plurianual, que agora necessita da aprovação do Parlamento Europeu. Por outro lado, o Tratado de Lisboa prevê que o Parlamento Europeu e o Conselho fixem em conjunto todas as despesas, suprimindo a anterior distinção entre despesas ‘obrigatórias’ (por exemplo, as ajudas agrícolas directas) e despesas ‘não obrigatórias’. Esta inovação

reequilibra o papel das duas instituições na aprovação do orçamento da União Europeia.

c) Por último, o Tratado de Lisboa estipula que é necessário o parecer favorável do Parlamento Europeu sobre todos os acordos internacionais relativos a matérias sujeitas ao processo legislativo ordinário.

d) Papel mais importante dos Parlamentos nacionais

O Tratado de Lisboa reconhece e reforça o papel dos Parlamentos nacionais que, no respeito das atribuições das instituições europeias, passam a estar mais envolvidos no trabalho da União. Uma nova disposição define claramente os direitos e as obrigações dos Parlamentos nacionais no quadro da União, quer se trate da sua informação, do controlo do princípio da subsidiariedade, dos mecanismos de avaliação no quadro do espaço de liberdade, segurança e justiça ou da revisão dos Tratados.

e) A principal inovação do Tratado de Lisboa neste contexto está relacionada com o controlo do princípio da subsidiariedade. Segundo o princípio da subsidiariedade, a União, excepto quando se trate de domínios da sua competência exclusiva, só deve actuar quando a sua acção seja mais eficaz do que uma acção desenvolvida a nível nacional, regional ou local. Os Parlamentos nacionais passam a poder manifestar-se sobre a conformidade das propostas legislativas com este princípio. Este mecanismo prevê duas etapas:

– se um terço dos Parlamentos nacionais considerar que uma determinada proposta legislativa não obedece ao princípio da subsidiariedade, a Comissão deverá reexaminá-la e decidir se a mantém, altera ou retira;

– se uma maioria dos Parlamentos nacionais partilhar este ponto de vista

e, apesar disso, a Comissão decidir manter a sua proposta, é desencadeado um procedimento específico. A Comissão deverá expor as suas motivações, cabendo ao Parlamento Europeu e ao Conselho decidir se a proposta legislativa deve ou não ir para a frente.

f) O Tratado de Lisboa confere ao Parlamento Europeu mais poderes do que nunca na definição da política europeia, o que significa um aumento das responsabilidades em relação aos cidadãos, aos parlamentos nacionais e à União Europeia.

(...)

g) O Tratado de Lisboa reforça os poderes legislativos do Parlamento Europeu, incluindo no processo de co-decisão mais de 40 novas áreas nas quais o Parlamento Europeu passa a ter poderes idênticos ao do Conselho. Estas áreas legislativas incluem a agricultura, a segurança energética, a imigração, a justiça, os assuntos internos, a saúde e os fundos estruturais.

h) O Parlamento adquire igualmente mais poderes na definição do orçamento comunitário, decorrentes da abolição da distinção entre despesas 'obrigatórias' e 'não obrigatórias'. Desta forma, o Parlamento passa a decidir com o Conselho todo o orçamento da União Europeia.

i) Com o Tratado de Lisboa, a aprovação do Parlamento Europeu passa a ser necessária em relação a uma série de acordos internacionais negociados pela União, designadamente em matéria de comércio internacional.

j) Mais poder significa mais responsabilidade. Face ao reforço dos seus poderes legislativos, as decisões do Parlamento Europeu irão afectar directamente, mais do que nunca, a vida quotidiana dos cidadãos europeus. O Parlamento será igualmente

responsável pelo respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos da UE, nos termos da Carta dos Direitos Fundamentais prevista no Tratado de Lisboa.

k) Os deputados ao Parlamento Europeu terão um novo papel nas relações com as outras instituições da UE. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a escolha do Presidente da Comissão Europeia passará a estar directamente relacionada com os resultados das eleições europeias. Toda a Comissão Europeia, incluindo o Alto Representante para a Política Externa e Segurança Comum, necessitam da aprovação do Parlamento Europeu" (UNIÃO EUROPEIA).

De forma a garantir maior transparência e legitimidade na adoção das políticas da União Europeia e, concretamente, possibilitar a participação dos cidadãos do bloco dentro do processo legislativo, de maneira inovadora e singular, o Tratado de Lisboa possibilita que os cidadãos da União Europeia apresentem um projeto de iniciativa popular, desde que atingido o *quorum* mínimo de um milhão de eleitores:

"Os cidadãos europeus já dispõem de todo um leque de instrumentos que lhes permite informar-se e participar no processo político da União. A esses instrumentos junta-se agora a iniciativa de cidadania. Graças a este novo direito de iniciativa, um grupo de, pelo menos, um milhão de cidadãos de um número significativo de Estados-Membros poderá solicitar à Comissão que apresente uma determinada proposta nos domínios de competência da União. As modalidades práticas do exercício da iniciativa de cidadania serão estabelecidas após a entrada em vigor do novo tratado, através de um acto legislativo específico" (UNIÃO EUROPEIA).

Muito embora a União Europeia apresente inúmeras dificuldades, o que na práti-

ca pode dificultar os objetivos estabelecidos no Tratado de Lisboa, referidas políticas e objetivos refletem os ideais do bloco econômico europeu, no sentido de reduzir, cada vez mais, o chamado déficit democrático da UE e possibilitar a participação dos cidadãos dentro das políticas adotadas por suas instituições.

No Mercosul, conforme será visto no item abaixo, muito já se avançou em relação à adoção de políticas voltadas para a inserção de valores democráticos dentro do bloco, de forma a inserir, cada vez mais, o cidadão dentro dos objetivos integracionistas, tanto no plano institucional, como no plano interno.

### *3.2. Rumos e desafios do Mercosul*

O tema debatido neste artigo se relaciona com os estudos realizados pelo filósofo Jürgen Habermas (2007, p. 354-), que defende a ideia de que os Estados, em regime de cooperação e de integração, devem buscar políticas para a promoção de valores comuns, como a proteção dos direitos humanos e a própria democracia. Todavia, o grande problema enfrentado diz respeito à falta de legitimação das políticas adotadas dentro das organizações internacionais. Para tanto, assevera Habermas (2007), torna-se necessário repensar o conceito de soberania, ante as novas formas de cooperação internacional, adequar as políticas dos Estados, com vistas a possibilitar a aplicação de sanções, bem como a possibilidade de os Estados, de modo soberano, aprenderem a aceitar e a cumprir as decisões emanadas das instituições internacionais.

De acordo com Habermas (2007, p. 360), é necessário que a “formação da opinião e de vontade da organização mundial seja retroligada aos fluxos de comunicação dos parlamentos nacionais, estando aberta para a participação de organizações não governamentais (...)”.

Para o filósofo, como os Estados atuam, cada vez mais, em regime de interdependência, existe a necessidade da formação

dos blocos econômicos, o que, em seu ponto de vista, não seria a estratégia mais adequada, pois suas estruturas seriam frágeis e, caso queiram se transformar em atores globais, deveriam ultrapassar o modelo intergovernamental e adotar outros mecanismos mais desenvolvidos de integração (HABERMAS, 2007, p. 363).

No plano institucional, no que diz respeito às políticas adotadas pelos Estados, voltadas para a observância e respeito da democracia dentro do Mercosul, houve um progresso muito grande dentro do bloco econômico, especialmente em relação à adoção de determinadas políticas, com a finalidade de se buscar a estabilidade democrática na região, pois, como é sabido, a América do Sul é uma região de contradições, em que regimes nos quais existe uma estabilidade democrática, como é o caso do Brasil, convivem com governos em que a democracia não é observada e existe clara afronta aos direitos humanos.

Muito embora o Mercosul coexista com referidas inconsistências, há que se fazer menção ao Protocolo de Ushuaia (1998), celebrado entre os países do bloco econômico, o Chile e a Bolívia e que insere, dentro do bloco econômico, uma cláusula democrática no sentido de que os Estados observem como compromisso essencial para a integração o respeito dos valores de um Estado democrático de direito.

Pelo Protocolo de Ushuaia (1998), em seu artigo 3, “toda a ruptura da ordem democrática em um dos Estados-partes do presente Protocolo implicará a aplicação dos procedimentos previstos nos artigos seguintes”.

Segue o Protocolo, em seus artigos 4 ao 7, a estabelecer que, na hipótese de ruptura da ordem democrática, inicialmente os Estados devem realizar consultas entre si e o Estado afetado, a fim de buscar uma solução consensual para o impasse. Nessa hipótese, existe um compromisso dos referidos Estados no sentido de buscar uma solução diplomática para a controvérsia.

Se referidas consultas restarem infrutíferas, dependendo da gravidade da situação, os Estados-partes poderão adotar outras medidas contra o Estado, a saber: a suspensão do direito de o Estado infrator participar dos órgãos do bloco econômico, podendo as sanções também incluírem a suspensão dos direitos e obrigações resultantes do processo integracionista.

No que diz respeito à proteção dos direitos humanos, há que se fazer menção à decisão do Conselho do Mercado Comum de nº 17/05, que instituiu o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Mercosul, tendo em vista que os Estados-partes entendem que a proteção dos direitos humanos, assim como a democracia e as liberdades fundamentais, são condições essenciais para a consolidação do processo de integração.

Referido Protocolo, a exemplo do Protocolo de Ushuaia, defende a necessidade da plena vigência das instituições democráticas e a observância aos direitos humanos, assim como a necessidade de os Estados-partes cooperarem, mutuamente, na proteção dos respectivos direitos, como forma de garantir a sua vigência, por meio de seus mecanismos institucionais, entre eles o Parlamento do Mercosul.

O Protocolo de Ushuaia insere no Mercosul, Bolívia e Chile, uma cláusula democrática e entende que o sucesso da integração depende da observância e do respeito aos valores de um Estado democrático de direito. Qualquer violação aos direitos humanos e liberdades fundamentais ou ocorrência de crises institucionais ou de Estado de exceção em um dos Estados signatários do Protocolo poderá acarretar a suspensão de seus direitos dentro do bloco econômico.

Na mesma linha, com vistas a proteger e a promover os direitos humanos, por meio da decisão do Conselho do Mercado Comum 14/09, foi criado o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos, organismo do Mercosul (que está ligado

à Reunião de Altas Autoridades na Área de Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul - RAADH) com sede em Buenos Aires, Argentina, dotado de finalidades de se buscar a implementação de políticas públicas para a proteção e a promoção dos direitos humanos. Referido Instituto é integrado por um representante de cada Estado, designado pelas chancelarias de cada um dos Estados-partes, no âmbito da RAAADH, e a coordenação é de responsabilidade de um secretário executivo, designado pelo Grupo do Mercado Comum, por proposta da RAADH.

De forma a reforçar as argumentações expostas neste artigo, de que a observância da democracia e o respeito aos direitos humanos são condições essenciais para o sucesso de qualquer processo de integração, estabelece o artigo 2 da decisão que criou o Instituto que (seu objetivo) "é contribuir para o fortalecimento do Estado de Direito nos Estados Partes, mediante o desenho e o seguimento de políticas públicas em Direitos Humanos, e contribuir com a consolidação dos Direitos Humanos como eixo fundamental da identidade e desenvolvimento do Mercosul" (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2009).

Entre suas competências, destacam-se:

- "a) implementar os meios que permitam uma proteção mais efetiva e eficaz e promoção dos Direitos Humanos reconhecidos nas respectivas Constituições Nacionais e nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos;
- b) na adoção dos padrões internacionais plasmados nos instrumentos de Direitos Humanos dos sistemas interamericano e das Nações Unidas;
- c) contribuir para a harmonização normativa entre os Estados-Partes em matéria de promoção e proteção dos Direitos Humanos."

Políticas de integração e desenvolvimento somente podem ser levadas com sucesso se houver um efetivo comprometo-

timento dos Estados integrantes do bloco que resulte na melhoria de condições de vida dos respectivos cidadãos; e, para tanto, torna-se necessário haver vontade política por parte dos Estados que integram o processo integracionista, porquanto são estes que são os principais articuladores das decisões adotadas. Para que os fins almejados possam ser atingidos, os seus parceiros devem adotar as políticas voltadas para a proteção da democracia e dos direitos humanos, vez que não é possível falar-se em integração sem que referidas políticas venham a ser observadas e, efetivamente, respeitadas.

Para que referidas políticas possam ser adotadas, o Parlasul assume papel fundamental, como instituição do Mercosul, de caráter permanente, dotado de competências de representar os interesses dos cidadãos dentro do bloco econômico.

No plano do subcontinente sul-americano, há que se destacar a UNASUL, (União Sul-Americana), bloco econômico que congrega todos os Estados (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Bolívia, Colômbia, Peru, Equador, Chile, Guiana e Suriname) e que, a exemplo do Mercosul, também pretende consolidar-se em um processo de integração que leve em consideração valores voltados para a proteção dos direitos humanos e da democracia.

Como o objeto de análise deste artigo é o Mercosul, importante destacar que, como este bloco econômico tem o seu marco jurídico dentro da ALADI, o próprio Tratado de Montevideo de 1980 permite aos Estados que se associem em processos de integração menores, desde que os demais países membros da ALADI possam se associar ao processo de integração sub-regional.

No Mercosul, os Estados Associados foram admitidos com a celebração das seguintes Decisões, emanadas pelo Conselho do Mercado Comum: CMC nº 12/97 (Chile); nº 38/03 (Bolívia); nº 39/03 (Peru); nº 49/04 (Venezuela); nº 43/04 (Equador) e nº 44/04 (Colômbia).

- Desde 4 julho de 2006, a Venezuela integra o Mercosul como Estado-Parte, não obstante falte a ratificação do tratado, por parte do Brasil e do Paraguai.

- No cenário atual, em que o cidadão cada vez mais está inserido no contexto internacional, em que a formação dos blocos econômicos ganham cada vez mais importância, não pelo cenário econômico, mas com a adoção de políticas voltadas à valorização da democracia, dos direitos humanos, dos direitos sociais, torna-se importante o debate sobre qual o modelo de integração que o jovem subcontinente deverá seguir, visto que o viés econômico demonstrou o seu total fracasso.

- Nesse sentido ganha relevância o conceito de Déficit Democrático, relativamente ao processo da elaboração das normativas, na medida em que os cidadãos do Mercosul não participam do sistema de tomada de decisões e, muitas vezes, as mesmas são adotadas sem que levem em conta os seus interesses.

- Referido distanciamento, entre as instituições do bloco econômico e os interesses dos cidadãos, poderia ser suprido com a adoção de instituições, de caráter permanente e competências decisórias, com a finalidade de legitimar a adoção das referidas políticas.

- Como modelo desenvolvimentista, a ser adotado no contexto na América do Sul, torna-se necessária a adoção de valores voltados à valorização da democracia, proteção aos direitos humanos, redução das diferenças sociais, conforme mencionado no item anterior, e realização de investimentos estruturais nos países.

- Importante destacar que o projeto de integração sul-americana, que já possui o seu marco jurídico, no âmbito da ALADI, deverá observar outros parâmetros, voltados à defesa da democracia, proteção aos direitos humanos, proteção aos direitos sociais, adoção de políticas infraestruturais nos países e de políticas voltadas à redução das desigualdades econômicas sociais e culturais entre os países.

#### 4. Considerações finais

Democracia e direitos humanos são valores essenciais para qualquer processo de integração, a exemplo da União Europeia, que, a partir do Tratado de Maastrich (1992), em que houve a consolidação do mercado comum, inseriu outros valores nas políticas do bloco econômico, como aquelas voltadas à valorização dos cidadãos do bloco, como, por exemplo, com a criação da cidadania da União Europeia, que não se traduz em uma cidadania a qual substitui as cidadanias nacionais. Em verdade, trata-se de um atributo e uma qualidade conferida aos cidadãos do bloco (nacionais dos Estados Membros), que os possibilitam exercer as liberdades de mercado (livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais).

Conforme mencionado anteriormente, certo é que o Mercosul não deve se pautar nos objetivos e nas políticas adotadas pela União Europeia, mas, pelo contrário, deve buscar seus objetivos e políticas próprias de desenvolvimento, sem, contudo, deixar de lado os interesses dos principais destinatários, que são os cidadãos do bloco econômico.

Neste sentido, o Mercosul já avançou muito, com os instrumentos internacionais, voltados para a defesa dos direitos humanos e da democracia, que, em última instância, materializam as políticas estabelecidas no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto. Há que se lembrar que os referidos tratados fundacionais objetivam o estabelecimento de um mercado comum, ainda que nos dias atuais referida questão encontre-se em um segundo plano, tendo em vista as próprias dificuldades encontradas pelos Estados-partes.

Ainda que o Mercosul tenha sido criado, no ano de 1991, com finalidades nitidamente econômicas e comerciais, de forma a se buscar uma melhor inserção no mundo globalizado, e com o decorrer dos acontecimentos ao longo da história, prin-

cipalmente se for feita uma análise a partir do processo de integração da União Europeia, que, na época da década de noventa e começo do século XXI, passou a valorizar os direitos sociais, democracia e direitos humanos, como objetivos que deveriam ser perseguidos pelos Estados-membros (a despeito da atual crise pela qual atravessa o bloco, o que coloca em questionamento aquele modelo integracionista), para que o Mercosul e a própria América do Sul possam buscar um modelo próprio de desenvolvimento sem repetir os erros do passado e da própria União Europeia, será necessário conjugar esforços na adoção de políticas conjuntas e que tenham por finalidade valorizar os direitos humanos, direitos sociais e a democracia.

Para que referidos objetivos possam ser alcançados, torna-se necessária uma maior participação do cidadão na condução das políticas integracionistas, de forma a permitir que possa participar das políticas a serem adotadas pelas instituições do bloco, que, na maioria das vezes, representa os interesses dos próprios Estados, acarretando a ausência de legitimidade da adoção das referidas políticas.

Visando a atingir o sucesso da integração, temos que buscar o nosso modelo próprio de desenvolvimento, adotando políticas voltadas para o desenvolvimento sul-americano, objetivando a redução das desigualdades econômicas, comerciais, sociais e políticas entre os Estados, buscando-se a realização de investimentos estruturais nos países menos desenvolvidos.

Como o sistema, criado pelo multilateralismo econômico, visando estabelecer um tratamento diferenciado para as economias menos favorecidas, não logrou êxito, certo é que devem os sul-americanos romper com as amarras existentes da economia globalizada e buscar um modelo ideal e possível de desenvolvimento, vislumbrando que a integração acarrete a melhoria das condições de vida dos cidadãos do nosso subcontinente.

## Referências

ASSOCIAÇÃO Latino-Americana de Integração. Montevideo: ALADI, Secretaría General, 2011. Disponível em: <[www.aladi.org](http://www.aladi.org)>. Acesso em: 8 set. 2006.

COMUNIDADE Andina. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2011. Disponível em: <[www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)>. Acesso em: 8 set. 2006.

CONSELHO DO MERCADO COMUM. *Decisión nº 14, de 24 de julho de 2009*: Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos. Montevideo: MERCOSUL, 2009. Ata 01/2009. Reunião Ordinária 37. Disponível em: <[http://200.40.51.218/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/OpenFile?OpenAgent&base=SAM/GestDoc/DocOfic0.nsf&id=ED3E99C619524C190325760000679E11&archivo=DEC\\_014-2009\\_PT\\_Inst%20Politicac%20Pub%20Dereitos%20Humanos.pdf](http://200.40.51.218/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/OpenFile?OpenAgent&base=SAM/GestDoc/DocOfic0.nsf&id=ED3E99C619524C190325760000679E11&archivo=DEC_014-2009_PT_Inst%20Politicac%20Pub%20Dereitos%20Humanos.pdf)>. Acesso em: 8 set. 2006.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Comércio Internacional e comunidade Sul Americana de nações*: projeto democrático da integração. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Blocos Econômicos: solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. Parlamento do MERCOSUL: caminhos viáveis para a democratização do Bloco Econômico. In: DIREITOS Humanos e democracia: intercorrências. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Entre o naturalismo e a religião*: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

PROTOCOLO DE USHUAIA SOBRE COMPROMISSO DEMOCRÁTICO NO MERCOSUL, BOLÍVIA E CHILE (1998). *Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, 1998?. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/ushuaia.htm>>. Acesso em: 8 set. 2006.

UNIÃO Europeia. Bruxelas: Departamento de Comunicação da Comissão Europeia, 2011. Disponível em: <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)>. Acesso em: 8 set. 2006.

# As transformações no mundo do trabalho e suas repercussões no Brasil atual

Kátia Magalhães Arruda

## Sumário

1. Introdução. 2. A precarização do trabalho e a situação brasileira. 3. A Justiça do Trabalho no Brasil. Considerações finais.

### 1. Introdução

O mundo do trabalho enfrenta grandes e profundas transformações, fortemente delimitadas a partir dos anos 1970 e que nos distanciam cada vez mais da visão de emprego estável e permanente. Prevalece a precarização do trabalho, os contratos por prazo determinado, a terceirização de serviços, a degradação das condições de trabalho e a negação de direitos historicamente conquistados.

A situação no Brasil não é diferente. É bem verdade que a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe avanços significativos aos trabalhadores, positivando vários direitos, além de estendê-los às categorias de empregados antes não abrangidos, como os rurais e os domésticos.

Este artigo pretende fazer uma singela análise sobre a situação da precarização do trabalho no Brasil, contextualizada no atual estágio de desenvolvimento econômico, o papel da Justiça do Trabalho como justiça especializada na solução das lides trabalhistas e as contradições advindas do crescimento econômico, que não atinge a mesma paridade no plano social.

Kátia Magalhães Arruda é ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito Constitucional e Doutora em políticas Públicas.

Verifica-se, como exemplo, um grande crescimento da terceirização da mão de obra, com efeitos danosos aos trabalhadores, que perdem sua vinculação com o verdadeiro tomador de serviços, recebem salários menores que os demais empregados e são estratificados em diversas representações sindicais.

Ao mesmo tempo, o Brasil atravessa importante fase de estabilidade econômica e democrática, com aumento de seu PIB, elevação da expectativa de vida de seus habitantes e, inclusive, reconhecimento internacional como uma potência emergente.

Resta saber se tal crescimento econômico repercutirá positivamente no aumento de empregos e melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores, consolidando conquistas sociais tão necessárias à população brasileira, e na efetivação de um desenvolvimento que melhore os índices sociais e diminua as desigualdades.

## 2. A precarização do trabalho e a situação brasileira

No período que se seguiu à promulgação da Constituição de 1988, esperava-se que os direitos trabalhistas seguissem no sentido da efetivação, já que, como direitos fundamentais, são imprescindíveis à dignidade humana, a partir de práticas concretizadoras dos direitos sociais, também chamados direitos de segunda geração<sup>1</sup>. Entretanto, logo percebeu-se que o Brasil,

<sup>1</sup> Fala-se de gerações de direitos fundamentais em alusão aos direitos consagrados pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que os direitos de primeira geração são os direitos à vida e à liberdade, os de segunda geração são os direitos sociais por entender-se que tais direitos permitem o alcance da igualdade e, por fim, os direitos de terceira geração, referentes ao desenvolvimento, como direitos do consumidor, meio ambiente, entre outros. Já se fala em direitos de quarta (biotecnologia e bioengenharia) e quinta gerações (informatização e comunicação). O Professor Paulo Bonavides prefere o termo “dimensões de direitos fundamentais”, já que a palavra geração dá uma ideia de que alguns direitos substituem os outros, o que não condiz com a moderna teoria de direitos fundamentais do homem.

inserido na grande onda globalizante, recebia orientações fixadas pelos detentores do poder internacional, particularmente os Estados Unidos da América, o que levou o Governo brasileiro a aderir ao chamado “Consenso de Washington”<sup>2</sup>, responsável pelo repasse da receita político-econômica do Fundo Monetário Internacional (FMI) para os países periféricos, aqui resumidos em três posturas fundamentais: a estabilização da economia com o combate à inflação; a efetivação de reformas estruturais (privatizações, liberalização de mercados); a retomada de investimentos estrangeiros como forma de incentivar o desenvolvimento.

Além da adesão brasileira a conceitos e posturas neoliberais, acentuou-se, nos anos 1990, um clima favorável à descentralização industrial, a partir do momento em que os estados-membros ofereceram incentivos fiscais a grandes empresas<sup>3</sup>, que se desloca-

<sup>2</sup> *Consenso de Washington* é um conjunto de medidas – que se compõe de dez regras básicas – formulado em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington, como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, fundamentadas num texto do economista John Williamson, do International Institute for Economy, e que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional em 1990, quando passou a ser “receitado” para promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades. John Williamson criou a expressão “Consenso de Washington”, em 1990, originalmente para significar: o mínimo denominador comum de recomendações de políticas econômicas que estavam sendo cogitadas pelas instituições financeiras baseadas em Washington e que deveriam ser aplicadas nos países da América Latina, tais como eram suas economias em 1989. Desde então a expressão “Consenso de Washington” fugiu ao controle de seu criador e vem sendo usada para abrigar todo um elenco de medidas e para justificar políticas neoliberais (CONSENSO..., 2011).

<sup>3</sup> Os Incentivos Fiscais são comuns às políticas econômicas, porque facilitam o aporte de capitais em uma determinada área com a cobrança de menos impostos ou de sua não cobrança, visando o aquecimento econômico do respectivo território, principalmente com capitais externos à região. A implantação de grandes empresas, inclusive montadoras automobilísticas no Ceará, na Bahia e refinaria no Maranhão, oriundas dos grandes centros industriais são um exemplo desse fato, e em

ram dos centros industriais mais desenvolvidos para cidades menores, onde há mão de obra abundante e barata, apresentando ainda, como vantagem adicional, um baixo nível de organização dos trabalhadores e pouca atividade sindical.

Com o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, uma das metas estabelecidas pelo FMI foi provisoriamente alcançada, estabilizando-se a moeda e contendo a inflação. Entretanto, os custos sociais foram muito altos. O desemprego não foi contido, aumentando a proporção de desempregados, em especial entre os trabalhadores com baixo nível de escolaridade, criando um fosso entre os grandes empregados e executivos e a grande massa de mão de obra desqualificada, que teve como alternativa o mercado informal ou a adesão a outras formas de trabalho, sem a garantia dos direitos básicos e essenciais que haviam sido consagrados na Constituição de 1988.

As escolhas políticas feitas pelo Governo Federal brasileiro reproduziram um processo implementado em toda a América Latina, com a população desassistida pelo poder público, afastando-se cada vez mais do ideário proclamado pelo “Estado do Bem-Estar Social” que vigorava nos países centrais e que para alguns autores, principalmente nos países periféricos, foi transformado em *Estado de mal-estar* (SOARES, 2000), com repercussão na saúde e na educação, descentralizando os referidos sistemas, com a privatização de empresas e de serviços públicos, desmantelamento da previdência social e precarização do trabalho.

geral estimulam a economia local, mas não mantêm os mesmos padrões de trabalho e direitos para os trabalhadores. Uma das disputas mais comentadas foi o caso da empresa FORD, que optou por instalar sua fábrica na Bahia, em detrimento do Rio Grande do Sul, diante das inúmeras vantagens oferecidas pelo Governo baiano, como isenção total de ICMS e financiamento por quinze anos de até 12% do faturamento bruto da empresa como capital de giro, além de financiar investimentos fixos e despesas com implantação do projeto pelo prazo de quinze anos (com taxa de juros de 6% ao ano, sem atualização monetária).

É bem verdade que alguns programas como o “fome zero” e o “bolsa família”<sup>4</sup>, ampliados pelo Governo do Presidente Lula, melhoraram a distribuição de renda e permitiram o acesso de parte da população a bens e serviços essenciais, mas esses avanços não refletiram nos programas de emprego, sendo forte o trabalho precarizado.

Entende-se o conceito de precarização aqui utilizado como o trabalho com pouca ou nenhuma estabilidade, frágil, deficiente, com direitos diferenciados ou diminuídos, a exemplo do que ocorre com os contratos por prazo determinado, em especial os realizados com base na Lei n. 9.601/98, contratos nos quais os trabalhadores percebem valores inferiores de depósitos no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), não fazem jus ao aviso prévio na ruptura contratual, ou pior ainda, situações de trabalho degradante, em condições de altíssima insalubridade ou periculosidade, sem que as normas de segurança do traba-

<sup>4</sup> O Programa Bolsa Família (PBF) é um programa de transferência de renda com condicionalidades criado pelo Governo Lula em 2003 para integrar e unificar ao Fome Zero os antigos programas criados no Governo FHC (Fernando Henrique Cardoso): o “Bolsa Escola”, o “Auxílio Gás” e o “Cartão Alimentação”. O PBF é tecnicamente chamado de *mecanismo condicional de transferência de recursos*. Consiste na ajuda financeira às famílias pobres, definidas como aquelas que possuem renda per capita de R\$ 70,01 até 140,00, e extremamente pobres, com renda per capita até R\$ 70,00. A contrapartida é que as famílias beneficiárias mantenham seus filhos e/ou dependentes com frequência na escola e vacinados. O programa visa reduzir a pobreza a curto e a longo prazo mediante transferências condicionadas de capital, o que, por sua vez, visa quebrar o ciclo geracional da pobreza de geração a geração. É considerado um dos principais programas de combate à pobreza do mundo, tendo sido nomeado como “um esquema anti-pobreza inventado na América Latina (que) está ganhando adeptos mundo afora” pela britânica *The Economist*. Ainda de acordo com a publicação, os governos de todo o mundo estão de olho no programa. O jornal francês *Le Monde* reporta: “O programa Bolsa Família amplia, sobretudo, o acesso à educação, a qual representa a melhor arma, no Brasil ou em qualquer lugar do planeta, contra a pobreza (BOLSA ..., 2011).

lho sejam cumpridas<sup>5</sup>. Inclua-se, ainda, a prestação de serviços sem carteira de trabalho, assim como o trabalho terceirizado, as falsas cooperativas (criadas apenas para fraudar a legislação trabalhista ao apresentar operários como sócios), situações em que o trabalhadores ficam desguarnecidos dos direitos que o trabalho com vínculo empregatício pode oferecer.

O desemprego crescente, ao longo dos anos 1990, seria o principal fundamento para a ofensiva à categoria trabalho. Mas seria o desemprego crescente suficiente para decretar o fim da centralidade do trabalho, considerando os limites de inserção da força de trabalho no sistema capitalista? Não é inerente a esse sistema manter sempre uma população excedente?

Antunes (2002) reconhece uma nova morfologia do trabalho, sem, entretanto, desconsiderar a centralidade da categoria trabalho como fundante no mundo dos homens. Diz Antunes (2005, p. 27) que, quando “[...] concebemos a forma contemporânea do trabalho como expressão do trabalho social, que é mais complexificado nos seus ritmos e processos, não podemos com as teses que desconsideram a interação entre trabalho vivo e trabalho morto [...]”; e complementa: “[...] em verdade, o sistema de metabolismo social do capital necessita cada vez menos de trabalho estável e cada vez mais de trabalho parcial – *part-time* –, terceirizado, precarizado [...]”. A centrali-

dade do trabalho se expressa no pensamento de Karl Marx (1982), para quem “toda a chamada história universal não é outra coisa senão a produção do homem pelo trabalho humano”. Segundo esse pensador:

“Antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a Natureza. Ele mesmo se defronta com a matéria como uma força natural. Ele põe em movimento as forças naturais pertencentes a sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mão, a fim de apropriar-se da matéria natural numa forma útil para a própria vida. Ao atuar, por meio desse movimento, sobre a Natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza. Ele desenvolve as potências nela adormecidas e sujeita ao jogo de suas forças o seu próprio domínio” (MARX, 1985, p.142).

A precarização do trabalho no Brasil alcança níveis extremos, com a existência de condição de trabalho degradante (análogo à condição de escravo) e a exploração ilegal do trabalho de crianças, que muitas vezes perdem sua infância e toda e qualquer possibilidade de ingresso no mercado competitivo de trabalho por terem abandonado, ou sequer iniciado, seu processo de escolarização.

Ressalte-se que a precarização implica a degradação das condições de trabalho e de vida do trabalhador e, embora caracterize o trabalho alienado desde os primórdios do capitalismo, acentua-se no atual processo de flexibilização, o qual configura “[...] o consumo cada vez mais predatório e desumano da força de trabalho” (KUENZER, 2007, p. 6). Como complementa a autora, a acumulação flexível, embora caracterizada por utilizar tecnologias de alta complexidade, incorpora diversas formas de trabalho, a exemplo do domiciliar. É compreensível,

<sup>5</sup> A jurisprudência e a doutrina brasileiras têm se ocupado bastante de questões pertinentes a assédio sexual e moral na relação de trabalho, matéria que é extremamente relevante, mas não comporta nos contornos desse trabalho, que visa à análise de questões de precarização do trabalho que possa atingir o centro da relação de trabalho em seus direitos, ficando apenas o registro no sentido de se compreender o trabalho não apenas na perspectiva da contraprestação salarial e jornada de trabalho, mas também da ética, moralidade e respeito humano. O mesmo se registre quanto a doenças que não tiveram origem no desenvolvimento da atividade profissional, como o alcoolismo, que sempre foi considerado como justa causa para a rescisão contratual e que hoje é visto como uma doença a ser tratada e não penalizada.

portanto, a coexistência de tais condições precárias no capitalismo contemporâneo, pois este sistema utiliza formas de trabalho “[...] quando e do modo que lhe interessa para assegurar os ganhos do capital” (KUENZER, 2007, p. 10), sobretudo porque, como já afirmara Marx, os

“[...] meios de produção que o operário emprega no processo real de trabalho são, claro, propriedade do capitalista – erguem-se como capital em face do trabalho, que é a manifestação vital do operário. Porém, por outro lado, é este que os utiliza no seu trabalho. [...] não é o operário que emprega os meios de produção; são os meios de produção que empregam o operário. Não é o trabalho vivo que se realiza no trabalho material como seu órgão objetivo; é o trabalho material que se conserva e se acrescenta pela sucção do trabalho vivo, graças ao qual se converte num *valor que se valoriza, em capital*, e funciona como tal” (MARX, 1985, p 54-55).

A flexibilização, difundida sob o discurso de ser essencial à modernização das relações de trabalho e atualizadora da legislação trabalhista, é, na verdade, uma das mais importantes ferramentas utilizadas pelo capital para subjugar os trabalhadores aos interesses de lucros crescentes, deixando a força de trabalho cada vez mais fragilizada, aumentando a concentração de rendas. Tais propostas ganham fôlego, a despeito da miséria mundial crescente, lembrando como Vasapollo (2006) que o aumento da precariedade do trabalho traz o aumento da instabilidade de rendimentos, a isso acrescentando o fracasso gradual do Estado social, também em relação à seguridade social.

“Tudo isso se soma – e não substitui – às velhas formas de pobreza. Os dados oficiais continuam a assinalar que no ‘Sul’ do mundo são mais de 100 milhões de crianças que vivem nas ruas, mais de 250 milhões de

meninos que trabalham, mais de trezentos milhões de meninos que são militares e mais de 1 milhão de mulheres jovens que são obrigadas a se prostituir. E esses dados não consideram o ‘Sul profundo’, onde qualquer estimativa é impossível. É suficiente lembrar apenas que 80% da população mundial vive no Terceiro Mundo e tem a sua disposição menos de 20% da riqueza mundial, e que, a cada ano, mais de 14 milhões morrem antes de chegar aos 15 anos. Para ter uma idéia do problema da pobreza, é suficiente pensar que, em 2001, mais de 1,2 bilhão de pessoas não dispunham sequer de 1 dólar por dia para satisfazer suas necessidades básicas (45% da população da África subsaariana, 40% da população da Ásia e 16% da população da América Latina vivem com menos de 1 dólar/dia)” (VASAPOLLO, 2006, p. 53).

Entre outros diversos fatores, a redução das taxas médias de lucro, que atingiu o mundo capitalista no final dos anos 1960, acirrando as ofensivas neoliberais ao Keynesianismo<sup>6</sup>, foi determinante para a busca da “flexibilização” das relações de trabalho, com uma forte ofensiva sobre o padrão de produção taylorista-fordista, cujo ataque ao contrato de trabalho foi uma das principais medidas adotadas para superar a dita “rigidez” desse padrão. A partir dos anos 1970, estabeleceu-se um novo padrão de acumulação, o qual Harvey (1992) denomina de *acumulação flexível*. De acordo com o autor, a

“[...] acumulação flexível [...] é marcada por um confronto direto com a

<sup>6</sup> Teoria criada pelo economista britânico John Maynard Keynes (1882-1946) e que foi difundida por meio do seu livro *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1936). Pregava que, dentro dos parâmetros do mercado livre capitalista, colocava-se a necessidade de uma forte intervenção econômica do Estado com o objetivo principal de garantir o pleno emprego e manter o controle da inflação (GASTALDI, 2003).

rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, novos mercados de trabalho, dos produtos e padrões. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões de desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego do chamado 'setor de serviços', bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas tais como, a Terceira Itália, Flandes, vários vales e gargantas de silício, para não falar da vasta profusão de atividades dos países recém-industrializados" (HARVEY, 1992, p. 140).

No contexto dessa crise estrutural do capital, o enfraquecimento sindical e o crescimento acelerado da força de trabalho excedente foram inevitáveis. Aproveitando-se dessa fragilidade, a "estabilidade" do contrato de trabalho, própria ao Estado de bem-estar social, foi duramente atingida. Dessa maneira, os trabalhos subcontratados, parciais, temporários se sobrepuseram ao trabalho regular com carteira assinada. Nesse sentido, qual seria o sentido da flexibilização que passava a determinar todas as relações sociais na sociedade capitalista? O jornalista Artur Costa (2008) explicita a sua compreensão sobre o sentido da flexibilização:

"O termo 'flexibilização', muito em voga nos tempos que correm, o que é que significará realmente? O que é que ele revela e esconde ao mesmo tempo? 'Flexibilidade' é a qualidade do que é 'flexível' e 'flexível' é o que é dúctil, maleável, elástico,

adaptável, moldável. Também dócil, dobradiço, fácil de manusear. Um material flexível é um material que não oferece grande resistência, que é suave ao contacto, que se adapta a uma multiplicidade de formas, de construções, de situações. Hoje fala-se muito de 'flexibilização' no plano das relações econômicas, sociais, laborais, culturais, etc. O termo 'flexibilização' impôs-se como a marca ideológica mais relevante dos tempos que correm. Quase como uma fatalidade, o que, de certa maneira, é um paradoxo, pois, em princípio, o que é da ordem da fatalidade não é flexível. Mas tenta fazer-se passar a idéia de que o progresso reside hoje, sem apelo nem agravo, na flexibilidade. Estamos condenados a ser flexíveis, isto é, a abandonar a pressuposta rigidez antiga, que nos impede de seguirmos em frente, de nos tornarmos modernos, de acompanharmos a evolução dos tempos que correm. E aí está como a 'flexibilização' é o padrão da modernidade, ou da pós-modernidade, já nem sei. Essa 'flexibilização' que é o antídoto da intransigência, da tradição, da fixidez, mesmo daquilo que tínhamos como adquirido. Tudo coisas boas, diria mesmo inefáveis. O pior é que esse elogio ou imposição da ductilidade propulsora da mudança significa (esconde), o mais das vezes, a anulação de direitos adquiridos após anos e anos de árdua luta. E alguma coisa, no progresso dos homens, tem de ter rigidez e permanência. Nem tudo pode submeter-se a esta ânsia ideológica da 'flexibilização'."

Os impactos dessa ideologia sobre o mundo do trabalho foram imensos. Como destaca Antunes (2008), nas

"[...] últimas décadas, as mutações que ocorreram no universo produtivo, em escala global, foram de grande

monta e afetaram enormemente o mundo do trabalho. A denominada era da globalização combinou, de modo esdrúxulo, 'era da informatização', pelo avanço tecnocientífico, com a 'época da informalização', isto é, uma precarização ilimitada do trabalho, que também atinge uma amplitude global. Os capitais passaram a exigir, cada vez mais, a flexibilização dos direitos do trabalho, forçando os governos nacionais a ajustarem-se à fase da acumulação flexível. Flexibilizar a legislação do trabalho significa, não é possível ter nenhuma ilusão sobre isso, aumentar ainda mais a precarização e destruição dos direitos sociais que foram arduamente conquistados pela classe trabalhadora, desde o início da Revolução Industrial na Inglaterra e, especialmente, pós-1930, quando se toma o caso brasileiro. Como a lógica capitalista é acentuadamente destrutiva, os governos nacionais estão sendo cada vez mais pressionados a adaptar sua legislação social às exigências do sistema global do capital, aos imperativos do mercado, destruindo profundamente os direitos do trabalho."

Interessante observar que "[...] a flexibilização tem raízes no Estados Unidos da América, onde historicamente a negociação coletiva foi fator determinante no desenvolvimento do Direito do Trabalho" (MACHADO, 2005). Essa não é a nossa realidade, pois o direito do trabalho no Brasil sempre foi mais legislado que negociado, mesmo que a legislação tenha sido em decorrência de lutas sindicais e trabalhistas, as soluções negociadas não foram significativas para demarcar um campo jurídico de criação e extensão de direitos. Aliás, observa-se a flexibilização como principal marca dos acordos e convenções coletivas mais recentes, a exemplo dos grandes acordos da Volkswagen na região

do ABC Paulista (com a diminuição da jornada de trabalho para justificar a diminuição salarial), assim como dos acordos dos petroleiros<sup>7</sup>, realizados logo após greve de repercussão nacional, que ocasionou demissões dos líderes sindicais.

Por muito tempo o Brasil foi avaliado em seu contexto social como uma "[...] continuação permanente e alternada de paternalismo e repressão [...]" (FIORI, 1995, p. 46), em que a população, a despeito de pertencente ao mercado capitalista, atuava como consumidora marginal, tanto material como culturalmente, sem a inserção nos aspectos de bem-estar e conforto típicos do capitalismo desenvolvido. Essa situação vem mudando lentamente, sendo inconteste que o país representa atualmente a oitava economia do mundo, embora o crescimento econômico não seja proporcional ao desenvolvimento humano e social.

A atuação dos poderes estatais expressa essa prática social oscilante. O poder Executivo, ora apresenta propostas de combate emergencial à fome, ora favorece empréstimos bilionários às instituições financeiras. O Legislativo vacila entre a aprovação de leis cujo controle social é pouco consistente (como a prorrogação da Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF) e a demora na regulação de questões de grande importância para os direitos sociais e trabalhistas, a exemplo da proteção ao emprego e indenização compensatória no caso de despedidas arbitrárias ou sem justa causa (art. 7º, I, da Constituição Federal).

O Poder Judiciário também reflete essas oscilações, embora seja o mais estável entre os poderes, com técnicas admiradas no

<sup>7</sup> A greve dos petroleiros ocorreu em maio de 1995 e foi considerada como o maior enfrentamento trabalhista do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Em decorrência da greve, que durou 32 dias, mais de 70 trabalhadores foram demitidos, embora posteriormente a maioria tenha retornado ao trabalho, em decorrência de anistia política.

mundo todo, tais como o processo eleitoral em eleições diretas e utilização de urnas eletrônicas de votação para parlamentares e membros do Executivo. A corte máxima, o STF – Supremo Tribunal Federal, tem julgamentos televisionados para dar maior transparência e publicidade, além da política de valorização de concursos públicos para servidores e magistrados (evitando favoritismos) e da criação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que atua visando dar maior celeridade aos órgãos que lhes são vinculados.

### 3. A Justiça do Trabalho no Brasil

A Justiça do Trabalho é ramo especializado do Poder judiciário, com atribuição fixada na Constituição Federal e competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta, além das ações que envolvem sindicatos, direito de greve, ações de dano material e moral decorrentes da relação de trabalho. Não estão incluídas na competência da Justiça do Trabalho as causas que envolvam servidores públicos estatutários ou vinculados ao Poder Público por relação de caráter jurídico-administrativo.

Para surpresa de muitos, a Justiça do Trabalho teve sua competência ampliada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, após várias tentativas que buscavam sua extinção como justiça especializada<sup>8</sup>. Tal ampliação ocorreu principalmente quanto ao sujeito de direito, vez que, antes da mudança constitucional, a magistratura

<sup>8</sup> Um dos projetos de extinção da Justiça do trabalho foi a proposta de emenda à Constituição n. 43, de 1997, que propagava que as questões trabalhistas poderiam ser solucionadas pelos sindicatos, sem necessidade da intervenção do Poder Judiciário. A realidade tem mostrado que os sindicatos brasileiros estão atônitos diante do avanço de um novo tipo de capital: migratório e sem barreiras. A ameaça do desemprego, por sua vez, tem impedido uma maior mobilização de seus associados. Todas as propostas que visavam a extinção da Justiça do trabalho no Brasil foram arquivadas.

trabalhista só julgava a relação de emprego (com vínculo subordinado) e atualmente abrange a relação de trabalho, conceito mais abrangente que abriga, inclusive, o mercado informal.

São órgãos da Justiça do Trabalho: I – o Tribunal Superior do Trabalho, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência em todo o território nacional e com sede no Distrito Federal; II – 24 Tribunais Regionais do Trabalho; III – os juízes do trabalho, que atuam em varas trabalhistas espalhadas em todo o território nacional, em número de 1.377 varas.

Os números e a estrutura da Justiça do Trabalho brasileira costumam impressionar, mas é bom lembrar que o Brasil possui mais de 190 milhões de habitantes, área territorial de 8 514 876,599 km<sup>2</sup> e PIB de US\$ 1,995 trilhão de dólares.

Apesar de tudo, a Justiça do Trabalho brasileira é reconhecida pelos operadores jurídicos e pela sociedade como a justiça mais célere e que muito bem representa a equidade, buscando o equilíbrio que deve nortear as relações conflituosas entre o capital e o trabalho. A tabela a seguir traz dados oficiais coletados pelo TST sobre o número de processos distribuídos, julgados e o resíduo nos dez últimos anos.

O alarmante número de processos judiciais envolvendo a violação de direitos trabalhistas expressa, por sua vez, a dicotomia entre a positivação e a concreção de direitos, tema que se acentua nos países com economia baseada na desigualdade. O desrespeito à legislação trabalhista acontece nos Estados-membros ricos e pobres, no setor industrial e no setor agrícola, nos diversos setores. Apenas para que se tenha uma ideia do volume de processos, a Corte superior trabalhista, o TST (Tribunal Superior do Trabalho), recebeu em 2009 mais de 200 mil recursos que foram distribuídos para julgamento entre seus 27 membros. O número de recursos é crescente a cada ano, mas os dados mais impressionantes dizem respeito ao número de processos recebidos

Ano	Processos		
	Recebidos	Julgados	Resíduo
2010	1.387.072	1.376.067	1.479.228
2009	2.974.042	2.914.547	1.453.709
2008	2.740.952	2.730.431	1.451.949
2007	2.636.798	2.580.396	1.418.029
2006	2.446.914	2.368.212	1.391.769
2005	2.401.273	2.268.279	1.314.642
2004	2.200.070	2.180.078	1.224.818
2003	2.298.292	2.195.537	1.212.807
2002	2.113.533	2.104.820	1.072.390
2001	2.272.312	2.380.741	1.062.341
2000	2.266.403	2.398.884	1.131.046

e solucionados na Justiça do Trabalho como um todo, que no ano de 2009 aproximou-se de três milhões de reclamações trabalhistas.

### *Considerações finais*

O que se mostra contraditório é que, embora a crise financeira mundial não tenha sido forte no Brasil, ao contrário, o país parece estar mais forte do que antes da crise, com crescimento anual acima de 5%, com inflação controlada, economia estável, tais fatores não aumentam o nível de emprego e salários, que continuam muito abaixo da média dos países desenvolvidos.

Segundo o Fórum Econômico Mundial, o Brasil foi o país que mais melhorou em competitividade em 2009, superando inclusive a Rússia e diminuindo a diferença de competitividade com a Índia e a China, além de ganhar destaque no setor tecnológico, com projetos que abrangem submarinos, aeronaves, além do pioneirismo em outros campos, como a produção de etanol e a pesquisa de petróleo em águas profundas.

O país cresce, mas a política continua a ser a de precarização das relações de trabalho e de desregulamentação de direitos trabalhistas.

Um exemplo de tal contradição é a situação dos trabalhadores bancários. Embora

tenha havido aumento de postos de trabalho no primeiro semestre de 2010, houve maior rotatividade de empregados e a substituição de trabalhadores mais antigos, ou seja, a demissão de empregados com remuneração superior e a contratação de trabalhadores com remuneração inferior.

A proteção do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está prevista constitucionalmente desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988, entretanto, até o presente momento, a matéria não foi regulamentada, o que mostra mais uma vez o grande poder de pressão do empresariado nacional sobre tema da maior relevância para os trabalhadores.

Outro exemplo recente, ocorrido em 2009, envolveu a Embraer - Empresa Brasileira de Aeronáutica, terceira maior fabricante de aeronaves comerciais do mundo, recebedora de incentivos públicos e com importante papel estratégico para a aviação militar brasileira, por fabricar cerca de 50% de seus equipamentos. Na apuração do lucro, a empresa mostrou estabilidade e liquidez financeira, o que não a impediu de demitir em massa mais de 4.000 trabalhadores, cerca de 20% do seu corpo funcional.

As despedidas coletivas também não gozam de proteção específica. Submetido o caso Embraer ao Poder Judiciário, ocasião

em que o Sindicato dos Trabalhadores solicitava a readmissão dos empregados demitidos, o Tribunal Superior do Trabalho julgou não haver abuso na demissão dos 4.273 trabalhadores da Embraer, devido a ausência de norma cogente capaz de garantir a readmissão dos trabalhadores.

A despeito disso, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, com base em uma interpretação constitucional integradora, fundamentada nos valores sociais do trabalho e na dignidade da pessoa humana e, ainda, na prevalência da negociação coletiva como importante veículo de solução dos conflitos coletivos, que, para despedidas coletivas, há necessidade de negociação coletiva, ou seja, antes de efetuar demissões em massa, as empresas têm de negociar com os sindicatos, o que sem dúvida significa um avanço jurisprudencial que diminuirá as dispensas injustificadas que atingem centenas de trabalhadores e suas famílias, criando transtornos não apenas na esfera individual, mas no aspecto coletivo e social.

Apenas para finalizar, percebe-se que a realidade brasileira mostra-se eivada de contrastes e desequilíbrios.

Ao mesmo tempo em que o caminho da modernidade é construído, deve-se também construir o caminho da cidadania e da dignidade. São caminhos que se cruzam e se completam e sem os quais não se pode falar em justiça. Como bem declarou Ulysses Guimarães em seu discurso na Constituinte em 27 de julho de 1988:

*“Essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”. “Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos guetos da perseguição social”.*

Dizer que nada mudou é pessimismo exagerado e visão míope da realidade, mas ainda há muito a ser mudado e talvez essa seja a parte maior da história de um país que se afirma como democrático e justo.

## Referências

ANTUNES, Ricardo. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.

\_\_\_\_\_. O que temos para comemorar? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1 maio 2008, p. A3.

\_\_\_\_\_. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2002.

BOLSA família. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. San Francisco: Wikimedia Foundation, 2011. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Bolsa\\_Fam%C3%ADlia](http://pt.wikipedia.org/wiki/Bolsa_Fam%C3%ADlia)>. Acesso em: 25 ago. 2011.

CONSENSO de Washington. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. San Francisco: Wikimedia Foundation, 2011. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Consenso\\_de\\_Washington](http://pt.wikipedia.org/wiki/Consenso_de_Washington)>. Acesso em: 25 ago. 2011.

COSTA, Artur. As barreiras do medo: [flexibilização]. *Jornal de Notícias*, Porto. Disponível em: <[http://jn.sapo.pt/2005/03/10/opiniao/as\\_barreiras\\_medo.html](http://jn.sapo.pt/2005/03/10/opiniao/as_barreiras_medo.html)>. Acesso em: 12 mar. 2008.

FIORI, José Luis. Em busca do dissenso perdido: ensaios críticos sobre a festejada crise do Estado. [S.l.]: Sight, 1995.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.

KUENZER, Acacia Zeneida. Da dualidade assumida à dualidade negada: o discurso da flexibilização justifica a inclusão excludente. *Revista Educação Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, Edição Especial, p. 1153-1178, out. 2007. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

MACHADO, José Manoel. A fiscalização do trabalho frente à flexibilização das normas trabalhistas. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 9, n. 644, 13 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6599>>. Acesso em: 08 abr. 2008.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1985. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Para a crítica da economia política*. São Paulo: Vitor Civita, 1982.

SOARES, Laura Tavares. *Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina*. São Paulo: Cortez, 2000.

VASAPOLLO, Luciano. O trabalho atípico e a precariedade: elemento estratégico determinante do capital no paradigma pós-fordista. In: \_\_\_\_\_. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

# Responsabilidade do administrador de entidades fechadas de previdência complementar

Gustavo Saad Diniz

## Sumário

1. Estrutura das entidades fechadas de previdência complementar. 2. Atribuição de funções ao administrador e padrão de conduta do homem ativo e probo. 3. Fundamento da responsabilidade civil do administrador. 3.1. Da responsabilidade pela falta de aporte das contribuições pelo patrocinador. 3.2. Condutas típicas do Decreto nº 4.942/2003 e Resolução CMN nº 3.792/2009. 4. Interpretação do risco. 5. Conclusão.

### *1. Estrutura das entidades fechadas de previdência complementar*

Com os fortes déficits da Previdência Social pública, a alternativa das entidades de previdência complementar passou a ser a principal fronteira de reforço institucional do sistema. Por essa razão, a regulamentação do setor passou a aumentar à medida que também incrementou a demanda por essa complementação dos proventos de aposentadoria<sup>1</sup>. Se por um lado a chamada “capacidade normativa de conjuntura” (GRAU, 1978, p. 48-50) foi exponencialmente reforçada, por outro, não houve um acompanhamento das demais fontes de direito, tendo em vista a pouca produção científica de orientação do setor e as óbvias consequências de insegurança jurídica geradas.

Gustavo Saad Diniz é Professor Doutor de Direito Comercial da USP-FDRP, Doutor em Direito Comercial pela USP, Mestre em Direito pela Unesp/Franca e Advogado.

<sup>1</sup> A previdência social privada foi inicialmente regulada pela Lei nº 6.435/77, que tratava somente sobre as entidades de previdência privada (inclusive as que já existiam anteriormente à sua promulgação).

Feita a ressalva, observa-se que, a partir do art. 202 da CF, ocorreu a estruturação de um regime de previdência privada de caráter complementar e facultativo (ROMITA, 2002, p. 5), com organização autônoma e baseada na constituição de reservas que garantem o benefício contratado. Afirma-se com Rodrigues (2003, p. 243):

“Há quatro pilares fundamentais para o equilíbrio dos fundos de pensão: 1) sua condição de solvabilidade, calcada em reservas, provisões e ativos garantidores; 2) segurança dos investimentos; 3) cumprimento das obrigações pactuadas (de forma a não gerar passivo futuro a descoberto); 4) equilíbrio atuarial (situação estimada no longo prazo).”

A lógica do sistema de previdência complementar é a captação de recursos dos beneficiários e dos patrocinadores (sociedades empresárias e entes da administração pública direta e indireta), investindo esses valores em ativos financeiros diversificados para preservação do valor do capital tomado. Com isso, preserva-se o valor da moeda com riscos administrados e se torna possível arcar com as aposentadorias e pensões dos beneficiários.

Esses pressupostos são alcançados por organizações jurídicas com objeto essencialmente vinculado à administração atuarial de ativos para fazer frente aos benefícios pretendidos. Para tanto, a Lei Complementar nº 109/2001 prevê a possibilidade de atuação de entidades abertas e fechadas, que têm por escopo instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (art. 2º da LC nº 109/2001). As entidades abertas devem se constituir na forma de sociedades anônimas (art. 36 da LC nº 109/2001), sendo regidas pela Lei nº 6.404/76. Assim, existe maior instrumental jurídico para interpretação da atuação de administradores dessas sociedades, o que não ocorre com as entidades fechadas<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Diante da omissa normativa, a integração deve ser obtida com a aplicação das regras gerais do CC e

Nestas existe a possibilidade de constituição de fundação<sup>3</sup> ou sociedade civil, sem fins lucrativos<sup>4</sup>, conforme art. 31, §1º, da LC nº 109/2001.

Essas entidades de previdência complementar fechadas são acessíveis: (a) aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, denominadas patrocinadores; (b) aos servidores da União, Estados e Municípios, denominados patrocinadores; (c) aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominados instituidores. Observe-se que o acesso ao plano de benefícios é restrito ao grupo de empregado das sociedades empresárias, denominadas patrocinadoras.

utilização da analogia com as sociedades anônimas com avaliação da compatibilidade da regra utilizada para equacionamento do problema.

<sup>3</sup> “Entidades fechadas de previdência privada são sociedades civis ou fundações que têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, sendo vedada a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto (art. 32 e seu parágrafo único da LC 109). Serviços assistenciais à saúde poderão continuar a ser prestados, desde que seja estabelecido um custeio específico, mediante contabilização e patrimônio mantido em separado em relação ao plano previdenciário (art. 76 da LC 109). A entidade fechada é, portanto, sempre, uma pessoa jurídica. Não se considera atividade de previdência privada a simples instituição de pecúlio por morte, no âmbito limitado de uma empresa, de uma fundação ou de outra entidade de natureza autônoma, desde que administrado exclusivamente sob a forma de rateio entre os participantes: são as denominadas mútuas, não dotadas de personalidade jurídica” (ROMITA, 2002, p. 5).

<sup>4</sup> Nesse ponto existe séria discussão a respeito da formação de sociedade civil, sem fins lucrativos, levando-se em consideração a modificação promovida pelo Código Civil de 2002, que categorizou as pessoas jurídicas em associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos (art. 44 do CC). Tecnicamente, as sociedades têm uma atividade econômica que pode caracterizar a titularidade de empresa (sociedade empresária) ou então o exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística (sociedade simples). Assim, o CC extinguiu a figura anômala que se tinha no CC/1916, da sociedade civil, sem fins lucrativos, que nada mais é do que uma associação. Por esse motivo, a regra do art. 31, §1º, da LC 109/2001 deve ser aplicada com a integração interpretativa do Código Civil em vigor.

A atuação das entidades passa a ser a administração dos recursos transferidos pelos patrocinadores ou instituidores e participantes.

Para a constituição e o funcionamento da entidade fechada de previdência privada, é imprescindível a autorização do órgão regulador e fiscalizador (art. 33, inciso I, da LC nº 109/2001). Além de atuar na autorização de funcionamento, a fiscalização que o Poder Público exerce sobre as atividades das entidades fechadas de previdência privada abrange: (a) fiscalização da aplicação do estatuto, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações, além das operações de fusão, retiradas de patrocinadores e transferência de patrocínio (art. 33 da LC nº 109/2001); (b) nomeação de administrador especial (art. 42 da LC nº 109/2001); (c) decretação de intervenção (art. 44 da LC nº 109/2001); (d) decretação de liquidação extrajudicial (arts. 47 a 53 da LC nº 109/2001)<sup>5</sup>.

## 2. Atribuição de funções ao administrador e padrão de conduta do homem ativo e probo

Sendo função das entidades fechadas a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária (art. 32 da LC nº 109/2001), a sua atuação demanda a captação de recursos dos beneficiários e a sua correta gestão econômico-financeira. Portanto, há grande carga de confiança depositada no administrador desse fundo de pensão.

Investigar a natureza jurídica da administração das entidades fechadas de previdência privada é fundamental para nossos objetivos, porque auxiliará na interpretação

da responsabilidade. Com efeito, a entidade é provida de órgãos que lhe dirigem as atividades, com atribuições específicas feitas no estatuto, exigindo-se a estrutura mínima do art. 35 da LC nº 109/2001: (a) Conselho Deliberativo (representação paritária com patrocínio público); (b) Conselho Fiscal (representação paritária com patrocínio público); (c) Diretoria Executiva (composição por até 6 membros quando houver patrocinador público, com formação de nível superior – art. 19, §2º, LC 108/2001).

Tal estrutura compõe *órgãos com poderes específicos atribuídos pelo estatuto da entidade fechada para administrar a fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos (associação) no âmbito interno e atuar por ela nas relações jurídicas com outras pessoas naturais e jurídicas, privadas ou públicas*. Obtêm-se, portanto, os elementos nucleares do conceito, que passam a definir os contornos do instituto jurídico, porque a administração é: (a) órgão da pessoa jurídica; (b) composta por uma ou mais pessoas naturais, escolhidas de acordo com a composição paritária determinada pela legislação de regência; (c) com poderes de administração interna e cumprimento do estatuto; (d) atuando externamente nas relações jurídicas com outras pessoas. Sendo órgãos, a eles são confiados poderes de deliberação, de gestão, de fiscalização, de prestação de contas e de atuação, de acordo com as disposições estatutárias, para atribuição de competências internas e autorização do que os alemães chamam de gestão dos negócios (*Geschäftsführungsbefugnis*).

Dentro das atribuições de cada um dos órgãos, espera-se do administrador ou conselheiro a atuação com padrão ético de conduta, cuja pauta é justamente a conduta do *homem ativo e probo*. Com efeito, ao lidar com recursos captados da poupança dos beneficiários dos planos de aposentadoria complementar, o administrador da entidade fechada (fundação ou associação) assume pauta de conduta que o impinge a investimentos que mantenham o poder de

<sup>5</sup> No caso de constituição na forma de fundação, já tivemos oportunidade de analisar que se trata de exceção ao velamento feito pelo Ministério Público (art. 66 do CC), tendo em vista que o art. 72 da LC 109/2001 traz competência privativa do órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas (DINIZ, 2007, p. 116).

compra dos recursos arrecadados, ao mesmo tempo que o limita a buscar segurança na gestão desses recursos. Impensável, para esse administrador, a atuação em conflito de interesses (art. 10 da Resolução CMN nº 3.792/2009), a prática de liberalidades em detrimento dos recursos administrados ou mesmo a tomada de medidas para benefício próprio.

### 3. *Fundamento da responsabilidade civil do administrador*

A partir da natureza da administração dessas entidades fechadas [item 2] e diante da natureza dos recursos geridos, a confiança depositada no administrador implica a exigência de padrão de conduta não previsto na legislação específica. Por integração hermenêutica para atender à função econômica do instituto, é possível invocar o *standard* de comportamento do homem ativo e probo, diligente na condução dos negócios e que tem previsão no art. 153 da Lei nº 6.404/76 (LSA) e no art. 1.011 do CC. Orienta nesse sentido Rodrigues (2003, p. 232):

“Considerando a relevância da atividade desempenhada pelos gestores de fundos previdenciários e o elevado grau de fidedignidade demandado, é natural que lhes seja imputado padrão correspondente de responsabilidade. Referimo-nos ao zelo exigido na administração dos ativos referentes ao processo de capitalização e no gerenciamento do denominado passivo previdenciário. Destarte, dever-se-á buscar a fixação de um conjunto de condutas esperadas desses gestores fiduciários, a fim de fixar-lhes um padrão de culpa *in abstracto*.”

Inferese da legislação especial que, para composição do Conselho Deliberativo e do Conselho Fiscal, é preciso comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização ou de auditoria.

Ou seja, é preciso rigor técnico para operar no mercado. Exige-se também formação de nível superior, salvo os 30% excepcionais do §8º, do art. 35 da LC nº 109/2001.

Assim sendo, é imperioso o respeito à lei e ao estatuto para atendimento do interesse dos participantes e beneficiários, utilizando todo o zelo e técnica negocial e atuarial. Com essa ordem de fatores, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 3.792/2009, que, no art. 4º, definiu alguns deveres para os investimentos feitos pelos administradores de fundos de pensão. São eles: I – observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez e transparência; II – exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência; III – zelar por elevados padrões éticos; e IV – adotar práticas que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios.

Diante desse pressuposto de análise da conduta do administrador, a própria LC nº 109/2001, em seu art. 63, trata da responsabilidade dos administradores da entidade, nos seguintes termos: “Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar”.

O dispositivo trata claramente de padrão de responsabilidade subjetiva (RODRIGUES, 2003, p. 237), tendo em vista que, na apuração da conduta, deverão ser extraídos o dolo ou a culpa, além, é claro, de estabelecer o nexo de causalidade com o prejuízo efetivamente gerado. Não se pode falar em responsabilidade objetiva nesse caso, especialmente porque: (a) não se presume esse tipo de reparação de danos e a lei não exclui a apuração de culpa genérica; (b) não se trata de aplicação da teoria do risco, mas, sim, de possibilidade de descumprimento da legislação ou do próprio estatuto da entidade.

Existe vinculação do dispositivo a um tipo de apuração de responsabilidade, que está diretamente ligada ao tipo da obrigação e à forma de atuação do administrador<sup>6</sup>. Assim sendo, como a relação é estritamente de confiança e fortemente regulamentada, é preciso que o administrador cumpra a legislação e siga estritamente as regras estatutárias para que não incorra em ilícito. Complementarmente, as regras gerais do CC se aplicam nessa atribuição de responsabilidade, fornecendo o instrumental para determinação do dever de reparar e da extensão dos danos (arts. 927 e seguintes do CC).

Ademais disso, o causador do prejuízo poderá ser qualquer dos componentes dos órgãos estatutários investidos da administração da entidade, além da extensão aos procuradores com poderes de gestão, ao interventor e ao liquidante.

### *3.1. Da responsabilidade pela falta de aporte das contribuições pelo patrocinador*

Além da responsabilização das pessoas enumeradas pelo art. 63 da LC nº 109/2001, ainda é possível estender solidariamente a responsabilidade pessoal para os administradores do patrocinador, quando não efetivarem as contribuições normais e extraordinárias a que estiverem obrigados, na forma do regulamento do plano de benefícios ou de outros instrumentos contratuais. Essa a

<sup>6</sup> A responsabilidade da diretoria executiva é direta pelos atos praticados e os membros do colegiado somente teriam excluída a responsabilidade se comprovadamente não participassem do ato (art. 34, §§5º e 6º, da LC nº 109/2001). O Conselho Deliberativo, por sua vez, tem atuação prévia de definição de diretrizes de atuação e a responsabilidade poderá estar na definição de políticas institucionais que contrariem a legislação, como por exemplo a redução deliberada da solvabilidade do plano ou em caso de deliberações que determinem investimentos em negócios de risco extraordinário de conhecimento do Conselho e que inviabilizem o pagamento dos benefícios. Por sua vez, a atuação do Conselho Fiscal é posterior à prática de atos e se prende à conferência da correta atuação dos demais órgãos, podendo gerar responsabilidade dos conselheiros em caso de descumprimento desse dever estatutário.

previsão do art. 62 do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, que regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

A estrutura dos benefícios de previdência complementar normalmente é baseada no custeio por contribuições, de modo a implementar a capitalização suficiente para arcar com o provento. A figura do patrocinador é importantíssima nessa estrutura, justamente por efetuar os repasses de custeio. Por ser assim, é justificável que também o administrador do patrocinador responda pessoalmente (e em solidariedade com o administrador desidioso da entidade de previdência complementar) por não efetuar os aportes necessários ao pagamento das contribuições devidas pelo patrocínio da entidade de previdência.

O §1º do art. 62 do Decreto nº 4.942/2003 especifica que o Conselho Deliberativo da entidade de previdência complementar tem a obrigação de comunicar a inadimplência à Secretaria de Previdência Complementar. Por certo que a falta de comunicação também gera a responsabilidade pela omissão dos membros do Conselho Deliberativo<sup>7</sup>.

Persistindo o inadimplemento, a administração da entidade de previdência complementar deverá proceder à execução da dívida (art. 62, §2º, do Decreto nº 4.942/2003)<sup>8</sup>.

### *3.2. Condutas típicas do Decreto nº 4.942/2003 e Resolução CMN nº 3.792/2009*

Além de estabelecer penalidades administrativas, os tipos previstos no Decreto nº 4.942/2003 podem servir de parâmetros

<sup>7</sup> O art. 100 do Decreto nº 4.942/2003 trata da responsabilidade administrativa.

<sup>8</sup> Conforme art. 99 do Decreto nº 4.942/2003, há penalidade administrativa em deixar de promover a execução judicial de dívida do patrocinador de plano de benefícios de entidade fechada de previdência complementar, nos termos do art. 62 deste Decreto. Além disso, poderá haver também a responsabilização civil.

para identificação de casos de responsabilidade pessoal do administrador (que independe da pena administrativa). O critério é que a esfera de decisão esteja sob domínio desse administrador e que ele tenha participado ou se omitido no ato que gerou de alguma forma o prejuízo.

O parâmetro genérico de responsabilização continua sendo a infração à legislação ou ao estatuto da entidade.

Um dos exemplos mais claros dessa extensão de responsabilidade civil ao administrador é do art. 63 do Decreto nº 4.942/2003, que trata da não constituição de reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

Também serve de paradigma para responsabilidade pessoal do administrador a aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Ainda são exemplos não exaustivos:

(a) deixar de contratar operação de resseguro, quando a isso estiver obrigada a entidade fechada de previdência complementar;

(b) iniciar a operação de plano de benefícios sem observar os requisitos estabelecidos pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar ou pela Secretaria de Previdência Complementar para a modalidade adotada;

(c) deixar de prever, no plano de benefícios, qualquer um dos institutos previstos no art. 14 da Lei Complementar nº 109, de 2001, ou cercear a faculdade de seu exercício pelo participante, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar;

(d) permitir que os recursos financeiros correspondentes à portabilidade do direito acumulado transitem pelos participantes

dos planos de benefícios, sob qualquer forma;

(e) utilizar, no cálculo das reservas matemáticas, fundos e provisões, bem como na estruturação do plano de custeio, métodos de financiamento, regime financeiro e bases técnicas que não guardem relação com as características da massa de participantes e de assistidos e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou pelo instituidor, ou em desacordo com as normas emanadas do Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar;

(f) deixar de manter, em cada plano de benefícios, os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos suficientes à cobertura dos compromissos assumidos, conforme regras do Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar. De se ressaltar que a gestão de riscos dos investimentos dos entes fechados de previdência complementar deve observar as demandas de fluxo de caixa para longo prazo, equilibrando-o com o passivo atuarial;

(g) utilizar para outros fins as reservas constituídas para prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, ainda que por meio de procedimentos contábeis ou atuariais;

(h) utilizar de forma diversa da prevista na legislação o resultado superavitário do exercício ou deixar de constituir as reservas de contingência e a reserva especial para revisão do plano de benefícios; bem como deixar de realizar a revisão obrigatória do plano de benefícios. O fundo de pensão deve administrar seus recursos também para fazer frente a demandas de curto prazo, devendo ter recursos disponíveis com alta liquidez para tal mister<sup>9</sup>;

<sup>9</sup> Estatísticas da Secretaria de Previdência Complementar indicam que em 2008 o volume de 60,3% do ativo de investimentos das entidades fechadas estava aplicado em fundos de renda fixa; 34,8% em renda variável (inclusive ações listadas em Bolsa); e somente 2,5 em investimentos imobiliários (BRASIL,

(i) deixar de adotar as providências, previstas em lei, para equacionamento do resultado deficitário do plano de benefícios ou fazê-lo em desacordo com as normas estabelecidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar;

(j) deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios;

(k) deixar de estabelecer o nível de contribuição necessário por ocasião da instituição do plano de benefícios ou do encerramento do exercício, ou realizar avaliação atuarial sem observar os critérios de preservação da solvência e equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios, estabelecidos pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar;

(l) deixar de divulgar aos participantes e aos assistidos, na forma, no prazo ou pelos meios determinados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar, ou pelo Conselho Monetário Nacional, informações contábeis, atuariais, financeiras ou de investimentos relativas ao plano de benefícios ao qual estejam vinculados;

(m) deixar de prestar à Secretaria de Previdência Complementar informações contábeis, atuariais, financeiras, de investimentos ou outras previstas na regulamentação, relativamente ao plano de benefícios e à própria entidade fechada de previdência complementar, no prazo e na forma determinados pelo Conselho de Gestão da Pre-

vidência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar;

(n) promover a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio sem autorização da Secretaria de Previdência Complementar;

(o) deixar a entidade fechada de previdência complementar constituída por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial de terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas;

(p) deixar de segregiar o patrimônio do plano de benefícios do patrimônio do instituidor ou da instituição gestora dos recursos garantidores;

(q) prestar serviços que não estejam no âmbito do objeto das entidades fechadas de previdência complementar;

(r) realizar operação de fusão, cisão, incorporação ou outra forma de reorganização societária da entidade fechada de previdência complementar ou promover a transferência de patrocínio ou a transferência de grupo de participantes ou de assistidos, de plano de benefícios e de reservas entre entidades fechadas sem prévia e expressa autorização da Secretaria de Previdência Complementar;

(s) deixarem os administradores e conselheiros ou ex-administradores e ex-conselheiros de prestar informações ou esclarecimentos solicitados;

(t) deixar o interventor de solicitar aprovação prévia e expressa da Secretaria de Previdência Complementar para os atos que impliquem oneração ou disposição do patrimônio do plano de benefícios da entidade fechada de previdência complementar, nos termos disciplinados pelo referido órgão;

(u) realizar em nome da entidade fechada de previdência complementar operação comercial ou financeira, vedada pela legislação, com pessoas físicas ou jurídicas;

(v) exercer, em nome de entidade fechada de previdência complementar patrocinada por órgão ou entidade pública, o

2008). De acordo com os arts. 35 e seguintes da Resolução CMN nº 3.792/2009, há limites técnicos para alocação de recursos por tipos de investimentos. Em linhas gerais, são os seguintes: renda fixa (100%); renda variável (70%); investimentos estruturados (20%); investimentos no exterior (10%); imóveis (8%); e operações com participantes (15%). As operações com derivativos estão estritamente reguladas pelo art. 44, com restrições severas de avaliação dos riscos.

controle de sociedade anônima ou participar em acordo de acionistas que tenha por objeto formação de grupo de controle de sociedade anônima, sem prévia e expressa autorização do patrocinador e do seu respectivo ente controlador.

Outros tipos que modulam a atuação dos administradores podem ser encontrados na Resolução CMN nº 3.792/2009, no art. 53. Em referido texto com regramento administrativo, veda-se, por exemplo,

(a) a utilização da entidade fechada como instrumento de fornecimento de crédito;

(b) a concessão de garantias fidejussórias ou coobrigação de aceite em cambiais;

(c) a aplicação em ações de companhias não listadas em Bolsa, fora dos casos previstos na própria resolução;

(d) a atuação como incorporadora, direta ou indiretamente, entre outros.

#### 4. *Interpretação do risco*

A maior complexidade da análise da responsabilidade pessoal dos administradores das entidades de previdência complementar está no risco de investimentos que os fundos de pensão venham a fazer para gestão do capital. E, para que os investimentos ocorram dentro de mínimas condições de previsibilidade e retorno, é preciso associar três vetores de natureza econômica intimamente ligados: *rentabilidade, liquidez e segurança*. Dispõe nesse sentido o art. 9º da Resolução CMN nº 3.792/2009: “Na aplicação dos recursos, a EFPC deve identificar, avaliar, controlar e monitorar os riscos, incluídos os riscos de crédito, de mercado, de liquidez, operacional, legal e sistêmico, e a segregação das funções de gestão, administração e custódia.”

Eis mais um ponto em que elementos econômicos influenciam a interpretação jurídica. O administrador do fundo de pensão deve buscar a máxima produtividade do capital, recompensando a aplicação. Quanto maior o quociente de rentabilidade,

tanto melhor o retorno. Entretanto, o investimento deve ter suas condições de solvência analisadas, sendo imprescindível que se tenha capacidade de pronto ressarcimento e retorno ao fundo de pensão. A atividade passa a ser de minimização de riscos e previsão de intercorrências contrárias ou desfavoráveis.

A questão é controvertida porque o risco é inerente ao mercado e aumenta quando se decide o tipo de investimento a ser feito. Já esclareceu Amaral Filho (2005, p. 154):

“Os atos de gestão praticados pelas entidades de previdência privada têm por objetivo gerir e aumentar o montante dos recursos que se encontram em seu poder. É condição para que a atividade desenvolvida por essas entidades seja considerada como administração de bens de terceiros que tais recursos não representem patrimônio próprio dessas entidades.”

Além disso, a administração do fundo de pensão deve tomar as decisões de investimento atenta ao regramento da matéria (com aplicação somente dos recursos disponíveis e desvinculados de reservas técnicas) e também deverá se cercar de análises técnicas que aconselhem ou desaconselhem o investimento proposto. A melhor opção de investimento obviamente reduz os valores de contribuição para o plano de benefício definido e maximiza o montante do benefício.

A gestão inadequada, assumindo riscos além daqueles normais de mercado, invertendo recursos para financiamento de opções ideológicas do patrocinador ou contrariando as normas jurídicas, poderá gerar o dever de reparação pessoal pelos danos. Não parece ser outra a orientação de Rodrigues (2005, p. 246):

“Em qualquer caso, há que se ter claro que a gestão de investimentos liga-se à obrigação de meio e não à obrigação de resultado, de forma que o mero insucesso na aplicação decidida não poderá gerar imputação de respon-

sabilidade. Contudo, investimentos decididos sem a observância dos parâmetros antes apresentados e que gerem prejuízos para a entidade são passíveis de ressarcimento”.

A exemplificação se torna interessante na medida em que não se pode mandar o fundo de pensão para as vias de aplicação em poupança, investimento quase sem riscos. Quando os fundos de pensão deixam também de imobilizar o capital ou adquirir títulos da dívida pública e passam a negociar ações em bolsa de valores ou em *private equity*, aí, sim, a avaliação da liquidez e rentabilidade se torna imperioso padrão de conduta.

Suponha-se, então, empresa que negocia na Bolsa de Valores, mas que reiteradamente não vem cumprindo as normas de Comissão de Valores Mobiliários. Suponha-se, ainda, investimentos em ações de companhia que flutuam no mercado com alta volatilidade, sem que haja lastro de liquidez. Finalmente, suponha-se investimento em empresa que opta por manter alto nível de endividamento bancário para financiamento de suas atividades, em evidente situação de subcapitalização.

Todas as abstrações demonstram contextos inviáveis ou que põem em risco excessivo o capital do fundo de pensão. A insistência no investimento só pode gerar a responsabilização pessoal do administrador.

## 5. Conclusão

Os fundos de pensão são importante força motriz da economia brasileira, especialmente pela representatividade desse tipo de capital nos investimentos produtivos. Na contramão desse fato, a doutrina jurídica pouco tem produzido para fornecer instrumental interpretativo aos agentes econômicos, de modo a aumentar o nível de certeza na atuação setorial.

Isso também se reflete na interpretação da responsabilidade do administrador, gerando até mesmo certa celeuma e confusão

de alguns que querem atribuir responsabilidade objetiva, em situação que é baseada em forte análise da conduta. Assim é que a LC nº 109/2001, em seu art. 63, ao tratar do assunto, não adotou teoria do risco ou de independência de apuração de dolo ou culpa na ação do administrador. Antes disso, preferiu estabelecer o esquema de responsabilidade subjetiva.

Ainda é de se anotar que o alto grau de confiança depositado no administrador é o padrão de conduta que auxilia na interpretação de situações de risco, em que se buscam conceitos econômicos para verificar se o investimento foi ou não corretamente conduzido.

## Referências

AMARAL FILHO, Léo do. *Previdência privada aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2003. Seção 1, p. 4.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 1976. Seção 1, p. 1.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 maio 2001. Seção 1, p. 3.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Previdência Complementar. *Informe estatístico*: junho 2008. Brasília: Secretaria de Previdência Complementar, 2008. 16 p. Disponível em: <[http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3\\_081031-162955-143.pdf](http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081031-162955-143.pdf)>. Acesso em: 1 jul. 2010.

COIMBRA, Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1997.

COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DEHNHARDT, Marcelo Romano. *Curso de previdência social*. 3. ed. Porto Alegre: DMW, 1996.

DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas*. 3. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2007.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista*

de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 42, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

GRAU, Eros Roberto. Capacidade normativa de conjuntura. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 13.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 1992.

OLIVEIRA, Aldemir de. *A previdência social na Carta Magna: análise do direito e do antidireito das prestações previdenciárias e assistenciárias*. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Flavio Martins. A responsabilidade civil dos gestores de fundos de pensão. In: \_\_\_\_\_. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. Estrutura da relação de previdência privada: entidades fechadas. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v. 13, n. 154, p. 5-19, mar. 2002.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência privada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jurídica, 2005.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Responsabilidade dos administradores de fundos de pensão*. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

# Legística

## Inventário semântico e teste de estresse do conceito

André Sathler Guimarães e  
Ricardo de João Braga

### Sumário

1. Introdução. 2. Inventário semântico. 3. Teste de estresse das descrições conceituais de legística. 3.1. Definição de conceitos em Ciências Sociais. 3.2. Teste de estresse. 3.2.1. Conceitos. 3.2.2. Dimensões. Considerações finais.

*“A única justificativa para adotar um novo termo, ou para usar um termo antigo num novo sentido, é que transmite ao leitor informações mais exatas”.*

Thomas Malthus

### 1. Introdução

Há uma série de estudos, ainda muito circunscritos à esfera dos órgãos legiferantes, sobre a qualidade do processo de produção da norma, tendo surgido na literatura o termo “legística”, com pretensões de inauguração de um novo conceito e, conseqüentemente, de um campo de estudos e pesquisas. Não há, todavia, um amadurecimento da reflexão sobre os limites e propriedades essenciais desse novo conceito (que o diferenciariam de outros conceitos e o qualificariam como relevante e pertinente). Tampouco há consenso sobre o próprio conceito de legística, conforme se pretende demonstrar.

O presente artigo busca, em primeiro lugar, inventariar esse campo semântico, fazendo um levantamento das diversas descrições existentes na literatura para o conceito legística, realizando-se para tanto

André Sathler Guimarães é Doutor em Filosofia pela UFSCar, Mestre em Comunicação pela Universidade Metodista de São Paulo, Mestre em Informática pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Economista pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é Analista Legislativo da Câmara dos Deputados e pesquisador vinculado ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados.

Ricardo de João Braga é Doutor em Ciência Política pelo IESP/UERJ, Mestre em Ciência Política pela UnB, Economista pela UNESP. Atualmente é Analista Legislativo da Câmara dos Deputados e pesquisador vinculado ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados.

pesquisa bibliográfica-documental. Outro objetivo é a verificação do grau de significância das descrições conceituais encontradas, com base na proposta de Gerring (2001) quanto à construção e validação de conceitos em ciências sociais. Para tanto, os conceitos serão submetidos a um *teste de estresse*<sup>1</sup> para verificação se são ou não significativos. Trata-se de pesquisa qualitativa, explicativa, com utilização de um método comparativo, mediante análise crítica do discurso. A partir dos critérios e categorias propostas por Gerring (2001), procede-se por meio de análise da escolha lexical, do ordenamento das frases, da composição do paratexto, do uso de operadores argumentativos ou simplesmente pela escolha do que dizer ou não dizer. Segundo Koch (1984, p. 24), “toda atividade de interpretação presente no cotidiano da linguagem fundamenta-se na suposição de que quem fala tem certas intenções ao comunicar-se. Compreender uma enunciação é, nesse sentido, apreender essas intenções”. Quando se lida com o texto impresso, particularmente, há vários indicativos que auxiliam na composição do sentido. Pinto (1999, p. 22) argumenta que “é na superfície dos textos que podem ser encontradas as pistas ou marcas deixadas pelos processos sociais de produção de sentido que o analista vai interpretar”.

Com base no teste de estresse, são feitas reflexões sobre os limites das descrições conceituais de *legística*, tomando-se como referencial um conceito de Processo Legislativo. A questão proposta é se o termo *legística* sustenta-se como um novo conceito, com potencial para inaugurar uma área de

---

<sup>1</sup> A expressão *teste de estresse* é utilizada aqui em um sentido alegórico, inspirado na prática, adotada por Bancos Centrais, de aplicar uma série de indicadores para avaliação da robustez dos sistemas financeiros internacionais. No caso em tela, contudo, o teste de estresse representaria a capacidade do conceito de se provar relevante e pertinente. Relevância no sentido de sua importância e pertinência na dimensão de sua validade: ambas reunidas tornariam um conceito significativo, entendido como sua capacidade de expressar um significado próprio e útil para pesquisadores.

estudos e pesquisas. A relevância do artigo decorre da escassa literatura a respeito<sup>2</sup>, bem como da necessária clarificação dos potenciais e limites da nova terminologia como referencial de pesquisa. Procura-se ponderar a validade de se adicionar um novo rótulo ao já extenso cipoal das ciências sociais, bem como contribuir para o mapeamento (inventário semântico) de uma discussão atual, o que corresponde a um levantamento do estado da arte das reflexões concernentes.

## 2. Inventário semântico

As primeiras aparições do termo *legística*<sup>3</sup> vêm da França. Segundo Mader (2009), as origens remontam a uma obra suíça, de Peter Noll, de 1973, intitulada *Gesetzgebungslehre*<sup>4</sup>. Essa expressão, durante muitos anos, foi traduzida para o francês como “método legislativo” (*méthode législative*), considerando-se como elemento principal da nova área a aplicação de métodos das ciências humanas, particularmente das ciências sociais, ao processo legislativo. Ainda segundo Mader (2009), a partir da sexta década do séc. XX houve um redespertar do interesse científico pela legislação, com ênfase nos impactos das leis na sociedade,

---

<sup>2</sup> Em pesquisa no Scielo Brasil (acesso em 31 de março de 2011), não houve retornos para buscas com o termo *legística*. Na Revista Estudos Legislativos, da Assembleia do Rio Grande do Sul, não houve retorno para busca com o termo *legística*. Na Revista de Informação Legislativa (do Senado Federal), também não houve retorno. Há um retorno para o termo *Legística* na Revista E-Legis, da Câmara dos Deputados. Na Revista Cadernos da Escola do Legislativo, há um número (Número 14 janeiro/dezembro - 2007) com grande ênfase na *legística*, inclusive com artigo de Luzius Mader, referido neste artigo em duas obras.

<sup>3</sup> Registre-se que o termo *legística* não tem ainda comprovação léxica, pois não está incorporado aos dicionários de uso corrente, seja em francês, seja em português.

<sup>4</sup> Tradução literal é *doutrina do Direito*. Traduzido por Mader (1986) como *legisprudência*. Ressalve-se que essa obra não tem tradução ao português, nem ao inglês, sendo restrita, portanto, aos conhecedores de alemão.

expandido-se a perspectiva jurídica do tema para incorporar outras áreas, como a ciência política, a ciência administrativa, a economia, a linguística, a psicologia, entre outras. Vivia-se, naquela ocasião, um despertar de movimentos sociais em várias partes do mundo, quando houve uma consciência crítica das deficiências e fragilidades do arcabouço legislativo existente, tendo levado a uma reflexão sobre o procedimento legislativo, desde a fase de criação das normas até sua execução. A obra de Peter Noll, sob a ótica de Mader (2009), teve o mérito de concentrar essas percepções e ultrapassar a concepção extremamente focada na redação legislativa<sup>5</sup>, dando destaque para os conteúdos normativos<sup>6</sup>, além da metodologia de preparação das decisões legislativas.

A terminologia “método legislativo”, contudo, não foi muito apropriada, por caracterizar a área como estritamente voltada a prescrições e receitas para melhorar a legislação, desconsiderando seus aspectos cognitivos. Outra terminologia utilizada foi ciência da legislação (*science de la législation*), por Mader (1986). “Legística” foi inicialmente utilizado para se referir aos preceitos que poderiam servir para melhorar a redação das leis. Contudo, foi Chevalier (1995) que trouxe uma definição mais abrangente para o termo: “a legística é uma ‘ciência’ (ciência aplicada) da legislação, que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação das normas”<sup>7</sup>. Excluem-se dessa definição as regras jurídicas sobre a produção normativa, que ficariam a cargo do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, bem como as configurações políticas do nascimento da norma:

<sup>5</sup> O que alguns autores consideram que constitui a legística formal.

<sup>6</sup> O que alguns autores consideram que constitui a legística material ou substantiva.

<sup>7</sup> “La légistique est une ‘science’ (science appliquée) de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d’élaboration, de rédaction, d’édiction et d’application des normes”. Tradução dos autores.

“conhecida como uma ciência da ação dos poderes públicos, a legística não está centrada sobre a análise do processo político (papel dos partidos, dos grupos), sujeitos de predileção da ciência política, desde sua origem. Em contrapartida, a legística é fortemente tributária de uma outra ciência da ação – a ciência das políticas públicas” (CHEVALIER, 1995)<sup>8</sup>.

Inclui-se nessa definição a questão da aplicação das normas, fator que traz para o campo da legística a questão da avaliação legislativa, bem como da relação entre os poderes, uma vez que a aplicação das leis inevitavelmente traz para a discussão os Poderes Executivo e Judiciário. Percebe-se, já nessa definição, que a legística seria um campo de estudos transdisciplinar, devendo recorrer a outras áreas, como o Direito e a Ciência Política, em suas análises.

Souza (2009) define Legística como

“área do conhecimento que estuda e se ocupa de como fazer normas, envolvendo sua concepção e redação, de forma metódica e sistemática, consubstanciada num conjunto de regras que visam contribuir com a adequada elaboração e o aprimoramento da qualidade de atos normativos. De forma simples, a legística pode ser conceituada como ‘a arte de bem fazer normas’”.

Há que se perguntar se é válida a interpretação de Souza (2009), dada a restrição feita pelo autor. Limitando a legística ao *como* fazer normas, deixam-se de lado elementos críticos, entre os quais os motivadores para o surgimento de um novo campo de estudos. Focando-se o *como*, as questões relacionadas ao processo legislativo (entendido de modo estrito como

<sup>8</sup> “Conçue comme une science de l’action des pouvoirs publics, la légistique n’est pas centrée sur l’analyse du processus politique (rôle des partis, des groupes), sujets de prédilection de la science politique dès son origine. En revanche, la légistique est fortement tributaire d’une autre science de l’action: la science des politiques publiques”.

o *devido processo legal*) seriam suficientes. Uma inquietação presente na concepção da legística é a dificuldade para aceitar tão somente o processo legislativo como capaz de dar efetividade à produção de leis (eficiência + eficácia). Por analogia, poder-se-ia entender a legística como um olhar substantivo para a produção das leis, ao passo que o processo legislativo configuraria o olhar meramente formal.

Aproximar a legística ao processo legislativo é enfatizar o conjunto de regras para elaboração do ato normativo, bem como destacar a questão da redação da lei. Contudo, ressalte-se que Souza (2009) deixa uma abertura para o diálogo com outras disciplinas, ao mencionar que a legística se ocupa da *concepção* das leis. Entendido como devido processo legal, o processo legislativo pretende ignorar a origem (inspiração) legal, atendo-se aos aspectos formais da lei. A tendência minimalista de Souza (2009), entretanto, não é isolada e há definições ainda mais restritivas, como a de Cristas (2006), que define legística como “ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos”. Para além do que seria estritamente processo legislativo, essa forma de conceituar legística apenas insinua uma possível abordagem mais ampla, a partir do modo de se interpretar o que esse autor postula como os *modos de concepção*.

Para a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais,

“A Legística se ocupa do processo de elaboração das leis, com o objetivo de produzir normas de melhor qualidade, mais eficazes e menos onerosas, o que resulta em maior confiança na legislação e nos legisladores. De natureza interdisciplinar, a Legística vale-se de saberes e métodos desenvolvidos por disciplinas como o direito, a sociologia, a ciência política, a economia, a informática, a comunicação e a linguística, os quais são colocados, de forma articulada e com

as acomodações necessárias, a serviço da elaboração da norma jurídica” (LEGÍSTICA..., 2009).

Da definição da Assembleia mineira extrai-se que, entre os objetivos precípuos da Legística, estaria a feitura das leis, de forma metódica e sistemática, buscando-se o aperfeiçoamento da qualidade do ato normativo. Essa qualidade seria definida em função de diversos fatores, sendo os mais relevantes a utilidade da lei, sua capacidade de produzir os efeitos pretendidos, sua aplicabilidade, sua compatibilidade com o arcabouço legislativo já vigente, o equilíbrio entre os custos e os benefícios de sua vigência. Interessante observar que a definição colocada pelos legisladores mineiros já destaca a questão da interdisciplinaridade do campo da legística, inclusive colacionando diversas disciplinas.

Segundo Anastasia (2009), legística é

“um passo além, é um *plus* em relação ao nosso ritual, ao nosso processo legislativo. Todos – talvez eu mais do que o corpo técnico da Assembleia e seus parlamentares, que estão na faina diária – somos escravos dos modelos mais antigos do processo legislativo mais formal, aquele preso à ritualística, à solenidade, à forma exclusivamente, que não lida, talvez, com aspectos mais relevantes, de conteúdo, com as consequências dos seus desdobramentos.”

Portanto, na visão desse autor, legística está em um patamar diferenciado, como campo de estudos próprio e mais abrangente do que o do processo legislativo. Almeida (2009) prefere o termo “Teoria da Legislação”, definindo-o como

“uma ciência interdisciplinar que tem um objeto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos. Trata-se de uma ‘ciência normativa’, mas também de uma ‘ciência de ação’, que nos permite analisar o comportamento dos órgãos le-

giferantes e as características dos fatos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa.”

De exclusivo nessa definição encontra-se a proposta de levar em consideração o comportamento dos órgãos legiferantes. Nesse aspecto, essa autora está em sintonia com o pensamento de Habermas (2003, p. 214), que postula:

“o modo de escolha, o *status* dos deputados (imunidade, mandato livre ou não, formação de minorias), bem como o modo de decisão nas corporações (princípio da maioria, leituras repetidas), inclusive a organização do trabalho (formação de comissões), levantam questões de princípio.”

O que está em questão aqui é a evidência de que a forma de constituição das instituições do Estado de Direito é um dos determinantes das possibilidades de exercício efetivo da autonomia política dos cidadãos socialmente autônomos e, por conseguinte, da formação política da vontade, a ser traduzida como produção legal. Já os neo-institucionalistas, na Ciência Política, entendem que a forma de organização dos corpos políticos determina, junto com as preferências dos legisladores, os resultados. Há uma posição clássica, a chamada equação de Plott, que diz: resultados (*outputs*) = preferências + instituições. No caso, as leis seriam os *outputs*.

Outra autora a tratar do tema é Pires (2009),

“Legística ou ciência da legislação é a área de conhecimento que se ocupa do planejamento, da concepção, da elaboração e da avaliação das leis, de forma metódica e sistemática, valendo-se de premissas técnico-científicas como coadjuvantes da decisão política de escolha da oportunidade de legislar e das soluções regulativas; da função redacional destinada à apropriação dos comandos definidos; e das ações de controle dos impactos ou da efetividade da lei.”

Essa autora destaca a questão da avaliação dos impactos da lei, chamando ao diálogo com a economia (análises de custo-benefício), a sociologia (impactos sociais) e outras tantas disciplinas. Das definições apresentadas, percebe-se que legística permanece como um termo polissêmico, não havendo consenso sobre qual seria sua abrangência, embora o objeto central de estudos esteja claro: a lei. Contudo, a lei em uma perspectiva claramente diferenciada daquela específica do Direito.

### 3. Teste de estresse das descrições conceituais de legística

#### 3.1. Definição de conceitos em Ciências Sociais

Diante da proliferação de conceitos, há uma preocupação quanto à sua relevância e pertinência, como a de Gerring (2001, p. 36):

“novas palavras são criadas para se referir a coisas que eram, talvez, pobremente articuladas por meio dos conceitos existentes, deixando um terreno lexical altamente complexo, uma vez que os antigos conceitos continuam circulando”.<sup>9</sup>

Esse autor propõe oito critérios para análise de um conceito. Ressalte-se que o não atendimento aos critérios não significa que o conceito esteja errado, até porque não se discute *acerto* ou *erro*, mas, sim, *relevância* e *pertinência*. Quanto menos critérios forem contemplados, menos relevante e menos pertinente o conceito. (vide Quadro 1)

Com base no trabalho de Gerring (2001, p. 40-60), relacionam-se os aspectos que buscam ser verificados no âmbito de cada critério. A coerência é aferida pela capacidade do conceito de reunir coisas que são parecidas em algum aspecto, porém são distintas em vários outros. A definição de

<sup>9</sup> “New words are created to refer to things that were perhaps poorly articulated through existing concepts, leaving a highly complex lexical terrain (for the old concepts continue to circulate”. Tradução dos autores.

Quadro 1. Critérios para avaliação de conceitos em Ciências Sociais

Critério	Elementos Definidores	Pergunta(s)-chave
Coerência	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Diferenciação</li> <li>• Definição</li> <li>• Clareza</li> <li>• Limites</li> </ul>	Quão coerente (interno) e diferenciado (externo) são os atributos do conceito em relação a conceitos próximos?
Operacionalização	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Medida</li> <li>• Indicadores</li> <li>• Precisão</li> </ul>	O conceito consegue distinguir os seus próprios referenciais de outros referenciais similares?
Validade	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Constructo</li> <li>• Medida</li> <li>• Acurácia</li> <li>• Verdade</li> <li>• Confiabilidade</li> </ul>	O conceito é válido? Permite que se meça o que seu sentido indica que deva ser medido?
Utilidade de campo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tipos naturais</li> <li>• Utilidade classificatória</li> </ul>	Quão útil é o conceito dentro de um campo de termos próximos?
Ressonância	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Familiaridade</li> <li>• Uso corrente</li> </ul>	Quão ressonante é o conceito? Em conceitos ordinários e especializados?
Abrangência contextual	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Amplitude</li> <li>• Escopo</li> <li>• Alcance</li> <li>• Direcionamento</li> <li>• Maleabilidade</li> </ul>	Mediante quantos contextos linguísticos o conceito é viável? Quão longe ele pode viajar?
Parcimônia		Quão curto é o termo e a sua lista de atributos definidores?
Utilidade analítica / empírica		Quão útil é o conceito dentro de um contexto analítico (teórico) ou design de pesquisas?

Fonte: Adaptado pelos autores a partir de Gerring (2001, p. 40).

um conceito é tanto positiva quanto negativa. Positiva dá-se pela determinação do que ele é, e a negativa é a sua consequência, o que ele não é. A coerência de um conceito irá indicar, portanto, quão similares são vários fenômenos e quão diferente um conjunto de fenômenos é em relação a outro conjunto de fenômenos. Conceitos coerentes são capazes de indicar um sentido essencial, facilmente identificável e distinto de outros conceitos.

A dimensão da operacionalização revela o quão aplicável é o conceito, ou seja, quão facilmente são identificados atributos que dêem condições necessárias e suficientes para a localização dos fenômenos objetivos de conceituação. Como se refere a um conjunto de fenômenos, todo conceito terá presente a referência, mesmo que muito atenuada. Quanto mais identificada a referência, mais útil o conceito. Os conceitos

precisam ser operacionalizáveis, aplicados a fenômenos identificáveis.

A validade atesta o grau de alinhamento entre a definição de um termo (seus atributos definidores, incluindo a sua operacionalização) e a sua extensão (o fenômeno no mundo real que o termo pretende capturar). A utilidade de campo refere-se à adequação de um conceito único dentro de um campo de conceitos. No processo de definição de conceitos, é muito comum a *apropriação indébita* de referentes de termos vizinhos, incorrendo-se no risco de criação de categorias vazias.

A dimensão da ressonância relaciona-se à existência, no léxico já em uso, de uma palavra que, na sua acepção comum, reflita acuradamente o fenômeno em definição. A abrangência contextual é a extensão em que uma definição tem sentido, dependendo criticamente do grau com que ela

se conforma ao uso corrente em vários campos. A parcimônia é a capacidade de o conceito gerar uma breve e circunscrita lista das propriedades do fenômeno em definição. A utilidade analítica/empírica é associada à capacidade dos conceitos de funcionarem como *tijolos* na construção de *edifícios teóricos*.

Deve-se destacar que os nove critérios apresentados por Gerring (2001) necessariamente comunicam-se. Eles completam-se na definição do que seja, para o autor, um conceito melhor ou pior. Em verdade, o objetivo do autor é fugir da perspectiva abstrata, e também reconhece que é pouco provável existir um conceito ideal.

### 3.2. *Teste de estresse*

O presente trabalho assume as dimensões e critérios propostos por Gerring (2001) e postula sua aplicação às descrições conceituais de *legística*, em um procedimento metodológico que os autores denominam aqui teste de estresse conceitual. Como se trabalha com elementos textuais, o procedimento basilar é a análise do discurso, em sua vertente francesa. Está sempre presente, também, a análise comparativa, assumindo-se como *referencial de controle* o conceito de processo legislativo.

#### 3.2.1. *Conceitos*

*Conceito 1*: “*Legística* é o interesse científico pela legislação, com ênfase nos impactos das leis na sociedade, expandindo-se a perspectiva jurídica do tema para incorporar outras áreas, como a ciência política, a ciência administrativa, a economia, a lingüística, a psicologia, entre outras” (MADER, 2009).

*Conceito 2*: “a *legística* é uma ‘ciência’ (ciência aplicada) da legislação, que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação das normas” (CHEVALIER, 1995).

*Conceito 3*: “área do conhecimento que estuda e se ocupa de como fazer normas, envolvendo sua concepção e redação, de

forma metódica e sistemática, consubstanciada num conjunto de regras que visam contribuir com a adequada elaboração e o aprimoramento da qualidade de atos normativos” (SOUZA, 2009).

*Conceito 4*: “ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos” (CRISTAS, 2006).

*Conceito 5*: “a *legística* se ocupa do processo de elaboração das leis, com o objetivo de produzir normas de melhor qualidade, mais eficazes e menos onerosas, o que resulta em maior confiança na legislação e nos legisladores. Assembleia Legislativa de Minas Gerais” (LEGÍSTICA, 2009).

*Conceito 6*: “uma ciência interdisciplinar que tem um objeto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos. Trata-se de uma ‘ciência normativa’, mas também de uma ‘ciência de ação’, que nos permite analisar o comportamento dos órgãos legisladores e as características dos fatos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa” (ALMEIDA, 2009).

*Conceito 7*: “*Legística* ou ciência da legislação é a área de conhecimento que se ocupa do planejamento, da concepção, da elaboração e da avaliação das leis, de forma metódica e sistemática, valendo-se de premissas técnico-científicas como coadjuvantes da decisão política de escolha da oportunidade de legislar e das soluções regulativas; da função redacional destinada à apropriação dos comandos definidos; e das ações de controle dos impactos ou da efetividade da lei” (PIRES, 2009).

*Conceito referencial de controle (processo legislativo)*: conjunto de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo com o objetivo de proceder à elaboração das leis, sejam elas constitucionais, complementares e ordinárias, bem como as resoluções e decretos legislativos<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Opta-se aqui por um conceito sintético de Processo Legislativo, no qual não se observa pretensão explicativa, antes descritiva de um fenômeno relativo

### 3.2.2. Dimensões

#### A) Coerência

Com relação à coerência, a utilização da expressão *interesse científico* no conceito 1, talvez com o intuito de tornar a afirmação menos assertiva, torna a sua abrangência impossível de ser definida. Levado ao extremo, pode-se pensar que a Biologia tem interesse científico na legislação, uma vez que a legislação pode afetar o seu desempenho como ciência<sup>11</sup>. Ao assumir que *amplia-se a perspectiva jurídica* com a *incorporação* (reunião em um só corpo) de várias outras áreas, perde-se clareza com relação aos limites do conceito.

Sintomaticamente, o conceito 2 assume a legística como uma ciência entre aspas. As aspas remetem a um discurso de terceiros (não sou eu quem diz que a legística é uma ciência, estou apenas repetindo) ou a uma tentativa de atenuação da afirmação (é uma ciência, mas há controvérsias). No contexto ocidental pós-Iluminismo, a busca da chancela da ciência tornou-se elemento essencial para a afirmação de verdades válidas<sup>12</sup>. Somente a validade via verificação, inerente ao método científico, permite a generalização do conhecimento produzido. A pretensão à ciência vem da presunção da ciência. Essa visão da ciência, relegada a funções meramente instrumentais, elimina alternativas para si. Ela não as torna ilegais. Não as torna imorais. Ela as torna invisí-

---

à produção de normas em ambientes parlamentares. É um conceito operacional e mais restrito, o que facultava às descrições conceituais de legística mais espaço para sua diferenciação. Conceitos mais amplos de Processo Legislativo, como o de Olivetti (2009), o apontam como referente a todas as ocorrências relacionadas à produção de leis, o “fenômeno dinâmico da realidade social” (Olivetti, 2009, p. 996).

<sup>11</sup> Como foi o caso, por exemplo, por ocasião da apreciação da legislação sobre pesquisa com células-tronco.

<sup>12</sup> O culto à razão e à ciência gerou reflexões muito importantes. A corrente de pensamento que ganhou mais notoriedade sobre o assunto foi a *Escola de Frankfurt*. Sobre o tema, recomenda-se, particularmente, a obra *Dialética do Esclarecimento*, de Adorno e Horkheimer (1985).

veis e, por conseguinte, irrelevantes. Vista desse modo, a ciência é uma tecnocracia totalitária.

A qualificação da legística como ciência torna-se, a partir dessa compreensão, quase que condição suficiente para que se alcance uma boa legislação: *a legística é voltada para a melhor produção de normas*; como a legística é uma ciência, a consequência natural é que *melhores normas são produzidas* com a utilização da legística. O apelo à ciência origina-se de uma percepção da mesma como instância exclusiva de legitimação competente. A ciência tomou o lugar da fé como elemento necessário para definições socialmente vinculantes de verdade. O processo político (corrompido, imperfeito e acientífico) seria purgado pelo processo científico (imaculado) de se fazerem novas leis. O conceito 7 parece reconhecer esse risco quando afirma a legística como *coadjuvante da decisão política de escolha da oportunidade de legislar*. Além dessas dificuldades de ordem interpretativa, que prejudicam o conceito em sua dimensão interna, há que se considerar que, à exceção da utilização do termo “aplicação”, pouco se difere o conceito proposto do conceito de processo legislativo. Por essas razões, considera-se que o conceito 2 não é coerente.

Do ponto de vista da coerência, o conceito 3 não possibilita uma clara diferenciação com relação ao conceito de processo legislativo. Pode-se entender que a colocação “que estuda” traz para o conceito uma dimensão específica, compreendendo-se o processo legislativo como restrito à “ocupação de fazer normas”. Porém, essa é uma diferenciação tênue, que não permite clareza com relação aos limites do conceito. O conceito 4, por sua vez, é expresso de forma muito restrita, e é o que menos permite que se faça distinção em relação ao processo legislativo.

O conceito 5 embute referências autoteológicas à legística, o que dá a ele um caráter de “justificativa” da utilização do termo, prejudicial em si à sua dimensão de coerência. Ao atestar que a legística resulta

em “maior confiança na legislação e nos legisladores”, o conceito traz uma dimensão pretensiosa, posto que, usualmente, descrições conceituais de ciências não trazem resultados. O conceito 6 recorre também ao conceito de ciência (ver considerações anteriores). Tem-se na proposta de conceito uma descrição útil para se compreender do que se fala quando se refere ao termo *legística*. Contudo, nos termos da análise proposta, o que o conceito tem de positivo revela-se como fragilidade intrínseca: a incapacidade de delimitar suas fronteiras e limites com outros conceitos, de forma clara e precisa. Ao assumir a convergência de “vários métodos e diferentes conhecimentos científicos”, sem explicitá-los ou explicar sua parcela de contribuição, cria-se um *ecumenismo* conceitual que pouco contribui para sua especificidade no plano dos conceitos. Por essa razão, considera-se prejudicado o conceito nos quesitos de sua coerência.

A redundância presente na redação do conceito 7 confunde e atrapalha a plena apreensão do conceito. “*Legística ou ciência da legislação*” traz um vício de origem, pois, segundo acepções que já constam no uso corrente e são registradas em dicionários, *legislação* pode ser entendida como a ciência das leis. Afirmar-se como a ciência

da legislação traz um componente de indiscernibilidade com o próprio conceito do Direito. Assumir que são usadas “premissas técnico-científicas” é redundante à afirmação de que é uma ciência. A expressão “como coadjuvantes da decisão política de escolha da oportunidade de legislar” soa como uma tentativa de atenuação da perspectiva de interferência da técnica na política. As expressões “da função redacional” e “das ações de controle dos impactos ou da efetividade da lei” apenas agregam elementos que seriam próprios a outros domínios (Letras, Processo Legislativo, Ciência Política, Sociologia, Economia), sem esclarecer em que termos se dá essa contribuição, prejudicando a coerência.

#### B) Operacionalização

Para Gerring (2001), a operacionalização está relacionada à capacidade do conceito de distinguir os seus próprios referenciais (medida, indicadores, precisão) de outros referenciais similares.

No Quadro 2 são listados os referenciais de cada conceito.

Dos referenciais do conceito 1, destacam-se os “impactos das leis na sociedade”, elemento com potencial para gerar medidas e indicadores. Contudo, ao assumir a incor-

Quadro 2. Referenciais

C	Referenciais	Elementos Definidores	
1	Interesse científico pela legislação Impactos das leis na sociedade Incorporação de outras áreas, como a ciência política, a ciência administrativa, a economia, a linguística, a psicologia, entre outras	Medida	N
		Indicadores	N
		Precisão	N
2	Ciência aplicada da legislação Melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação das normas	Medida	N
		Indicadores	N
		Precisão	N
3	Como fazer normas Concepção e redação Adequada elaboração e o aprimoramento da qualidade de atos normativos	Medida	N
		Indicadores	N
		Precisão	N
4	Concepção e redação dos atos normativos	Medida	N
		Indicadores	N
		Precisão	N
5	Processo de elaboração das leis Produzir normas de melhor qualidade, mais eficazes e menos onerosas Maior confiança na legislação e nos legisladores	Medida	S
		Indicadores	S
		Precisão	N

C	Referenciais	Elementos Definidores	
6	Interdisciplinar	Medida	N
	Circuito da produção das normas	Indicadores	N
	Ciência normativa e de ação	Precisão	N
	Comportamento dos órgãos legiferantes		
	Características dos fatos legislativos		
Instrumentos úteis para a prática legislativa			
7	Planejamento, concepção, elaboração e avaliação das leis	Medida	N
	Premissas técnico-científicas como coadjuvantes da decisão política de escolha da oportunidade de legislar	Indicadores	N
	Função redacional destinada à apropriação dos comandos definidos	Precisão	N
	Ações de controle dos impactos ou da efetividade da lei		

Fonte: Elaborado pelos autores. N = não; S = sim.

poração de outras áreas, torna-se difusa a percepção quanto a em que extensão essas medidas e esses indicadores seriam exclusivos da legística.

No conceito 2, o referencial sinaliza para possibilidades comparativas (“melhores”), porém não traz qualquer outro elemento que possibilite a compreensão de como essa medida (e seus possíveis indicadores) possa ser exclusiva. Modalidades de elaboração das leis são suficientemente exploradas em pesquisas próprias da Ciência Política. Redação e edição das normas configuram tanto um campo específico da área de Letras, quanto dos estudiosos do processo legislativo. *Aplicação das normas* é muito genérico para que se possa compreendê-lo de forma única – pode-se pensar que se trata, por exemplo, de campo próprio ao Direito.

Quanto ao conceito 3, tampouco pode-se afirmar sua adequação do ponto de vista operacional. *Fazer normas, concepção e redação, adequada elaboração* são expressões adjetivas, porém incapazes de diferenciar e especificar o conceito. De forma tênue, há a perspectiva de *aprimoramento da qualidade dos atos normativos* gerar medidas e indicadores (se é aprimorado, é aprimorado em relação a algo preexistente). Esse elemento, contudo, é insuficiente para dar identidade ao conceito. O conceito 4, muito sintético, também não permite clareza com relação às suas medidas, indicadores e precisão. Assumido o conceito 4, é difícil compreender “legística” como algo mais do que sinônimo de “legislação”. O conceito 5

traz mais potencial para medidas e indicadores (normas de melhor qualidade, mais eficazes e menos onerosas, maior confiança na legislação e nos legisladores). Peca, entretanto, na dimensão da precisão, uma vez que esses fatores podem ser considerados como pertencentes a outras esferas do saber. Além disso, na medida em que se preocupa com eficácia e confiança, por exemplo, esses conceitos, distintos, têm que ser ponderados numa avaliação global, o que traz mais elementos de indefinição. Uma norma muito eficiente e eficaz pode gerar pouca confiança (um exemplo podem ser as reformas previdenciárias, que convencem o estudioso que estão-se construindo melhores finanças públicas, mas gera desconfiança no cidadão, que passa a ver instabilidade no sistema previdenciário, em prejuízo de seu benefício futuro). No conceito 6, proliferam referenciais, o que por si só é um elemento complicador da dimensão operacional. Constata-se, de qualquer modo, que nenhum dos referenciais listados têm propensão a gerar medidas e indicadores. Tanto no conceito 6 quanto no conceito 7, há uma espécie de “ecumenismo conceitual” que pouco contribui para a especificação de ambos no plano da operacionalização.

### C) Validade

A dimensão da validade relaciona-se sobretudo com a possibilidade de medição do que se propõe seja medido. O Quadro 3 traz uma classificação quanto a essa dimensão.

Quadro 3. Elementos a serem medidos

C	Elemento a ser medido	Possibilidade de Medição
1	Impacto das leis na sociedade	Possível em termos
2	Qualidade da elaboração, redação, edição e aplicação das normas	Possível em termos
3	Qualidade e adequação dos atos normativos	Possível em termos
4	Ausente	Impossível
5	Qualidade das normas Custo das normas Confiança na legislação e nos legisladores	Possível em termos
6	Comportamento dos órgãos legiferantes Características dos fatos legislativos	Impossível
7	Impactos ou efetividade da lei	Possível em termos

Fonte: Elaborado pelos autores.

Vários conceitos trazem como elemento a ser medido, de forma genérica, a “qualidade das leis”. Dependendo do ponto de vista, essa medida é possível (por exemplo, uma lei escrita pode ser exclusivamente avaliada com relação à técnica legislativa<sup>13</sup> e à correição do português). Porém, esse tipo de análise traz uma dimensão subjetiva que, levada ao extremo, significaria analisar a qualidade da lei do ponto de vista de cada indivíduo a ela sujeito. Fatiar qualidade em dimensões mais objetivas (como, novamente, o português) pode ser um caminho que possibilite a medição. No caso do conceito 6, especificamente, a análise do comportamento dos órgãos legiferantes e as características dos fatos legislativos são terminologias por demais genéricas para que consiga compreender quais elementos seriam passíveis de medida. Remete-se a uma discussão antiga, com repercussão na opinião pública (senso comum) quanto à qualidade de um Congresso: um bom Congresso é aquele que aprova muitas leis? É uma discussão já superada pela Ciência Política. Julgar uma lei pela qualidade e extensão dos seus efeitos toma por referência um valor a ser atingido, valor esse muitas vezes questionável. O resultado de uma lei é sempre um resultado possível dentro das instituições e poderes políticos presentes no sistema. Assim, medi-la pelo atingimento de um objetivo é deixar de

medi-la pelas possibilidades dadas pelo sistema político. Se esse sistema é democrático, pode-se concluir que muitas vezes os “bons” resultados não foram atingidos porque impedimentos “democráticos” operaram<sup>14</sup>.

#### D) Utilidade de Campo

A utilidade de campo é aferida pela existência de tipos naturais e pela utilidade classificatória, elementos relacionados à relevância do conceito diante de outros termos próprios. O tipo natural, no caso, é a lei; portanto, a ser disputado pela legística com outras áreas como Direito, Ciência Política, Processo Legislativo. Logo, a dimensão da utilidade de campo deveria vir da utilidade classificatória. Todos os conceitos apresentados, quando contrapostos ao conceito de Processo Legislativo, revelam uma insuficiente especificação de seus aspectos únicos e diferenciadores (portanto, ensejadores de possibilidades classificatórias).

#### E) Ressonância

A dimensão da ressonância é analisada pela familiaridade e pelo uso corrente. O conceito 1 está adequado do ponto de vista da familiaridade, uma vez que a lingua-

<sup>13</sup> No Brasil, por exemplo, sua adequação às prescrições constantes da Lei Complementar nº 95/1998.

<sup>14</sup> Um bom exemplo atual é o crescimento econômico chinês. Restrições de leis sociais, sindicais e ambientais atrapalhariam o atingimento de metas de crescimento? E quem representasse os interesses sociais, sindicais e ambientais num teórico Parlamento livre estaria atrapalhando o atingimento da política de crescimento?

gem utilizada não é técnica, propiciando a compreensão do leigo. O conceito 2 utiliza termos reconhecidos pela população em geral (ciência, elaboração de normas), o que facilita sua compreensão. Igualmente apropriado, sob esse ponto de vista, é o conceito 5. Os conceitos 3 e 4 trazem uma expressão pouco usual em meios não técnicos (“atos normativos”), o que prejudica sua compreensão imediata. E os conceitos 6 e 7, de redação prolixa e com termos técnicos, são de difícil assimilação pelo leigo.

O ponto forte dos conceitos 1, 2 e 5 em relação à sua apreensão pelo leigo é seu

ponto fraco quando se trata de pensar a sua recepção pelos especialistas, dada sua pouca diferenciação em relação a outros campos científicos. O conceito 4, por sua condição de quase sinonímia com o conceito de processo legislativo, também é inadequado nessa dimensão. Os conceitos 3, 6 e 7 trazem elementos adicionais que permitem ao especialista compreender o recorte peculiar proposto, embora possa causar discordâncias.

O Quadro 4 resume as classificações quanto a essa dimensão.

Talvez o que esteja em jogo na análise da ressonância seja o próprio desafio da

Quadro 4. *Apreensibilidade dos conceitos*

Conceito	Apropriação pelo leigo	Apropriação pelo especialista
1	SIM	NÃO
2	SIM	NÃO
3	NÃO	SIM
4	NÃO	NÃO
5	SIM	NÃO
6	NÃO	SIM
7	NÃO	SIM

legística em relação a sua identidade. Como repercutir de forma acessível e também própria para o leigo e para o especialista? Os termos lei e processo legislativo parecem estar muito mais adiantados nesse sentido.

#### F) *Abrangência contextual*

Com relação à abrangência contextual, o termo legística propicia uma aproximação instintiva ao uso corrente no caso das línguas latinas. Sua formação remete ao co-

nhecido *lege, legis* (lei), acrescido do sufixo “-ica”, herdado do grego “-ikL” por meio do latim “-ica”, formador de substantivos eruditos como física, química, botânica, mecânica, gramática. Essa formação é de fácil entendimento em línguas latinas e neolatinas, inclusive quanto à denominação de ramos da Ciência.

#### G) *Parcimônia*

O Quadro 5 traz os atributos definidores presentes em cada conceito.

Quadro 5. *Atributos Definidores*

C	Atributos Definidores
1	Interesse científico pela legislação Impactos das leis na sociedade Incorporação de outras áreas, como a ciência política, a ciência administrativa, a economia, a linguística, a psicologia, entre outras
2	Ciência aplicada da legislação Melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação das normas
3	Como fazer normas Concepção e redação Adequada elaboração e o aprimoramento da qualidade de atos normativos

C	<i>Atributos Definidores</i>
4	Concepção e redação dos atos normativos
5	Processo de elaboração das leis Produzir normas de melhor qualidade, mais eficazes e menos onerosas Maior confiança na legislação e nos legisladores
6	Interdisciplinar Circuito da produção das normas Ciência normativa e de ação Comportamento dos órgãos legiferantes Características dos fatos legislativos Instrumentos úteis para a prática legislativa
7	Planejamento, concepção, elaboração e avaliação das leis Premissas técnico-científicas como coadjuvantes da decisão política de escolha da oportunidade de legislar Função redacional destinada à apropriação dos comandos definidos Ações de controle dos impactos ou da efetividade da lei

Fonte: Elaborado pelos autores.

Percebe-se que, de uma forma geral, os conceitos são prolixos em termos de atributos definidores. O conceito 4, apesar de inadequado quando apreciado pela ótica de várias das outras dimensões, é parcimonioso, ao adotar um atributo definidor simples e curto.

#### H) Utilidade analítica/empírica

A análise da utilidade analítica/empírica dos conceitos requer uma discussão mais aprofundada quanto às diferenças entre legística e processo legislativo, dado que essa dimensão será considerada adequada dependendo da capacidade de aplicação do conceito para se realizar um *design* de pesquisa dentro de um contexto analítico.

A definição constitucional de Processo Legislativo é lacônica e tautológica: “O processo legislativo compreende a *elaboração* de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções” (CF, art. 59). Explicitam-se os seus resultados (o que o processo legislativo *faz*), sem entrar no mérito do que o processo legislativo *é*. A Câmara dos Deputados define o Processo Legislativo como “conjunto de ações realizadas pelos *órgãos do poder legislativo* com o objetivo de proceder à *elaboração* das

leis sejam elas constitucionais, complementares e ordinárias bem como as resoluções e decretos legislativos” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004). Além de agregar o fato de que os *loci* do processo legislativo seriam os *órgãos do poder legislativo*, a definição da Câmara dos Deputados pouco difere da constitucional, a não ser pela sua característica redacional<sup>15</sup>.

O Processo Legislativo é axiologicamente neutro; característica herdada do campo do Direito, que tende a tratar tudo o que diz respeito aos valores que inspiram a norma como metajurídico e, portanto, estranho ao campo científico do Direito. Essa visão atém-se à lei enquanto forma, ou seja, ao que faz com que algo seja lei - no caso brasileiro, sua aprovação pelo Legislativo. Para Habermas, a suposição básica do Processo Legislativo é que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. “O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade” (HABERMAS, 2003, p. 172). Ou seja, o Direito moderno retirou

<sup>15</sup> Na forma de um período, com sujeito e predicado, diferentemente da forma de redação legal, presente na definição constitucional.

dos sujeitos concretos o fardo da validade jurídica, deslocando-o para os procedimentos formais de instauração do Direito, por meio dos quais os pressupostos universais são institucionalizados. Sobre esse assunto, Bobbio (2003, p. 84) afirmou:

“O único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.”

As regras, ou procedimentos, garantem uma definição mínima de democracia, pois estabelecem o *como* do processo democrático, isto é, o caminho a ser percorrido para se chegar à decisão política. No que concerne ao processo legislativo, prepondera o procedimento para a formação das leis, não se prestando atenção à matéria legal. A legitimidade resolve-se com a legalidade, uma legalidade meramente formal, uma vez que todas as outras questões correlatas são tidas como metajurídicas.

Ressalte-se que, diferentemente da legística, que se propõe como campo de estudos, o processo legislativo restringe-se a um método, a uma *forma de fazer*, por princípio. Das conceituações apresentadas na seção 2, parece residir aqui o grande ponto a diferenciar processo legislativo e legística. O processo é método, legística é análise e também é normativo. Processo tem as acepções de método, técnica, forma de realização de alguma operação, bem como as acepções de sucessão de fases ou estados. Legislativo é o que se refere às leis. Acertam os intérpretes clássicos ao expurgarem do processo legislativo tudo o que se relacione ao conteúdo ou à aplicabilidade das leis, pois o mesmo adstringe-se ao procedimento necessário para o surgimento de uma lei.

Assim considerada, a legística traz elementos que extrapolam o processo legislati-

vo, como a previsão de avaliação *ex ante* e *ex post* dos diplomas legais, entre outros. Pode-se ponderar que, colocada dessa forma, a proposta da legística não é factível, do ponto de vista da consistência interna do campo de estudos. Caso ilimitadas as avaliações *ex ante* e *ex post* propostas, a legística ver-se-ia às voltas com questões como *o que é uma boa sociedade? Como criar uma boa sociedade? Essa criação passa pela elaboração de leis? Como então fazer essas leis?* Extrapolado o campo de estudos dessa maneira, a legística deixaria de ser um olhar útil, por demais abrangente.

Para se realizar uma avaliação anterior à lei, a legística precisa dialogar e utilizar métodos de outras disciplinas, tais como a Economia (análises do tipo custo-benefício), Sociologia (análises de impacto social), Ciências Políticas (procedimentos para realização de consultas, envolvimento de atores da sociedade civil), Gestão Pública (identificação de alternativas de implementação da política pública que não envolvam legislação). Para realizar uma avaliação posterior, igualmente será necessário invocar essas disciplinas, minimamente.

O processo legislativo em si, embora comumente seja tratado como restrito ao campo do Direito, envolve diversas perspectivas disciplinares. A área de Letras, por exemplo, tem um papel fundamental, abrangendo todas as técnicas redacionais aplicadas à elaboração de uma lei. O processo legislativo também inclui questões próprias do funcionamento das corporações parlamentares que dão origem às leis, que afetam de modo importante a produção legislativa. Nesse campo inserem-se, por exemplo, as reflexões quanto à possibilidade de tramitação em caráter conclusivo em comissões menores, em vez de no Plenário, como é o caso brasileiro. Além disso, nesse campo estão abarcadas as preocupações quanto a procedimentos das casas legislativas (análise dos regimentos internos); formas de atuação das casas legislativas (se somente revisoras ou não); competência para iniciativa; poder de veto e formas de

contraposição ao poder de veto; regimes de tramitação; etc.

Por outro lado, visões ingênuas sobre a legística podem resultar em uma colonização do debate político pelo debate técnico, supostamente neutro. A *boa técnica* passaria a ser o critério de adequação de opções e valorações políticas. Retomem-se aqui as pretensões de cientificidade da legística (ver 3.2.2, A), aneladas talvez pela, também suposta, neutralidade da ciência. Desse argumento pode resultar a noção de existência de um *algoritmo* para a geração de boas leis, com a inevitável conclusão de que a sociedade não precisaria de políticos, apenas de pessoas que saibam decidir racionalmente – os *déspotas esclarecidos* do futuro. É ilusão pensar que a observância correta de uma técnica adequada é garantia suficiente de uma suposta *correição substantiva* das leis.

Levado ao seu extremo, esse argumento pode sinalizar o advento do supercomputador (ícone da técnica) a governar a sociedade. Em 1948, o frade dominicano Père Dubarle publicava no *Le Monde* uma crítica à possibilidade de uma *machine à gouverner*, argumentando que tal máquina levaria à esterilização e manipulação mecânica das relações humanas. Segundo o frade, em breve seria enfrentado o dilema entre uma certa tolerância para com as falibilidades e turbulências dos negócios humanos e o surgimento de um novo e prodigioso Leviatã, que superaria em muito o previsto por Hobbes. Norbert Wiener (2000), o pai da cibernética, apreciando o assunto, reconheceu o perigo de que políticos utilizassem as máquinas para empregar técnicas tão indiferentes à possibilidade humana quanto adaptadas às exigências de uma elite devotada ao estabelecimento da orientação política.

### *Considerações finais*

A contribuição do artigo é situar o estado da arte das discussões acadêmicas sobre legística, sem pretender esgotar o campo ou chegar a uma definição própria. Até

porque, mesmo nos campos já bem mais tradicionais do Direito Constitucional e do processo legislativo, ainda persistem dificuldades na demarcação de fronteiras.

Submetidas a um teste de estresse, as descrições conceituais de legística revelam-se inadequadas como marcos fundadores, seja de uma nova ciência, seja de um novo campo de estudos. As descrições mais restritivas não conseguem se diferenciar adequadamente daquelas do processo legislativo. As mais ampliadas sequestram referenciais de outros campos, liquefazendo-se, por demais genéricas.

Considerada como um *olhar*, trans- e interdisciplinar, a legística agrega elementos valorativos ao axiologicamente neutro processo legislativo. Análises *a priori* e *a posteriori* sobre a produção normativa podem contribuir efetivamente para o seu refinamento. Quando assume pretensões de ciência, todavia, a legística perniciosamente insinua a possibilidade da “melhor solução possível”, no campo da racionalidade (científica e neutra) em termos de produção de normas. Ao fazê-lo, arrisca-se a propor o sequestro do político e a colocação, em seu lugar, do técnico, que fará as vezes de um déspota esclarecido. Nesse caso, a ciência é reificada, encobrendo com seu manto de procedimentos manipulatórios carentes de justificação.

As descrições conceituais de legística levam a uma reflexão sobre a natureza e função do Parlamento. Embora aqui não seja o lugar para se desenvolver de forma extensa a discussão, os conceitos de legística apresentados preocupam-se principalmente com a produção de normas que geram políticas públicas, conforme também ressaltado por Chevalier (1995).

O Legislativo desempenha outras tantas funções importantes, em que a representação é um conceito que enfeixa muitas acepções e que várias delas comunicam-se com o papel simbólico e legitimador dessa instância política (PITKIN, 1967). Nesse caso, representar não passa necessariamente pela

aprovação de políticas públicas, mas muito mais por posturas e posicionamentos. Vale lembrar que o discurso parlamentar é elemento fundamental da prática legislativa e seus objetivos estão muito além de convencer os colegas parlamentares sobre o acerto ou erro de uma política pública. Discursar muitas vezes é criar canais de proximidade e identificação entre representante e representado, unificar politicamente uma comunidade<sup>16</sup>. Se uma das críticas ao processo legislativo é sua lentidão, sobre a qual a legística poderia em tese atuar no sentido de acelerá-lo, o direito de discutir e posicionar-se é quem perderia e, se for lembrado o papel da minoria parlamentar, é a própria sociedade democrática que poderia estar em jogo.

Sobre a própria aprovação de normas que consubstanciam políticas públicas, há vários pontos que contestam essa presunção da legística em criar boas leis. Em primeiro lugar, vale lembrar que tanto a Economia quanto a Ciência Política falham em apresentar conceitos unívocos de bem comum. Em seu mais moderno nível, a discussão sobre o bem geral não é pacífica, valendo citar expoentes teóricos como John Rawls e Amartia Sen, que não estão livres de críticas em suas posições. Assim, qual é o bem a ser atingido pelas “boas” leis?<sup>17</sup> Se a legística desborda de suas pretensões apenas redacionais, o terreno não é claro.

Sendo mais pragmático, pode-se também criticar a pretensão das “boas leis” ao

se considerar que o próprio jogo político exige soluções acordadas. É da natureza do Parlamento que suas naturais posições plurais se apascentem em um leito comum acordado, em que cada parte cedeu em alguma medida sobre seus objetivos iniciais. O Legislativo é o local em que a sociedade se apresenta, e dele deve-se esperar pluralidade. Posições unívocas, que espelhariam unidade, devem ser buscadas em outras instâncias políticas, como o Poder Executivo.

Aparentemente sem esse objetivo, parece que a Legística, com sua pretensão científica, acaba por avançar inadvertidamente sobre o terreno sagrado da Política, a liberdade. Devido à dificuldade em se encontrar soluções objetivas, “científicas”, a diversos problemas sociais, a Política instituiu regras e ritos – muitas vezes procedimentalmente legitimados – para encontrar soluções<sup>18</sup>. Trazer novos parâmetros apolíticos para essas soluções, como quer a Legística, seria algo inadequado. O déspota esclarecido pode ser o padrinho da legística.

Entendida a política como uma forma de solução pacífica de controvérsias, apta a lidar com o choque de posições, crenças e valores presente em qualquer grupo humano, seu elemento mais importante é o processo. A maior impropriedade da nascente discussão sobre legística, portanto, parece residir na sua pretensão de apresentar critérios definidores quanto à adequação ou inadequação da atividade política.

### Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. São Paulo: Zahar, 1985.

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções,

---

<sup>16</sup> Vale lembrar dos contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau, que questionaram por que um grupo se faz comunidade política. Antes de saber o que se quer com políticas públicas (talvez uma posição bastante moderna, típica dos estados de bem-estar do século XX), indivíduos precisam se entender como um grupo, uma sociedade política, e aí o caráter legitimador e unificador da política ganha o proselânio. Essas questões estão ainda próximas, como por exemplo a campanha de Barack Obama em que um dos aspectos seria a busca de reunificação da sociedade norte-americana, abalada por políticas radicais questionáveis de seu antecessor.

<sup>17</sup> Qual é a boa lei em relação ao aborto? O leitor responde.

<sup>18</sup> Platão, com *A República*, apresenta uma visão “científica” da política. Somente os mais sábios (os “cientistas”?) tomariam as decisões sobre a coletividade como um todo. Autores como Hanna Arendt (1998, p.45-85), em seu elogio da política como atividade-fim da humanidade, uma seara da liberdade, critica essa perspectiva política herdada de Platão.

métodos e técnicas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 83-102. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica\\_marta.pdf](http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica_marta.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2011.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Legislação, desenvolvimento e democracia. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 27-39. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica\\_anastasia.pdf](http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica_anastasia.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2011.

ARENDDT, Hannah. *O que é política?* Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*. São Paulo: Contraponto, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998. 293 p.

CADERNOS DA ESCOLA DO LEGISLATIVO. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, jan./dez. 2007. n. 14. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/index.asp?grupo=servicos&diretorio=cadernoscol&arquivo=cadernos&caderno=14>>.

CHEVALIER, Jacques. L'évaluation législative: un enjeu politique. In: DELCAMP, Alain; BERGEL, Jean-Louis; DUPAS, Alain. *Contrôle parlementaire et evaluation*. Paris: La Documentation française, 1995.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. 224 p. Disponível em: <[www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica\\_integra.pdf](http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica_integra.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2011.

CRISTAS, Assunção. Processo Legislativo: Legística ou a arte de bem fazer leis. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006.

GERRING, John. *Social Science Methodology: a criterial framework*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

KOCH, I. V. *Argumentação e Linguagem*. São Paulo: Cortez, 1984.

LEGÍSTICA: qualidade na elaboração e eficácia na aplicação das leis: Debate Público. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <[http://www2.almg.gov.br/hotsites/legistica/debate\\_publico/palestras.html](http://www2.almg.gov.br/hotsites/legistica/debate_publico/palestras.html)>. Acesso em: 5 jan. 2010.

MADER, Luzius. L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, v. 38, n.1, p. 285-286, 1986.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto; fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 43-54. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica\\_mader.pdf](http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica_mader.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2011.

OLIVETTI, Nino. Processo Legislativo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: UnB, 2009.

PINTO, M. J. *Comunicação e Discurso*. São Paulo: Hacker Editores, 1999.

PIRES, Maria Coeli Simões. Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 119-156. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica\\_coeli.pdf](http://www.almg.gov.br/publicacoes/legistica/legistica_coeli.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2011.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

SOUZA, Ricardo da Silva. *A ciência da legislação: os elementos da legística aplicados à elaboração de normas*. Brasília: Lunix Consultoria, 2009. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.lunix.com.br%2Fpdf%2FConte%25FAdo%2520Program%25E1tico%2520-%2520Curso%2520ANTT%2520Leg%25EDstica%2520-%2520Ricardo%2520da%2520Silva%2520Souza.pdf&ei=oP9bTozCFOft0gHOoaGUCQ&usg=AFQjCNFbYfQ3qLMyHyfagjWDqVgDkTqIGA>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. São Paulo: Cultrix, 2000.



# Dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados

Carlos José Saldanha Machado e  
Rosemary de Sampaio Godinho

## Sumário

1. Introdução. 2. O texto constitucional e as normas infraconstitucionais. 3. O caso que está na origem da regulação por Medida Provisória pelo Poder Executivo. 4. O embate jurídico em torno da MP 2052-1/2000. 5. A brusca passagem do livre acesso para o acesso controlado à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados. 5.1. O que torna uma autorização específica? 5.2. Quem dá uma anuência prévia? 5.3. Quem emite autorizações de acesso e coleta? 6. Algumas indefinições e imprecisões conceituais da MP 2186-16/2001. 7. Retomando a discussão sobre a constitucionalidade da MP 2186-16/2001 e a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. 8. Reflexões à guisa de conclusão.

Carlos José Saldanha Machado é cientista social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em políticas de ciência e tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor em antropologia pela *Université Paris V – Sciences sociales Sorbonne*, Pesquisador do Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde da Fundação Oswaldo Cruz, Ministério da Saúde (FIOCRUZ/ICICT/MS), Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPG-MA/UERJ) e da FIOCRUZ e Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Ministério da Ciência e Tecnologia (CNPq/MCT).

Rosemary de Sampaio Godinho é bióloga formada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá, mestre em Ciências Biológicas (Botânica) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e doutoranda do PPG-MA/UERJ.

## 1. Introdução

A República Federativa do Brasil possui a quinta maior área territorial contínua do planeta, representada por 8,514 milhões km<sup>2</sup> e mais de 7.000 km de litoral. O território brasileiro, de dimensões continentais, com amplas fronteiras marinhas e terrestres, guarda ainda entre 15% e 20% de toda biodiversidade mundial, e algumas das maiores e mais importantes florestas tropicais (CHIVIAN; BERNSTEIN, 2008; LEWINSOHN; PRADO, 2005). A população do país é de cerca de 193 milhões de habitantes, distribuídos entre 26 estados federados, mais de 5.560 municípios (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E

ESTATÍSTICA, 2010), e cerca de 220 etnias indígenas, que totalizam, aproximadamente, 700 mil pessoas, correspondendo a 4% da população nacional. A grande maioria das etnias indígenas (96,61%) vive na floresta Amazônica, enquanto o restante habita áreas urbanas, ocupando cerca de 13% do território nacional (INSTITUTO SOCIO-AMBIENTAL, 2010; WESSENDORF, 2008).

Mas, desde a fundação da República até o fim do Século XX, o acesso às riquezas biológica e cultural do Brasil se deu de forma livre, isto é, sem medidas de controle e fiscalização por parte do Poder Público. Ao mesmo tempo, nesse longo período histórico, não existiam obrigações internacionais a serem respeitadas pelos Estados em retribuir às comunidades locais e os povos indígenas pela utilização dos seus conhecimentos sobre a fauna e a flora apropriados pelos setores industriais das biotecnologias. Entende-se por biotecnologias o conjunto de técnicas, métodos e procedimentos que utiliza, a partir dos anos 70 do século passado, sistemas biológicos para desenvolver novos produtos, processo e/ou serviços com interesses comerciais (HACHE, 2005).

Coincidentemente, tais obrigações começaram a ser esboçadas pelo legislador a partir dos anos 1970 do século passado quando setores do mundo acadêmico (ecólogos e conservacionistas) tomaram consciência de que o desaparecimento de espécies que ocorria, até então, diante de uma indiferença quase geral, estava-se acelerando, e que era consequência do crescimento demográfico, como também da destruição de numerosos ambientes entre os mais ricos em recursos biológicos. No bojo das discussões, debates e aumento do volume de publicações sobre o tema no cenário internacional, em meados da década de 1980, a biodiversidade começou a ser tratada nas relações internacionais a partir do momento em que as ações lesivas ao meio ambiente começaram a influir nos interesses econômicos pelos recursos genéticos, com grande aplicação em di-

versos ramos industriais<sup>1</sup>. Desempenhou papel relevante a expansão das ações dos movimentos ecológicos que ganharam força política quando passaram a agir de forma organizada em redes transnacionais (FLORINI, 2000; SANTILLI, 2005). Esse modo de organização é uma decorrência natural do fato de os problemas ambientais não respeitarem as fronteiras dos estados nacionais; sua solução tem passado cada vez mais pela cooperação e acordos internacionais (CHIVIAN; BERNSTEIN, 2008).

Nesse sentido, a Convenção sobre Diversidade Biológica ou Regime Internacional da Biodiversidade (daqui em diante denominada, alternativamente, Convenção, CDB ou Regime Internacional da Biodiversidade) se constitui na referência internacional por parte dos Estados na construção de suas respectivas legislações sobre a conservação, o uso sustentável da biodiversidade e a justa repartição dos benefícios provenientes do uso econômico dos recursos genéticos e questões afins. Há quase duas décadas, a CDB é o principal fórum mundial voltado para o controle dos efeitos mais devastadores dos modos de apropriação predatórios da natureza resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, a Rio-92. A CDB, assinada por 168 países e ratificada por 188, incluído o Brasil<sup>2</sup>, introduziu alguns avanços teóricos merecendo destaque a adoção do princípio

<sup>1</sup> De acordo com Correa (1992), calcula-se que cerca de 25% dos fármacos possuam seus princípios ativos baseados em plantas ou microorganismos retirados sistematicamente da fauna e flora dos países megabiodiversos com o Brasil e a Indonésia.

<sup>2</sup> O governo federal e os estados da federação que detêm competência concorrente na matéria ambiental desenvolveram instrumentos jurídicos voltados para a proteção da biodiversidade, processo que ainda é muito pouco estudado pelo meio acadêmico. Para uma metodologia de verificação da incorporação das normas, regras, princípios, valores e procedimentos de tomada de decisão que deveriam ser respeitados pelos estados da federação, tomando como exemplo os dez estados que fazem parte do bioma exclusivamente brasileiro, a Caatinga, ver Machado, Cordeiro e Filipecki (2010).

da soberania dos Estados sobre os recursos biológicos e genéticos existentes em seus territórios<sup>3</sup>. Os dispositivos e os princípios do Regime Internacional da Biodiversidade estão voltados para alcançar três objetivos principais: a conservação da biodiversidade, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos naturais. Tanto o preâmbulo quanto os artigos da CDB citam a importância do conhecimento tradicional e dos povos tradicionais. Com esse tratado multilateral, a diversidade biológica passou de *res nullius* a objeto juridicamente tutelado.

Mas qual é o arcabouço legal-institucional brasileiro que disciplina o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados? Quais são as suas características? Como se deu o processo de sua construção? O referido acesso sempre teve a mesma natureza ou sofreu alguma modificação ao longo do tempo? Para responder essas questões, faremos uso de uma metodologia qualitativa consistindo no levantamento e sistematização da legislação disponível nos *sites* do Congresso Nacional, da Presidência da República e dos Ministérios do Meio Ambiente e da Ciência e Tecnologia, e sua leitura em comparação com o que institui a Constituição Federal de 1988 (daqui em diante CF/88), e artigos científicos, livros e capítulos de livros de autores que têm-se debruçado sobre o processo regulatório aqui observado.

O resultado de nossa descrição e análise será apresentado em seis seções, além desta introdução e da conclusão. Inicialmente, analisaremos a legislação que já existia antes da promulgação da norma que regula, em âmbito federal, o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, a Medida Provisória 2186-16 de 23 de agosto de 2001 (daqui em diante

denominada MP 2186-16/2001) e como o assunto é tratado na CF/88. Em seguida, é apresentado um relato detalhado sobre a conturbada gênese da legislação analisada, que culminou em vários questionamentos judiciais mediante Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Após essa recuperação histórica do processo de regulação do acesso ao patrimônio genético, abordaremos na quinta seção os dispositivos que atuam como entraves à pesquisa sobre o tema e que dão à legislação uma feição draconiana. Ainda nessa seção são discutidas algumas medidas tomadas pelo governo para atenuar a situação. Artigos controversos também são analisados na seção seguinte, bem como questões conceituais que dificultam o entendimento e a aplicação da legislação. Na sétima seção, são apontados outros conflitos constitucionais que ainda persistem na MP, e a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão do Ministério do Meio Ambiente, que delibera sobre as solicitações de acesso ao conhecimento tradicional associado e acesso e remessa de componente do patrimônio genético para quaisquer das finalidades previstas pela MP, quais sejam, pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico. Finalmente, concluímos o artigo afirmando que o Poder Executivo, ao desconsiderar as contribuições do debate parlamentar no processo legislativo sobre a matéria e a regular por meio de Medida Provisória cheia de lacunas, imprecisões conceituais, descumprimento da Constituição de 1988 e da orientação do regime internacional de biodiversidade, gerou insegurança jurídica entre os atores da dinâmica territorial.

## 2. O texto constitucional e as normas infraconstitucionais

No Brasil, em âmbito federal, a norma que regula o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados é a MP 2186-16/2001, que regulamenta o

<sup>3</sup> Artigo 3º da Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/chm/doc/cdbport.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2010.

inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, e os arts. 1º; 8º, alínea “j”; 10, alínea “c”; 15 e 16, alíneas “3” e “4”, da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Mas antes mesmo da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, já havia entre os legisladores um interesse em proteger os recursos biológicos, porém tal proteção era feita em legislação esparsa que não tratava especificamente do tema. A lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, com as alterações promovidas pelas leis nº 7.804/1989, nº 8.028/1990, nº 9.960/2000, nº 10.165/2000, nº 11.284/2006, em seu artigo 2º, III, prevê o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais. Em 10 de novembro de 1987, foi promulgado o decreto nº 95.177, alterado pelo decreto nº 95.837/1988; aquele criava a Comissão Interministerial de Biotecnologia – CIBT, e dava outras providências, e em seu artigo 1º destinava a comissão a integrar as ações desenvolvidas por diversos segmentos institucionais ligados à Política Nacional de Biotecnologia (WANDSCHEER, 2008). Em matéria constitucional, a Carta Magna de 5 de outubro de 1988 (daqui em diante CF/88), pela primeira vez na história constitucional brasileira, dedicou todo um capítulo ao meio ambiente, assegurando a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (artigo 225, *caput*). A doutrina atualmente já reconhece o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como um direito humano fundamental, embora não esteja expresso no artigo 5º da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Tal reconhecimento tem como base a construção da liberdade do ser humano

contida na compreensão material do direito fundamental.

Varella (2004) ressalta que a CF/88 apresenta uma nova modalidade de direito que abrange um patrimônio de todos os homens e mulheres e mesmo daqueles que ainda não nasceram, e por essa razão pode ser considerado um direito difuso, transindividual, que ultrapassa o conceito de indivíduo e se aproxima da noção de sociedade, indivisível, na qual os titulares são pessoas indetermináveis – até porque muitos dos seus titulares nem existem de fato –, mas relacionadas entre si pela proteção jurídica do objeto tutelado, o meio ambiente.

O tema meio ambiente não é tratado apenas no capítulo da CF/88 destinado especificamente a ele, mas também em vários outros, confirmando a transversalidade das políticas ambientais. Dessa forma, pode-se invocar vários dispositivos constitucionais para a sua proteção, como a garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII), a propriedade intelectual (art. 5º, XXIX) e os bens da União (art. 20, II). Os artigos 22, 23 e 24 demonstram um complexo sistema constitucional de repartição de competências em matéria ambiental, que inclui competências legislativas, privativas, concorrentes e suplementares, e competências materiais ou executivas, que podem ser exclusivas ou comum. O artigo 91, § 1º, III, que relaciona as competências do Conselho de Defesa Nacional, estabelecendo que este deve opinar sobre o efetivo uso de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo. No rol de atribuições institucionais do Ministério Público, previsto no artigo 129, está expressamente incluída a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Entre os princípios da proteção da ordem econômica e financeira,

elencados no art. 170, está a defesa do meio ambiente. A proteção a este bem também está garantida no art. 174, § 3º, que trata da organização da atividade garimpeira em cooperativas. A qualidade e o equilíbrio do ambiente urbano são também tutelados constitucionalmente, nos artigos 182 e 183. O capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (artigo 184 e seguintes) estabelece que a propriedade rural cumpre sua função social quando atende simultaneamente alguns requisitos, entre eles, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente. No artigo 200, que institui as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), está a “colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. Os artigos 231 e 232 que tratam da proteção aos índios também abordam a questão ambiental.

Embora se entenda a importância do conjunto dos artigos supramencionados, eles são genéricos o suficiente para que não tragam qualquer segurança à regulamentação do acesso aos recursos genéticos. Não existem dispositivos específicos sobre a questão, e mesmo os preceitos constitucionais existentes são tão amplos e vagos que poderiam dar origem a qualquer interpretação. Segundo Varella (2004), o texto constitucional apenas indica que o Poder Público deve fiscalizar, o que é regulamentado pela legislação infraconstitucional.

Entre as normas infraconstitucionais, criadas após a CF/88, destacam-se vários decretos, leis e Medidas Provisórias. O decreto nº 98.830/1990 regulamenta a exploração dos recursos biológicos e genéticos feita por meio de coleta por estrangeiros de dados e materiais científicos no Brasil. O decreto legislativo nº 2 de 1994 aprovou o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, e

estabelece em seu artigo 1º os objetivos a serem cumpridos pelos signatários deste tratado, além de estabelecer em seu artigo 8º, “j”, a necessidade de se respeitar, preservar e manter os conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais. A lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, veda em seu art. 18, III, o patenteamento de seres vivos no todo ou em parte, mas permite a possibilidade do patenteamento de organismos geneticamente modificados, como também de processos biotecnológicos de produção de produtos, a partir de plantas e animais, sem contudo, como esclarece Wandscheer (2008), estabelecer um retorno financeiro para os fornecedores de matéria prima, e sem respeitar os direitos das populações tradicionais sobre os seus conhecimentos. Na região amazônica, merece destaque a lei nº 1.235/1997 do Estado do Acre, promulgada em 1997, que regula direitos e obrigações relativos ao acesso de recursos genéticos, material genético e produtos derivados, em condições *ex situ* e *in situ*, existentes neste Estado, aos conhecimentos tradicionais das populações indígenas e comunidades locais, associadas aos recursos genéticos ou produtos derivados e aos cultivos agrícolas domesticados no Estado. Em seguida, o Amapá também seguiu esta linha de defesa dos seus recursos aprovando a Lei nº 388/97<sup>4</sup>. Finalmente, em 29 de junho de 2000, foi editada a MP nº 2.052, substituída pela MP nº 2.186-16, que tem por finalidade regulamentar o inciso II do § 1º e o § 4º do artigo 225 da CF/88, os artigos 1º; 8º, alínea “j”; 10, alínea “c”; 15 e 16, alíneas “3” e “4”, do Regime Internacional da Biodiversidade referido na introdução deste trabalho.

<sup>4</sup> Em termos de legislação estadual, apenas esses dois Estados tiveram a preocupação de elaborar algo sobre essa matéria. O resto da Amazônia e do Brasil é regulamentado apenas pela MP 2186/01 que, na falta de uma lei federal, atua como tal.

### 3. O caso que está na origem da regulação por Medida Provisória pelo Poder Executivo

Após a Rio-92, quando foi aprovado o Regime Internacional da Biodiversidade por vários países, aqueles que são detentores de uma megabiodiversidade, como o Brasil, ficaram potencialmente em situação privilegiada pelo fato de a biodiversidade passar a fazer parte do patrimônio do país que a detém, deixando de ser patrimônio da humanidade (*res nullius*), como era considerada antes desse novo regime. Com isso, aumentou positivamente a possibilidade de o Brasil alterar as relações de poder no cenário internacional com os países que dominam os processos de produção científica e industrial de biotecnologias. Portanto, esperava-se que o governo federal adotasse uma estratégia começando pela regulação interna exemplar para o acesso e uso sustentável da biodiversidade. Mas, como veremos a seguir, não foi bem isso que aconteceu.

Logo após a Rio-92, e diante da necessidade de uma lei que regulamentasse o acesso aos recursos genéticos e biológicos, a então Senadora Marina Silva (PT-AC) apresentou, em 1995, um projeto de lei sobre o tema (PL 306/95), cujo substitutivo, apresentado pelo Senador Osmar Dias (PSDB-PR), foi aprovado em 1998, por unanimidade, na Comissão de Assuntos Sociais do Senado (PL 4.842/98), sendo logo em seguida encaminhado à Câmara dos Deputados. A tramitação desse PL no processo legislativo contou com a realização de diversas audiências públicas, das quais participaram lideranças populares e indígenas, ONGs, cientistas e membros do governo.

Naquele mesmo ano, o deputado Jacques Wagner (PT-BA) encaminhou novo projeto de lei à Câmara dos Deputados (PL 4.579/98). Como se tratava de projetos de lei apresentados por um partido, na época, de oposição, o Poder Executivo encaminhou, então, à Câmara dos Deputados,

no mesmo ano, o seu próprio projeto (PL 4.751/98), resultado dos trabalhos de um grupo interministerial criado para esse fim, e uma proposta de emenda constitucional (PEC nº 618/98), que transformava os recursos genéticos em bens da União. Com essa proposta do governo em paralelo à do deputado Jacques Wagner, o projeto do Senado permaneceu estacionado durante dois anos na Câmara dos Deputados.

Mesmo o Brasil não tendo, até o começo de 2000, uma legislação específica que garantisse a soberania do Estado sobre os recursos genéticos, a Bioamazônia (Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia)<sup>5</sup> e a Novartis Pharma AG (multinacional farmacêutica de origem suíça) assinaram um contrato que dava a esta empresa direitos de acesso e uso exclusivos de material genético da região amazônica. Segundo Rocha (2003), pelo contrato, a Novartis poderia coletar, identificar, classificar e caracterizar o perfil das cepas e os componentes químicos dos extratos (microorganismos), além de prever o envio em larga escala de tais materiais para a matriz, na Suíça, bem como amostras do solo da Amazônia para a continuidade de suas pesquisas.

Conforme enfatizou Rocha (2003), a Novartis patentearia e controlaria sozinha, nos termos do contrato, os produtos que ela pudesse criar a partir de microorganismos, fungos e plantas coletadas pela Bioamazônia. A multinacional suíça teria, ainda, licença perpétua e exclusiva, com direito de conceder sublicenças, para produzir, usar e vender produtos contendo o composto original ou derivados, além de quaisquer direitos de patentes, e teria acesso irrestrito aos dados taxonômicos, genéticos, aos processos de isolamento, meios de cultura,

<sup>5</sup> A Bioamazônia é uma Organização Social que foi criada nos termos da lei federal nº 9637/98, e titular de um contrato de gestão com o Ministério do Meio Ambiente, para colaborar com a implementação do Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia, o PROBEM.

tecnologias de multiplicação e de replicação de microorganismos, fungos e plantas, ou seja, o controle total dos aspectos que envolvessem a exploração desse material no Brasil. A Bioamazônia produziria até dez mil cepas microbianas (fungos e bactérias) e receberia 1% de *royalties* sobre o composto novo, durante dez anos. Em contrapartida, à Novartis ficaria assegurada a propriedade sobre todos os direitos em quaisquer invenções relativas a compostos derivados de microorganismos retirados da Amazônia.

Em face da natureza e abrangência daquele contrato, não foram poucas as resistências à aprovação do mesmo, surgidas, entre outros motivos, por pontos obscuros envolvidos na negociação, como o fato de a Bioamazônia não obedecer a seu próprio regulamento, deixando de consultar seu Conselho Administrativo, além de firmar tal contrato sem o devido conhecimento do Ministério do Meio Ambiente, que tinha, em seu contrato de gestão, o papel de supervisor. Esse Ministério juntamente com outros setores do próprio governo apenas souberam dos termos do contrato pela imprensa. De acordo com o depoimento da Secretária de Coordenação da Amazônia do Ministério do Meio Ambiente de 1999 a 2003, Mary Allegretti (2000), ao excluir o Ministério do Meio Ambiente da negociação e celebração do contrato, a Bioamazônia feriu o Contrato de Gestão, além de romper o laço de confiança que devia permear a relação Bioamazônia e Ministério do Meio Ambiente na implementação de um programa estratégico para o país, e que pretendia ser instrumento para uma política de uso sustentável da biodiversidade, pautado na repartição de benefícios, conforme determina a Convenção sobre Diversidade Biológica. Ao mesmo tempo, por conta das irregularidades apontadas, um professor da Universidade Federal do Amazonas e membro do Conselho de Administração da Bioamazônia, Spártaco Astolfi Filho, denunciou o contrato em maio de 2000. Em junho do mesmo ano, o então Ministro do

Meio Ambiente, José Sarney Filho, considerou o contrato lesivo aos interesses do País e recomendou a sua suspensão porque o Brasil não possuía legislação específica para garantir sua soberania sobre seus próprios recursos genéticos.

As preocupações do então Ministro repercutiram nos meios político, econômico, social e, sobretudo, científico, que temiam que o acordo não permitisse um efetivo controle da ação da multinacional, uma vez que o material fosse enviado para o exterior. O cientista Isais Raw, até então Presidente do Instituto Butantan de São Paulo, afirmou à época que “seria uma forma legal de realizar a biopirataria. Por menos de um salário mínimo, ao entregar uma cepa, jamais saberemos o que dela resultou e nada colheremos a não ser o consumo dos novos medicamentos, a preços que as empresas produtoras definirão. Pesquisa, tecnologia e indústria será mantida sempre do outro lado do mar” (RAW, 2000).

A repercussão nacional desse caso resultou na suspensão do contrato e na edição de uma Medida Provisória em 29 de junho de 2000, a MP nº 2052-1, que dispõe sobre “a proteção e acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e à transferência tecnológica para sua conservação e utilização”. Com este ato do Poder Executivo que tem força de lei, todos os resultados sobre a matéria alcançados com o rico debate inerente ao jogo político do processo legislativo no Congresso Nacional foram abandonados<sup>6</sup>.

Mas, essa ação do governo federal não se deu sem que alguns partidos de oposição e Organizações Não-Governamentais reagissem.

<sup>6</sup> Questão de infindáveis controvérsias e constantes litígios entre os Poderes é a possibilidade dada pelo constituinte de 1988 ao Chefe do Poder Executivo de, em caso de urgência e relevância jurídica e política, editar Medidas Provisórias - MPs com força de lei. Alguns consideram as medidas provisórias, metaforicamente, como câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde da nossa democracia. A esse respeito, ver, por exemplo, Prudente (1998) e Queiroz (2000).

#### 4. O embate jurídico em torno da MP 2052-1/2000

A primeira versão da MP continha vários pontos polêmicos que foram reeditados sem alterações, mensalmente, até abril de 2001. Foram questionados judicialmente no Supremo Tribunal Federal (STF) por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), de números 2246-6, de 14 de julho de 2000, e 2289-0, de 14 de agosto de 2000, propostas pelos Partido Comunista do Brasil - PC do B, Partido dos Trabalhadores - PT, e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG, respectivamente.

Os pontos questionados na ADI 2246-6 referiam-se aos artigos 11, 12, 14 e 29 da Medida Provisória 2052/2000. O artigo 11 dispunha que “o poder executivo criará um Conselho Interministerial, vinculado à Casa Civil da Presidência da República, composto de representantes dos órgãos que detêm competência legal sobre as diversas ações de que trata a Medida Provisória (...)”. Em seguida, o artigo 12 estabelecia que “o Conselho Interministerial de que trata o artigo anterior, terá sua estrutura e funcionamento dispostos em decreto específico do Poder Executivo”. Argumentava a ADI que tais artigos, ao estabelecerem que o Poder Executivo criaria um Conselho Interministerial e que a estruturação e definição do funcionamento desse novo órgão da administração pública seria definido em decreto específico do Poder Executivo, afrontavam o disposto no inciso XI do artigo 48 da Constituição Federal, no qual está estabelecido que a criação de órgão da administração pública é da competência do Congresso Nacional, não podendo o Poder Executivo dispor, por Medida Provisória, da criação de tal órgão, uma vez que o constituinte originário reservou essa matéria à expressa deliberação do Congresso Nacional, impossibilitando, com isso, que essa atribuição seja transferida de um poder a outro. A Medida Provisória retirava

ainda do poder legislativo a possibilidade de exercer parte de sua competência constitucional, implicando ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, inscrito no artigo 2º da CF/88.

O artigo 14 do dispositivo legal impugnado pela ADI previa que, “em casos de relevante interesse público, assim caracterizado pela autoridade competente, o ingresso em *terra indígena*, área pública ou privada para acesso a recursos genéticos dispensará prévia anuência das comunidades indígenas e locais e de proprietários (...)” (grifo nosso). Em seu parágrafo único, ressaltava que, “no caso previsto no *caput* deste artigo, as comunidades *indígenas* e locais e proprietários deverão ser previamente informados” (grifo nosso). Em função dessas determinações, a Ação proposta ao STF solicitava a suspensão dos efeitos jurídicos das expressões “*terra indígena*” do artigo 14 e “*indígenas* e” do seu parágrafo único, uma vez só haver uma única hipótese em que, por razões de relevante interesse público e da União, será possível desconsiderar a titularidade das comunidades indígenas sobre posse permanente e o usufruto exclusivo existentes no solo, nos rios e nos lagos das terras que tradicionalmente ocupam. Tal prática só poderia ocorrer quando a lei complementar, dispondo sobre os atos considerados de relevante interesse da União, a que se refere o § 6º do artigo 231 da CF/88, estivesse em vigor, o que ainda não ocorreu. Portanto, quaisquer atos que visem a posse, o domínio ou a ocupação de terras tradicionalmente ocupadas por índios são nulos e extintos. Assim sendo, atribuir, como fazia o disposto no artigo 14 da MP 2052/2000, que os casos ou os atos de relevante interesse público serão validamente caracterizáveis pela autoridade competente, importa em afrontar o comando normativo a que se refere o § 6º do artigo 231 da Constituição Federal.

Finalmente, o artigo 29 da MP instituiu que “a fiscalização, a interceptação e a apreensão de amostra de componente do

patrimônio genético acessada em desacordo com as disposições desta Medida Provisória serão exercidas por órgãos federais, de acordo com o que dispuser o regulamento, podendo, ainda, tais atividades serem descentralizadas, mediante convênios” (grifo nosso). O texto da ADI, então, observava o exposto nos incisos XII, XIII e XIV do artigo 11 da MP para argumentar que os órgãos federais encarregados de exercer o poder de polícia inerente à atividade objeto da regulamentação neste ato normativo, com força de lei, poderiam transferir o exercício do poder de polícia para terceiros, inclusive pessoas jurídicas de direito privado, que eventualmente tivessem sido qualificadas como organizações sociais ou como organização social de relevante interesse público, de acordo com legislações, que estavam sob o crivo do controle concentrado do Supremo Tribunal Federal, em especial pelo que tratava o inciso XIV do artigo 11 da MP em análise. Mas, tal transferência não é autorizada pelo inciso II do artigo 225 da CF/88, que estabelece que incumbe ao poder público, além de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Além disso, ao considerarmos o disposto no artigo 13 da MP – o acesso a componentes do patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado “(...) somente será autorizado a instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins (...)” –, não cabia que o poder de polícia recaísse em órgãos estranhos ao poder público, conforme admitia o dispositivo impugnado.

Por sua vez, a ADI 2289-0 contestava os artigos 10 e 14 da MP, já descritos anteriormente, por violarem a CF/88 em seus artigos 5º, inciso XXII, 231, *caput* e § 6º, 216, § 1º, assim como a MP, em seu todo, violaria o artigo 62 da Constituição. O artigo 10 da MP 2052/2000 determinava que “à pessoa de boa-fé que, até 30 de junho de 2000, utiliza-

va ou explorava economicamente qualquer conhecimento tradicional no País, será assegurado o direito de continuar a utilização ou exploração, sem ônus, na forma e nas condições anteriores”. A esse respeito, os argumentos utilizados na ADI eram de que as chamadas comunidades tradicionais, pelo fato de conviverem ao longo de décadas e séculos em estreita relação de interdependência com a natureza e os recursos biológicos nela encontrados, desenvolveram tecnologias e conhecimentos próprios e peculiares dos usos e serventias desses recursos. Esses conhecimentos e práticas fazem parte essencial e indissociável dos seus costumes e tradições e integram, ao lado dos direitos territoriais, os direitos de ordem imaterial relacionados à reprodução social e cultural de seus povos, protegidos pelo artigo 216 e pelo *caput* do artigo 231 da CF/88. Ora, compete ao Poder Público o dever de proteger esses bens imateriais do uso desautorizado, notadamente para fins industriais ou comerciais, que caracterizam flagrante apropriação indébita de conhecimentos coletivos e/ou individuais. A ADI 2289-0 ainda ressaltava que garantir retroativamente a indivíduos e empresas o direito de exploração do conhecimento tradicional, sem qualquer ônus, nada mais é do que legitimar a biopirataria em detrimento justamente dos detentores desse conhecimento, ou seja, os povos indígenas e as comunidades locais, ficando claro, portanto, a inconstitucionalidade do artigo 10 da Medida Provisória em análise. Quanto aos argumentos referentes ao que estava disposto no artigo 14, constata-se serem semelhantes àqueles apresentados na ADI 2246-6, descritas anteriormente.

Por fim, a ADI contesta a existência de pressuposto constitucional para a edição da Medida Provisória, alegando não haver o pressuposto da urgência estabelecido no *caput* do artigo 62 da Constituição Federal, posto que a matéria já vinha sendo debatida no âmbito do Congresso Nacional há mais de cinco anos, tendo ocorrido várias

audiências públicas em diferentes capitais do país.

Por conta da relevância do conteúdo dessas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as reedições posteriores da Medida Provisória sofreram significativas alterações em seu conteúdo, o que levou o Supremo Tribunal Federal a extinguir as Ações, por falta de objeto.

Sobre as reedições da Medida Provisória em análise, Castilho (2003) esclarece que a mesma foi reeditada sem alterações, mensalmente, até abril de 2001, quando passou a ter o texto modificado até agosto de 2001. A partir daí, por força da Emenda Constitucional nº 32, de 12/09/2001, as medidas provisórias editadas em data anterior continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Assim, o acesso ao conhecimento tradicional de recursos genéticos no Brasil está regulado pela Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, em sua 16ª reedição, deixando inseguros todos os interessados no tema, diante da vulnerabilidade desse ato normativo com força de lei. Posteriormente, os Decretos nº 3.945/2001 e 4.946/2003 vieram regulamentar essa MP.

### *5. A brusca passagem do livre acesso para o acesso controlado à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados*

As determinações introduzidas com a MP 2.186-16/2001 no arcabouço legal marcou uma brusca passagem do modo como se praticava no território nacional o acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados. Por se tratar de uma mudança, vários setores da academia reagiram enviando, em 2002, ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) – órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente que havia sido criado por essa MP – questionamentos sobre a exigência de obtenção de autorização para pesquisa

científica que envolvesse o acesso ao patrimônio genético, com a argumentação de que apenas remotamente esta gerará benefícios econômicos passíveis de serem repartidos. Segundo Azevedo (2005), entre os dispositivos questionados, estavam aqueles que estabeleciam várias restrições à autorização específica para acessar os conhecimentos tradicionais associados e/ou os recursos genéticos (artigo 7º, XI e artigo 11, IV, “c” e “d”) e a necessidade de apresentar a anuência prévia do titular da área e de indicar antecipadamente os locais de coleta como requisitos à obtenção de autorização de acesso (artigo 11, IV, “b” e artigo 14, I, “a” e “c”); além das incertezas sobre a quem compete emitir tais autorizações – dimensões de um mesmo problema – a serem analisadas a seguir.

#### *5.1. O que torna uma autorização específica?*

Os artigos 11, IV, “a” e “b”; 14, I, “a” e “b”; e 16 da Medida Provisória determinam que as ações de pesquisa científica, bioprospecção e desenvolvimento tecnológico só se realizem após obterem autorização específica para acesso ao conhecimento tradicional associado e/ou acessar componente do patrimônio genético. O artigo 16 estabelece ainda que pessoas físicas e pesquisadores sem vínculo institucional não podem pleitear essas autorizações; isto é válido também para instituições estrangeiras, as quais necessitam associar-se com instituições nacionais de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins para participarem de pesquisas que envolvam acesso.

Para tornar a legislação mais clara, reduzir dificuldades para a realização de pesquisas científicas e tecnológicas e evitar que as instituições fossem oneradas com excesso de burocracia e atrasos em seus programas, o governo federal publicou o Decreto 4.946/03, alterando o Decreto 3.945/2001, passando a atender, com isso, às reivindicações da comunidade acadêmi-

ca ao definir a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético e estabelecer as normas para o seu funcionamento.

Uma das principais alterações do decreto é a ampliação da abrangência da autorização especial de acesso ao patrimônio genético. Pela regra anterior, as instituições de pesquisa com dezenas de projetos tinham que enviar informações detalhadas sobre cada projeto antes de seu início, o que implicava a demora na emissão das autorizações e na solicitação adicional para novos projetos. A partir de 2003, após a apresentação de uma lista de projetos principais, a instituição recebe a autorização especial e fica livre para iniciar novos projetos (artigos 8º, § 1º, e 9º, § 4º, do Decreto 3.945/2001), devendo somente informar ao CGEN, posteriormente, sobre os novos projetos. Anteriormente, era exigida a apresentação prévia detalhada do roteiro da expedição de coleta de material que foi revogada, passando a ser exigida apenas a menção à localidade da obtenção das amostras (artigo 8º, § 2º, II, Decreto 3.945/2001). É possível também, com o novo texto, a obtenção de autorização especial para a formação de coleções, desde que seja aprovado um modelo de contrato de uso e repartição de benefícios com os provedores (artigo 9-A Decreto 3.945/2001).

Com as novas regras do Decreto 3.945/2001, as instituições, para obterem autorizações de pesquisa, devem ser constituídas sob as leis brasileiras, exercer atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins (artigo 8º, I, “a” e “b”). As instituições devem, ainda, comprovar qualificação técnica, estrutura para o manuseio de amostras e projeto de pesquisa detalhado para poder desempenhar atividades de acesso e remessa de amostra de componente do patrimônio genético ou de acesso ao conhecimento tradicional associado, inclusive com informação sobre o uso pretendido (artigo 8º, II, III e IV).

Mais recentemente, o CGEN estabeleceu algumas exceções, em 2006 e 2007, para fa-

cilitar ainda mais o acesso das instituições de pesquisa, não sendo mais necessárias as autorizações para tal acesso. A Resolução 21/2006 contemplou quatro casos específicos, a saber: 1) atividades ou pesquisas que visem avaliar ou elucidar a história evolutiva de uma espécie ou de grupo taxonômico, as relações dos seres vivos entre si ou com o meio ambiente, ou a diversidade genética de populações; 2) testes de filiação, técnicas de sexagem e análises de cariótipo ou de ADN que visem à identificação de uma espécie ou espécime; 3) pesquisas epidemiológicas visando à identificação de agentes etiológicos de doenças, assim como a medição da concentração de substâncias conhecidas cujas quantidades, nos organismos, indiquem doenças ou estado fisiológico; 4) pesquisas que visem à formação de coleções de DNA, tecidos, germoplasma, sangue ou soro. Por sua vez, a Resolução 29/2007 isentou de autorização específica a elaboração de óleos fixos, óleos essenciais e de extratos quando esses resultarem de isolamento, extração ou purificação, nos quais as características do produto final sejam substancialmente equivalentes à da matéria-prima original.

Mas essas ações têm isentado a Medida Provisória, conforme enfatizado por Mota (2009), de críticas porque, apesar de estar em vigor desde 2001, não conseguiu estabelecer normas claras e eficazes de acesso ao patrimônio genético do País. Até o ano de 2009, praticamente só órgãos públicos e instituições universitárias haviam conseguido, do CGEN, autorizações para o acesso a componentes do patrimônio genético, para fins de desenvolvimento tecnológico. Segundo o Ministério do Meio Ambiente<sup>7</sup>, até julho de 2010, apenas três empresas privadas (Natura Inovação e Tecnologia de produtos, Extracta Moléculas Naturais S.A. e Quest International do Brasil Indús-

<sup>7</sup> Informação obtida no *site* do Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=222&idConteudo=9211>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

tria e Comércio Ltda.) haviam obtido tais autorizações, sendo a Natura Inovação e Tecnologia de Produtos aquela que havia conseguido uma autorização para acesso a conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

### 5.2. Quem dá uma anuência prévia?

Segundo Azevedo (2005), no movimento de crítica à MP por parte da comunidade acadêmica, um dos dispositivos que mais concentra atenção é o artigo 16, § 9º, que determina a exigência de apresentar anuência prévia: 1) da comunidade indígena envolvida; 2) do órgão competente, quando se tratar de áreas protegidas; 3) do titular da área privada e da autoridade marítima ou do Conselho de Defesa Nacional. Os argumentos mais frequentes dessa crítica estão associados: 1) ao fato de nem sempre ser possível saber antecipadamente onde serão feitas as coletas do material, sobre o qual serão realizadas as atividades de acesso ao patrimônio genético; 2) ao encarecimento da pesquisa, uma vez que se torna necessário duplicar as idas a campo, uma para obter a anuência prévia e a outra para executar o trabalho de campo, que só poderá ser realizado após a obtenção da autorização; 3) à dificuldade de se localizar e identificar com segurança o titular da área.

A utilização do termo anuência prévia será discutida mais adiante; por ora, a atenção deve ser voltada para a justificativa da inclusão desse requisito na Medida Provisória, que passa pela natureza jurídica do patrimônio genético e pelo estímulo à conservação da diversidade biológica.

O que se observa ao analisar a Medida Provisória é que ela não definiu objetivamente a natureza jurídica do patrimônio genético, entretanto ela garantiu, no seu artigo 27, ao titular da área em que o material será coletado, o direito de ser parte integrante do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios. Contudo tal Contrato só terá eficácia, conforme estabelecido no artigo 29, após a

sua anuência pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Essas determinações evidenciam que, sobre o patrimônio genético, recai tanto o interesse público, quanto o interesse privado do titular da área.

Como a natureza jurídica desse bem ainda não foi definida claramente em lei, ele permanece sendo objeto de debate entre juristas. Porém, a interpretação que tem prevalecido é a de que esse patrimônio é um bem de relevante interesse público ou de uso comum do povo, cabendo à Administração Pública apenas a sua guarda e gestão, sem retirar o direito dos titulares das áreas sobre os organismos que ali existem (MEIRELLES, 2006; VARELLA, 2004a).

A Medida Provisória estabelece, em seu artigo 17, que, em casos considerados pelo CGEN, como de relevante interesse público, será dispensada a anuência prévia dos titulares das áreas para o seu ingresso. Com o objetivo de facilitar um pouco mais o acesso, com a finalidade restrita de pesquisa científica, o CGEN aprovou a Resolução nº 8, que considerou o avanço do conhecimento e o desenvolvimento da pesquisa científica que contribua para a conservação e a utilização sustentável da biodiversidade como atividades de interesse estratégico para o país e, sendo assim, caracterizou como caso de relevante interesse público o acesso a componente do patrimônio genético existente em área privada destinado à realização de pesquisa científica, dispensando nestes casos a apresentação da anuência prévia. Porém deve-se enfatizar que o disposto nessa resolução não exime o pesquisador de obter, com o titular da área privada em que será realizada a coleta ou com o seu representante, o consentimento para ingresso e coleta na respectiva área, conforme disposto no artigo 4º da referida resolução.

Nos casos de projetos de pesquisa realizados em áreas ocupadas por povos indígenas, que não foram contempladas pela Resolução nº 8 do CGEN, de 24 de setembro de 2003, Azevedo (2005) sugere

que eles incluam, em seus cronogramas, etapas para a realização do contato com as comunidades a fim de construir confiança mútua, o que facilitaria o processo de obtenção da anuência prévia.

De acordo com as Resoluções 5, 6, 9 e 12 do CGEN, as comunidades devem compreender o tema da pesquisa, que uso será dado às amostras coletadas e/ou ao conhecimento tradicional acessado, o método de pesquisa em campo, etc., para que possam fornecer a anuência prévia.

Essa exigência tem demandado uma revisão do modo como são realizadas as pesquisas de campo no território nacional. Não basta, por exemplo, chegar a uma comunidade indígena ou local e apenas pedir para coletar algumas folhas de determinada espécie, ou perguntar como a comunidade explora determinado recurso; é necessário explicar o porquê da pesquisa, explicitar qual o produto esperado da pesquisa. Se for apenas para elaborar uma dissertação, por exemplo, a redação final do trabalho deve identificar a origem do material coletado (não apenas por meio de coordenadas geográficas, mas identificando a comunidade provedora), bem como a origem das informações relativas ao conhecimento tradicional associado (AZEVEDO, 2005).

### *5.3. Quem emite autorizações de acesso e coleta?*

De acordo com o artigo 11, IV, “c” e “d”, da MP 2186-16/2001, o CGEN é a autoridade nacional competente para deliberar sobre as solicitações de acesso a conhecimento tradicional associado e componente do patrimônio genético, bem como a remessa deste para quaisquer das três finalidades previstas na MP: pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico. Entretanto, conforme a Orientação Técnica nº 01 desse Conselho, que define o que vem a ser acesso, fica evidente que, em se tratando da Medida Provisória 2186-16/2001, acesso não é o mesmo que coleta. O acesso está restrito no nível genético,

molecular ou de substâncias provenientes do metabolismo de seres vivos e de extratos obtidos desses organismos, enquanto que a coleta refere-se à retirada do organismo, no todo ou em parte, de condições *in situ*.

Após o esclarecimento dessa diferença, e de acordo com a Instrução Normativa nº 154/2007 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, que, além de instituir o Sistema de Autorização e Informação em Biodiversidade - SISBIO, regulamenta a coleta e o transporte de material biológico para fins científicos e didáticos, torna-se notório o entendimento de que caberá a esse órgão, integrante do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, emitir para a instituição pública ou privada nacional que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e as universidades nacionais, pública ou privada, autorizações para as coletas. Nos casos em que haja previsão de participação de pessoa jurídica estrangeira, tal solicitação deve ser encaminhada ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, como estabelecido pelo artigo 12 do Decreto 3.945/2001. Contudo, Ferro, Bonacelli e Assad (2006) ressaltam que a burocracia atual de formulários e relatórios demonstrada é tamanha que vários pesquisadores que dependem de tais autorizações para desenvolverem seus projetos acabam ignorando a legislação.

A seguir, identificaremos e analisaremos algumas indefinições e imprecisões conceituais da MP 2186-16/2001 que concorrem para alimentar o sentimento de insegurança jurídica entre as partes envolvidas nas atividades de pesquisa científica, bioprospecção e desenvolvimento tecnológico.

### *6. Algumas indefinições e imprecisões conceituais da MP 2186-16/2001*

Os artigos 8º e 9º da MP fornecem uma proteção contra a apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais associados,

estabelecendo os direitos da comunidade indígena e da comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou transmitem os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Mas, não definem claramente o alcance e o tempo de duração da matéria protegida: os direitos são relativos àquele conhecimento tradicional identificado como tal, ao conhecimento tradicional obtido por acesso direto? E se o conhecimento tradicional for obtido por acesso indireto como publicações, bancos de dados, coleções, bancos de germoplasma, etc.? Como diferenciar o conhecimento tradicional objeto de proteção daquele incorporado pela evolução de uma sociedade multirracial como a brasileira? Qual é o tempo que deve perdurar na proteção do conhecimento tradicional associado? Essas lacunas permitem que as partes negociem livremente o período de remuneração proveniente do uso desses conhecimentos. Do mesmo modo, o diploma legal não determina a prescrição específica para a pretensão proveniente da violação desse direito. Cabe, então, agir por analogia e aplicar a regra geral instituída no artigo 205 do Código Civil Brasileiro que determina que a prescrição ocorre em dez anos.

A distribuição justa e equitativa dos benefícios está prevista no artigo 24 da Medida Provisória, entretanto os conceitos de justo e equitativo são deixados para a análise nos casos concretos, o que certamente vai gerar grandes disputas no âmbito do CGEN. Nos contratos existentes em todo o mundo, em que há a participação dos governos, nada ou quase nada é repassado aos índios e às comunidades locais. Por outro lado, se não há participação dos governos, a contraprestação é irrisória. Segundo Varella (2004), a solução dada pela grande maioria dos países é debater cada caso com a presença de representantes de todos os setores interessados. Este parece ser realmente o melhor procedimento. Contudo, ele não foi a opção brasileira, que concentra apenas representantes dos governos no CGEN.

Varella (2004b) destaca ainda que as sanções administrativas previstas no artigo 30, § 1º, da norma em vigor são mais amenas do que as penas previstas pelos projetos de lei em andamento. Nos projetos de lei, há previsão de penas restritivas de liberdade, que atingem inclusive a pessoa jurídica. Tais dispositivos vêm consolidar a teoria da despersonalização da pessoa jurídica<sup>8</sup>, dando importante contribuição para a impunidade contra os crimes ambientais e a utilização indevida do material genético no Brasil. Nesse sentido, a Medida Provisória recua na evolução normativa ao não prever nenhum tipo penal para as infrações.

Em relação a alguns termos utilizados na MP, quatro são alvos de críticas de doutrinadores por estarem em desacordo com outros diplomas legais, por serem extremamente vagos e não esclarecerem a sua aplicação ou ainda por não alcançarem todas as espécies passíveis de proteção: patrimônio genético, conhecimentos tradicionais, comunidade local e anuência prévia.

A Medida Provisória 2.186-16/01 estabelece que o acesso ao conhecimento tradicional associado (art. 7º, V) e ao patrimônio genético existente no País (art. 7º, IV, c/c art. 16), bem como a sua remessa para o exterior, (art. 7º, X, c/c art. 19) somente sejam efetivados mediante autorização da União (art. 2º), e institui, como autoridade competente para esse fim, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN (art. 11, II,

<sup>8</sup> O direito deu personalidade às sociedades empresariais para que elas possam responder em juízo a várias demandas. Quando a empresa é condenada a pagar multa por algum ato ilícito que tenha cometido, essa multa sairá do patrimônio da empresa e não dos seus sócios. Despersonalizar a pessoa jurídica significa retirar a personalidade jurídica da empresa, atingindo-se os bens dos sócios, em casos de má administração, abuso de direito ou fraude à execução. No caso em discussão, como se fala em pena privativa de liberdade, se o acusado for uma empresa, não há como retirar a liberdade dela, então, quem cumprirá essa pena serão os seus representantes (sócios), mas isso só é possível mediante esse instrumento de despersonalizar a pessoa jurídica para atingir os seus representantes. Para discussão mais detalhada, ver Watanabe (2010).

“b”). Castilho (2003) chama a atenção para a impertinência da substituição de conceitos consagrados internacionalmente, por termos de alcance conceitual mais restrito, como é o caso de “recursos genéticos”, substituído pelo de “patrimônio genético”. A autora ressalta que o termo “patrimônio” reporta-se à ideia de bens suscetíveis à apreciação econômica, enquanto a expressão mais geral de “recurso” alcança toda e qualquer posse, independentemente de constituir ou não um patrimônio.

Na CF/88, o termo “patrimônio genético” é utilizado no artigo 225, § 1º, II, constituindo-se em bem de interesse público e sua preservação é dever do Poder Público. A Convenção sobre Diversidade Biológica ou Regime Internacional da Biodiversidade adota o termo “recursos genéticos” e os define como material genético de valor real ou potencial. Material genético, por sua vez, é todo aquele, de origem vegetal, animal, microbiana ou outra, que contenha unidades funcionais de hereditariedade (art. 2º). Essa definição não inclui os produtos naturais derivados dos genomas dos seres vivos, razão pela qual muitos países, inclusive o Brasil, falam em “recursos genéticos e produtos derivados”. Na escolha do termo mais adequado, é importante observar se ele dá conta dos aspectos material e imaterial do objeto protegido pela lei. O objetivo da lei é proteger não apenas as moléculas naturais obtidas pelo acesso ao DNA das espécies da fauna e da flora brasileira e de outra origem, mas também a informação contida nos genes. Nessa perspectiva desenha-se uma preferência pelo termo “recurso genético” adotado pelo Regime Internacional da Biodiversidade.

Em relação a conhecimento tradicional associado, a MP 2.186-16/2001 definiu como sendo uma “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético” (art. 7º, II). E o acesso ao conhecimento tradicional associado é

definido como a “obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza” (art. 7º, V). Por comunidade local é entendido o “grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas” (art. 7º, III).

Essas definições são bem vagas e não esclarecem a aplicação das mesmas. Como decorrência, são frequentes os questionamentos sobre se determinada comunidade deve ser considerada como tradicional ou não. Nos termos da legislação em vigor, não há precisão quanto à identificação de conhecimentos como tradicionais. Para auxiliar o entendimento quanto às definições acima, Ferreira e Clementino (2006) propõem uma classificação de conhecimentos tradicionais sendo: i) os de uso e acesso restrito; ii) os de uso compartilhado; iii) os difusos.

Um autor como Mota (2009) esclarece que devemos entender o conhecimento tradicional associado definido no art. 7º, II, da MP como sendo o conhecimento com valor real ou potencial, isto é, o conhecimento relevante para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, e o conhecimento gerado nessa comunidade com estilo de vida tradicional, que faz parte da identidade cultural local e, em princípio, patenteável. Trata-se aqui de conhecimentos sobre objetos e processos biológicos, que possam ser úteis para a humanidade, como um todo. É o conhecimento de plantas, de animais, e de processos biológicos, em princípio, úteis ao homem. Contudo, sua transformação em utilidades efetivas, generalizáveis a toda uma classe de pessoas, é, via de regra, um processo posterior

que exige a novidade, a inventividade e a aplicação industrial, importando, normalmente, em custos elevados. O referido autor enfatiza ainda que a proteção especial dos conhecimentos sobre objetos e processos biológicos úteis, por meio do direito de acesso, patente ou outras formas de tutela, envolve também a proteção indireta da comunidade que o conserva e sustenta. Como já salientado pelo Regime Internacional de Biodiversidade (art. 8º, alínea “j”), as comunidades indígenas e as populações tradicionais têm conhecimentos diferentes, na medida em que são socialmente e culturalmente diferentes.

Nessa discussão sobre termos, conceitos e imprecisões, a questão da propriedade intelectual do conhecimento tradicional associado é a mais polêmica e complexa dentro da matéria do acesso à biodiversidade. É uma constatação que conduz Kishi (2004) a defender um diálogo interdisciplinar como extremamente necessário para dar corpo ao paradigma ideal de proteção, com base jurídica, tanto em nível de princípios fundamentais, quanto em nível de meios eficientes de implementação.

Um terceiro termo alvo de discussões é o de comunidade local. Como foi visto anteriormente, a definição que a MP propõe para comunidade local não é aprovada por muitos autores, entre eles Varella (2004b). De acordo com esse doutrinador, seria melhor considerar um conceito mais amplo, promovendo a proteção de costumes locais, de pequenas cidades. Por exemplo, uma cidade do interior do Brasil pode ter a tradição de utilizar determinada planta para fazer um chá, útil à indústria farmacêutica. Essa cidade, por intermédio de seus representantes estabelecidos pela Constituição Federal, poderia ter o direito de se beneficiar de seu conhecimento tradicional, mas não o é, porque a lei exclui o seu conhecimento tradicional da proteção.

Alencar (2006), corroborando essa posição, ressalta que um dos problemas latentes da MP é a falta de reconhecimento dos co-

nhcimentos tradicionais dos agricultores e membros das comunidades ribeirinhas. Segundo o autor, tal exclusão pressupõe um grave problema, uma vez que esse grupo de indivíduos representa uma comunidade, com identidade própria e que possui o saber tradicional, acumulado ao longo de décadas e repassado durante várias gerações, os quais são de grande relevância para o conhecimento da biodiversidade e da sobrevivência de outros indivíduos.

A esse respeito, Varella (2004b) salienta que se deve ter em mente que o regime internacional foi feito para um conjunto muito heterogêneo de realidades, abrangendo desde tribos africanas até cidades em países mais desenvolvidos. Ao se limitar o conceito operacional na norma interna, uma parte importante do que poderia ser protegido fica excluído de uma possível proteção. Portanto, para a individualização da comunidade local e do povo indígena, torna-se necessária uma dimensão coletiva, a cooperação social e a territorialidade, ainda que essas comunidades possam-se espalhar por várias localidades, ou mesmo vários países. Mota (2009), então, propõe que deva ser uniformizada juridicamente a designação das comunidades com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica com a expressão “comunidades locais e povos indígenas com estilos de vida tradicionais”.

Por se tratar de um objeto de pesquisa amplamente estudado pela Antropologia, o exame do conceito de comunidade local, relacionado ao conhecimento tradicional, comunidade tradicional ou de população tradicional, conduziu inúmeros antropólogos a discutirem o caráter reducionista que a legislação impõe ao conceito, definido mais por parâmetros ambientais que socioculturais, muitas vezes contrariando deliberadamente o conceito de cultura e vida em sociedade, já consolidado pela Antropologia, aproximando-se do determinismo biológico. Populações tradicionais

não podem ser definidas e aproximadas como populações neolíticas. Todos os povos necessariamente mudam. Cultura é por definição mutável. Hoje praticam um extrativismo artesanal e amanhã poderão praticar essa mesma atividade socioeconômica segundo métodos industriais, sem deixarem de ser tradicionais. A questão é bem mais complexa (CASTILHO, 2003). Não é a passagem do “neolítico” para o “industrial” que os fará mais ou menos tradicionais.

Finalmente, o quarto termo alvo de controvérsias é o de anuência prévia. Segundo Castilho (2004), tudo indica que esse termo será substituído pelo “consentimento prévio informado”, princípio incorporado nas convenções internacionais – depois da promulgação, em 1947, após o julgamento de médicos nazistas que realizaram experiências em prisioneiros de guerra, do primeiro código de ética do Século XX, o Código de Nuremberg –, cujo conteúdo vem sendo desenvolvido pela Antropologia e pelo Direito (DINIZ et al. 2008). Como visto anteriormente, aquele que consente deve ser instruído, em linguagem que lhe seja acessível culturalmente, das consequências econômicas, jurídicas e políticas do seu ato. Importante lembrar que a necessidade de alterações e modificações no curso das atividades de pesquisa também deverão ser informadas aos detentores de conhecimento tradicional, estando sujeitas ao consentimento prévio.

A legislação da Costa Rica reconhece a possibilidade de uma determinada comunidade negar o acesso ao seu conhecimento. No Brasil essa alternativa mostra-se fortalecida no que tange aos povos indígenas, por estes possuírem o direito constitucional ao usufruto dos recursos naturais (artigo 231, § 2º, CF/88).

Castilho (2004) observa ainda que devem ser levantadas questões concernentes à representatividade das comunidades locais e indígenas; a natureza legal da anuência; o papel do Conselho de Gestão do

Patrimônio Genético; as situações em que a anuência será dispensada; a abrangência do conceito de comunidade tradicional e a adoção de um regime próprio de proteção do conhecimento tradicional associado ao patrimônio ou material genético.

### *7. Retomando a discussão sobre a constitucionalidade da MP 2186-16/2001 e a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético*

Vimos até aqui que a Medida Provisória 2186-16/2001 apresenta problemas que comprometem sua constitucionalidade. Inicialmente, em seu art. 2º, condiciona a exploração do patrimônio genético existente no País à autorização ou permissão da União, mesmo que trate de terras de propriedade particular ou dos Estados-Membros da Federação. No caso, a Medida Provisória estabeleceu uma forma centralizada de controle que desrespeita a competência legislativa concorrente dos Estados-Membros para dispor sobre os interesses regionais (artigo 24, CF/88). De acordo com Rocha (2003), o Estado-Membro não é sequer consultado sobre a exploração do patrimônio genético existente em seu território.

A inconstitucionalidade do artigo 6º da MP também merece destaque no que se refere às restrições à aplicação do princípio da precaução. O Princípio da Precaução é aquele segundo o qual o risco de dano significativo ao meio ambiente, ainda que não reconhecido com absoluta certeza, obriga a atitudes imediatas de precaução, para evitar o evento potencialmente danoso, utilizando-se o conjunto de conhecimentos científicos disponíveis. Paulo Afonso Lemes Machado (2001) observa que a Constituição da República Brasileira de 1988, em seu artigo 225, *caput*, e § 1º, I e II, prescreve uma obrigação clara e incisiva da garantia à sadia qualidade de vida, e prevê que a biotecnologia não pode colocar em perigo a saúde da sociedade brasileira e dos residentes no nosso país.

E, ainda, segundo Machado, o princípio da precaução impõe uma prevenção imediata, tempestiva, e dirigida ao futuro. Não obstante tais previsões constitucionais e legais, o art. 6º da MP 2.186-16/2001 estipula que, existindo evidência científica consistente de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica, o Poder Público, por intermédio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, determinará medidas destinadas a impedir o dano. Kishi (2004) ressalta ainda que, de plano, verifica-se ofensa à Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada pelo Brasil e ratificada pelo Congresso Nacional. O conflito refere-se à exigência estabelecida na Medida Provisória de evidência científica, quando, para toda a mais respeitada doutrina em direito ambiental, basta a dúvida científica para a adoção das medidas de precaução. A Convenção prescreve justamente o contrário do veiculado pela Medida Provisória, esclarecendo no seu preâmbulo: “quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”.

Ainda no citado artigo 6º, e no artigo 10 da MP, a proteção da qualidade ambiental está restrita unicamente ao CGEN, o que conflita com o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, prevista no artigo 225, *caput*, da CF/88, mediante o qual impõe-se ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente. Ficaram, então, concentrados na União todos os poderes de autorização, fiscalização e controle das atividades de acesso à biodiversidade. Dessa forma, na avaliação de Rocha (2003), a MP nº 2.186-16/2001 regulamentou não somente os princípios gerais que lhe são próprios, conforme a competência concorrente, mas também os assuntos que foram deferidos pela Constituição à consideração do Estado-Membro.

Como já havíamos referido nas seções anteriores, a MP 2186-16/2001 criou o Con-

selho de Gestão do Patrimônio Genético, o CGEN, em sua reedição de 26 de abril de 2001, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente. É composto exclusivamente de representantes da Administração Pública Federal (artigo 10), desprezando o comando constitucional do art. 23 (incisos III, VI e VIII), que estabelece a competência comum à União, Estados e Municípios para exercerem políticas públicas ambientais e suas atribuições administrativas para proteger o meio ambiente. Além disso, conforme esclarece Kishi (2004), o disposto no art. 225, *caput*, da CF/88, que prescreve o dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente, foi desprezado, bem como o princípio da participação popular, uma vez que ainda não há lei prevendo a participação de representantes da sociedade civil e de comunidades tradicionais nesse Conselho. A representação paritária no CGEN, com participação de setores da sociedade civil e das comunidades tradicionais, está prevista, desde agosto de 2002, em projeto de lei, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Formalmente, as reuniões desse Conselho têm ocorrido com a participação de 18 representantes do governo e apenas 10 representantes da sociedade civil<sup>9</sup> que, na prática, têm uma participação figurativa, pois desprovidos de direito a voto porque não compõem legalmente o CGEN.

Antes de passarmos às conclusões desse trabalho, é digno de nota o fato de o Conselho Gestor preconizar a dispensa do consentimento dos detentores do conhecimento para sua utilização (artigo 17) nos casos de relevante interesse público. Há aqui uma invasão do direito das comunidades tradicionais no que diz respeito aos seus saberes. Percebe-se que o conceito de relevante interesse público está eivado de subjetividade, motivo pelo qual, segundo Alencar (2006), o Estado pode-se utilizar

<sup>9</sup> Para uma lista completa da sociedade civil, consultar o *site* <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=222&idConteudo=9072&idMenu=9819>.

dessa prerrogativa para conseguir explorar o saber dos povos tradicionais sem o seu devido consentimento, prévio e informado.

### 8. Reflexões à guisa de conclusão

Ao término deste trabalho sobre a dinâmica e características do processo brasileiro de regulação do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados, fica evidente que o aprimoramento do processo de regulação brasileiro do acesso à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais associados precisa superar o caráter provisório da legislação, com suas imperfeições técnicas e artigos em desacordo com preceitos constitucionais. Estamos diante de um dos grandes desafios da nova Presidência da República que se inicia em 2011, uma vez que somente uma legislação definitiva poderá coibir a biopirataria e garantir a atração de investimentos para o país. É preciso que os atores da dinâmica territorial possam ter clareza e segurança sobre os riscos de seus investimentos, sobretudo porque os conhecimentos nas ciências da vida estão sendo acumulados de maneira vertiginosa e suas aplicações em setores os mais diversos da biotecnologia devem enfrentar desafios ligados a desenvolvimentos longos e exigentes em termos de recursos financeiros. É imperativo que o fio condutor da ação legislativa de harmonização do arcabouço legal seja o do princípio da sustentabilidade constitucionalmente definida como o desenvolvimento nacional qualificado por um crescimento econômico fundado sobre a justiça social, a preservação ambiental e a responsabilidade intergeracional. Ou seja, o princípio “sustentabilidade” não se limita ao cálculo utilitarista das consequências de cursos alternativos de ação. Como observa Bezerra e Bursztyn (2000, p. 16), “não é possível formular diretrizes políticas unidimensionais para o desenvolvimento sustentável fazendo de cada racionalidade instrumental das diversas práticas humanas uma ‘autarquia’”.

Em relação à MP 2186-16/2001, vimos que seu conteúdo tem gerado diversas controvérsias e discussões conceituais que acabam dificultando o cumprimento desse instrumento jurídico com força de lei no que se refere à garantia dos direitos dos detentores de conhecimentos tradicionais associados que são usados pelas comunidades científicas e o empresariado da área biotecnológica.

Identificamos também vários problemas e conflitos ainda existentes e que precisam ser superados antes de compatibilizar as exigências das atividades de pesquisa científica com as determinações legais. Por gerarem insegurança jurídica, o CGEN tem tomado a iniciativa de esclarecer as dubiedades da MP 2186-16/2001 por meio de resoluções e orientações técnicas. Mas, estamos diante de medidas paliativas porque estamos envolvidos numa colcha de retalhos jurídicos de difícil entendimento, até mesmo para os estudiosos do assunto, quanto mais para os leigos em legislação: ambos gostariam de ter esclarecido qual a melhor e mais efetiva forma de acessar os recursos genéticos e os seus conhecimentos tradicionais associados para poder realizar suas pesquisas.

Para completar a realidade jurídica construída de forma atabalhoada aqui descrita e analisada, a estrutura organizacional do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético é alvo de severas críticas porque as representações de povos indígenas e tradicionais, bem como as organizações da sociedade civil, só podem acompanhar os debates nos fóruns de discussão como convidados, e não possuem participação nos espaços decisórios propriamente ditos. A esses atores sociais foi outorgado o direito de participar de forma figurativa e não efetiva. É paradoxal, num Estado democrático de direito, observarmos a institucionalização do oposto da tendência contemporânea que considera as interações entre sociedade e Estado mais em sua dimensão vertical (um domina o outro) do que horizontal

(um e outro são parceiros) (MACHADO; MIRANDA; PINHEIRO, 2004).

Enfim, não basta o órgão que delibera sobre as solicitações de acesso ao conhecimento tradicional associado e acesso e remessa de componente do patrimônio genético para as finalidades de pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico tão somente normatizar detalhadamente a matéria para que se modifique o quadro atual de desigualdade entre os provedores da biodiversidade e os detentores da biotecnologia. Para ocorrer uma mudança nesse cenário, é preciso que se instaure uma paridade entre representantes da sociedade civil e do Poder Executivo que integram o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. É condição *sine qua non* para uma relação política mais justa entre os atores da dinâmica territorial dessa arena.

Finalmente esperamos, ao término deste trabalho, ter produzido um conhecimento empírico e analítico útil para os operadores do direito que ainda não estão preparados, segundo Séguin (2006), em sua grande maioria, para desempenhar o novo papel que lhes cabe na tutela do Meio Ambiente.

### Referências

ACRE. Lei nº 1.235, de 9 de julho de 1997. Dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso aos recursos genéticos do Estado do Acre e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado do Acre*, Manaus, 10 jul. 1997.

ALENCAR, Aline Ferreira de. Análise jurídica sobre a biopirataria relacionada aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético na Amazônia brasileira. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus. *Anais...* Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado-dir-povos-aline-ferreira-de-alencar.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

ALLEGRETTI, Mary. *O polêmico acordo entre a BioAmazônia e a Novartis*. Depoimento de 25.08.2000 na Comissão da Amazônia. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <[http://www.inpa.gov](http://www.inpa.gov.br/cpca/charles/rtf/BioAmvsNovartis.rtf)

[br/cpca/charles/rtf/BioAmvsNovartis.rtf](http://www.inpa.gov.br/cpca/charles/rtf/BioAmvsNovartis.rtf)>. Acesso em: 10 out. 2011.

AMAPÁ. Lei nº 388, de 10 de dezembro de 1997. Dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso à biodiversidade do Estado do Amapá e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado do Amapá*, Manaus, 12 dez. 1997.

AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral. A regulamentação do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados no Brasil. *Biota Neotropica*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 1-9, 2005. Disponível em: <<http://www.biotaneotropica.org.br/v5n1/pt/fullpaper?bn00105012005+pt>>. Acesso em: 5 jul. 2010.

BEZERRA, Maria do Carmo de Lima; BURSZTYN, Marcel (Coord.). *Ciência & tecnologia para o desenvolvimento sustentável*. Brasília: Ambiente; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis: Consórcio CDS/UnB/Abipti, 2000. Disponível em: <[http://agenda21litoralnortes.org/index.php?option=com\\_docman&task=download&gid=26&Itemid=31](http://agenda21litoralnortes.org/index.php?option=com_docman&task=download&gid=26&Itemid=31)>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: por Guilherme Peña de Moraes. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 mar. 1998.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.945, de 28 de setembro de 2001. Define a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético e estabelece as normas para o seu funcionamento, mediante a regulamentação dos arts. 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18 e 19 da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 3 out. 2001.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.946, de 31 de dezembro de 2003. Altera, revoga e acrescenta dispositivos ao Decreto nº 3.945, de 28 de setembro de 2001, que regulamenta a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jan. 2004.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 95.837, de 17 de março de 1988. Altera o Decreto nº 96.177, de 10 de novembro de 1987, que cria a Comissão Interministerial de Biotecnologia-CIBT, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 mar. 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 98.830, de 15 de janeiro de 1990. Dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 jan. 1990.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 4 fev. 1994.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília 1 set. 1981.

\_\_\_\_\_. Lei nº 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.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 maio 1998.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 de jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 2052-1, de 28 de agosto de 2000. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 ago. 2000.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 2186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 ago. 2001.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Parâmetros para o regime jurídico *sui generis* de proteção ao conheci-

mento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Casamarca, 2003. p. 453-472.

\_\_\_\_\_. Diversidade biológica: questões controversas na proteção do conhecimento tradicional. In: MEIO ambiente. Brasília: ESMPU, 2004. p. 183-187. (Grandes Eventos; v. 1).

CHIVIAN, Eric; BERNSTEIN, Aaron (Ed.). *Sustaining Life: how human health depends on biodiversity*. New York: Oxford University Press, 2008.

CONSELHO DE GESTÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO (Brasil). Orientação Técnica nº 1, de 24 de setembro de 2003. Esclarece os conceitos de acesso e de remessa de amostras de componentes do patrimônio genético. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2003.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 5, de 26 de junho de 2003: Res. MMA/CGEN 05/03. Estabelece diretrizes para a obtenção de anuência prévia para o acesso a conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, para fins de pesquisa científica sem potencial ou perspectiva de uso comercial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jul. 2003.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 6, de 26 de junho de 2003: Res. MMA/CGEN 06/03. Estabelece diretrizes para a obtenção de anuência prévia para o acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, com potencial ou perspectiva de uso comercial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jul. 2003.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 8, de 24 de setembro de 2003: Res. MMA/CGEN 08/03. Caracteriza como caso de relevante interesse público o acesso a componente do patrimônio genético existente em área privada para pesquisa científica que contribua para o avanço do conhecimento e não apresente potencial de uso econômico previamente identificado. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 out. 2003.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 9, de 18 de dezembro de 2003: Res. MMA/CGEN 09/03. Estabelece diretrizes para a obtenção de anuência prévia junto a comunidades indígenas e locais, a fim de acessar componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, sem potencial ou perspectiva de uso comercial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jan. 2004.

CONSELHO DE GESTÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO. Resolução nº 12 de 25 de março de 2004: Res. MMA/CGEN 12/04. Estabelece diretrizes para a obtenção de anuência prévia para acesso a componente do patrimônio genético com finalidade de bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 21, de 31 de agosto de 2006: Res. MMA/CGEN 21/06. Dispõe sobre as pesquisas e ativi-

dades científicas que não se enquadram sob o conceito de acesso ao patrimônio genético para as finalidades da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 2006.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 29, de 6 de novembro de 2007: Res. MMA/CGEN 29/07. Dispõe sobre o enquadramento de óleos fixos, óleos essenciais e extratos no âmbito da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 dez. 2007.

CORREA, Carlos María. Industria farmacéutica y biotecnología: oportunidades y desafíos para los países em desarrollo. *Comércio Exterior*, México, v. 42, n. 11, nov. 1992.

DINIZ, Débora et al. (Org.). Ética em pesquisa: temas globais. *RECIIS : Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde*, v. 2, Sup. 1, p. Sup. 4-Sup. 6, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.reciis.cict.fiocruz.br/index.php/receis/article/view/201/175>>. Acesso em: 8 set. 2010.

FERREIRA, Simone Nunes.; CLEMENTINO, Adriana Nogueira Rocha. Proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 81, p. 92-103, out./nov. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_81/Artigos/Simone\\_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/Artigos/Simone_rev81.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2010.

FERRO, Ana Flávia; BONACELLI, Maria Beatriz; ASSAD, Ana Lúcia. Uso da biodiversidade e acesso a recursos genéticos no Brasil: atual regulamentação difícil pesquisa e desenvolvimento. *Inovação Uniemp*, Campinas, v. 2, n. 2, p. 16-17, abr./jun. 2006. Disponível em: <[http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-23942006000200009&lng=pt&nrm=is.&tlng=pt](http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-23942006000200009&lng=pt&nrm=is.&tlng=pt)>. Acesso em: 10 out. 2011.

FLORINI, Ann M. (Ed.) *The third force: the rise of transnational civil society*. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace; Tokyo: Japan Center for International Exchange, 2000. 295 p.

HACHE, Jean. *Les enjeux des biotechnologies: complexité et interactions*. Paris: EMS Éditions, 2005. (Collection Pratique d'Entreprises).

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Instrução Normativa nº 154, de 1 de março de 2007: IN 154/07. Dispõe sobre a coleta de material biológico para fins científicos e didáticos no âmbito do ensino superior e da implementação do Sistema de Autorização e Informação em Biodiversidade (Sisbio). *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 mar. 2007.

KISHI, Sandar Hakemi Shimada. *Tutela jurídica do acesso à biodiversidade no Brasil*. In: MEIO ambiente. Brasília: ESMPU, 2004. p. 167-181. (Grandes Eventos; v. 1).

LEWINSOHN, Thomas M.; PRADO, Paulo Inácio. Quantas espécies há no Brasil? *Megadiversidade*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 36-42, jul. 2005. Disponível em: <[http://www.conservation.org.br/publicacoes/files/07Lewinsohn\\_Prado.pdf](http://www.conservation.org.br/publicacoes/files/07Lewinsohn_Prado.pdf)> Acesso em: 10 out. 2011.

MACHADO, Carlos José Saldanha et al. Uma metodologia para o estudo da incorporação do regime internacional da biodiversidade no arcabouço legal dos estados da federação: o caso da Bahia e de Minas Gerais. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, 5., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade, 2010. p. 1-20. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT15-53-39-20100903210139.pdf>>. Acesso em 10 out. 2011.

\_\_\_\_\_; MIRANDA, N.; PINHEIRO, A.A.S. A nova aliança entre Estado e sociedade na administração da coisa pública: descentralização e participação na política nacional de recursos hídricos. In: MACHADO, Carlos José Saldanha (Org.). *Gestão de águas doces*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

MACHADO, Paulo A. Leme. Commercio, biotecnologia e principio precauzionale. *Rivista Giuridica Dell'Ambiente*, Milano, v. 16, n. 5, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOTA, Mauricio. Direitos intelectuais coletivos e função social da propriedade intelectual: os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Função social do Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 90-153.

PAÍSES@. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/>>. Acesso em: 10 set. 2010.

PRUDENTE, Antônio Souza. Medida provisória e segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 237-248, abr./jun. 1998.

RICARDO, Fany Pantaleoni; GONGORA, Major Fávoro; LIMA, Leandro Mahalem de (Org.). *Povos indígenas no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt>>. Acesso em: 10 set. 2010.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 188 p.

RAW, Isaias. Bioamazônia, Novartis e o Brasil. *Boletim Eletrônico SBQ*, São Paulo, n. 177, 2º Biênio 2000/2002 n. 177, 2000. Disponível em: <<http://www.s bq.org>>

br/publicacoes/beletronico/bienio2/boletim177.htm#4>. Acesso em: 2 jul. 2010.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. Regulação jurídica do acesso à biodiversidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 29, p. 167-185, jan./mar. 2003.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis: Insituto Internacional de Educação do Brasil, 2005. 303 p.

SÉGUIN, E. *O Direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. 480 p.

VARELLA, Marcelo Dias. Algumas ponderações sobre as normas de controle do acesso aos recursos genéticos. In: MEIO ambiente. Brasília: ESMPU, 2004. p. 121-157. (Grandes Eventos; v. 1). Disponível em: <[http://www.geocities.ws/marcelodiasvarella/arquivos/2004\\_MPU\\_recursos\\_geneticos.pdf](http://www.geocities.ws/marcelodiasvarella/arquivos/2004_MPU_recursos_geneticos.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Tipologia de normas sobre controle do acesso aos recursos genéticos. In: \_\_\_\_\_; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (Coleção Direito Ambiental; 2).

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Impactos da legislação nacional na proteção de saberes tradicionais: contribuição para a sua reprodução ou mecanismo para a sua extinção? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. *Anais...* Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_560.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_560.pdf)>. Acesso em: 2 jul. 2010.

WESSENDORF, Kathrin (Ed.). *The indigenous world 2008: yearbook*. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs, 2008. 578 p. : il. Disponível em: <[http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/IW\\_2008.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/IW_2008.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2011.



# Mata atlântica

## As inconsistências dos instrumentos legais de utilização e proteção

Fernando Paiva Scardua e  
Márcia Dieguez Leuzinger

### Sumário

Introdução. 1. Definições e conceitos. 2. Objetivos e princípios. 3. Regulamento geral. 3.1. Estágios de regeneração. 3.2. Outros usos. 4. Instrumentos econômicos e fomento. Considerações Finais.

### Introdução

A história da devastação das florestas brasileiras de um modo geral, e especificamente da Mata Atlântica, já foi descrita por vários autores como Fonseca (1985), Câmara (2003), Hirota (2003), Mittermeier et al (2004), Dean (2004), sendo, ainda hoje, objeto de controvérsias o seu real estágio de degradação e fragmentação. Alguns estudos apontam a existência de menos de 8% da cobertura florestal original (ATLAS..., 1998; ATLAS, 2002), outros para valores em torno de 26,97% (LEVANTAMENTO..., 2007) e, mais recentemente, Ribeiro et al (2009) atribuíram um valor em torno de 17,4%. As diferenças nas taxas apresentadas entre os diferentes autores são discutidas por Ribeiro et al (2009).

De qualquer forma, ainda que adotado o percentual mais otimista, certo é que a degradação do bioma é bastante severa, devendo-se considerar que sua biodiversidade é extremamente significativa, com um altíssimo número de espécies endêmicas, o que conduziu o constituinte originário a alçar a Mata Atlântica, na Constituição

Fernando Paiva Scardua é Professor Adjunto da Faculdade do Gama (FGA) e do Centro de Desenvolvimento Sustentável (CDS) da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Ciências Florestais pela Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz" - ESALQ/USP e Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília, Pós-Doutorado pelo Institut de Recherche pour le Développement, França. Engenheiro Florestal

Márcia Dieguez Leuzinger é Procuradora do Estado do Paraná, Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília - UnB, professora de Direito Administrativo e de Direito Ambiental da graduação e do mestrado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Advogada.

Federal de 1988, à condição de patrimônio nacional. Nos termos do art. 225, § 4º, da CF/88, sua utilização deve ser feita na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do bioma, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Diversos diplomas foram, então, sendo editados ao longo das duas últimas décadas, devendo-se destacar a Resolução nº 249, de 1999, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que apresenta as diretrizes para a Política de Conservação e Desenvolvimento Sustentável da Mata Atlântica; a Lei nº 11.428, de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica; o Decreto federal nº 6.660/08, que a regulamenta, assim como diversas outras Resoluções do Conama que, em cada Estado, definem o que deve ser considerado como vegetação primária e vegetação secundária, em estágio avançado, médio ou inicial de regeneração.

A Lei nº 11.428/06, em seu art. 2º, dispõe que devem ser considerados integrantes do bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, que deverão ser estabelecidos em mapa pelo IBGE:

“Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste.

Parágrafo único. Somente os remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e nos estágios secundário inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência definida no *caput* deste artigo terão seu uso e conservação regulados por esta Lei.”

Ao apresentar essa definição, que será retomada mais adiante, o legislador abarcou uma grande extensão territorial,

com a presença de populações humanas em vastas áreas. Por essa razão, deve-se considerar a necessidade de conciliar a proteção do bioma com as diferentes atividades antrópicas nele realizadas, inclusive por populações tradicionais. Para tanto, a própria CF/88 impõe ao proprietário que seja observada a função social da propriedade, que abarca entre outras a dimensão ambiental. Nesse sentido, variadas restrições ao exercício do direito de propriedade devem ser respeitadas pelo proprietário, sob pena de perda parcial de sua garantia. No caso específico da Mata Atlântica, essas limitações decorrem, como dito, de uma série de normas, consubstanciadas não apenas na Lei da Mata Atlântica, mas também em seu Regulamento e em diferentes Resoluções do Conama.

Por outro lado, como o bioma é extremamente antropizado, ao se falar de sua conservação, deve-se levar em consideração o conceito e os princípios estabelecidos na Convenção sobre Diversidade Biológica, baseada no trinômio conservação, uso e repartição dos benefícios.

Desse modo, o presente artigo pretende fazer uma discussão dos conceitos, definições e instrumentos apresentados nas normas que regem a proteção ao bioma Mata Atlântica, bem como uma análise das principais inconsistências legais apresentadas.

### 1. Definições e conceitos

Inicialmente, é importante se proceder à análise de alguns termos técnicos e definições que estão presentes na Lei nº 11.428/06 (Lei da Mata Atlântica) e em seu respectivo regulamento. Como as normas ambientais utilizam conceitos afetos a outras áreas do conhecimento, muitas vezes é bastante difícil para os operadores do Direito aplicá-las corretamente, na medida em que não possuem exata noção do seu sentido.

Serão também abordados alguns dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que é o órgão

responsável pela classificação da vegetação brasileira (VELOSO; RANGEL FILHO; LIMA, 1991). As formas de vegetação que compõem o bioma Mata Atlântica são estabelecidas pelo art. 2º da Lei nº 11.428/06. Já a definição de vegetação primária e secundária, esta última nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica, cabe ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), de acordo com o art. 4º da Lei em questão.

O Conama, por sua vez, baixou uma série de Resoluções para a Mata Atlântica, que dispõem sobre: i) definição dos parâmetros básicos para os estágios de sua sucessão (Resolução Conama nºs 10/1993 e 01/1994); ii) licenciamento e planos de manejo (Resolução Conama nº 11/90); iii) glossário (Resolução Conama nº 12/94); iv) diretrizes para a política de conservação e desenvolvimento do bioma (Resolução Conama nº 249/99); v) regras para o corte e a supressão de espécies ameaçadas da flora (Resolução Conama nºs 278/01 e 317/02); e, vi) normas relativas a quaisquer intervenções na vegetação primária ou secundária nos estágios avançado e médio de regeneração para cada Estado da federação (Resoluções Conama nºs 01/94, 04/94, 05/94, 06/94, 25/94, 26/94, 28/94, 29/94, 30/94, 31/94, 32/94, 33/94, 34/94, 391/07 e 392/07). As Resoluções editadas anteriormente à Lei da Mata Atlântica foram convalidadas pela Resolução Conama nº 388/07.

No que tange ao alcance da Lei da Mata Atlântica e seu regulamento, algumas divergências podem ser citadas. O § 1º do art. 1º do Decreto nº 6.660/08, por exemplo, diverge do parágrafo único do art. 2º da Lei. Isso porque o § 1º do art. 1º do Decreto delimita sua incidência aos remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e secundário de regeneração. Por sua vez, o § 2º do art. 1º do Decreto amplia a incidência das normas para todos os tipos de vegetação nativa delimitados no mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

– IBGE, o que também está previsto no *caput* do art. 2º da Lei nº 11.428/06, extrapolando a finalidade da própria Lei. O Decreto chega a ampliar o conceito de Mata Atlântica estabelecido na Lei, acrescentando novas formações florestais.

Ainda é digno de nota que o mapa extrapolou e divergiu das definições de enclave e de tensão ecológica. No que tange ao sistema de transição ou tensão ecológica, Veloso, Rangel Filho e Lima (1991) expõem que, “entre duas ou mais regiões ecológicas ou tipos de vegetação, existem sempre, ou pelo menos na maioria das vezes, comunidades indiferenciadas, onde as floras interpenetram constituindo as transições florísticas ou contatos edáficos”. Já enclaves (áreas disjuntas que se conectam) estão “situadas entre duas regiões ecológicas, a sua delimitação torna-se exclusivamente cartográfica e sempre depende da escala, pois em escalas maiores é sempre possível separá-las. Esta ocorrência vegetacional de transição edáfica não oferece dificuldade em ser delimitada, seja para os tipos de vegetação com estruturas fisionômicas semelhantes ou para aquelas com estruturas diferentes”.

No Decreto são apresentadas várias áreas com definições equivocadas, bem como áreas que extrapolam a área de enclaves do Nordeste, como definido no art. 2º da Lei. Assim, tanto o mapa quanto o Decreto extrapolam a finalidade da Lei ao criarem novas áreas e definições que não haviam sido por ela estabelecidas.

Outro ponto que merece consideração é a definição de pequeno produtor rural, encontrada no inciso I do art. 3º da Lei da Mata Atlântica, que diverge das definições existentes na Lei nº 8.629, de 1993, e no Código Florestal (Lei nº 4771, de 1965). A nova definição altera o tamanho da propriedade, inferindo uma área fixa de 50 ha para qualquer Estado da federação, diferentemente do que ocorre no Código Florestal, em que o tamanho da pequena propriedade rural varia de 150 a 30 ha, dependendo da região.

Na área de Mata Atlântica, segundo o Código Florestal, pequena propriedade é aquela que possui até 30 ha, abrangendo, assim, um número muito menor de propriedades a receberem benefícios específicos. A Lei nº 8.629/93, por sua vez, na alínea “a” do inciso II do art. 4º, conceituou pequena e média propriedade como “o imóvel rural com área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais”<sup>1</sup>, também a depender de sua localização.

Outro ponto relevante diz respeito a termos técnicos empregados no corpo da Lei da Mata Atlântica e de seu respectivo regulamento, como pousio, enriquecimento, exploração florestal e manejo florestal sustentável.

O art. 3º da Lei nº 11.428/2006 define pousio como “prática que prevê a interrupção de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais do solo por até 10 (dez) anos para possibilitar a recuperação de sua fertilidade”, enquanto na área florestal se emprega o conceito de pousio para a “terra cultivada que não se usa durante uma estação ou rotação” (AGROVOC, 2004). Assim, para uma atividade florestal, a rotação deveria ser o tempo que a floresta leva para atingir seu clímax, ou seja, no mínimo de 35 a 50 anos, sendo que algumas espécies poderiam levar mais de 100 anos.

<sup>1</sup> O módulo fiscal foi criado originalmente para fins tributários, definido no § 2º, do art. 50 da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979. Assim, o módulo fiscal é definido para cada município, expresso em hectares, levando-se em conta para sua determinação os seguintes fatores: a) o tipo de exploração predominante no Município: I – hortifrutigranjeira; II – cultura permanente; III – cultura temporária; IV – pecuária; V – florestal; b) a renda obtida no tipo de exploração predominante; c) outras explorações existentes no Município que, embora não predominantes, sejam expressivas em função da renda ou da área utilizada; d) o conceito de “propriedade familiar”, definido no item II do artigo 4º desta Lei. Posteriormente, com a edição da Lei nº 8.629, de 25/02/1993, o Módulo Fiscal passou a ser utilizado para a classificação fundiária do imóvel, quanto ao tamanho da propriedade, conforme definido no artigo 4º da referida Lei.

Logo, o prazo de 10 anos para o pousio não garantirá os processos de ciclagem de nutrientes suficientes para que a terra possa se recuperar.

O termo enriquecimento ecológico, previsto no art. 3º da Lei, é definido como a “atividade técnica e cientificamente fundamentada que vise à recuperação da diversidade biológica em áreas de vegetação nativa, por meio da reintrodução de espécies nativas”, enquanto, para a atividade florestal, deve-se inicialmente diferenciar restauração de recuperação, para depois avançar-se na definição de enriquecimento ecológico. Restauração é definida pela Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, no inciso XIV do art. 2º, como “a restituição de um ecossistema, ou de uma população silvestre degradada, o mais próximo possível da sua condição original”, enquanto recuperação, definida no inciso XIII do art. 2º dessa mesma Lei, significa “a restituição do ecossistema a uma condição não degradada que pode ser diferente da sua condição original”.

Observa-se que a Lei da Mata Atlântica, ao se referir ao enriquecimento ecológico, emprega o termo recuperação, e não restauração, em áreas de ocorrência de vegetação nativa, por meio da reintrodução de espécies nativas. O legislador, portanto, fez menção apenas às áreas que possuem vegetação nativa, nada afirmando sobre outras áreas. Logo, aqueles locais que não possuem vegetação nativa, principalmente os definidos no Código Florestal (Áreas de Preservação Permanente – APP e de Reserva Legal – RL), são passíveis de serem recuperados por outra alternativa que não o enriquecimento. Pode-se inferir, assim, que às áreas que possuem vegetação nativa deverá ser empregado necessariamente o método de enriquecimento ecológico, não sendo permitida a utilização de outras formas de recuperação, o que não condiz com as melhores técnicas para manutenção e conservação da biodiversidade.

Ainda no que tange ao enriquecimento, o Decreto nº 6.660/08, em seu art. 4º, § 2º, trata de enriquecimento em unidade de conservação, aduzindo apenas que deverá ser observado o disposto no próprio Decreto e no Plano de Manejo da unidade, sem qualquer referência à Lei nº 9.985/00. Todavia, a Lei do SNUC não permite a introdução de espécies exóticas em unidades de proteção integral, o que não é excepcionado pelo Decreto nº 6.660/08 e nem pela Lei nº 11.428/06. E o fato de o Decreto mencionar a necessidade de se observar o disposto no Plano de Manejo não assegura a integridade da vegetação nas UCs de proteção integral, na medida em que a maior parte das unidades de conservação brasileiras não dispõem de plano de manejo, ou possuem planos já há muito defasados. É necessária, assim, uma interpretação cuidadosa do Decreto da Mata Atlântica, em consonância com o disposto na Lei nº 9.985/00, a fim de que não seja desconsiderada a proibição de introdução de espécies exóticas nessas categorias de manejo, que colocam em risco a preservação da diversidade biológica.

Outros termos empregados na Lei e no Decreto referem-se à exploração florestal e ao manejo florestal sustentável. Observa-se que tais termos são diferentes. O manejo florestal sustentável é definido na Lei 11.284/2006, no inciso VI do art. 3º, como a “administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal”. A exploração florestal é a forma como é feito o manejo florestal, que pode variar desde o corte raso de uma floresta até o emprego do manejo florestal sustentável.

Assim, a atividade de manejo florestal empregada na Lei e no Decreto da Mata

Atlântica, sem uma base sólida de informações, permite que alguns segmentos de usuários possam se utilizar da base florestal de forma insustentável. Tome-se como exemplo a quantidade a ser explorada eventualmente, determinada no art. 9º da Lei e no art. 2º, § 1º, I, “a”, do Decreto, relativamente a pequenos proprietários e populações tradicionais, estipulada em 15 m<sup>3</sup>, desde que não haja propósito comercial direto ou indireto, majorada, no art. 2º, § 1º, II, “a”, para 20m<sup>3</sup>, quando a finalidade for a construção, benfeitorias e utensílios nessas propriedades. Esses valores, todavia, não apresentam um embasamento técnico. Para fins de comparação, pode-se utilizar a Floresta Amazônica, que apresenta um crescimento anual que pode variar de 1,6 m<sup>3</sup>/ha/ano a 4,8 m<sup>3</sup>/ha/ano (SILVA et al, 1995, 1996, 1999; ALDER; SILVA, 2000; COSTA; SILVA; CARVALHO, 2008). Por essa razão, a Instrução Normativa nº 5, de 2006, do Ministério do Meio Ambiente (MMA), referente a manejo florestal de baixo impacto para a Amazônia, adota um valor de 1m<sup>3</sup>/ha. Na Mata Atlântica, alguns estudos apontam para um crescimento volumétrico menor que aquele observado na Floresta Amazônica, variando de 1,47 a 3,7 m<sup>3</sup>/ha/ano (Ferreira, 1997; Sanquetta, 2008), sendo que o volume permitido para exploração em pequenas propriedades rurais é muito maior do que aquele utilizado como referência para a Amazônia. Deve-se recordar, ainda, que esses valores variam de acordo com a qualidade do sítio, localização geográfica, entre outros fatores.

Segundo o INCRA (2003), a situação jurídica dos imóveis rurais no Brasil pode ser discriminada conforme quadro a seguir.

Para tabulação dos dados para a Mata Atlântica, foram considerados todos os imóveis existentes nos Estados que compõem o Bioma Mata Atlântica, tendo em vista não ser possível discriminar os imóveis contidos no bioma, que cobre uma área de 111.018.200ha, ou seja, 46,4% da área dos Estados (CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, 2008).

Quadro 1. Situação jurídica dos imóveis rurais no Brasil.

CLASSES DE ÁREA TOTAL (ha)	Total - Brasil		Total - Mata Atlântica	
	IMÓVEIS	ÁREA (ha)	IMÓVEIS	ÁREA (ha)
TOTAL	4.290.482	418.456.641	3.821.061	257.666.365
MENOS DE 1	81.950	43.409	81.258	43.057
1 A MENOS DE 2	141.481	191.006	139.609	188.460
2 A MENOS DE 5	559.841	1.874.159	548.096	1.838.025
5 A MENOS DE 10	626.480	4.530.025	612.872	4.434.520
10 A MENOS DE 25	1.109.841	18.034.512	1.063.482	17.228.224
25 A MENOS DE 50	693.217	24.266.355	599.752	20.906.017
50 A MENOS DE 100	485.956	33.481.543	356.727	24.603.898
100 A MENOS DE 200	272.444	36.516.858	200.489	27.668.089
200 A MENOS DE 500	181.919	56.037.443	136.368	41.755.189
500 A MENOS DE 1.000	68.972	47.807.935	48.321	33.431.460
1.000 A MENOS DE 2.000	35.281	48.711.363	20.383	27.734.749
2.000 A MENOS DE 5.000	26.341	77.612.462	10.836	32.167.014
5.000 A MENOS DE 10.000	5.780	41.777.204	2.385	16.430.238
10.000 A MENOS DE 20.000	631	8.574.143	329	4.457.504
20.000 A MENOS DE 50.000	294	8.502.362	147	4.260.507
50.000 A MENOS DE 100.000	32	2.181.546	6	400.849
100.000 E MAIS	22	8.314.316	1	118.566

Fonte: INCRA/Sistema Nacional de Cadastro Rural - SNCR (out/2003).

Numa rápida análise dos dados es-  
pelhados no Quadro 1, pode-se observar  
que aproximadamente 75% dos imóveis  
rurais, no Brasil, apresentam menos de  
50ha, o que corresponde a 11,7% do total  
da área das terras rurais. No bioma Mata  
Atlântica, 80% dos imóveis rurais contam  
com menos de 50ha, correspondendo a  
17,3% da área total.

Assim, considerando-se que cada  
pequeno proprietário poderá explorar,  
desde que não haja propósito comercial  
direto ou indireto, 15m<sup>3</sup>/ha/ano, ter-se-á  
uma supressão de 45.676.035m<sup>3</sup>/ano. Se  
considerada a retirada de 20m<sup>3</sup> a cada três  
anos (volume permitido para construção,  
benfeitorias e utensílios, nos termos do art.  
2º, II, "a", do Decreto nº 6.660/08), o que  
equivaleria a 6,66 m<sup>3</sup>/ano, chegar-se-á a um  
volume de 20.280.159,54 m<sup>3</sup>/ano. Como a  
produção anual total brasileira de madeira  
em tora, em 2006, foi de 156,2 milhões m<sup>3</sup>

(FATOS..., 2007), a exploração de 15m<sup>3</sup>/ano  
para as pequenas propriedades correspon-  
deria a 49,8% da produção anual brasileira.

Outra conta que deve ser feita leva em  
consideração a capacidade de manutenção/  
recuperação da floresta, mediante o manejo  
florestal sustentável. Assumindo-se um in-  
cremento médio anual (crescimento médio  
anual da floresta) de aproximadamente 2  
m<sup>3</sup>/ha/ano, ou seja, o dobro da produtivi-  
dade da Amazônia, a retirada de 15m<sup>3</sup>/ha/  
ano seria inviável para propriedades me-  
nores que 8ha, mesmo em se considerando  
não existir APP na propriedade, hipótese  
praticamente impossível de ocorrer nesse  
bioma. Isso porque, numa propriedade com  
área inferior a 8 ha, a retirada de 15m<sup>3</sup> é su-  
perior à capacidade de suporte da floresta.  
Desse modo, numa propriedade com 7 ha,  
o incremento anual seria de, no máximo, 14  
m<sup>3</sup>/ha/ano, o que é menor do que os 15m<sup>3</sup>  
permitidos pela Lei.

Tendo em vista os atuais percentuais de cobertura florestal no bioma Mata Atlântica, tal percentual poderá redundar numa maior fragmentação da área, o que, por si só, representaria uma perda da biodiversidade bastante significativa, independentemente da área a ser explorada, ferindo, assim, o princípio da prevenção.

Outro conceito que gera muitas divergências é o de população tradicional, inserto no art. 3º, II, da Lei da Mata Atlântica, como a “população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental”. Outras normas trazem conceitos semelhantes, mais ou menos abrangentes, como a Lei nº 9.985/00, a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Lei nº 11.284/06 e o Decreto nº 6.040/07.

A Lei nº 9.985/00, embora tenha sofrido veto relativamente ao conceito de população tradicional, apresenta algumas características desses grupos quando trata das reservas de desenvolvimento sustentável (art. 20): sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, temporalidade (gerações sucessivas), proteção da natureza e manutenção da biodiversidade. A Convenção sobre Diversidade Biológica, sob o prisma específico e restrito da proteção dos recursos da biodiversidade, define comunidades locais e populações indígenas como aquelas que apresentam estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica (LEUZINGER, 2009).

A Lei nº 11.284/06, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas, na mesma esteira da CDB, define grupos tradicionais como aqueles organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica (art. 3º, X). Como se pode perceber, todas as normas acima citadas impõem a prática de atividades de baixo impacto e/ou a conservação da biodiversidade para que a população seja

classificada como tradicional (LEUZINGER, 2009).

No plano antropológico, Diegues e Arruda (2001, p. 26) traçam alguns parâmetros para nortear a identificação de determinado grupo como tradicional, traduzidos:

- pela dependência da relação de simbiose entre a natureza, os ciclos e os recursos naturais renováveis com os quais se constrói um modo de vida;

- pelo conhecimento aprofundado da natureza e de seus ciclos, que se reflete na elaboração das estratégias de uso e de manejo dos recursos naturais. Esse conhecimento é transferido por oralidade de geração em geração;

- pela noção de território ou espaço onde o grupo social se reproduz econômica e socialmente;

- pela moradia e ocupação do território por várias gerações, ainda que alguns membros individuais possam ter-se deslocado para os centros urbanos e voltado para a terra dos seus antepassados;

- pela importância das atividades de subsistência, ainda que a produção de mercadorias possa estar mais ou menos desenvolvida, o que implicaria uma relação com o mercado;

- pela reduzida acumulação de capital;

- pela importância dada à unidade familiar, doméstica ou comunal e às relações de parentesco ou compadrio para o exercício das atividades econômicas, sociais e culturais;

- pela importância das simbologias, mitos e rituais associados a caça, pesca e atividades extrativistas;

- pela tecnologia utilizada, que é relativamente simples, de impacto limitado sobre o meio ambiente. Há uma reduzida divisão técnica e social do trabalho, sobressaindo o artesanal, cujo produtor e sua família dominam todo o processo até o produto final;

- pelo fraco poder político, que em geral reside nos grupos de poder dos centros urbanos;

- pela autoidentificação ou identificação por outros de pertencer a uma cultura distinta.

As principais características apontadas pelos autores relacionam-se ao conhecimento e à dependência do ambiente natural, à territorialidade, ao modo de produção, à importância do núcleo familiar e à autoidentificação e identificação pela sociedade envolvente. Não há a imposição de possuírem um estilo de vida tradicional relevante para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica ou prática de atividades de baixo impacto, como requerido pela maioria dos textos normativos ambientais, fazendo referência apenas a 'impacto limitado', o que possui sentido diferente. Quando os autores falam em dependência da relação de simbiose entre a natureza, os ciclos e os recursos naturais renováveis com os quais constrói um modo de vida, além do conhecimento aprofundado do ambiente natural, não estão condicionando a caracterização de determinada sociedade como tradicional à adoção de formas de relacionamento com o ambiente que conduzam à proteção da biodiversidade. Uma comunidade de garimpeiros poderia se enquadrar dentro das características traçadas, sendo, assim, definida como tradicional, embora jamais o pudesse ser para os efeitos das leis ambientais. É possível, portanto, a utilização das características apresentadas pelos autores, para fins de integração das normas ambientais que versam sobre população tradicional, sem, contudo, ignorar a determinação de que suas atividades sejam relevantes para a conservação da diversidade biológica e produzam baixo-impacto (LEUZINGER, 2009).

A partir, então, das premissas acima identificadas e das considerações apontadas, entende-se ser essencial a presença de algumas características comuns a fim de que determinado grupo seja considerado tradicional, para os efeitos da legislação ambiental (LEUZINGER, 2009). São elas:

1 - autoidentificação e identificação pela sociedade envolvente como pertencentes a um grupo distinto;

2 - práticas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, que produzam baixo impacto e contribuam para a proteção da diversidade biológica;

3 - dependência, para sua sobrevivência física e cultural, da natureza, seus ciclos e seus elementos;

4 - importância das atividades de subsistência e reduzida acumulação de capital<sup>2</sup>;

5 - territorialidade, entendida como noção de pertencimento a determinado território, em cujos limites se reproduzem crenças, mitos e práticas, ancestrais ou não, que reatualizam e reivificam a memória coletiva (ORTIZ, 2005);

6 - posse comunal e gestão compartilhada dos recursos naturais;

7 - transmissão do conhecimento por meio da tradição comunitária intergeracional, normalmente tradição oral.

Assim, para que uma dada comunidade possa ser considerada tradicional para a finalidade de ser alcançada pela proteção atribuída pelas normas ambientais, entre as quais a Lei da Mata Atlântica, deverá preencher essas sete características, ainda que haja uma maior ou menor intensidade de algumas em relação a outras, dependendo da população tradicional. Embora distintos, os grupos tradicionais devem apresentar alguns pontos de similaridade, a fim de se encaixarem no âmbito legal de proteção, sob pena de se estender demasiadamente o alcance da norma, atingindo a qualquer porção de nossa população, ou então de restringi-lo excessivamente, deixando de fora populações que possuem características culturais próprias e dependem do ambiente natural para sua reprodução

<sup>2</sup> Ao tratar das comunidades quilombolas, apontam Guanaes, Lima e Portilho (2004) que sua "organização econômica e social conta com pouca ou nenhuma acumulação de capital, o trabalho assalariado não é usual e as atividades econômicas são de pequena escala, como a roça de subsistência, a coleta de produtos florestais e o artesanato".

física e cultural, contribuindo, ainda, para a conservação da biodiversidade.

Como a Lei nº 11.428/06 traz não apenas a necessidade de ter a população tradicional estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos para sua reprodução sociocultural, mas também o desenvolvimento de atividades de baixo impacto, aproxima-se bastante dos requisitos apontados em teoria, o que facilita sua aplicação e delimita bastante seu alcance.

## 2. *Objetivos e princípios*

O art. 5º da Lei nº 11.428/06 determina que “a vegetação primária ou a vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração do Bioma Mata Atlântica não perderão esta classificação nos casos de incêndio, desmatamento ou qualquer outro tipo de intervenção não autorizada ou não licenciada”. Esse dispositivo constitui verdadeira prevenção contra a má-fé, na medida em que impede que ações depredatórias posteriores à edição da Lei conduzam à classificação da área com desprovida de vegetação e passível, assim, de exploração.

## 3. *Regulamento geral*

O art. 12 da Lei da Mata Atlântica, que dispõe que “os novos empreendimentos que impliquem o corte ou a supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica deverão ser implantados preferencialmente em áreas já substancialmente alteradas ou degradadas”, não conduz a qualquer efeito prático, dado que “preferencialmente” não implica em obrigação jurídica. Assim, os novos empreendimentos poderão ser implantados em áreas que não estejam alteradas ou degradadas.

Digno de nota é a confusão apresentada no art. 17 da Lei. O legislador condiciona o corte ou a supressão da vegetação à compensação ambiental, “(...) na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas carac-

terísticas ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível, na mesma microbacia hidrográfica”. É curioso observar que o dispositivo confunde compensação com reposição florestal, que deveria ocorrer no caso de corte e exploração florestal, independentemente da compensação ambiental. No § 1º, a confusão torna-se ainda maior, pois afirma que, não podendo haver compensação ambiental, deverá ser feita a reposição florestal. Assim, o legislador acabou incorrendo em erro duas vezes, ao estabelecer uma compensação diferente para as áreas objeto de corte e supressão e, ao mesmo tempo, indicar que só no caso de não se poder optar pela compensação é que deverá ser feita a reposição florestal.

Ademais, deve ficar bastante claro que a compensação prevista na Lei da Mata Atlântica não se confunde com a compensação requerida pelo art. 36 da Lei nº 9.985/00, que é devida nos casos em que se requer o licenciamento ambiental e que seja obrigatória a apresentação de EIA/RIMA, devendo ser paga em dinheiro, em percentual a ser calculado sobre o valor bruto do empreendimento. Todavia, quando a compensação for aquela prevista pela Resolução Conama nº 369/06, que versa sobre a supressão de APPs, elas se compensam, pois possuem a mesma finalidade e a mesma forma de concretização.

O art. 14 da Lei da Mata Atlântica, que trata da hipótese de utilidade pública como a única em que é permitida a supressão de vegetação primária e secundária em estado avançado de regeneração, conflita com os arts. 20 e 21 da mesma norma, que introduzem outras hipóteses em que a supressão é permitida, consubstanciadas na pesquisa científica e nas práticas preservacionistas.

O art. 19 do Decreto nº 6.660/08, por sua vez, difere do § 1º do art. 14 da Lei, na medida em que determina essa última ser a competência para autorizar a supressão estadual, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no §

2º desse mesmo dispositivo, que diz respeito à necessidade de o município, para poder atuar, possuir conselho de meio ambiente, com caráter deliberativo e plano diretor. Já o art. 19 do Decreto dispõe ser necessária a anuência prévia do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA ou do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, quando se tratar de supressão, corte ou exploração de vegetação localizada nas unidades de conservação instituídas pela União onde tais atividades sejam admitidas, nos termos do § 2º do referido artigo, não fazendo, portanto, menção à competência municipal.

### *3.1. Estágios de regeneração*

O art. 9º do Decreto da Mata Atlântica cria o Cadastro de Espécies Nativas Plantadas pelo Sistema de Enriquecimento Ecológico, a ser instituído pelo órgão ambiental competente. Esse cadastro é fundamental para o controle, pois dificilmente o órgão ambiental poderá discernir entre propriedades que efetuaram ou não o enriquecimento, eis que ele pode ser feito a lanço, com sementes, não guardando nenhuma linearidade ou propriedade que a distinga de uma simples regeneração, ou pior, de uma área que possua cobertura florestal que não se desenvolveu.

O mesmo aplica-se ao Cadastro de Espécies Nativas Plantadas ou Reflorestadas, definido no art. 13 do Decreto nº 6.660/08, que pode ser municipal e estadual.

Importante ressaltar a falta de capacidade operacional dos órgãos ambientais para cumprir o determinado no art. 2º, § 4º, do Decreto, que trata da necessidade de autorização do órgão ambiental competente para a exploração de matéria-prima florestal nativa para uso no processamento de produtos ou subprodutos destinados à comercialização, dado inexistirem estudos para todas as espécies florestais não madeiras. A ausência de estudos e normas específicas para grupos de produtos não

madeiros acabará conduzindo uma série de pessoas que atualmente sobrevivem do extrativismo vegetal para a ilegalidade, sem possibilidade, em um curto espaço de tempo, de regularização, haja vista que não foi apresentada na Lei nenhum mecanismo ou instrumento para estimular as pesquisas de tais espécies.

É fato que essa imposição de autorização poderá desencadear alguma pesquisa, porém, como os órgãos ambientais não dispõem de estrutura e informações para autorizar a exploração em questão, e sem outras formas de fomento, o órgão competente não terá como autorizar a comercialização e o transporte de tais produtos, havendo, ainda, a questão da falta de capacidade fiscalizatória, que atinge, de um modo geral, os órgãos ambientais.

Outro problema encontrado no Decreto refere-se à necessidade, para requererem-se autorizações, de um modo geral, de apresentação de documentos comprobatórios da posse ou propriedade, o que conduzirá a uma dificuldade suplementar aos posseiros para regularizar sua situação, pois dificilmente serão detentores de títulos legítimos de posse.

O art. 18 da Lei da Mata Atlântica determina “ser livre a coleta de subprodutos, tais como frutos, folhas ou sementes, bem como as atividades de uso indireto, desde que não coloquem em risco as espécies da fauna e flora, observando-se as limitações legais específicas e em particular as relativas ao acesso ao patrimônio genético, à proteção e ao acesso ao conhecimento tradicional associado e de biossegurança”. Já o § 4º do art. 2º do Decreto regulamentar estabelece que “a exploração de matéria-prima florestal nativa para uso no processamento de produtos ou subprodutos destinados à comercialização, tais como lenha para secagem ou processamento de folhas, frutos e sementes, assim como a exploração de matéria-prima florestal nativa para fabricação de artefatos de madeira para comercialização, entre outros, dependerá de autorização do ór-

ção ambiental competente". Desse modo, embora a Lei dispense de autorização a coleta de subprodutos florestais, o Decreto a exigiu quando forem destinados à comercialização. Contudo, deve-se observar que a coleta de subprodutos florestais, sem qualquer limite, pode colocar em risco a manutenção do banco de germoplasma das espécies exploradas ou, na sua dizimação, no caso de exploração de outras partes da planta, que, se realizada de forma incorreta, poderá acarretar sua morte.

O art. 8º do Decreto nº 6.660/08 permite àqueles que plantaram, após o início de sua vigência, pelo sistema de enriquecimento ecológico, espécies nativas em remanescentes de vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração cortar ou explorar produtos delas oriundos, desde que devidamente autorizado pelo órgão ambiental competente. Todavia, o dispositivo não faz qualquer menção a quem utilizou o mesmo sistema antes de sua edição, devendo-se a esses aplicar-se o disposto nos arts. 15 e 16 do Decreto, que demandam notificação e cadastramento. Por outro lado, o art. 8º condiciona o corte e a exploração a uma simples autorização do órgão ambiental, sendo que o Código Florestal estabelece que a exploração de florestas nativas, quaisquer que sejam, depende de plano de manejo florestal sustentável, em especial para aquelas situadas em reserva legal (art. 16, § 2º, da Lei 4.771/65), devendo-se observar que o fato de ter ocorrido o enriquecimento ecológico não descaracteriza a floresta como nativa.

Por fim, deveria ser garantido a quem procede ao sistema de enriquecimento ecológico um percentual de utilização, na medida em que o Decreto condiciona essa utilização a uma autorização, ato discricionário e que não gera direito adquirido. A garantia de utilização posterior seria, assim, um estímulo para a regeneração, lembrando-se, contudo, que, se o enriquecimento for feito em área de reserva legal, seu uso só poderá ser autorizado mediante

a aprovação do plano de manejo florestal sustentável.

### 3.2. Outros usos

O art. 26 da Lei nº 11.428/06 determina que será admitida a prática agrícola de pousio nos Estados da Federação onde tal procedimento é utilizado tradicionalmente. Já o parágrafo único do art. 22 do Decreto nº 6.660/08 dispõe que a supressão de vegetação secundária em estágio inicial de regeneração da área submetida a pousio somente poderá ser autorizada pelo órgão ambiental competente nos imóveis onde, comprovadamente, essa prática vem sendo utilizada tradicionalmente. O Decreto, portanto, foi além do que fora determinado pela Lei, que apenas exigiu estar o imóvel localizado em Estados onde o pousio é tradicionalmente adotado para que a prática possa ser autorizada. A exigência feita pelo Decreto, além de ilegal, gera uma enorme dificuldade para sua aplicação, na medida em que será extremamente difícil para o Poder Público avaliar se o pousio é ou não utilizado tradicionalmente em determinado imóvel.

O parágrafo único do art. 12 do Decreto da Mata Atlântica dispõe que o plantio e o reflorestamento, para atividades de manejo agroflorestal sustentável, poderão ser efetivados de forma consorciada com espécies exóticas, florestais ou agrícolas, observada a legislação aplicável quando se tratar de área de preservação permanente e de reserva legal. Deve-se observar, contudo, não serem admitidas atividades de manejo agroflorestal em áreas de preservação permanente, cuja utilização somente é autorizada nos casos expressamente previstos na legislação competente.

O art. 28, § 4º, do Decreto estabelece que é livre a coleta de frutos e a condução do cacaueteiro no sistema de cabruca<sup>3</sup>, desde que não descaracterize a cobertura vegetal

<sup>3</sup> Sistema de exploração agroflorestal empregado no sudeste da Bahia para caracterizar uma forma de plantio de cacauais.

nativa e não prejudique a função ambiental da área. Ocorre, entretanto, que muitas áreas de cabruca estão situadas em áreas de preservação permanente ou de reserva legal. No caso de APP, o decreto exorbitou sua competência ao deixar livre o manejo dessas áreas, independentemente de autorização, nos termos da legislação própria, não havendo sequer preocupação com a determinação dos fatores históricos que levaram à sua utilização por meio dessa atividade, inclusive anteriores ao próprio Código Florestal.

O art. 28 da Lei da Mata Atlântica estabelece que “o corte, a supressão e o manejo de espécies arbóreas pioneiras nativas em fragmentos florestais em estágio médio de regeneração, em que sua presença for superior a 60% (sessenta por cento) em relação às demais espécies, poderão ser autorizados pelo órgão estadual competente, observado o disposto na Lei nº 4.771, de 15.09.1965”. O emprego de tal percentual, entretanto, não tem nenhuma base técnica. Melhor seria, assim, que fosse realizada uma avaliação da qualidade da floresta para, então, autorizar-se ou não o manejo, com objetivos a serem definidos, tendo em vista que a Lei não estabeleceu, em nenhum momento, objetivos claros referentes ao manejo da floresta, tratando apenas de sua preservação.

O art. 11 da Lei da Mata Atlântica indica, nas alíneas “a” a “e”, os casos em que o corte e a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios avançado e médio são vedados, consubstanciados em áreas que: abrigam espécies florísticas ou faunísticas ameaçadas de extinção, quando a intervenção ou o parcelamento puserem em risco a sobrevivência dessas espécies; exerçam função de proteção de manancial ou prevenção e controle de erosão; formem corredores dentre remanescentes de vegetação primária ou secundária em estágio avançado de regeneração; protejam o entorno de unidades de conservação; ou possuam excepcional valor paisagístico. O inciso I do § 2º do art. 13 e o parágrafo único

do art. 39 do Decreto nº 6.660/08, entretanto, vedam apenas o corte e a supressão, em remanescentes de vegetação nativa, nos casos em que a intervenção, parcelamento ou empreendimento puserem em risco a sobrevivência *in situ* de espécies da flora ou fauna ameaçadas de extinção, não fazendo qualquer menção às outras hipóteses de vedação legalmente previstas. O *caput* do art. 39 determina ser necessária autorização para o corte ou a supressão, em remanescentes de vegetação nativa, de espécie ameaçada de extinção constante da Lista Oficial de Espécies da Flora Brasileira Ameaçadas de Extinção ou constante de listas dos Estados, que deverá obrigatoriamente ser precedida de parecer técnico do órgão ambiental competente atestando a inexistência de alternativa técnica e locacional e que os impactos do corte ou supressão serão adequadamente mitigados e não agravarão o risco à sobrevivência *in situ* da espécie.

O art. 25, parágrafo único, da Lei nº 11.428/06 determina que o corte, a supressão e a exploração de vegetação secundária em estágio inicial de regeneração, nos Estados em que a vegetação primária e secundária remanescente do Bioma Mata Atlântica for inferior a 5% da área original, submeter-se-ão ao regime jurídico aplicável à vegetação secundária em estágio médio de regeneração. Isso significa que as restrições ao corte impostas nesses Estados onde a degradação foi mais severa são maiores, tendo em vista a necessidade de regeneração ao menos de uma parcela da cobertura vegetal original.

Não se vislumbra, contudo, no conjunto da legislação ambiental brasileira, a necessária coerência entre as diferentes metas traçadas. Isso pode ser facilmente percebido no que tange ao estabelecimento de metas de 10% de unidades de conservação para esse bioma estabelecido no Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas, que deveria dialogar com outras metas estabelecidas em outras normas, como a Lei

da Mata Atlântica, ao buscar a regeneração do bioma em Estados mais degradados, e o Código Florestal, que estabelece a manutenção de 20% da cobertura vegetal a título de reserva legal, além das áreas de preservação permanente, em cada propriedade rural. Assim, ter-se-ia um percentual de cobertura florestal que facilmente extrapolaria os 35% de cobertura florestal no bioma, caso fossem observados todos esses instrumentos, de maneira articulada e coerente.

No caso de supressão de áreas de preservação permanente situada em áreas urbanas, apesar de a Lei da Mata Atlântica não mencionar o Código Florestal, deverá ser observado o disposto no art. 2º, parágrafo único, desse último, assim como as demais Resoluções do Conama aplicáveis à espécie.

O art. 32 da Lei da Mata Atlântica prevê que a atividade de mineração deverá ser licenciada, porém não menciona que, além da licença ambiental, concedida nos termos da Resolução Conama nº 237/97, que traça, inclusive, a competência para sua expedição, é necessária autorização expedida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para o desenvolvimento da atividade, nos termos do Decreto-lei nº 227/67.

O inciso II do art. 32, por sua vez, trata de compensação no caso de atividades minerárias, que deve incluir a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e, sempre que possível, na mesma microbacia. A norma, assim, criou uma segunda imposição de recuperação, pois a recuperação da área degradada propriamente dita pela atividade minerária é imposta pelo § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, consubstanciada na responsabilidade civil objetiva. Desse modo, o legislador criou uma nova modalidade de compensação, diferente da compensação prevista no art. 17 da própria Lei da Mata Atlântica, que trata de destinação e não de recuperação, e da compensação ambiental definida no art. 36 da Lei do

SNUC, e também diferente da obrigação de reparar o dano, prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

#### *4. Instrumentos econômicos e fomento*

O art. 36 da Lei da Mata Atlântica criou o Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica, destinado ao financiamento de projetos de restauração ambiental e de pesquisa científica, sendo que, para sua utilização, os municípios precisam elaborar ou ter um plano municipal de conservação e recuperação da Mata Atlântica, devidamente aprovado pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente. O Decreto que regulamenta a Lei, em seu art. 43, estabelece os parâmetros mínimos que devem ser seguidos para a sua elaboração.

O interessante é que mais um instrumento de planejamento é criado para que os municípios possam receber os recursos descritos na Lei, sendo estipulado que somente após aprovação pelos respectivos conselhos de meio ambiente é que poderão ter acesso a esses recursos. Muitos municípios, no entanto, não possuem sequer um órgão específico para tratar da questão ambiental, muito menos um conselho de meio ambiente, o que os impedirá de ter acesso aos recursos gerenciados pelo Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica. Pretendeu o legislador, com isso, estimular a criação de órgãos municipais com competências específicas na área ambiental, incentivando a descentralização, como previsto na Constituição Federal e no Sismanama. Porém, a efetividade de tal medida dependerá, em muito, dos incentivos que serão dados e dos recursos que serão disponibilizados.

#### *Considerações finais*

A análise dos instrumentos legais inseridos na Lei da Mata Atlântica permite afirmar ser a mesma excessivamente permissiva para populações tradicionais e pequenos

produtores rurais, no que tange à utilização dos recursos florestais, e, por outro lado, extremamente rígida quanto ao seu uso para outros segmentos da sociedade, com alguma flexibilidade para alguns setores que apresentam maior representatividade, como os cacauzeiros.

Em seu art. 1º, a Lei estabelece os seus objetivos, consubstanciados em medidas para a conservação, a proteção, a regeneração e a utilização do Bioma Mata Atlântica, apresentando um forte viés preservacionista, e fugindo, assim, aos requisitos estabelecidos na Convenção sobre Diversidade Biológica, que prega a conservação, o uso e a repartição dos benefícios. Os usos permitidos estão enviesados para setores pré-determinados, com forte conotação e representação social.

A falta de articulação com outras normas ambientais, como o Código Florestal e a Lei do SNUC, acaba conduzindo a uma confusão que pode ser desastrosa e prejudicial à conservação do bioma, com uma mistura de termos equivocados e sem base técnica, que vêm pôr em dúvida sua efetividade. Criou também novas formas de compensação, que acabam gerando obrigações cumulativas para o empreendedor, na medida em que não excepcionam situações semelhantes já reguladas por outros diplomas.

É necessária, assim, uma revisão tanto da Lei da Mata Atlântica quanto do Decreto regulamentar, aliada a uma ampla discussão pela sociedade, principalmente pelos setores diretamente afetados, de forma a se estabelecer mecanismos mais eficientes para a conservação da Mata Atlântica. A utilização da sucessão florestal, embora tecnicamente viável de ser mensurada, é de difícil detecção em alguns dos estágios sucessionais apontados, devendo ser oferecidos ou revistos outros indicadores que permitam à população e ao Poder Público inferir seu *status* de conservação, como forma de tornar mais claros os reais objetivos de conservação desse patrimônio nacional.

Tal debate não tem por finalidade diminuir ou abrir brechas para usos irracionais da Mata Atlântica, mas, sim, apontar claramente uma diretriz de sustentabilidade para esse bioma.

## Referências

AGROVOC: tesouro agrícola multilingue. Roma: FAO, 2004. Disponível em: <<http://www.fao.org/agrovoc/>>. Acesso em: 18 maio 2009.

ALDER, Denis; SILVA, José Natalino Macedo. An empirical cohort model for management of Terra Firme forests in the Brazilian Amazon. *Forest Ecology and Management*, Amsterdam, v. 130, n. 1-3, p. 141-157, May 2000.

ATLAS da evolução dos remanescentes florestais e ecossistemas associados no domínio da Mata Atlântica no período de 1990-1995. São Paulo: SOS Mata Atlântica, 1998.

ATLAS dos remanescentes florestais da Mata Atlântica e ecossistemas associados no período de 1995-2000. Relatório final. São Paulo: SOS Mata Atlântica, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 nov. 2008. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6660.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6660.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 mar. 2006a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006. Estabelece diretrizes para a formulação da política nacional de

agricultura familiar e empreendimentos familiares rurais. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 2006b. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 dez. 2006c. Seção 1, p. 1. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm)>. Acesso em 7 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 jun. 1965. Seção 1, p. 6081. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 fev. 1993. Seção 1, p. 2349. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8629.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 19 jul. 2000. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2011.

CENSO Agropecuário: agricultura familiar: resultados preliminares Brasil, grandes regiões e Unidades da Federação. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. 267 p.

CÂMARA, Ibsen de Gusmão. Brief history of conservation in the Atlantic Forest. In: LEAL, Carlos Galindo; CÂMARA, Ibsen de Gusmão (Ed.). *The Atlantic Forest of South America: biodiversity status, threats, and outlook*. Washington: Island Press, 2003. (State of the hotspots Series).

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (Brasil). *Resoluções do Conama: resoluções vigentes e publicadas entre julho de 1984 e novembro de 2008*. 2. ed. Brasília: CONAMA, 2008. 928 p.

COSTA, Dulce Helena Martins; SILVA, José Natalino Macedo; CARVALHO, João Olegário Pereira de. Crescimento de árvores em uma área de floresta de terra firme na Floresta Nacional de Tapajós após a colheita da madeira. *Revista de Ciências Agrárias*, = Amazonian Journal of Agricultural and Environmental Sciences, Belém, n. 50, p. 63-76, jul./dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.ajaes.ufra.edu.br/index.php/ajaes/article/view/160/68>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

DEAN, Waren. *A ferro e fogo: a história da devastação da Mata Atlântica brasileira*. 5. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. 484 p.

DIEGUES, Antônio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_; ARRUDA, Ronaldo S. V. (Orgs.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001. (Biodiversidade; 4). Disponível em: <<http://www.usp.br/nupaub/saberes/saberes.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

FATOS e Números do Brasil Florestal. São Paulo: SBS, 2007. 109 p.

FERREIRA, Rinaldo Luiz Caraciolo. *Estrutura e dinâmica de uma floresta secundária de transição, Rio Vermelho e Serra Azul de Minas*, MG. 208 f. Tese (Doutorado em Ciência Florestal) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 1997.

FONSECA, Gustavo Alberto Bouchardet da. The vanishing Brazilian Atlantic forest. *Biological Conservation*, Oxford, v. 34, n. 1, p. 17-34, 1985.

GUANAES, Sandra; LIMA, Solange Almeida; PORTILHO, Wagner Gomes. Quilombos e usos sustentáveis. In: DIEGUES, Antonio Carlos; VIANA, Virgílio M. (Org.). *Comunidades alternativas tradicionais e manejo dos recursos naturais da Mata Atlântica: coletânea de textos apresentados nos Seminário Alternativas de Manejo Sustentável de Recursos Naturais do Vale da Ribeira*, junho de 1999. 2. ed. São Paulo: UCITEC: NUPAUB/CEC, 2004.

HIROTA, Marcia Makiko. Monitoring the Brazilian Atlantic Forest cover. In: LEAL, Carlos Galindo; CÂMARA, Ibsen de Gusmão (Ed.). *The Atlantic Forest of South America biodiversity: status, threats, and outlook*. Washington, DC: Center for Applied Biodiversity Science and Island Press, 2003. p. 60-65.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LEVANTAMENTO da Cobertura Vegetal Nativa do Bioma Mata Atlântica: relatório final: Edital PROBIO 03/2004. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Geociências; Ilhéus: IESB, 2007. 84 p. Disponível em: <[http://ambienteduran.eng.br/system/files/publicador/PUBLICACOES/MATA%20ATLANTICA%20relatorio\\_final.pdf](http://ambienteduran.eng.br/system/files/publicador/PUBLICACOES/MATA%20ATLANTICA%20relatorio_final.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2011.

MCCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Anto-

nio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

MANUAL Técnico da vegetação brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 1991. 92 p. (Série Manuais Técnicos em Geociências).

MITTERMEIER, Russell Alan et al. *Hotspots revisited: earth's biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions*. Washington, D.C.: Cemex, 2004.

OLIVEIRA FILHO, Ary Teixeira de; FONTES, Marco Aurélio Leite. Patterns of floristic differentiation among Atlantic forests in south-eastern Brazil, and the influence of climate. *Biotropica*, Hoboken, NJ, v. 32, n. 4b, p. 793-810, Dec. 2000.

ORTIZ, Renato. *Cultura brasileira e identidade nacional*. 5. ed. Brasília: Ed. Brasiliense, 2005.

RIBEIRO, Milton Cezar et al. Brazilian Atlantic forest: how much is left and how is the remaining forest distributed? Implications for conservation. *Biological Conservation*, Oxford, v. 142, n. 6, p. 1141-1153, June 2009.

SANQUETTA, Carlos Roberto et al. *Experiências de monitoramento no bioma Mata Atlântica com uso de parcelas permanentes*. Curitiba: RedeMap, 2008. 338p. Disponível em <[http://www.redemap.org/arquivos-pdf/livro\\_redemap.pdf](http://www.redemap.org/arquivos-pdf/livro_redemap.pdf)> Acesso em: 20 maio 2009.

SATO, Jorge. *Mata Atlântica: direito ambiental e a legislação. exame das restrições ao uso da propriedade*. São Paulo: Hemus, 1995. 197 p.

SILVA, José Natalino Macedo et al. Growth and yield of a tropical rain forest in the Brazilian Amazon 13 years after logging. *Forest Ecology and Management*, Amsterdam, v. 71, n. 3, p. 267-274, Feb. 1995.

\_\_\_\_\_. Growth and yield studies in the Tapajós region, Central Brazilian. *Commonwealth Forestry Review*, London, v. 75, n. 4, p. 325-329, 1996.

\_\_\_\_\_. Um sistema silvicultural policíclico para produção sustentada de madeira na Amazônia brasileira. In: SIMPÓSIO SILVICULTURAL NA AMAZÔNIA ORIENTAL, 1999, Belém. *Resumos expandidos*. Belém: EMBRAPA-CPATU/DFID, 1999. p. 180-185. (EMBRAPA-CPATU. Documentos, 123).

SITUAÇÃO jurídica dos imóveis rurais do Brasil. Brasília: SIPRA, out. 2003.

VELOSO, Henrique Pimenta; RANGEL FILHO, Antônio Lourenço Rosa; LIMA, Jorge Carlos Alves. *Classificação da vegetação brasileira, adaptada a um sistema universal*. Rio de Janeiro: IBGE, 1991. 124 p.

# Acordo bilateral Brasil/EUA e o sigilo bancário

## Limite constitucional do poder requisitório do Ministério Público

Renato Gugliano Herani

### Sumário

Introdução. 1. Pontos de partida. 1.1. Apresentação do caso jurídico concreto. 1.2. Textos-da-norma pertinentes. 2. Âmbito normativo da expressão “sigilo de dados”. 2.1. Critério de seleção protetiva dos “dados” sigilosos. 2.2. Dados (públicos) bancários. 2.3. O sigilo bancário e a esfera de privacidade. 2.3.1. Maior efetividade possível à proteção da privacidade. 2.3.2. Direito à inviolabilidade dos dados bancários: expressamente relativo. 2.4. Ofício ministerial requisitório: ato (de decisão) de solicitação, e não mera solicitação. 2.5. Ofício ministerial requisitório em jurisdição civil. 2.5.1. Problema do promotor natural. 3. Interpretação conforme a Constituição do Acordo de Assistência Legal Mútua. Conclusões.

### Introdução

O estudo se restringe a analisar e assim entabular inquietudes concernentes à constitucionalidade do ato do Ministério Público de *solicitação do Tratado de Assistência Legal Mútua (Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT) em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América, independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário dada por decisão de quebra de sigilo bancário, quando tal providência tem o propósito de as autoridades americanas destinatárias do pedido de cooperação disponibilizarem documentos relativamente a operações bancárias indicativas de ilicitudes apuradas em inquérito civil.*

Renato Gugliano Herani é Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor assistente do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e docente integrante do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola Superior de Advocacia. Advogado.

A partir desse âmbito restrito de análise, ter-se-á, como pano de fundo, um juízo de constitucionalidade dos limites constitucionais vinculantes ao Ministério Público quando do exercício constitucionalmente garantido do poder requisitório, no caso de Solicitação da Assistência Legal Mútua.

O percurso de análise, desnecessário seria dizê-lo, terá como finalidade identificar se a solicitação da Assistência Legal nas condições mencionadas respeita ou não o *direito fundamental ao sigilo de dados (bancários)* incorporado ao Texto Constitucional via dispositivo do inciso XII do artigo 5<sup>o</sup>. Com isso, será indispensável uma racionalidade concretizadora desse direito fundamental para saber se, topicamente, há a prática de um ato (in)constitucional levado a efeito pela iniciativa autônoma do Ministério Público.

Em última nota introdutória, agora de ordem metodológica, o estudo busca ser um profícuo trabalho científico, estruturado com o propósito de calcar-se em bases jurídicas sólidas e não como antecipação de resultados desejados. Desse modo, trilhando um ideal metodológico de *concretização* do preceito constitucional nuclear deste estudo (inciso XII, art. 5<sup>o</sup>, da CF/88), como também de outros marginalmente tratados ao longo do desenvolvimento do trabalho, o problema jurídico-constitucional especificamente proposto a enfrentamento se finca em premissas adequadas e válidas juridicamente, que são devidamente avaliadas em face do fato controverso apresentado e das peculiaridades do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Com efeito, as alterações das circunstâncias fáticas apresentadas na configuração do problema colocado redundariam, indubitavelmente, em outras conclusões que não as aventadas aqui. O que se está a dizer nada mais é do que a reafirmação

<sup>1</sup> “Art. 5<sup>o</sup>: [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

da primeira premissa metodológica a ser observada para a correção dos resultados a serem alcançados com a adoção de uma metódica de “concretização de prescrições constitucionais” (MÜLLER, 2008, p. 7).

O primeiro passo será o melhor detalhamento do específico problema (caso) para o qual, e aqui está o escopo deste trabalho, ser construída *uma*, e não *a*, norma de decisão para o problema central e outras, secundárias, para a solução dos subproblemas, que serão apresentadas na conclusão jurídica aqui alcançada, de modo que encerre uma análise jurídico-científica fecunda de preparação da “decisão judicial dogmáticamente correta” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 233) para a solução do proposto caso jurídico concreto<sup>2</sup>. Para tanto, haverá um esforço de concretização que

“[...] implica um caminhar do *texto da norma* para a *norma concreta* (a *norma jurídica*), que não é ainda, todavia, o destinado a ser alcançado; a concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é descoberta a *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto” (GRAU, 2006, p. 79).

Em última instância, dado o caso concreto – prática pelo Ministério Público de solicitação da Assistência Legal para obtenção de informações bancárias de investigado em inquérito civil sem prévia decisão judicial –, propõe-se aqui concretizar o texto constitucional, mais precisamente o artigo 5<sup>o</sup>, inciso XII.

“‘Concretizar’ não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistema-

<sup>2</sup> “É um ‘caso’ porque nele se põe um *problema*; é ‘concreto’ porque esse problema se põe numa certa *situação* e para ela; é ‘jurídico’ porque desta emerge um *sentido jurídico* – o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela assume e para o qual ela se individualiza como situação (como o ‘dado’ correlativo que oferece o âmbito e o conteúdo relevantes)” (NEVES, 1993, p. 162).

tizado da última fase de Kelsen, 'individualizar' uma norma jurídica genérica condificada na direção do caso individual 'mais restrito'. Muito pelo contrário, 'concretizar' significa: *produzir*, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito" (MÜLLER, 2005, p. 131).

Para alcançar a concretização, e assim trilhar o caminho que tal método exige, Friedrich Müller (2005, p. 132) anuncia dois "dados de entrada - o caso e os 'pertinentes' textos de norma" ou também reconhecidos como pontos de partida, que antecedem aos meios de trabalho. Identificar esses pontos de entrada é a primeira tarefa a ser cumprida neste estudo, para posteriormente desenvolver os meios de trabalho em direção à construção do programa-da-norma e do âmbito-da-norma até alcançar a norma de decisão (a conclusão jurídica do estudo) a ser aplicada aos problemas que proponho enfrentar com base no caso concreto.

## 1. Pontos de Partida

### 1.1. Apresentação do caso jurídico concreto

O caso que ora se apresenta é fictício, mas factível. Não toma uma situação real existente em especial, mas de possível ocorrência. A construção fictícia de um problema concreto permite uma delimitação arbitrária das variáveis do caso. Portanto, as conclusões aqui alcançadas tomam, como ponto de partida e de solução, o caso ora apresentado, com as variáveis aqui expostas.

Em 14.10.1997, o até então Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, celebrou, autorizado pelo artigo 84 inciso VIII da Constituição Brasileira (CB), com o governo dos Estados Unidos da América o "Acordo de Assistência Judiciária em

Matéria Penal", com o propósito comum de "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal"; entre as atividades incluídas na assistência, está a de "fornecimento de documentos, registros e bens" (item 2, letra "b", do Acordo). Com isso, criou, no sistema brasileiro, mais uma cooperação jurídica internacional para auxílio na obtenção de provas em casos de crimes organizados transnacionais, mais célere do que as cooperações realizadas por via judicial (carta rogatória) ou diplomática.

Em cumprimento ao prescrito no inciso VIII do artigo 84 da CB, o Congresso Nacional referendou e, assim, aprovou o texto do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, por meio do Decreto-legislativo n. 262, de 18.12.2000. Posteriormente, houve a promulgação do Acordo pelo Decreto-presidencial n. 3.810, de 2.5.2001, com o qual houve o seu ingresso ou incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro com força vinculante. Antes da sua expedição, em 21.2.2001, houve a celebração de assinatura da ata de troca de instrumentos de ratificação do referido Acordo em cerimônia no Itamaraty com a presença de autoridades de ambos os governos signatários (BRASIL, 2001).

Portanto, inexistente qualquer vício no processo de internalização da MLAT, e encontra-se em plena vigência. De sorte que não há o que impeça, ao menos no plano formal, a sua utilização pelas autoridades brasileiras, especialmente pelo Ministério Público. Impedimentos existem, no caso aqui analisado, de ordem material, observados (e aqui adianta-se uma hipótese possível ao problema proposto) como limites constitucionalmente prescritos ao ato de acesso a dados integrantes do âmbito normativo do inciso XII do artigo 5º da CB.

Com um instrumento poderoso para intensificar o trabalho de investigação de

crimes transnacionais, o Ministério Público está constitucionalmente autorizado a valer-se do Acordo de Assistência Mútua por meio do poder requisitório; permissão que vem sendo levada a efeito ao longo dos anos, e que contribui para o Brasil tornar-se “um país requerente de cooperação jurídica”, pois “nós solicitamos mais cooperação do que recebemos solicitações” (GENRO, 2009, p. 13). De fato, de 2004 a 2009, dados estatísticos do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça indicam que, do total de pedidos de cooperação, em média, 33% foram em matéria penal. O principal país destinatário é os Estados Unidos, seguido de Portugal, Argentina e outros. Só nesse período, houve 11.134 pedidos em matéria penal, sendo 17% desses pedidos solicitação de Assistência Mútua aos Estados Unidos (GENRO, 2009). Outro dado relevante: tramitam no Ministério da Justiça, via cooperação internacional, até 2009, “mais de 600 casos relacionados à recuperação de ativos enviados ao exterior ilicitamente. Os referidos casos de recuperação de ativos incluem processos de grande repercussão no Brasil e no mundo, relacionados a organizações criminosas transnacionais e a crimes como corrupção e lavagem de dinheiro” (GENRO, 2009, p. 12).

Em meio a esse cenário, pinço a situação de o Ministério Público promover a solicitação de Assistência Legal Mútua ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (*Department of Justice of the United States of America*), com o propósito de obter documentos relacionados a contas bancárias de investigados, para comprovar, por exemplo, o envio e recebimento de valores de outras localidades. Esses documentos instruirão futura ação civil pública. Nesse caso, a solicitação é feita sem a intermediação do Poder Judiciário. O *Parquet* civil oficia diretamente ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da

Justiça para que encaminhe o requerimento de assistência judiciária ao Departamento de Justiça americano. Essas são as peculiaridades do caso concreto ora considerado a compor o “âmbito material” (MÜLLER, 2005, p. 42), ao qual ainda acrescentamos outras condições, ou melhor, variáveis concretas relevantes, porque afetadas pela normatividade jurídico-constitucional: (a) imaginemos que já exista em curso, simultaneamente à investigação civil, uma ação penal, versando sobre os mesmos fatos apurados, pela perspectiva da responsabilidade civil, em inquérito civil; (b) tomemos, em pressuposto válido, que a tutela pretendida com a investigação civil envolve diretamente verbas privadas e direitos ou interesses transindividuais.

Diante desse contexto fático, formulo as questões problemáticas cuja resposta identifica as conclusões jurídicas a serem alcançadas com este estudo e com as quais construiremos os limites constitucionais da atuação do Ministério Público especificamente no caso em análise. Da questão-problema central, outras dela derivam, e são aqui apresentadas como subproblemas, de modo que proponho o seguinte debate:

(a) O *Parquet*, que preside o inquérito civil, ao encaminhar ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça ofício requisitório da Assistência Legal Mútua com o objetivo de o Departamento de Justiça americano cooperar com o envio de documentos relativos aos *dados bancários* do investigado, independentemente de prévia decisão judicial autorizadora da quebra do sigilo bancário, promove, com tal ato, violação ao inciso XII do art. 5º da CB?

(a.i) Essa pergunta se desdobra, na realidade, em outra, própria da peculiaridade do caso de invocação da Assistência Legal Mútua: o fato de a autoridade americana, quando chamada ao atendimento da Assistência Legal Mútua, não receber uma ordem, mas apenas uma solicitação, cuja decisão de colaborar depende de seu juízo

de avaliação, torna esse ato de “mera” solicitação impotente para gerar a quebra de sigilo dos dados bancários, diante da possibilidade de a autoridade não atender ao solicitado envio dos documentos?

(a.ii) Em caso positivo, se o inquérito civil investiga ilicitudes praticadas que evoluam diretamente verbas públicas, também para essa hipótese, depende o Ministério Público de prévia autorização judicial?

(a.iii) O *Parquet*, no curso das investigações civis, pode solicitar a Assistência Mútua Legal, que é em matéria penal, para instruir futura ação civil pública?

(a.iv) E se, paralelamente, conduzida por outro Membro do Ministério Público, existir ação penal sobre os mesmos fatos investigados civilmente, poderia o *Parquet* civil solicitar a Assistência Mútua, para a utilização dos documentos na ação civil pública e, simultaneamente, encaminhamento ao colega competente da ação criminal?

### 1.2. Textos-da-norma pertinentes

O caso jurídico concreto em análise, com todas as suas peculiaridades, sugere a afetação prescritiva de certos textos normativos, entre constitucionais e legais, os quais expressam por seu teor literal, na terminologia da metódica de concretização, o “programa-da-norma” (MÜLLER, 2005, p. 42).

O primeiro a destacar é o texto do inciso XII do artigo 5º da CB que traz o seguinte teor literal: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A tutela específica aos dados aqui prescrita é uma decorrência, lógica e natural, do direito à privacidade (TAVARES, 2006, p. 578; SILVA, 2005, p. 104; WALD, 1992). O art. 5º da CB não trouxe, no rol que sucede ao *caput*, qualquer menção literal ao direito à privacidade. Nem por isso deixou

de contemplá-lo, “pode-se vislumbrar na menção feita no *caput* ao direito à vida a presença, nesse conceito, do direito à privacidade” (TAVARES, 2006, p. 571), que, em sentido amplo, designa “toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana” (TAVARES, 2006, p. 571), como também no inciso X, do artigo 5º, na expressão “vida privada”; expressão essa também abarcada no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

Ainda no texto constitucional, há pertinência prescritiva com o caso concreto no texto do artigo 129, inciso VI, da CB, que expressa o poder de requisitar, mediante notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, informações e documentos para instruí-los. Ao mesmo tempo, a Constituição atribui ao Ministério Público, no artigo 127, o *status* de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”.

O inquérito civil é um procedimento administrativo a cargo do Ministério Público, de natureza pré-processual<sup>3</sup>, destinado a formar a *opinio actio* do *parquet*<sup>4</sup> e, por isso, é preparatório da ação civil pública ou da realização de compromisso de ajustamento. A sua instauração é uma função institucional do Ministério Público e, uma vez instaurado, a esse órgão atribui-se a presidência na condução da investigação civil (§1º do artigo 8º da Lei n. 7.347/85<sup>5</sup>). Essa prescrição, especialmente pela expressão “sob sua presidência”, é de suma relevância para a adequada solução do problema proposto, porque conduz à conclusão, ao menos em

<sup>3</sup> STF, ADIn-MC n. 1.285, Min. Rel. Moreira Alves, j. 25.10.1995.

<sup>4</sup> STJ, 2ª Turma, REsp n. 644.994, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.2.2005.

<sup>5</sup> Art. 8º [...] §1º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

sua literalidade, que, diferentemente do que ocorre no inquérito criminal, no civil, “a investigação, sob o comando do Ministério Público, é direta” (FERRARESI, 2006, p. 444). Isso implica dizer que, ao instaurá-lo, “faz a colheita de provas, enfim, toma todas as medidas que entender necessárias sem qualquer intervenção do juiz” (FERRARESI, 2006, p. 444).

Essa última afirmação poderia sugerir a solução do problema proposto, porque poderia ser suficiente para afirmar a possibilidade de o Ministério Público solicitar o Acordo de Assistência Legal para obtenção de informações bancárias sobre o investigado sem qualquer intervenção do Poder Judiciário. Porém, seria uma afirmação precipitada de uma leitura parcial e superficial do ordenamento jurídico-constitucional.

O inquérito civil é o foro adequado para o Ministério Público desempenhar a função prescrita no inciso VI do artigo 129 da CB. Mas esse mesmo texto traz uma expressão que não pode ser desprezada: o poder de requisição de informações e documentos pode ser exercido, desde que “na forma da lei complementar respectiva”. Essa lei existe, e é a Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993, que traz disposições pertinentes ao caso<sup>6</sup>. Não bastante, outro indício de limitação do poder de requisitar do Ministério Público está calcado no teor literal do §2º do artigo 8º da Lei n. 7.347/85: “Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los” (grifo nosso).

<sup>6</sup> Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...] VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância jurídica pública. [...] §2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido (grifo nosso).

Ainda há outro texto legal de relevância para o caso em análise. A Lei Complementar n. 105/2001 revogou o artigo 38, §1º, da Lei n. 4.595/64, que, recepcionada pela Constituição, dispõe sobre a Política e as instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, criando também o Conselho Monetário Nacional. Esse último dispositivo determinava, expressamente, a necessidade de a quebra do sigilo bancário ser ordenada pelo Poder Judiciário. Agora, com a Lei Complementar n. 105/2001, que especialmente dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, traz, em seu artigo 6º, a possibilidade de as “autoridades”, e o Ministério Público é uma delas, “examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”, sem que tal ato caracterize violação ao dever de sigilo (inciso VI, §3º, do artigo 1º).

Esse referido artigo da Lei Complementar n. 105/2001, juntamente com a Lei n. 10.174/2001 e o Decreto n. 3.724/2001, tem a constitucionalidade questionada pelas ADIns n. 2.390, 2.386, 2.397, 2.389 e 2.406, ainda pendentes de julgamento. De qualquer forma, como ainda não há julgamento, justifica-se pela presunção de constitucionalidade, a tentação de se afirmar a irrestrita possibilidade de o Ministério Público, com base na Lei Complementar n. 105/2001, mais precisamente no artigo 6º, solicitar o Acordo de Assistência Mútua, uma vez que o acesso aos documentos bancários do investigado não implicaria quebra de sigilo de dados, por força do inciso VI, §3º, do artigo 1º dessa Lei Complementar.

É até possível que, ao final do estudo, essa seja a conclusão; porém, não é juridicamente aceitável afirmá-la neste estágio. Não é consentâneo com o constitucionalismo contemporâneo interpretar a Constituição,

aqui trabalhada como concretização, a partir da legislação ordinária: “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis” (BASTOS, 2002b, p. 172). Não se constrói o conteúdo semântico do texto constitucional desse ponto de partida; a operação deve ser inversa, em que a lei infraconstitucional atua como mais um elemento, entre outros, a ser considerado no processo de construção da norma constitucional (MÜLLER, 2008, p. 249).

O que se fez até o presente momento foi simplesmente elencar os textos pertinentes à prescritividade do caso em estudo, a começar com o texto constitucional, que atua como diretiva orientadora ou como fio condutor, na medida em que define a “área da norma da prescrição” (MÜLLER, 2009, p. 228). É o caso de dar o passo seguinte ao processo de concretização do inciso XII do artigo 5º da CF/88 com a análise do “âmbito normativo” da expressão prescritiva nele contida, ao menos do termo “dados”, ou melhor, da prescrição: “*é inviolável [...] o sigilo de dados*”; com vistas, primordialmente, a verificar se nele estão abarcados os dados bancários.

## 2. Âmbito normativo da expressão “sigilo de dados”

O enfrentamento da inclusão ou não dos dados bancários no espectro de proteção do inciso XII do artigo 5º da CF, por estarem contemplados na expressão “dados”, é de fundamental importância para a solução do problema proposto. Se a resposta for positiva, comprova-se a estrutura constitucional dos dados bancários, se negativa, são relegados ao âmbito infraconstitucional, devendo a legislação indicada no tópico anterior regular integralmente a matéria.

O “âmbito-da-norma” constitui a “estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulação” (MÜLLER, 2008, p. 227). Corresponde ao que se identifica na teoria dogmática dos

direitos fundamentais como a “área de regulamentação”, pressuposto indicativo da situação ou relação real, o que envolve o conjunto fático que acontece por razões físicas ou sociais e objetivamente pretende o direito fundamental regular (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 136).

A situação ou relação real a que se pretende regular no inciso XII do artigo 5º da CB é a *de comunicação humana a distância* realizada por meios técnicos criados para tal fim. “Trata-se aqui de uma situação social: duas pessoas desejam comunicar-se com privacidade e não tendo a possibilidade de se encontrar recorrem ao correio, ao telefone, ao telegrama ou à comunicação que envolve transmissão de dados” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 136). Atualmente o acelerado desenvolvimento da informática só faz surgir novos meios de comunicação, cada vez mais sofisticados e variados, o que só faz ampliar a área de regulamentação desse dispositivo constitucional.

A situação de comunicação humana a distância é regulada em consequência lógica à proteção dada ao direito à liberdade de expressão e comunicação (incisos IV e IX do art. 5º da CF/88). A atribuição protetiva a tal liberdade pressupõe a reserva de proteção do ato em si de comunicar, no qual se associam não só os dados que dela geram, como também os meios técnicos possíveis.

“Trata-se de garantia constitucional que visa a assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de ‘liberdade de pensamento’ em geral (art. 5º, IV). Garantia também do sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo” (SILVA, 2005, p. 104).

Ao observar a decisão do constituinte de prescrever a inviolabilidade da situação real de “sigilo de dados”, a fim de

obter uma resposta constitucional ao que deve suceder quando da ocorrência dessa situação, deparamo-nos com a dificuldade linguística do termo “dados”, em relação ao qual a inviolabilidade do sigilo é assegurada. É um termo que padece da peculiar textura aberta da linguagem constitucional (BASTOS, 2002b, p. 111; CANOTILHO, 2003, p. 1176), cujos termos possuem, em sua maior parte, uma significação incompleta, como, no caso, há uma incerteza denotativa, vale dizer, vagueza (WARAT, 1995, p. 76) do termo “dados”.

Por ser vago, o termo “dados” não revela, *prima facie*, sua extensão denotativa, de sorte que é difícil, na literalidade do texto, definir as referências incluídas na situação de “inviolabilidade do sigilo”. Em linguagem comum, no contexto constitucional em que se insere, “dado” indica, numa primeira aproximação, “elemento ou base para a formação dum juízo” (FERREIRA, 1995, p. 194) que integra a situação de comunicação humana a distância. São infundáveis as espécies de elementos presentes no cotidiano da vida em sociedade: informáticos, telegráficos e etc. Estariam então abarcados nesse conceito apenas os dados da comunicação telefônica ou, numa perspectiva mais ampla, todos os dados em geral, entre os quais estão os bancários? Qual o critério de seleção protetiva dos dados contemplados no texto constitucional?

### 2.1. Critério de seleção protetiva dos “dados” sigilosos

A expressão constitucional “dados” insere-se, como visto, na área de regulamentação da situação de comunicação a distância. A regulação dessa situação, porque prevista em texto contemplativo de um direito fundamental, não tem outro propósito senão a de conferir ao cidadão um direito subjetivo para se proteger contra a intervenção do Poder Público e de outros particulares quando em situação de comunicação a distância. Está em questão um tradicional direito fundamental de defesa,

definidor de uma “competência negativa do Poder Público” (MENDES, 2004, p. 2). Mas redundaria um sem-sentido se tal proteção fosse indiscriminada e irrestrita a qualquer situação de comunicação a distância. Se há um direito subjetivo, há uma postura subjetiva a ser protegida, especificamente delimitada no âmbito de proteção do direito conferido. Por isso, “não há que se falar que toda e qualquer comunicação à distância é protegida de toda e qualquer interferência. Dentro do grande círculo da área de regulação (liberdade de sigilo das comunicações), a Constituição decide proteger somente determinadas comunicações” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 137). Então qual é o critério da seleção protetiva para se identificar o recorte da realidade social de comunicação humana a ser contemplada pela expressão “dados” do inciso XII do artigo 5º da CB?

Esse critério existe e provém do direito à privacidade, também contemplado no texto constitucional. Ao proteger a situação de comunicação humana, o Constituinte pretende, em última instância, assegurar a liberdade de expressão e comunicação exercida de modo que não vulnere a privacidade do cidadão em situação comunicativa. É que nessa situação “se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Aí é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas, na confiança de que se deu pura *confidência*” (SILVA, 2005, p. 104). Ou seja, o critério de determinação da realidade social protegida é a esfera de privacidade em que se insere o indivíduo em situação de comunicação, porque é essa esfera que se pretende, em última instância, proteger. O direito à privacidade em sentido amplo compreende “toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana” (TAVARES, 2006, p. 571), e está contemplado se não no inciso X do art. 5º da CB, no *caput* desse artigo, na previsão do direito à vida, do qual deriva (TAVARES,

2006, p. 571). As situações de comunicação interindividual a distância podem con- substanciar espectros de manifestação da intimidade e privacidade, e essas situações são protegidas pela inviolabilidade do sigilo dos “dados” delas decorrentes. Com efeito, é a comunicação privativa, por força de anterior proteção constitucional à vida privada e à intimidade, que se pretende garantir com a prescrição do inciso XII do artigo 5º da CB.

Essa é a percepção do âmbito de proteção do inciso XII do artigo 5º do Ministro Marco Aurélio, seguido de todos os demais Ministros do STF, quando do julgamento do Mandado de Segurança (MS) n. 21.729, em 5.10.2005<sup>7</sup>, ao menos no que se refere ao critério valorativo da privacidade em sentido amplo a determinar a proteção merecida à situação de comunicação referida no texto em questão:

“No rol das garantias constitucionais tem-se como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O direito à preservação da intimidade mostra-se de forma alargada, valendo notar que o inciso seguinte, o XII, prevê o sigilo quanto a dados e comunicações telefônicas.”

Não parece haver divergência, doutrinária ou jurisprudencial sobre essa particular premissa de interpretação do inciso XII do art. 5º da CB.

Portanto, o critério de determinação da situação real de comunicação a distância protegida no inciso XII do art. 5º da CB é o contexto de privacidade. Expressa uma manifestação própria da esfera íntima da personalidade do indivíduo, de modo que a

<sup>7</sup>No mesmo sentido de reconhecimento do espectro de manifestação da intimidade e privacidade da situação de comunicação a distância e, por isso, proteção dos dados dela decorrentes, outros precedentes do STF: MS n. 23.851; AC-MC n. 33; Pet n. 2790; AgR em RE n. 215.301.

informação que dela decorre cabe exclusivamente a ele decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, desde que por sua exclusiva decisão, a quem, quando e como queira. Se não há um contexto de privacidade na situação de comunicação a distância, escapa do âmbito de proteção do referido dispositivo; por conseguinte, os dados que dessa situação emergirem não são protegidos pela inviolabilidade do sigilo, ou seja, não integram a esfera de privacidade constitucional assegurada ao indivíduo ou ainda, na expressão do Ministro Celso de Mello, o “círculo de imunidade” (MS n. 21.729).

A questão que surge é saber se os dados bancários, uma vez revelados a terceiro, transporiam, por si só, a esfera de privacidade do interessado. Ou, a situação real subjetiva do indivíduo de controlar o acesso ao conhecimento dos dados bancários implica a preservação de sua privacidade? Em últimas palavras, os dados bancários são próprios da esfera de privacidade de seu titular e, por isso, estão sob o abrigo da garantia constitucional da inviolabilidade?

## 2.2. Dados (públicos) bancários

No caso em análise, está em questão a analisada proteção de dados bancários envolvidos numa situação de comunicação entre a instituição financeira (estrangeira) e o correntista (investigado) contra a intervenção do Ministério Público consubstanciada na solicitação da Assistência Legal Mútua com objetivo específico de obtenção de documentos relativos a essa comunicação, a revelar, com isso, as operações bancárias registradas em território americano. Esse ato implica, por si só, rompimento do valor da privacidade individual do investigado?

Essa pergunta pode ser analisada sob duas perspectivas: (i) a primeira indaga sobre o problema de dados bancários que se referem exclusivamente à movimentação financeira de verba pública, em conta de titularidade pública, e se haveria, nesse caso, a reserva da privacidade; (ii) a se-

gunda aponta a preocupação de saber se os dados bancários pressupõem o valor da privacidade individual e, por isso, por força do inciso XII do artigo 5º da CB, tem *status* constitucional. Ambas as perguntas estão diretamente ligadas ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB. Por isso, merecem reflexão.

A primeira perspectiva já tem premissas suficientes para o equacionamento da questão, e por isso será desde logo enfrentada.

O inciso XII do artigo 5º carrega, teleologicamente, a prescrição da proteção da esfera de privacidade individual de pessoas em situação de comunicação a distância, garantindo-lhes a inviolabilidade tanto da comunicação em si, como também dos dados comunicados. Com isso, o critério de determinação da incidência protetiva no ato de comunicação está justamente na existência real de situação propriamente de privacidade individual.

Como questão-problema, no item 1.1, letra (a.ii), coloquei a hipótese de o inquérito civil investigar ilicitudes praticadas que evoluam diretamente verbas públicas, ou seja, não há interesse privado diretamente envolvido em relação aos documentos bancários solicitados pelo Ministério Público via Assistência Legal Mútua. Em tal situação fática, à margem do debate sobre o *status* constitucional ou não dos dados bancários, porque esse dilema fica relegado a segundo plano, o que se tem é uma situação investigativa a envolver eminentemente verbas públicas e atos estatais praticados cujos registros podem ser revelados por meio de dados bancários desprovidos de qualquer interesse privado, porque não há esfera individual de privacidade em jogo. Logo, se não há valor de privacidade em questão no ato de solicitação da Assistência Mútua, não há sobre os eventuais dados bancários investigados pela autoridade americana, quando em território brasileiro, a garantia constitucional da inviolabilidade de sigilo. Os dados escapam, nesse caso, do âmbito de sigilo.

Esse raciocínio culmina na resposta ao subproblema (a.ii) do item 1.1. Se não há dados bancários privados envolvidos, podem ser revelados por solicitação do Ministério Público diretamente a esse órgão independentemente de prévia determinação judicial, até porque, por ser coisa pública, recomenda a publicidade (art. 37 da CB). Assim, sem outras indagações mais profundas sobre o sigilo bancário e a extensão de sua proteção, o Ministério Público poderá valer-se do seu poder de requisição constitucionalmente conferido com a solicitação da Assistência Legal Mútua, dispensada a prévia autorização judicial. Pode, assim, oficiar diretamente ao Ministério da Justiça para suscitar a efetividade do acordo bilateral.

A propósito, essa solução se aproxima daquela dada pelo STF no MS n. 21.729, em que a solicitação ministerial se dirigiu a uma instituição nacional que atuava no exercício de política creditícia e financeira do Governo Federal. Nesse caso, a exclusão do âmbito de proteção da inviolabilidade do sigilo foi determinada, essencialmente, pela condição da verba e operações públicas registradas nos dados bancários solicitados. Com efeito, a garantia constitucional da incomunicabilidade não incide sobre todos os dados bancários, porque o sigilo pressupõe a esfera de privacidade. Se os dados bancários são referentes, exclusivamente, à movimentação financeira de verba pública, inexistente a reserva de privacidade, logo não são passíveis de sigilo constitucional. O STF criou, com esse precedente, uma exceção à necessidade de contar-se com o pronunciamento judicial para o afastamento do sigilo.

O problema aqui não envolve verba pública, ainda que os atos investigados possam ter repercussão pública, razão por que o problema central não foi resolvido ainda. Para resolvê-lo é preciso avançar com o enfrentamento da existência ou não do valor da privacidade na situação de comunicação dos dados bancários, em se

tratando de operações bancárias de valores privados.

### 2.3. *O sigilo bancário e a esfera de privacidade*

O “sigilo bancário consiste na obrigação de descrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios de seus clientes, abrangendo o presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e a sua movimentação” (WALD, 1992), vale dizer, é a “obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que obtenham em virtude de sua atividade profissional” (COVELLO, 1989). Indago: em que medida, o sigilo bancário atua para a preservação da esfera de privacidade constitucionalmente garantida? A resposta a essa pergunta depende de identificar objetivamente, como existe nos segredos revelados ao médico ou ao advogado, como a outros profissionais, se, no sigilo bancário, o não conhecimento a terceiro de informações registradas decorrente das prestações de serviços bancários preserva, realmente, a esfera de privacidade do cliente. Por essa perspectiva, a doutrina caminha por duas trilhas: (a) o sigilo bancário não só atua na preservação da esfera de privacidade do correntista (direito à privacidade e intimidade), (b) como também atua na esfera de proteção do segredo profissional inerente ao sistema financeiro (segredo profissional).

Os dados bancários, uma vez revelados, propiciam o acesso a quem deles toma conhecimento aos atos inerentes à vida financeira de uma pessoa física ou jurídica a envolver diretamente fatos e atos que revelam, inegavelmente, por meio dos dados financeiros, parte significativa de sua privacidade pessoal, familiar e negocial. É no cadastro bancário, no ato de abertura, fechamento e movimentação de conta, nas operações financeiras, nas transferências de valores que se pode reconstruir, por seus registros, parte significativa da vida privada de qualquer pessoa. Se jurídica,

por eles, revelam-se, especialmente, atos reservados ao âmbito da empresa, que, se abertos ao público, podem, inclusive, obstar o seu regular funcionamento, perante seus concorrentes. Fato que, em última instância, cria, certamente, embaraço ao livre exercício da iniciativa e da livre concorrência (art. 1º, IV e art. 170, inciso IV, da CB).

Um simples exemplo pode clarear ainda mais os dados bancários no espectro de privacidade de uma pessoa, e o tratamento sigiloso que o legislador dá a esses momentos. Uma pessoa se envolve, por contingências da vida, em demanda judicial em que, acionado por sua filha, é condenado ao pagamento de pensão alimentícia. Esse processo, por força do art. 155 do CPC, corre em segredo de justiça, em razão do conteúdo comunicativo que veicula. É dispensável dizer que o sigilo é, nesse caso, prescrito para justamente proteger a vida privada e intimidade dos envolvidos em uma demanda judicial que diz respeito a alimentos, como seria se envolvesse o casamento, a filiação, o divórcio, enfim, aspectos diretamente ligados à vida íntima e privada da pessoa. Com a condenação judicial, quando do cumprimento da sentença, o banco participa dos desdobramentos da questão decidida em juízo, atuando diretamente, por exemplo, nas transferências do valor da pensão objeto da condenação do correntista, como também no recebimento desse valor pela alimentada. Registra, por dados bancários, os valores da condenação alimentícia, informação essa que, em juízo, é um segredo de justiça, porque inerente à vida privada dos envolvidos no processo. Esse é só um exemplo, entre infindáveis outros, de que o banco é, realmente, um inegável ambiente de manifestação da vida privada e íntima da pessoa.

A evolução da infraestrutura tecnológica da informação e da comunicação contribuiu para que os bancos intensificassem a prestação de serviços, cada vez mais rápidos e sofisticados, e, por isso, hoje, mais do que nunca, já integram, indispensavelmente, a

rotina das pessoas, tornando-se inclusive parte do funcionamento da empresa e do dia a dia de um indivíduo.

“Os bancos são, hodiernamente, entidades a um só tempo poderosas e imprescindíveis, que se fazem presentes na vida do cidadão por intermédio de toda a sorte de operações e serviços. Enquanto antigamente muito raramente se adentrava num estabelecimento de crédito, não há atualmente quem possa prescindir direta ou indiretamente desse tipo de empresa: dona-de-casa, estudante, funcionário público, comerciante, industrial, profissional liberal, todos, enfim, se socorrem dos estabelecimentos bancários” (BASTOS; TAVARES, 2000, p. 384).

Não mais sobrevive-se em sociedade, dela participando ativamente, seja no exercício da vida civil ou comercial, à margem das atividades bancárias. De fato,

“[...] todos entram em contato com os bancos e lá deixam registrada uma parcela de sua vida íntima, de tal sorte que a biografia de um homem poderia ser escrita praticamente a partir de seus extratos bancários. No desempenho de sua atividade, os bancos adentram na vida privada de seus clientes e, mesmo, na de terceiros, coletando informações da mais variada ordem. Não só tomam conhecimento da situação patrimonial do indivíduo (o que seria suficiente por si só pra recomendar a discricção), como também se inteiram de seus negócios, de seus projetos e de outras particularidades que integram a esfera mais íntima da personalidade, como relações familiares, lazeres, convicções políticas e religiosas” (BASTOS; TAVARES, 2000).

O que se quer com tal precisa alusão é demonstrar que, mais do que antes, com o crescente incremento da infraestrutura tecnológica, hoje se reconstrói, significati-

vamente, a personalidade de uma pessoa (jurídica ou física) só com os dados gerados pela utilização e processamento dos infundáveis serviços bancários.

“O banco atual instala caixas avançadas em grandes clientes, retira numerário, paga seus empregados e fornecedores, credita a cobrança no mesmo dia de pagamento, oferece caixas automáticos, (ATM), cartões de crédito, cheques especiais, cheques de viagem, custódia e ordens de pagamentos; oferece ainda outros produtos como depósitos a prazo fixo, fundos, seguros e poupança” (FORTUNA, 2007, p. 9).

Em se tratando de uma empresa, os dados bancários revelam, sem dúvida, com os serviços ofertados pelos bancos, o controle de faturamento, contabilidade, fluxo de caixa, mercados externos, operações de transferências e investimentos, segredos empresariais (a incluir os profissionais e comerciais). Segredos porque dizem respeito a informações sobre as quais o empresário confia à reserva de seu reduto empresarial, já que podem revelar fatos indicativos da organização empresarial, métodos de produção da empresa, estratégias de mercado, seleção de fornecedores e tantas outras informações que fazem a empresa ter o melhor ou pior desempenho no mercado, perante os demais concorrentes.

Em seu voto no MS n. 21.729, para justificar a possibilidade de acesso sem interferência judicial pelo Procurador-Geral da República a dados bancários de correntista do Banco do Brasil, o Ministro Francisco Resek negou o *status* constitucional do sigilo bancário, rebaixando-o para o âmbito infraconstitucional, muito porque não reconhece a privacidade a ser protegida em se tratando da vida financeira das empresas perante a autoridade:

“Numa reflexão extra-legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo por que enclausurar-se ao

conhecimento da autoridade legítima – não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados.”

Não se trata, com a proteção ao sigilo bancário, de propiciar o “enclausuramento” ao conhecimento da autoridade legítima de informações de interesse público. O que se busca, como uma garantia à privacidade, é garantir ao particular um reduto de atuação que, se assim desejar, não será acessível a terceiros, desde que os atos e fatos que geram os dados não extrapolem os limites da lei. O que se está a proteger é a situação de que:

“[...] a pessoa, na sua boa fé, presume que não está sendo observada, vigiada ou espionada. Por isso, pratica atos que sabe não serem públicos, mas reservados. Trata-se de preservar um campo em que o ser humano possa manifestar-se livremente, sem que por essa razão possa, de alguma forma, ser punida” (BASTOS; TAVARES, 2000, p. 387).

Retirar o campo de manifestação livre das atividades bancárias, que tanto revela sobre a personalidade das pessoas jurídicas, implica atuar sobre o núcleo essencial do direito à privacidade financeira. Não se trata, com isso, de criar uma blindagem contra o acesso da autoridade, mas preservar a privacidade empresarial até que, em decorrência de um fato concreto, sobreponha-se o interesse público para justificar o acesso aos dados por autoridade constitucionalmente legítima. Portanto, ainda que os atos decorrentes da utilização dos serviços bancários não escapem ao interesse da autoridade judicial, fiscal ou parlamentar, não significa que não devam ser protegidos contra a intervenção arbitrária e indiscriminada.

De outro lado, essa garantia constitucional ao direito fundamental à privacidade possui uma dimensão objetiva de controle da ação estatal, cuja percepção independe de seus titulares, dos sujeitos de direito (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 118). Se para o cliente os dados bancários integram a sua esfera de privacidade, porque são dados expressivos de sua personalidade, para a instituição bancária esses mesmos dados assumem a condição de verdadeiro segredo profissional, indispensável para o saudável desenvolvimento do sistema financeiro. Por eles, revelam-se “fatos de que a pessoa toma conhecimento em razão do exercício de profissão ou de ofício” (BITTAR, 2004, p. 125). Nada mais é, também, do que uma específica faceta da personalidade própria de determinados profissionais que, por sua natureza, carregam o dever de sigilo pela confiança na reserva de informações que exige o desempenho de sua prestação profissional; é o caso, por exemplo, dos profissionais da medicina, da advocacia e outros, entre os quais estão os profissionais que acessam os dados bancários de seus clientes.

A indispensabilidade do sigilo, para impedir o conhecimento público de toda a vida bancária do cliente, acompanha a própria evolução histórica das instituições bancárias e do sistema financeiro mundial, calcada primordialmente nas ideias liberais da livre iniciativa das operações bancárias, a ponto de os dados do correntista decorrentes das atividades praticadas no âmbito da instituição bancária tornarem-se um segredo profissional. “O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional” (WALD, 1992)<sup>8</sup> e tornou-se, ao longo da história, condição intrinsecamente inerente ao próprio funcionamento das instituições bancárias, razão por que, hoje, é um valor objetivo para a sociedade independentemente de sua função subjetiva.

<sup>8</sup> Essa percepção não passou ao largo no voto do Min. Maurício Correa, no julgamento do MS n. 21.729.

“Assim, é preciso reconhecer a existência de uma pluralidade de segredos profissionais, com densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser e que não se limitam a consagrar interesses privados, mas também correspondem a interesses sociais e públicos. O interesse privado tanto é o do cliente como o do profissional, ambos necessitando e merecendo a proteção legal, por motivos diversos. Assim, o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, já são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade. O profissional, por sua vez, considera a discrição como elemento do seu fundo de comércio, e, por outro lado, os nomes dos seus clientes constituem, em determinados casos, um verdadeiro segredo comercial e integram o seu fundo de comércio. Quanto ao interesse social, consiste em assegurar o bom funcionamento das instituições e o desenvolvimento econômico do país” (WALD, 1992).

Com efeito, o sigilo de dados prescrito, literalmente, no inciso XII do art. 5º da CB, “se refere a cadastros de dados em geral, inclusive os utilizados pela ciência da informática e dados dos cadastros bancários”, quer assim dizer José Afonso da Silva (2005, p. 106) que, “o sigilo bancário encontra aqui a sua proteção constitucional”. E isso implica, para que se efetive a plena proteção, que ninguém, além dos diretamente envolvidos, tenha acesso ao conteúdo do dado bancário. Por isso:

“Dizer que a correspondência assim como as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são invioláveis significa que a ninguém é lícito romper o seu sigilo, isto é: penetrar-lhe o conteúdo. Significa ainda mais: implica, por parte daqueles que em função do seu trabalho tenham de

travar contato com o conteúdo da mensagem, um dever de sigilo profissional. Tudo se passa portanto como se a matéria transmitida devesse ficar absolutamente reservada àquele que a emite ou àquele que a recebe” (BASTOS; TAVARES, 2002a, p. 348).

A matéria do sigilo bancário no atual quadro constitucional será exaustivamente tratada no STF, ao menos acredita-se, quando do julgamento das ADIns n. 2.390, 2.386, 2.397, 2.389 e 2.406, porque nelas discute-se justamente a constitucionalidade da malha legislativa que trata da matéria. Porém, já há claros precedentes dessa Corte indicativos de que:

“[...] assentou-se que a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados, previsto nos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só podendo cair à força de ordem judicial ou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fundamentação. A exceção deu-se no julgamento do MS n. 21.729, em que se admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados, por tratar-se de empresa com participação do erário (patrimônio e interesse público)” (AC-MC n. 33, Min. Cezar Peluzo).

Portanto, fico com a assertiva de que “o sigilo bancário contempla a tutela de questões fundamentais da cidadania, como a proteção das áreas recônditas da personalidade, pressuposto para fruição de outros direitos humanos, como liberdade, propriedade, segurança etc. O sigilo bancário é uma das formas de proteção constitucional à intimidade” (BASTOS; TAVARES, 2000, p. 384), ou à privacidade, num sentido amplo, que comporta a forma de manifestação da vida privada empresarial registrada nos dados bancários. Não há, pois, como discordar de remansoso entendimento jurisprudencial<sup>9</sup> e

<sup>9</sup> STF: MS n. 21.729 e n. 23.851; AC-MC n. 33; Pet n. 2790 e n. 577; RE n. 215.301.

doutrinário de que o inciso XII do artigo 5º protege a esfera de privacidade, por meio da inviolabilidade do sigilo dos dados bancários.

### 2.3.1. *Maior efetividade possível à proteção da privacidade*

O entendimento de que o sigilo de dados não se refere necessariamente ao das comunicações telefônicas (SILVA, 2005, p. 105), porque também abrange “cadastros de dados em geral, inclusive os utilizados pela ciência da informática e dados dos cadastros bancários”, nada mais faz do que realizar o princípio ou postulado da máxima efetividade, ou da eficiência, da norma constitucional consagrada do direito fundamental. Por meio dele, à “norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (CANOTILHO, 2003, p. 1224), especialmente em se tratando de norma consagrada de direito fundamental.

Como consequência desse princípio, deve-se extrair o máximo de potencialidade normativa da Constituição, o que implica dizer sua maior carga semântica, de modo que caminhe a interpretação constitucional sempre em busca do completo conteúdo do texto constitucional. “Concluindo, o postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial” (BASTOS; TAVARES, 2002b, p. 177). A carga material do inciso XII alcança a sua máxima efetividade de proteção da privacidade se não deixar de fora do âmbito de proteção da garantia de sigilo de dados os dados bancários.

### 2.3.2. *Direito à inviolabilidade dos dados bancários: expressamente relativo*

O inciso XII do art. 5º da CB traz expressa restrição na expressão “salvo, no último caso”, pertinente, em primeira impressão, apenas à quebra do sigilo de “comunicações telefônicas”, excluindo assim da ressalva os

“dados”. Se assim é, há dois caminhos de discussão: (a) a inviolabilidade do sigilo de dados é absoluta e não pode ser quebrada sequer por autorização judicial; (b) ou, por um raciocínio inverso, a lei está autorizada a disciplinar os mecanismos e os legitimados a quebrar o sigilo dos dados.

A primeira linha de pensamento não comporta consonância com o Estado democrático de Direito, que não abre para o exercício arbitrário e abusivo de qualquer direito, ainda que fundamental. Se não se pode negar, diante das conclusões alcançadas até aqui, a integração dos dados bancários na esfera da privacidade financeira da pessoa, não ousa defender, de outro lado, o valor absoluto atribuído à garantia de inviolabilidade do sigilo de dados.

Do inciso XII do art. 5º da CB constrói-se o âmbito de proteção e também dele obtém-se a respectiva restrição diretamente constitucional; restrição que toma o direito em si – à *situação de comunicação privada a distância* – em diminuição à sua extensão denotativa.

As restrições diretamente constitucionais são as positivadas pelas próprias normas constitucionais. Em nosso texto vigente, esta espécie de restrição está na norma fundamental do inciso XII do art. 5º: “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (grifo nosso). Note que a estrutura desse texto traz, num primeiro plano, a garantia a um âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, segue com uma restrição. A Constituição Brasileira consagra o direito à privacidade na situação de comunicação, e nele está incluída a inviolabilidade dos dados bancários decorrentes da relação (comunicativa) entre o banco e o cliente, como também o restringe. Se tal restrição não está na expressão “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e

na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, porque se refere tão somente às “comunicações telefônicas”, ainda assim não se pode pactuar com a ideia de valor absoluto à inviolabilidade dos dados, sob pena de uma interpretação desarmoniosa da Constituição.

“A inviolabilidade dessa franquia individual – que constitui um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas – ostenta, no entanto, caráter meramente relativo. Não assume nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público” (MS n. 21.729, Min. Celso de Mello).

Tal percepção prestigia a interpretação sistemática da Constituição. Harmoniza o inciso XII do art. 5º da CB com outros, como o art. 1º *caput* da CB e todos os demais dispositivos que buscam a preservação da ordem social contra o exercício abusivo de quaisquer direitos, ainda que fundamentais. Sem dúvida alguma, o convívio harmonioso de todos os direitos, liberdades, garantias e deveres constitucionais é uma exigência do Estado democrático de direito. O exercício dos direitos fundamentais – como o da privacidade – pressupõe a reserva de não prejudicialidade, “não como restrição dos direitos, mas como limite dos pressupostos jurídicos e fácticos desses direitos” (CANOTILHO, 2003, p. 1281). Aqui há, com apoio no texto constitucional, uma implícita previsão constitucional de restrição à inviolabilidade dos dados bancários.

O debate sobre a referência expressa ou não da expressão final do inciso XII do art. 5º também ao sigilo de dados perde efeito prático se a questão é saber se é possível ou não a exceção ao princípio da reserva da informação bancária. Há, se não direta, tácita restrição constitucional,

porque existe autorização implícita do texto constitucional para o legislador e também o judiciário imporem restrições à garantia fundamental da inviolabilidade do sigilo bancário. Tal percepção sedimenta a cláusula de reserva de jurisdição para a quebra do sigilo bancário, um local comum, tanto para a doutrina como, em especial, para o Supremo Tribunal Federal:

“Esta Corte, em inúmeros julgados, vem dizendo reiteradamente e com sabedoria que o direito ao sigilo bancário é um direito limitado, não absoluto, e que pode ceder a interesses públicos em determinados e restritas situações, sempre orientadas para a busca da verdade no interesse da justiça” (MS n. 21.729, Min. Mauricio Corrêa)<sup>10</sup>.

Por isso, não há como negar, num Estado democrático de Direito, a possibilidade de o Ministério Público ter acesso aos dados bancários de investigado, com a invocação do MLAT, se for em “caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias” (Min. Celso de Mello, MS n. 21.729).

Com efeito, ainda que a instituição bancária seja americana, para efeito de solicitação do Acordo bilateral de cooperação internacional, porque os dados bancários serão enviados ao Brasil, quando então há em território nacional a quebra do sigilo bancário, a ruptura da esfera de privacidade do investigado é medida excepcional, a seguir, para a sua efetivação, a cautela e prudência na verificação de relevante interesse público. Essa é uma decorrência do sistema

<sup>10</sup> Nesse sentido, outros precedentes do STF: REExt. n. 215.301-0; RMS n. 25.375; RHC n. 26.236; HC n. 90.298-7; HC n. 31.205; também do STJ: HC n. 2.352; REsp n. 79.026, HC n. 1.290.

constitucional brasileiro à qual a Autoridade Central e a Autoridade Solicitante, no caso o Ministério Público, estão vinculadas. Não é, pois, constitucionalmente aceitável que se reconheça o poder requisitório do Ministério Público absoluto e discricionário.

A questão que resta saber é se o Ministério Público é autoridade investida do poder autônomo de avaliar e afastar o princípio da reserva das informações bancárias ou depende, necessariamente, de intervenção do Poder Judiciário.

Se o entendimento de que a ressalva final da restrição do inciso XII do art. 5º abrange também os “dados”, então não haveria dúvida de que, conforme disciplina legal, a quebra da inviolabilidade apenas seria possível “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, o que demanda, necessariamente, a intervenção do Poder Judiciário.

Se a ressalva não alcança os dados bancários, ainda assim não parece, analisada a Constituição a partir de uma efetividade máxima, constitucionalmente válido excluir a condição da apreciação judicial para o afastamento da reserva dos dados bancários. Uma análise axiológica da ressalva do inciso não deixa dúvida da vontade constitucional de manter sob a apreciação do Poder Judiciário os casos de quebra da inviolabilidade da situação de “comunicação telefônica”. A preocupação aqui é a de não permitir a ruptura do círculo de privacidade comunicativa à margem de observação, em processo próprio, do órgão investido do ofício judicante. O que está em questão é a vontade constitucional de proteger os bens consagrados nos incisos X e XII do art. 5º da CB e, excepcionalmente, como medida extraordinária, incumbir ao Poder Judiciário a tarefa de interferir na esfera de privacidade diante da relevância do interesse público, mediante decisão motivada para franquear o acesso aos dados confidenciais da pessoa investigada ou acusada.

Tanto na quebra do sigilo da comunicação (telefônica), como na invasão da

privacidade no ato comunicativo, que se dá com o acesso aos dados da comunicação, e nela, como visto, estão os dados bancários, o que se tem é a ruptura da esfera jurídico-constitucional de privacidade. Se a restrição constitucionalmente prevista à situação de comunicação não dispensa a participação de órgão judicante, que tem o dever de imparcialidade, é um sem-sentido, e um desprestígio à interpretação sistemática e axiológica da Constituição, entender que, para o acesso aos dados bancários, não seria indispensável a imparcialidade da atuação do Judiciário no processo.

Essa linha de raciocínio culmina na construção de sentido do inciso XII do art. 5º dada pelo Min. Carlos Velloso, no MS n. 21.729:

“Então deixo assentado, como premissa maior, esta: é possível a norma infraconstitucional estabelecer caso em que será aceita a quebra do sigilo bancário. Como, entretanto, isso poderá ocorrer? Penso que, tratando-se de um direito que tem ‘status’ constitucional, esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada, sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir. Não posso admitir que a parte, que não tem o dever ou a obrigação de ser imparcial, e que há de ser parcial, porque é inerente à parte ser parcial, não posso admitir que possa ela própria, por suas próprias mãos, efetivar a quebra de um direito inerente à privacidade, que a Constituição consagra, que tem, portanto, ‘status’ constitucional.”

Pensar o contrário, a propósito, redundaria na perda de efetividade da ressalva diretamente expressa à situação de “comunicações telefônicas”, pois bastaria que a comunicação ocorresse para, sem a intervenção judicial, outra autoridade que

não a judicial ter a possibilidade de acesso ao ato de comunicação. Não se esqueça que:

“[...] quando se fala em quebra do sigilo telefônico isso significa não só as chamadas telefônicas pretéritas, como também a invasão da intimidade no ato comunicativo, com a diferença de que neste a quebra do sigilo se dá pela interceptação da comunicação no ato de sua realização enquanto a quebra de sigilo dos registros se dá pela determinação de que eles sejam fornecidos a quem de direito” (SILVA, 2005, p. 105).

Se, para a interceptação da situação de comunicação telefônica, é indispensável a imparcialidade do Judiciário para determiná-la, essa mesma restrição qualificada deve ser observada, sob pena de perda de eficácia da proteção pretendida pela norma constitucional, para a invasão da intimidade do ato comunicativo, ou seja, para a quebra dos sigilos dos dados, entre os quais estão os bancários.

No entanto, por mais relevantes que sejam as funções do Ministério Público, por reunir a atividade de ser parte, não poderia, ao menos pela arquitetura constitucional brasileira, reunir funções inerentes a quem decide, sob pena de prejuízo à imparcialidade no ato de excepcionar a proteção à esfera de imparcialidade.

“As funções do Ministério Público, data venia, por mais importantes que sejam, elas são, entretanto, sobretudo, de parte, de quem requer e não decide, a quem não compete a obrigação de ser imparcial. O advogado é sempre parcial, porque defende a parte. E o Ministério Público é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal” (MS n. 21.729, Min. Carlos Velloso).

Mas fica aqui uma última observação. Para a interceptação de “comunicações telefônicas”, a restrição constante do inciso XII do art. 5º condiciona, limitativamente, para os casos de investigação criminal ou

instrução processual penal. Seria também imposta tal condição aos dados bancários? A resposta segue pela linha da negativa. A ressalva diretamente expressa às situações de “comunicação telefônica” implica uma restrição diretamente constitucional e qualificada. Traz exigências mais rígidas para a intromissão no momento da realização da comunicação, e devem ser observadas, especialmente. O Constituinte observou ser uma situação concreta a merecer uma proteção mais qualificada. A restrição ao sigilo de dados bancários existe, e não dispensa a imparcialidade do judiciário para decidi-la. Limitar tal exceção apenas à investigação criminal ou instrução processual penal é atribuir especificidade restritiva a situação não prevista. Retirar da investigação civil e da instrução em ação civil pública a possibilidade de acesso aos dados bancários, sempre com a intervenção do Poder Judiciário, redundaria na perda de efetividade desses instrumentos de absoluta relevância para a proteção do patrimônio público, dos direitos fundamentais transindividuais e, portanto, para a estabilidade social e institucional do País.

#### *2.4. Ofício ministerial requisitório: ato (de decisão) de solicitação, e não mera solicitação*

Considerando que a Assistência Legal Mútua, quando utilizada, redundaria numa solicitação que pode ser acatada ou não pela autoridade americana, pode-se, com isso, levar a crer que o ato de solicitação não constitui, por si só, um “ato de autoridade”, mas sim simples “ato executório”, porque não é uma ordem, mas sim uma solicitação de cooperação endereçada à autoridade americana. A consequência prática de tal visão é a de incorrer na regra de que só os “atos de autoridade” é que trazem em si uma decisão (e não apenas execução); razão por que somente tal ato é passível de ser desafiado por mandado de segurança (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 65). Cria-se, com tal raciocínio, a impossibilidade de um ato de solicitação da

Assistência Legal Mútua em transgressão aos limites constitucionais ser desafiado por mandado de segurança.

Tal construção camufla um ardil linguístico perigoso que redundará num efeito prático não desejado pelo sistema jurídico-constitucional, qual seja, a impossibilidade de utilização do remédio constitucional destinado à aplicação da garantia de inviolabilidade do sigilo bancário para o restabelecimento do direito fundamental à privacidade ameaçado ou violado.

Quando há objetivamente a necessidade, para a evolução investigativa, da Assistência Legal Mútua, o Ministério Público promove a “solicitação da assistência”, que deve ser feita, em regra, por escrito e conter: *a)* o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito, a ação penal ou o procedimento relacionado com a solicitação; *b)* descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão; *c)* descrição da prova, informações ou outra assistência pretendida; *d)* declaração da finalidade para a qual a prova, as informações ou outra assistência são necessárias (item 2, do Acordo Bilateral), entre outras indicações quando necessárias e possíveis, tal como prescrito no item 3 do Acordo Bilateral.

O Ministério Público dirige o documento de solicitação à “Autoridade Central” do Brasil, que é o Ministério da Justiça (art. 11 do Decreto n. 6.061/2007)<sup>11</sup>. Depois de traduzir para o inglês, este órgão encaminha a solicitação à “Autoridade Central” americana, que é o Procurador-Geral. Essa autoridade tem a faculdade de negar a solicitação se verificada uma das hipóteses do artigo III do Acordo Bilateral, como

<sup>11</sup> Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete: [...] III - negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional; IV - exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional.

o Governo brasileiro tem a faculdade de negar a cooperação se o pedido de auxílio direto partir do Governo Americano. É que, e vale também se o Estado estrangeiro for o solicitado,

“Pelo pedido de auxílio jurídico direto, o Estado estrangeiro [ou o Estado brasileiro solicitante] não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador. Não encaminha uma decisão judicial a ser aqui [ou lá] executada, mas solicita assistência para que, no território nacional, sejam tomadas as providências necessárias à satisfação do pedido” (DIPP, 2009, p. 32).

De fato, não se nega ser o ato de solicitação uma mera comunicação de um Estado soberano a outro, sem, pois, conotar uma decisão a ser imposta ao destinatário. Mas tal percepção só é vista pelo lado do destinatário da solicitação, ou seja, pela autoridade estrangeira quando o pedido de cooperação parte do Brasil. Nesse caso, o ato de solicitação implica, a toda evidência, uma mensagem de “solicitação” à autoridade americana. No entanto, a conotação desse ato, pela perspectiva interna do sistema jurídico brasileiro, é um ato de decisão: decisão de solicitar a Assistência Legal Mútua. Não se pode olvidar que, no caso aqui tratado, o ato de solicitação é praticado no bojo de um inquérito civil. Isso implica reconhecer, internamente, uma decisão proferida em procedimento administrativo pela autoridade que o preside. Sem dúvida é, portanto, uma decisão de solicitar.

A “decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta” (FERRAZ JR, 2003, p. 311), o procedimento é a justificação, e no caso a resposta é justificada pela invocação do Acordo de Assistência Legal Mútua. Ou seja, o ato de solicitação da cooperação internacional constitui uma manifestação do Poder Público/Membro do Ministério Público no desempenho de suas funções de presidente do inquérito civil. Esse ato gera efeitos jurídicos: o desen-

cadeamento da cooperação internacional, com a qual há a real condição de possível acesso aos dados bancários, sobre os quais pesa a garantia de inviolabilidade de sigilo.

O potencial de ofensa ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB é real e está justamente na possibilidade de a cooperação americana ocorrer. A *ordem de solicitação* por invocação do acordo internacional bilateral, uma vez acatada, proporciona a quebra do sigilo bancário. Isso implica dizer que, ao menos perante os envolvidos na investigação, o Ministério Público determina, ordena, enfim, exerce seu poder requisitório de execução do Acordo de Assistência Legal Mútua, cuja efetivação última é a real quebra do sigilo bancário. Se é a manifestação de um poder, o de requisição, como tal, está submetido às prescrições limitativas constitucionais, as quais, uma vez não atendidas, deflagram ao investigado o direito constitucional de se insurgir contra o ato inconstitucional praticado mediante ação constitucional, no caso, o mandado de segurança.

De fato, o *Parquet* não determina ou ordena nada à autoridade dos Estados Unidos, apenas solicita, requer ou pede, via Ministério da Justiça, com fundamento em acordo internacional; mas, perante os investigados e mesmo perante a Autoridade Central, esse ato de solicitação assume a feição de uma decisão.

Não há nada de estranho nessa conclusão. Trata-se apenas de uma análise da mensagem linguística (representada pelo ato de solicitação) numa perspectiva pragmática. Se se tomar o ato praticado pelo Ministério Público pelo prisma da autoridade estrangeira (como receptora da mensagem), realmente observa-se um mero requerimento ou solicitação, porque tal autoridade não o reconhece, até porque a soberania do Estado Americano impede, como decisão judicial vinculante. Agora, se tomado pelo prisma interno do sistema jurídico brasileiro, ou seja, pela significação e pelos efeitos que o ato gera entre os envolvidos no inquérito

civil e a Autoridade Central, é, por óbvio, uma decisão proferida por autoridade pública nos autos de uma investigação civil. O resultado disso é a solicitação da MLAT, que, uma vez atendida, é a causa determinante para a quebra do sigilo bancário.

Como tal, não se pode negar ser, para os fins do inciso LXIX do art. 5º da CB, um ato de autoridade sujeito ao controle de legalidade-constitucionalidade. Isso porque é uma decisão; decisão de solicitar a instauração da cooperação internacional sem a prévia autorização judicial, o que, desse ato, dadas as peculiaridades do caso em exame, resulta em ameaça de quebra do sigilo bancário.

A decisão de solicitação constitui, por si só, uma situação de iminência na quebra da inviolabilidade de sigilo. Ainda que exista, e de fato existe, a possibilidade de a autoridade americana negar a solicitação, há, e até com mais probabilidade dada a pré-disposição dos Estados Soberanos em fazer efetiva a cooperação internacional, o empenho de a autoridade americana cumprir com a solicitação, prestando as informações solicitadas. Até porque pesa para ambos os Estados soberanos a força vinculante da MLAT. *Pacta sunt servanda*: invocável, já que se trata de verdadeiro contrato internacional. Não se pode olvidar, nessa linha, que a figura da Autoridade Central americana é encarada, no plano de cooperação internacional, “como órgão que busca a efetividade da cooperação, e não como órgão que simplesmente envia e recebe documentos” (TUMA JÚNIOR, 2009, p. 15). Assim, a solicitação constitui, sem dúvida, ato de decisão que gera consequências jurídicas supranacionais e afeta, internamente, a esfera privada constitucionalmente garantida do investigado.

Isso implica séria e objetiva ameaça de violação ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º do CB. Não pode o investigado ter a garantia à inviolabilidade do sigilo de dados bancários lançada à sorte do juízo de faculdade da autoridade americana.

Não é uma situação constitucionalmente aceitável. É verdade que não se pode impor a ordem de cumprimento à autoridade americana, mas a sua faculdade não pode ser, no sistema jurídico brasileiro, um mero evento futuro e incerto a merecer a indiferença jurídica. A mera possibilidade de ser cumprida a Assistência Legal Mútua com o envio de dados sigilosos, e, com isso, a consecução da quebra do sigilo, constitui ato de autoridade traduzida em “justo receio” de violação ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB.

Portanto, em resposta ao questionamento (*a.i.*), o fato de a autoridade americana, quando chamada ao atendimento da Assistência Legal Mútua, não receber uma ordem, mas apenas uma solicitação, cuja decisão de colaborar depende de seu juízo de avaliação, é suficiente para essa solicitação gerar um justo receio contra a inviolabilidade do sigilo dos dados bancários. Internamente, é um ato de decisão capaz de gerar a violação de um direito fundamental. Portanto, o âmbito de proteção da inviolabilidade do sigilo dos dados bancários, salvo por ordem prévia judicial, também alcança o ato de solicitação da Assistência Legal Mútua pelo Ministério Público, e por isso deve ser a ele imposto.

Na prática, o efeito dessa conclusão é o condicionamento da solicitação da MLAT à prévia autorização judicial. Porém, a provocação da manifestação judicial não é para o fim de autorizar a solicitação da MLAT. O Ministério Público é autoridade competente para formular pedido de cooperação internacional com vistas à obtenção de provas para instrução de inquérito ou ação penal. Não há necessidade de prévia autorização judicial, desde que o conteúdo do documento solicitado, por força de proteção constitucional, não exija prévia autorização judicial para o seu acesso.

Poder-se-ia pensar, com isso, que, independentemente da intervenção judicial, o Ministério Público poderia formular o pedido de solicitação da cooperação in-

ternacional à Autoridade Central, e esta providenciaria a transmissão do pedido à Autoridade Central americana. Só depois, quando atendida à solicitação, antes de a documentação ser enviada ao Ministério Público, a Autoridade Central aguardaria, já em poder da documentação, a ordem judicial de envio àquele órgão. Porém, esse cronograma do pedido de auxílio direto criaria situação de violação ao âmbito de proteção da privacidade do investigado, visto que também à Autoridade Central brasileira impõe-se a garantia da inviolabilidade do sigilo bancário.

Por isso, só há um expediente para a utilização da cooperação internacional, nesse caso, constitucionalmente válido. O Ministério Público deve obter a prévia autorização judicial, não para promover a solicitação da MLAT, mas para a obtenção de ordem de quebra de sigilo bancário, como condição indispensável para o efetivo cumprimento da cooperação. De posse dessa ordem, o Ministério Público pede o auxílio direto. A propósito, outra não é a conclusão lançada no Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos elaborado pelo próprio Ministério da Justiça por Nadia de Araujo (2009, p. 46), em se tratando de disponibilização à Autoridade Central brasileira pela Autoridade Central estrangeira de informações que não dispensam a prévia intervenção judicial para o acesso:

“No caso do Brasil, embora o pedido possa ser transmitido diretamente à Autoridade Central brasileira, sempre haverá necessidade da ordem judicial para seu cumprimento, a menos que a situação não seja de molde a exigí-la, como por exemplo, quando se requer informações disponíveis sem a necessidade de intervenção judicial.”

#### *2.5. Ofício ministerial requisitório em jurisdição civil*

Indaguei, inicialmente, como uma das questões problemáticas propostas: o

Membro do Ministério Público, no curso das investigações civis, pode solicitar a Assistência Mútua Legal, que é em matéria penal, para instruir futura ação civil pública? Essa pergunta não parece ser, numa visão rápida, diretamente pertinente ao âmbito de proteção do inciso XII do artigo 5º da CB em relação ao caso concreto em análise, mas é. Esse elemento fático – o de solicitação de Assistência Legal Mútua em matéria penal por Membro do Ministério Público nos autos de investigações em inquérito civil público – é relevante para a prescrição constitucional da inviolabilidade do sigilo de dados bancários.

Até o momento, conclui pela restrição constitucional ao poder requisitório do Ministério Público, condicionando a solicitação da MLAT à prévia ordem judicial de quebra do sigilo dos dados bancários do investigado. Mas algo mais é necessário para o regular exercício do poder requisitório do Ministério Público.

O Acordo de Assistência Legal Mútua traz, expressamente, a restrição de colaboração em investigações estritamente em matéria penal.

“Desejosos de facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal. Acordam o seguinte: Artigo I. Alcance da Assistência. 1. As partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em matéria de investigação, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal” (grifo nosso).

A solicitação do Membro do Ministério Público em inquérito civil pode redundar em dois problemas: (a) a matéria solicitada à investigação internacional não é relacionada a “delitos de natureza criminal”, mas civil; (b) a matéria solicitada à investigação tem repercussão penal, por isso é relaciona-

da, ainda que indiretamente, à matéria de “natureza criminal”, mas não é matéria de “ação penal”, e sim de ação civil pública.

Pela primeira perspectiva do problema, a matéria penal é incompatível com aquela própria do inquérito civil. Não pode, nesse caso, o Ministério Público exercer seu poder requisitório para investigação por cooperação internacional em matéria que não seja penal. Ou seja, o conteúdo da informação solicitada deve ser pertinente à investigação de delitos capitulados no sistema penal brasileiro; sob pena de ser o *Parquet* civil incompetente para exercer o poder requisitório em razão da matéria.

Sob a segunda perspectiva do problema, pode a matéria investigada no âmbito de inquérito civil ter repercussões penais, suficientes para a instauração de inquérito ou ação penal. Ainda assim não pode o *Parquet* civil utilizar o Acordo de Assistência Mútua em matéria penal para obtenção de prova que será utilizada em ação civil pública. Haveria, nesse caso, sede imprópria para o depósito das informações prestadas em cooperação, uma vez que não se destina diretamente aos instrumentos administrativos ou jurídico-processuais genuinamente de natureza penal. Basta dizer que no artigo IV, item 2, do acordo bilateral consta que a solicitação da cooperação internacional deve conter, entre outras, as informações sobre a “descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão”, bem como a “declaração da finalidade para a qual a prova, as informações ou outra assistência são necessárias”.

Se a solicitação da cooperação para a prestação de assistência legal mútua não visa à obtenção de informações e documentos em matéria de investigação e ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal, ou seja, não envolve pedido de informações para investigação em âmbito de “Matéria Penal”, o pedido de cooperação atende a

finalidade outra que não de natureza penal, e isso não está contemplado no acordo bilateral. Em últimas palavras, o inquérito civil não é sede própria para receber provas colhidas com o auxílio da cooperação internacional em matéria penal; do contrário, há a subversão das finalidades tratadas entre os Estados soberanos envolvidos. Nesse caso, o *Parquet* civil é incompetente para exercer o poder requisitório em razão não da incompatibilidade da matéria, mas do procedimento investigativo para o qual pretende a colheita de provas.

Essa matéria foi enfrentada e assim equacionada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 200201000127845, com o voto do Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro, em 15.12.2009:

“[...] I - A cooperação celebrada entre o Brasil e a América do Norte está circunscrita à matéria penal, não se aplicando ao campo da Jurisdição Cível no qual se insere a ação de improbidade administrativa. II - A quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico não encontra justificativa *in casu*, pois tais dados já foram espontaneamente ofertados [...]”

Em suma, se as informações solicitadas têm natureza de matéria penal, então a pertinência e competência para investigar - e assim solicitar a Assistência Legal Mútua - é dos Promotores de Justiça da ação ou inquérito penal. Não se trata, pois, de eliminar a possibilidade de investigação ou esvaziar totalmente a competência que a Constituição atribuiu ao Ministério Público, mas sim assegurar que transcorra nos limites e na medida da constitucionalidade-legalidade. É um limite imposto à intervenção do Ministério Público no caso em análise, porque faz parte do âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB que a violabilidade da quebra do sigilo dos dados bancários, ainda que potencial, pela solicitação de Assistência Legal, seja precedida por determinação judicial e que a solicitação da

cooperação seja realizada para a obtenção de documentos não só relacionados com a matéria penal, como também destinados à investigação ou ação penal.

### 2.5.1. *Problema do promotor natural*

Questão interessante surge, para tornar o debate ainda mais agudo, quando, em paralelo, existir ação penal sobre os mesmos fatos investigados civilmente. Nesse caso, poderia o *Parquet* civil solicitar a MLAT para obter documentos para a ação civil pública e, ao mesmo tempo, encaminhar ao colega competente da ação criminal?

Para que essa hipótese ocorra, tal como trabalhado no tópico anterior, necessariamente o *Parquet* civil deve atender aos requisitos de admissibilidade do pedido de solicitação da MLAT previstos no artigo IV, item 2, do acordo bilateral, o que implica apresentar a “descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão”. Se corre, em paralelo à investigação civil, outra de natureza penal sobre as repercussões criminais das circunstâncias que ensejaram a instauração do inquérito civil, então, para não incorrer na inadmissibilidade por sede imprópria, o *Parquet* civil tem que cumprir, em seu pedido de solicitação da MLAT, o item 2 do referido artigo do Acordo Bilateral, com a indicação dos dados exigidos a partir do inquérito penal. Com isso, essa autoridade acaba por praticar um ato inerente ao ofício investigativo do *Parquet* criminal.

Perante os ditames do Acordo Bilateral, o *Parquet* civil atende à exigência da alínea *b* do item 2 do artigo IV, mas está em consonância, com tal ato de obtenção de provas criminais para uso civil, com o princípio do promotor natural (inciso LIII do artigo 5º da CF/88)<sup>12</sup>? Creio que a resposta seja negativa.

<sup>12</sup> Art. 5º [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. O STF

O *Parquet* civil foi designado para atuar na investigação civil, com base em critérios legais fixos que lhe conferem previamente essa função específica. Não lhe são outorgados, pois, poderes para atuar na investigação penal, ainda que os fatos tenham conexão com a sua linha investigativa. Se só é possível valer-se da solicitação da MLAT em matéria penal e para a utilização em investigação ou ação penal, então não pode o *Parquet* civil formular o pedido de cooperação internacional, ainda que se valha da indicação dos instrumentos criminais, simultaneamente, em trâmite, sob pena de violação do princípio do promotor natural.

“Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinado tanto a proteger o membro do MP, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei” (HC n. 67759, Rel. Min. Celso de Mello, j. 6.8.1992).

No entanto, há uma possibilidade de o ato praticado pelo *Parquet* civil não incorrer em violação ao princípio do promotor natural. No HC n. 67759, depois de reconhecer “o postulado do Promotor Natural [...] iminente ao sistema constitucional brasileiro”, o STF admitiu que “eventual atuação *ultra vires* do promotor designado, uma vez convalidada por deliberação superveniente e imediata do Procurador-Geral da Justiça, despoja-se de qualquer eiva de ilegalidade formal” (NERY JÚNIOR, 1999, p. 126). Isso em razão do princípio institucional do Ministério Público da unidade (parágrafo 1º do art. 127 da CB).

Com efeito, em resposta aos questionamentos (a.iii) e (a.iv) do item 1.1, se o pedido de solicitação partir do *Parquet* civil, decidi-

confirmou ser esse o fundamento constitucional do princípio do promotor natural ao julgar o HC n. 67759.

do nos autos do inquérito civil para obter informação de matéria de natureza penal, haverá subversão do objeto da investigação civil e, com isso, violação ao princípio do promotor natural, porque cabe apenas à autoridade pública investida da função de acusação criminal produzir a prova penal. Contudo, é legítima a ratificação do ato pelo Chefe do Ministério Público, o que afasta a violação ao referido princípio.

### 3. *Interpretação conforme a Constituição do Acordo de Assistência Legal Mútua*

Tudo o que fora dito até aqui converge para a evidência de que o Decreto Presidencial n. 3.810/2001 e, por conseguinte, quaisquer dos textos normativos integrantes do Acordo de Assistência Legal Mútua, devem ser interpretados conforme a Constituição Federal de 1988; e assim, qualquer ato praticado sob sua invocação é ilegítimo se fundado em sentido contrário à Constituição.

No caso concreto, interpretar constitucionalmente o Acordo de Assistência Legal Mútua é admitir o sentido ao item 2 do artigo IV de que: “A solicitação de assistência [para obtenção de dados bancários] deverá ser feita por escrito [depois de obtida a autorização judicial de quebra do sigilo bancário]”. Se não for assim, não há âmbito constitucionalmente possível de aplicação do contrato bilateral, caso a pretensão da solicitação seja a de obtenção de dados bancários do investigado. Esse é o sentido constitucional possível em decorrência da construção interpretativa do sistema jurídico brasileiro.

O regime da prévia autorização judicial repousa seu fundamento na Constituição Federal. É a partir dela que decorre o enlace internormativo, tudo a conformar ou densificar a proteção e a restrição constitucionais ao sigilo de dados. A condição de exceção à inviolabilidade do sigilo bancário por meio de ato oficial de autoridade judicante, por ter assento constitucional, serve como

norte interpretativo de toda a legislação infraconstitucional que disciplina as formas de acesso aos dados bancários da pessoa. O que se confirma, inclusive, com a boa técnica de integração normativa da expressão “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” do inciso XII do artigo 5º da CF/88. Com isso, toda a malha legislativa deve conformar-se com essa perspectiva constitucional, de sorte que, contrariando-a, incorre no vício da inconstitucionalidade.

Portanto, interpretar o Acordo de Assistência Legal Mútua que atribui sentido de prescrição da solicitação do processo de cooperação internacional envolvendo o acesso pelo Ministério Público a dados bancários dos investigados sem a prévia autorização judicial implica admitir sentido normativo contrário à Constituição e à legalidade.

### *Conclusões*

A situação de comunicação humana a distância é regulada em consequência lógica à proteção dada ao direito à liberdade de expressão e comunicação (incisos IV e IX do art. 5º da CB). A atribuição protetiva a tal liberdade pressupõe a reserva de proteção do ato em si de comunicar, no qual estão associados não só os dados que dela geram, como também os meios técnicos possíveis.

O critério de determinação da situação real de comunicação a distância protegida no inciso XII do art. 5º da CB é o contexto de privacidade. Se não há esse contexto na situação de comunicação, escapa do âmbito de proteção do referido dispositivo; e os dados que dessa situação emergir não serão protegidos pela inviolabilidade do sigilo, ou seja, não integram a esfera de privacidade constitucional assegurada ao indivíduo.

Os dados bancários, uma vez revelados, propiciam o acesso à esfera privada do correntista. Eles fazem parte do espectro de privacidade de uma pessoa, porque são dados expressivos de sua personalidade. Tal evidência reforça a relevância dos dados

bancários no âmbito de proteção prescrito no inciso XII do art. 5º da CB, na medida em que é indispensável para a proteção da esfera privada da pessoa (dimensão subjetiva). Igualmente, a indispensabilidade do sigilo, para impedir o conhecimento público de toda a vida bancária do cliente, acompanha a própria evolução histórica das instituições bancárias e do sistema financeiro mundial. Com isso, a violabilidade bancária pode afetar a estabilidade do sistema financeiro e desequilibrar o sistema concorrencial, conflitando com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (dimensão objetiva).

É necessário extrair o máximo da potencialidade normativa da Constituição, o que implica alcançar a maior carga semântica ou material da norma consagrada do direito fundamental. A carga material do inciso XII alcança sua máxima efetividade se não deixar de fora do âmbito de proteção da garantia de sigilo de dados também os bancários.

No entanto, não se atribui valor absoluto à inviolabilidade do sigilo bancário. Num Estado democrático de Direito, como é o Brasil, o Ministério Público tem autorização constitucional para acessar aos dados bancários de investigado, por meio da solicitação da MLAT, desde que em caráter de absoluta excepcionalidade e em atendimento ao relevante interesse público. Ainda assim, para ser legítima tal solicitação, e, portanto, a restrição à garantia do sigilo bancário, algumas outras condições são indispensáveis:

(a) A prévia intervenção do Poder Judiciário não para autorizar a solicitação de cooperação internacional, para o que é dispensável a anuência judicial, mas para determinar a exceção à reserva da informação bancária, ou seja, a quebra do sigilo bancário;

(b) A solicitação da cooperação para a prestação de assistência legal mútua deve visar à obtenção de informações e documentos em matéria de investigação e ação

penal, prevenção de crimes e processos relacionados aos delitos de natureza criminal. Com isso, o inquérito civil não é sede própria para receber provas colhidas com o auxílio da cooperação internacional em matéria penal. Se as informações solicitadas têm natureza de matéria penal, e partem de uma sede investigativa ou processual penal para depois a ela integrarem, então a pertinência e competência para investigar, e assim solicitar a MLAT, é dos Promotores de Justiça da ação ou inquérito penal.

(c) Se o pedido de solicitação partir do *Parquet* civil, decidido nos autos do inquérito civil, para obter informação de matéria de natureza penal, somente será legítima se houver a ratificação do ato pelo Chefe do Ministério Público e estiver em trâmite, concomitantemente, investigação penal ou ação penal sobre a repercussão criminal dos fatos investigados no inquérito civil.

Portanto, em um caso como este, especificamente de *solicitação do Tratado de Assistência Legal Mútua* (Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT) em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América, independentemente de prévia decisão judicial de quebra de sigilo bancário, para obtenção de documentos relativamente a operações bancárias para instruir inquérito civil, deve ser garantida a inviolabilidade do sigilo de dados bancários, de modo que, para o *Parquet* civil ter acesso a tais documentos, é indispensável a intervenção prévia do Poder Judiciário. Essa é a norma constitucional desejável para o Estado constitucional brasileiro produzida a partir do texto do inciso XII do art. 5º da CB e diante da provocação do caso aqui trabalhado.

Individualizada, pois, a norma constitucional, a sua aplicação ao caso concreto, conduz à decisão, dogmáticamente aceitável, de que a solicitação da MLAT pelo *Parquet* civil, sem a prévia aquiescência judicial, para a obtenção de prova para instruir inquérito civil, uma vez que provoca a quebra do sigilo bancário, constitui, sem dúvida, um ato inconstitucional.

## Referências

ARAUJO, Nadia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: MANUAL de Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público: no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002a.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002b.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Nota nº 69: Assinatura da Ata de Troca de Instrumentos de Ratificação do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2001. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/02/20/assinatura-da-ata-de-troca-de-instrumentos-de/?searchterm=%20troca%20de%20instrumentos>>. Acesso em: 9 mar. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. *Revista dos*

*Tribunais*, São Paulo, v. 648, p. 27-30, out. 1989.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIPP, Gilson Langaro. Carta Rogatória e Cooperação Internacional. In: MANUAL de

Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário básico da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1995.

FERRARESI, Eurico. Art. 8º (Inquérito Civil). In: COSTA, Susana Henriques da (Org.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. 17. ed. São Paulo: Qualitymark, 2007.
- GENRO, Tarso. A Cooperação Jurídica Internacional e o Propósito deste Manual. In: MANUAL de Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução de Peter Naumann et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TUMA JÚNIOR, Romeu. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: MANUAL de Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.
- WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar n. 70. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, p. 233-252, out./dez. 1992.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Frabris, 1995.



# Evolução histórica dos direitos fundamentais

Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos

Urbano Carvelli e Sandra Scholl

## Sumário

1. Introdução. 2. A Antiguidade greco-romana. 3. O Cristianismo e a Idade Média. 4. Os primórdios da Idade Moderna. 4.1. A Reforma. 4.2. Os pensadores espanhóis da Escolástica tardia e os Monarchomachos franceses. 4.3. Os grandes filósofos do Estado. 4.3.1. A contribuição inglesa. 4.3.2. A contribuição francesa. 4.3.3. A contribuição alemã. 5. A Idade Moderna: as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. 5.1. A Inglaterra. 5.2. Os Estados Unidos da América. 5.3. A França. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

Urbano Carvelli é professor na Faculdade de Direito da Universidade de Colônia na República Federal da Alemanha. Bacharel em direito pela Universidade do Vale do Paraíba, especialista em direito alemão pela Universidade de Bonn na República Federal da Alemanha, mestre (Magister Legum) e doutorando em direito pela Universidade de Colônia na República Federal da Alemanha. Jornalista.

Sandra Scholl é uma European Union Liaison Officer. Trabalha na EuroConsult Research & Education, uma instituição do Ministério para Inovação, Ciência e Pesquisa do Estado da Renânia do Norte e Westfalia com sede na Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Mestre (Magistra Artium – M.A.) de Ciência Política, História e Ciência Jurídica na Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn e doutoranda em Direito internacional pela Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Durante vários anos, a questão das raízes e das origens dos direitos fundamentais foi considerada esclarecida, apesar de alguns debates controversos sobre aspectos específicos. No entanto, o conhecimento de que a análise dos princípios históricos, políticos e filosóficos dos direitos fundamentais também é de incalculável valor na práxis da nossa realidade atual desponta nitidamente aos nossos olhos. Assim, não é de se admirar que esses princípios estejam no foco de diversas disciplinas científicas e que exista um dilúvio de ensaios sobre a temática.

Uma explicação para a importância essencial dos princípios dos direitos fundamentais pode ser constatada a partir do *status* exponencial que estes recebem dentro dos Estados de direito modernos. Assim, os

direitos fundamentais são primordialmente constitutivos para um Estado constitucional democrático<sup>1</sup> e representam o verdadeiro núcleo de uma ordem liberal-democrática.<sup>2</sup> Os direitos fundamentais delimitam as áreas nas quais o poder estatal não deve intervir e representam, ao mesmo tempo, os fundamentos da comunidade. Eles são a expressão e a garantia tanto da liberdade política quanto da liberdade pessoal. Os direitos fundamentais munem o indivíduo da garantia de organização e gerência de sua própria vida, abrindo-lhe a possibilidade de participar da vida política da comunidade. Assim, entre os direitos fundamentais e a ideia de liberdade democrática desenvolveu-se uma relação simbiótica, da qual o rompimento conduziria ao abandono do Estado constitucional democrático.

O extraordinário interesse sobre os princípios dos direitos fundamentais não deve, porém, ser analisado através de uma perspectiva monodimensional ou declarado como monocausal. A investigação dos princípios históricos, políticos e filosóficos dos direitos fundamentais tem por base as mais diversas motivações e objetivos. Assim, a importância da investigação desses princípios é evidente a todo pesquisador que trata com sistemas políticos em que os direitos fundamentais inexitem ou são insuficientes. Exatamente numa tal situação, surge a necessidade de aclarar onde estão as raízes, as origens histórico-ideológicas e os motivos que determinam a vigência dos direitos fundamentais. Além disso, os princípios dos direitos fundamentais têm uma importância relevante para a compreensão dos catálogos de direitos fundamentais das constituições contemporâneas vigentes; especialmente quando se objetiva elucidar as funções dos direitos fundamentais como

garantias de instituto, direitos de defesa, direitos de participação, direitos de prestação, obrigações de proteção ou como decisões de valor. Também não se deve esquecer que, nas ordens jurídicas modernas, o método de interpretação histórico pertence, juntamente com o gramatical, o sistemático e o teológico, ao rol dos mais importantes métodos de interpretação das regras jurídicas. Ademais, o aspecto evolucionar também deve ser apreciado. Uma vez que foram necessários vários séculos de esforços intermináveis e imensas dificuldades para o estabelecimento dos direitos fundamentais como elemento constitutivo da vida comunitária, uma análise abrangente e profunda do desenvolvimento histórico, político e filosófico dos direitos fundamentais é obrigatória.

A seguir, apresentaremos uma visão geral sobre as principais fases do desenvolvimento dos direitos fundamentais considerando o contexto histórico, político e filosófico. Primeiramente, trataremos das correntes intelectuais na Antiguidade greco-romana. Além disso, apreciaremos os pré-trabalhos intelectuais, os quais foram trazidos pelo Cristianismo, e oferecemos uma pequena sinopse tanto sobre o mundo medieval quanto sobre as declarações de direitos medievais. Adiante, analisaremos a influência dos reformadores, dos pensadores espanhóis da Escolástica tardia, dos Monarchomachos franceses e dos grandes filósofos do Estado sobre o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais. No próximo ato, apresentaremos as primeiras importantes declarações nacionais de direitos considerando as suas importantes contribuições para o desenvolvimento dos direitos fundamentais modernos e, por fim, encerraremos com algumas considerações finais.

## 2. A Antiguidade greco-romana

Na Antiguidade greco-romana, inexitem – até aonde as fontes históricas permitem tal conclusão – direitos fundamentais

<sup>1</sup> Cf. BVerfGE 20, 56 [97]: O *Bundesverfassungsgericht* utilizou essa afirmação especialmente em relação à liberdade de expressão. No entanto, a referida constatação deve ser entendida como a expressão idiomática "pars pro toto".

<sup>2</sup> Cf. BVerfGE 31, 58 [73]; 43, 154 [167].

válidos para todas as pessoas. Assim, a ordem social e econômica daquela época estava apoiada amplamente no aceito e conhecido instituto da escravidão e dependia, de maneira geral, da divisão em diversas camadas sociais (por exemplo: sábios, guerreiros, artesãos, agricultores e escravos). Consequentemente, na Antiguidade greco-romana, somente os cidadãos da Pólis ou, respectivamente, os cidadãos de Roma possuíam direitos. Um exemplo de excelente feição plástica é a concessão de direitos dentro da Pólis. Somente os cidadãos da Pólis podiam usufruir da igualdade perante o direito (Isonomia), da mesma liberdade da palavra (Isogoria) e do mesmo respeito (Isotimia). Visões que almejassem a validade do mesmo direito para todas as pessoas proporcionariam, por conseguinte, enormes repercussões nos fundamentos da ordem estatal. Contudo, mesmo no pensamento antigo, é possível encontrar considerações que foram importantes para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais (VERDROSS, 1948, p. 118-; SCHMALE, 1997, p. 49-).

Já no século V a.C., os sofistas defendiam o entendimento de que o direito natural deveria ser classificado como superior ao direito positivo. A esta época pertence o enunciado de direito natural de um sofista chamado Alkidamas, o qual afirmava que Deus criou todos os homens livres e não fez nenhum deles como escravo (OESTREICH, 1966, p. 11). Além disso, Platão e seu mestre Sócrates seguiam o entendimento de que somente uma ordem política obrigada aos parâmetros éticos seria aceitável. Por isso, Platão considerava como obrigatórias somente aquelas leis as quais eram fruto da razão (VERDROSS, 1948, p. 235). Aristóteles, o qual notoriamente ainda justificava a escravidão por meio das diferenças naturais entre as pessoas, acreditava, no entanto, que tanto a proteção da vida e da propriedade dos seus cidadãos quanto o fomento de suas capacidades naturais eram deveres do Estado (MÜHLEISEN, 1993, p. 6). Entre-

tanto, Aristóteles já julgava a justiça como uma virtude orientada aos semelhantes, a qual deveria preservar a igualdade perante os outros; porém, caberia aos estoicos proclamar o profundo princípio moral da igualdade. Segundo os pensamentos antropológicos e éticos dos estoicos, todas as pessoas são seres dotados de razão e iguais, os quais devem ter a mesma possibilidade do exercício da livre vontade reconhecida (HOFMANN, 1988, p. 842; TOPITSCH, 1963, p. 2; KÜBLER, 1965, p. 7-; SAMWER, 1969, p. 230-; FLEINER-GERSTER, 1980, p. 64-). Os estoicos romanos, principalmente Cícero, Sêneca e Epicteto, orientavam-se, por outro lado, aos ensinamentos básicos antropológicos e éticos dos estoicos gregos e transcreveram o princípio da igualdade, até então fundamentado no direito natural, para o direito. Na visão dos estoicos romanos, o direito natural (*ratio naturae*) é uma lei da divindade e, portanto, uma norma absolutamente obrigatória tanto para as pessoas quanto para a autoridade divina. Nenhum legislador, ou seja, tanto o senado quanto o povo romano, poderia invalidar aquela lei natural ou a ela se desobrigar (OESTREICH, 1966, p. 12). A transição do direito natural de um objeto da filosofia para um objeto do pensamento jurídico e da concretização jurídica foi intensificada principalmente por Cícero (1915, p. 22):

“Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iu-bendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbus iubenda aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia lex Romae alia Athenis, alia nunc alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore

una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus (...).”

Por conseguinte, é possível constatar que, na Antiguidade greco-romana, existiram abordagens concretas para o surgimento dos direitos fundamentais, faltando, no entanto, apenas o passo decisivo para a transformação em direito vigente (JELLINEK, 1914, p. 27). Assim, tanto a Constituição grega quanto a romana desconheciam totalmente direitos fundamentais que determinassem os limites da força estatal e protegessem o indivíduo da intervenção do Estado. Por conseguinte, faltou aos pensamentos greco-romanos tanto uma vinculação universal quanto uma ressonância política.

### 3. O Cristianismo e a Idade Média

Uma importante contribuição para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais foi oferecida pelo Cristianismo (OESTREICH, 1978, p. 19-). O ensinamento do homem e a sua semelhança à imagem de Deus (*imago dei*) conduziram não somente à formação do pensamento da dignidade da pessoa humana e à ideia da liberdade pessoal, mas também ao reconhecimento da capacidade humana à autodeterminação e ao princípio da igualdade de todas as pessoas perante Deus (AUGUSTINUS, 2001; AQUIN, 1941, p. 93). Além disso, Tomás de Aquino desenvolvia, na alta Idade Média, pensamentos antigos, especialmente aristotélicos e estoicos, e fundamentava assim o ensinamento da autoridade justa, a qual tinha na liberdade da vida, da pessoa e da propriedade os seus alicerces. De acordo com Tomás de Aquino, a autoridade a qual intervém na vida, na pessoa ou na propriedade dos seus súditos é injusta, uma vez que aqueles direitos estão sob a proteção divina. Como observação crítica, cabe mencionar que Tomás de Aquino não sustentava uma vigência irrestrita e uni-

versal daqueles direitos (esses direitos não valiam para os escravos e para as mulheres) e que o seu ensinamento não era dirigido à pessoa humana como indivíduo, pressupondo apenas a vinculação coletivista do indivíduo (STERN; SACHS, 1988, p. 61-).

Devido aos enormes confrontos entre autoridade imperial e a autoridade papal, surgiram, por volta do final da Idade Média, diversos ensaios político-teológicos, os quais também tratavam do sistema jurídico. Nesse contexto, Marcílio de Pádua via o sistema político comunitário como uma comunidade de homens livres, personificada pela reunião de todos os cidadãos, em que, por meio da *pars valentior civium*, surgia a lei, a qual também vinculava a autoridade. Marcílio de Pádua foi assim um dos mais importantes defensores da autoridade moderada (OESTREICH, 1978, p. 28-). Além disso, Guilherme de Ockham classificava os direitos à liberdade e à propriedade como direitos concedidos por Deus e pela natureza, os quais estariam intrinsecamente ligados à pessoa humana. De acordo com o seu entendimento, as pessoas poderiam renunciar, por sua vez, ao exercício desses direitos naturais, os quais, porém, jamais poderiam ser abandonados definitivamente. Com base nessas teses, Guilherme de Ockham é frequentemente denominado como o pai da teoria dos direitos naturais (OESTREICH, 1978, p. 22). Outro pensador, Nicolaus de Cusa, partia da igualdade de todos os seres humanos e classificava a garantia de direitos iguais para todos como fundamento essencial de uma autoridade justa. Em seus ensaios, Nicolaus de Cusa fundamentou também a ideia da existência de um contrato entre a autoridade e os súditos e de um direito de resistência dos subjugados (MÜHLEISEN, 1993, p. 7).

No entanto, a posição adotada pelos genitores eclesiásticos e pela maioria dos teólogos da Idade Média não representava aquelas ideias libertárias esporádicas. Em vez de permitir às pessoas desfrutar do potencial libertário do Cristianismo, os

Estados de cunho cristão estavam muito mais ocupados em ganhar a guerra, na qual o poder imperial concorria com o poder papal. No mundo ocidental, mesmo depois de se chegar a conclusão que o imperador representaria a autoridade máxima na esfera mundana e o papa personificaria a autoridade máxima na esfera espiritual, não é possível alcançar nenhum progresso decisivo referente à evolução dos direitos fundamentais. Assim, a ideia de uma autoridade que recebia a sua legitimação de Deus foi utilizada até a Idade Moderna como forma de embasar e reforçar as estruturas mandamentais erigidas.<sup>3</sup> Consequentemente, os subjugados só tinham a chance de conquistar uma liberdade maior quando eram capazes de ampliar os seus direitos nos períodos em que existia uma debilidade no exercício do poder. Entre as mais famosas declarações de direitos da Idade Média, temos a *Magna Charta Libertatum* do ano de 1215<sup>4</sup> e o *Tübinger Vertrag* do ano de 1514 (NÄF, 1975). Evidentemente tratam tais instrumentos apenas de liberdades corporativas e privilégios de algumas classes. Na *Magna Charta Libertatum*, por exemplo, estão estipulados os termos nos quais o monarca podia executar a sua autoridade perante as castas (principalmente nobreza e clero). O documento também continha garantias contra a usurpação do poder por parte da autoridade mandamental e instituía também a proibição da adoção de medidas na esfera política, jurídica e econômica que não estivessem de acordo com os direitos consuetudinários estipulados (direitos que garantiam os

privilégios das castas) (OESTREICH, 1978, p. 26). A ideia da limitação do poder da autoridade mandamental por meio de um direito objetivo ganhava aqui os primeiros contornos concretos. No entanto, direitos subjetivos e liberdades para toda pessoa humana ainda não estavam garantidos. Finalmente, cabe ressaltar que o Cristianismo e as declarações de direitos da Idade Média contribuíram, de certa maneira, para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais. Porém, tanto os pensamentos libertários isolados cristãos quanto as fragmentárias declarações de direitos da Idade Média não podem requerer para si um significado maior do que um caráter pré-figurativo dos direitos fundamentais na forma de simples limitações do poder da autoridade mandamental ou na forma de direitos concedidos às castas.

#### 4. Os primórdios da Idade Moderna

Nos primórdios da Idade Moderna, o Estado corporativo mutava, *peu à peu*, para um Estado absolutista. Enquanto o monarquismo absolutista vicejava na maioria dos Estados continentais europeus, os aristocratas ingleses lutavam contra a monarquia.<sup>5</sup> No entanto, uma vez que a aristocracia inglesa almejava igualmente o domínio do poder absoluto, também é possível caracterizar a Inglaterra como um dos Estados absolutistas daquela época, porém com a particularidade de possuir um absolutismo parlamentarista.<sup>6</sup>

A transformação para um Estado absolutista no continente europeu ocorreu não só por meio da forçosa e crescente submissão da vida comunitária à administração monárquica. As mudanças no sistema

<sup>3</sup> Evidentemente, existiram também tentativas de não fundamentar o poder do imperador apenas na legitimação divina, como era práxis até aquele momento, mas também "secundum leges seculi", especialmente em decorrência do confronto sobre as investidas entre o imperador Henrique IV e o papa Gregório VII (KURZ, 1965, p. 61 et seq.).

<sup>4</sup> Para uma visão detalhada, consultar: (STUBBS, 1929; HOLT, 1965; PALLISTER, 1972; TURNER, 2003; DANZIGER, GILLINGHAM, 2003; THOMPSON, 1972; HOWARD, 1998; VOIGT, 1965, p. 218 et seq.).

<sup>5</sup> Para uma visão detalhada do absolutismo, consultar: (CORNETTE, 2000; DUCHHARDT, 1989; ECKHARDT; CORNELIUS, 1950; HUBATSCH, 1975; KASER, 1923; BARUDIO, 1981; COSANDEY; DESCIMON, 2002).

<sup>6</sup> Para uma visão detalhada da situação na Inglaterra, consultar: (AYLMER, 1963; TANNER, 1928; TREVELYAN, 1965; GOOCH, 1959).

financeiro, o qual servia até então como base para a independência financeira da nobreza, também contribuíram para uma rápida transformação do Estado. Ademais, a construção do Estado absolutista foi amparada pela estatização gradativa das parcas estruturas judiciárias e pela submissão dos senhores feudais ao poder monárquico (OESTREICH, 1978, p. 33). Conseqüentemente, é possível constatar uma mudança na relação entre a liberdade e a obrigação para com o Estado durante a formação do Estado absolutista em detrimento dos arduamente conquistados privilégios das castas. Assim, os representantes de classe, os quais haviam lutado pela conquista dos privilégios e estavam atentos a sua manutenção, foram oprimidos ou não mais convocados para as representações e, assim, praticamente, excluídos da vida pública. Nesse contexto, a nova filosofia da razão do Estado dominava o Estado absolutista. A autoridade monárquica personificava unicamente, graças ao seu aparato civil e militar, a autoridade pública e a coletividade. Juntamente, ou melhor, no lugar daqueles privilégios das castas vigoravam agora os ditos e os mandatos promulgados pela autoridade absolutista. Essa tutela, a repressão às castas, o cabresto vigente nas liberdades políticas da ascendente burguesia e a prática constante da intolerância religiosa dão forma aos movimentos contrários ao absolutismo que eclodiam no continente europeu nos primórdios da Idade Moderna.

As divergências ocorridas entre as castas e o monarca na Europa continental tinham na Inglaterra o seu paralelo nas desavenças entre o monarca e o parlamento, o qual, a partir da representação das castas, transformou-se gradativamente numa representação da coletividade. A diferença essencial repousava no fato de que o parlamento aristocrático inglês conseguiu impor a garantia dos direitos<sup>7</sup>, enquanto na Europa continental os mo-

narcas absolutistas admitiam no máximo, por misericórdia ou favor, a retomada de alguns privilégios. Entre aquelas garantias dos direitos, cabe citar aqui a *Petition of Right*, de 1627, os *Agreements of the People* de 1647-1649, o *Habeas-Corpus-Act* de 1679 e, finalmente, a *Declaration of Rights* de 1688 e a *Bill of Rights* de 1689. Assim, enquanto crescia gradativamente o número de movimentos contra o absolutismo monárquico na Europa continental, a Inglaterra seguia um caminho autônomo da garantia dos direitos, o qual foi iniciado pela *Magna Charta Libertatum*. Dessa forma, é necessário salientar que inexistiam movimentos contrários ao absolutismo parlamentarista inglês, uma vez que a intenção principal deste era a conquista de outros direitos – em detrimento do monarca – e a manutenção dos direitos já conquistados.

#### 4.1. A Reforma

No processo do desenvolvimento ideológico da ideia dos direitos fundamentais, a reforma protestante desfruta de uma posição polêmica até os nossos dias (STERN; SACHS, 1988, p. 64). A paleta de interpretações científicas sobre a reforma protestante vai desde uma vinculação direta da ideia dos direitos fundamentais a alguns dos reformadores até uma completa negação da conexidade entre aquela ideia e o teor do pensamento reformador. Situados no foco das divergências, figuram os ensinamentos de Martinho Lutero. Segundo Lutero, competia às pessoas certa independência e responsabilidade religiosa, as quais permitiam que essas tomassem uma posição contrária àquela da autoridade mandamental em questões de cunho religioso. No entanto, Lutero não defendia o ensinamento dos direitos naturais e era explicitamente contra uma dedução das exigências das liberdades e igualdade civis a partir dos três direitos fundamentais cristãos que pregava: liberdade, igualdade e solidariedade. Lutero também defendia a posição de que o subjugado deveria ser obediente à autoridade,

<sup>7</sup> Sobre as garantias mais importantes, consultar: (KELLER, 1962).

mas fazia, ao mesmo tempo, uma restrição fundamental. Segundo Lutero, a autoridade terrena não deveria dispor sobre a alma das pessoas. Nesses casos, seria permitida uma resistência, no entanto, somente por meio de pedidos e formulações, *ergo*, desde uma obediência dolorosa até o sacrifício da própria vida (OESTREICH, 1966, p. 24).

Muito mais importante para o fundamento teórico e a aplicação prática dos direitos fundamentais foi considerada a atuação do reformador Calvin (HOFMANN, 1988, p. 843). Nos seus trabalhos, Calvin via na relação entre a autoridade e o subjugado uma obrigação recíproca (*mutua obligatio*) com direitos e obrigações mútuas. Para Calvin, a autoridade era obrigada a promover o bem-estar do povo e a respeitar os direitos fundamentais. Ele também conferia um *status* de direito natural ao direito à vida e à propriedade e defendia a posição que o uso da resistência por parte dos subjugados também era legítimo na defesa daqueles direitos (OESTREICH, 1966, p. 24).

As contribuições decisivas para a fundamentação e concretização da ideia dos direitos fundamentais esbarram não somente nos ensinamentos do próprio Calvin, mas também na influência peculiar daqueles que o sucederam e de seus trabalhos. Entre esses calvinistas figuram John Milton, Sir Edward Coke, Johannes Althusius e Hugo Grotius. John Milton, poeta e Secretário de Estado de Oliver Cromwell, exigia especialmente o direito da autodeterminação da pessoa humana, o direito à tolerância religiosa, o direito à liberdade de expressão e de imprensa e o direito à abolição da censura nos livros (STERN; SACHS, 1988, p. 76). No entanto, na discussão sobre a *Petition of Rights*, Sir Edward Coke era o experiente *Chief Justice* e expressivo parlamentar que ressaltava constantemente a importância da existência e da validade dos chamados “fundamental rights”. Entre aqueles direitos, estariam especialmente alinhados o direito de pro-

teção da pessoa contra prisões infundadas e o direito de proteção da propriedade contra intervenções imotivadas (STERN; SACHS, 1988, p. 77). Johannes Althusius postulava, em sua obra “*Politica methodice digesta*”, a igualdade de todas as pessoas e a soberania do povo. Segundo Althusius, a base de toda autoridade é a livre subordinação dos subjugados. Os direitos destes deveriam estar fixados por um contrato e garantidos por um direito de resistência (GIERKE, 1913, p. 112; STERN, 1988, p. 72-). Hugo Grotius defendia, na obra “*De iure belli ac pacis libri tres*”, a tese de que os direitos naturais das pessoas seriam irrenunciáveis e não destituíveis. Uma vez que esses direitos naturais pertenceriam intrinsecamente à natureza racional das pessoas, todo e qualquer soberano estaria necessariamente obrigado a respeitá-los (STERN; SACHS, 1988, p. 73).

#### 4.2. Os pensadores espanhóis da Escolástica tardia e os Monarchomachos franceses

Os pensadores espanhóis do século XVI também contribuíram para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais.<sup>8</sup> Francisco de Vitória, o fundador da Escola de Salamanca e um dos genitores do direito internacional moderno, retomou as discussões de Carlos V e Felipe II nos ensinamentos conciliares dos direitos naturais e os desenvolveu. O jurista e teólogo espanhol defendia a equidade e a igualdade de direitos das pessoas como características substanciais dos ensinamentos dos direitos naturais e era convicto da igualdade e da liberdade natural de todas as pessoas. Consequentemente, ele lutou também contra a escravidão nas colônias espanholas e militou a favor da igualdade de direitos entre espanhóis e indígenas (OESTREICH, 1978, p. 34). Por sua vez, mesmo sem considerar

<sup>8</sup> Entre outras, as seguintes obras tratam de maneira geral da Escolástica tardia e do ensinamento jusnaturalista espanhol dos séculos XVI e XVII: (DIE SPANISCHEN, 1916-1917, p. 236 et seq.; THIEME, 1953, p. 230 et seq.; GREWE, 1988; REIBSTEIN, 1972).

as bases teológicas, o jurista Fernando Vasquez aprofundou os ensinamentos de Vitória e desenvolveu um sistema jurídico humanista e moral-filosófico. Partindo de um fundamento humanista, Vasquez estudou os limites jurídicos e o fundamento contratual da autoridade taxando a escravidão como completamente adversa aos direitos naturais. Em seus trabalhos, Vasquez avalia ainda tanto a igualdade quanto a liberdade natural como direitos irrenunciáveis e imprescritíveis (STERN; SACHS, 1988, p. 66).

Outra contribuição para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais repousa no movimento dos Monarchomachos franceses.<sup>9</sup> O termo Monarchomachos é, provavelmente, oriundo da obra “De regno et regali potestate adversus Buchananum, Brutum, Boucherium, et reliquos monarchomachos libri sex” de William Barclay (1600). Entre os significativos Monarchomachos franceses, cabe citar aqui, especialmente, Théodore de Bèze, Hubert Languet e Philippe du Plessis-Mornay. Os Monarchomachos franceses defendiam a tese de que a autoridade não estaria vinculada somente ao *ius divinum* e ao *ius naturale*, mas também à *leges*, a qual seria promulgada pelo povo. A esta pertenciam, entre outras, as condições do contrato social (*leges fundamentales*). De acordo com essa posição, os Monarchomachos franceses reclamavam que o contrato social não deveria ser resultado de um acordo entre a autoridade e as castas e, sim, de um pacto entre a autoridade e o povo (STERN; SACHS, 1988, p. 66).

#### 4.3. Os grandes filósofos do Estado

Os grandes filósofos do Estado entre os séculos XVII e XVIII trouxeram, sem sombra de dúvidas, uma grande e decisiva contribuição para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais. Nesse contexto apresentaremos a seguir, entre diversas personalidades exemplares, os

<sup>9</sup> Sobre os Monarchomachos franceses, consultar: (TREUMANN, 1895; WOLZENDORFF, 1916).

pensadores exponenciais para a ideia dos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

##### 4.3.1. A contribuição inglesa

A contribuição dos filósofos ingleses, entre as diversas forças propulsoras do desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais, é notadamente muito mais expressiva. Assim, é correto dizer que cabe aos pensadores ingleses um papel marcante no talho das ideias desenvolvidas naquela época. Uma contribuição de pequena importância para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, muito importante para a justificativa do Estado e a concretização das garantias estatais oferecida por Thomas Hobbes e os seus ensinamentos sobre o Estado. Nas suas reflexões, Hobbes (1651) parte do princípio de que todas as pessoas no estado natural são possuidoras de direitos naturais. Por meio do axioma “*homo homini lupus*”, o estado natural é definido pelo filósofo como aquele estado de guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*) (HOBBES, 1651). Para evitar essa situação, seria necessário ajustar um tratado político no qual as pessoas se obrigassem a obedecer a uma autoridade e, ao mesmo tempo, renunciassem aos seus direitos naturais (HOFMANN, 1982, p. 18-; HOBBES, 1651). Com a união de todas as pessoas surgiria um ser comunitário (Leviatã), o qual, na figura de um Deus mortal, seria o portador de todo o poder soberano. Todos os cidadãos deveriam obediência absoluta e incondicional àquela autoridade máxima, a qual seria a única fonte para o direito (HOBBES, 1651). Por sua vez, o Estado seria responsável pela manutenção da ordem e da paz. No entanto, enquanto Hobbes pregava a existência de direitos naturais no estado natural, John

<sup>10</sup> Para tratar devidamente de todos os grandes filósofos do Estado, seria necessário um estudo amplo e extenso. Tal trabalho teria dimensões próprias e extrapolaria os limites deste estudo. Assim, concentrar-nos-emos no decorrer deste ensaio apenas nos aspectos essenciais daqueles filósofos.

Locke deferia o reconhecimento desses direitos e ainda defendia a existência de direitos individuais e irrenunciáveis que estariam acima dos direitos naturais no estado natural. Na sua obra “Two Treatises of Government”, é possível encontrar na tríade vida, liberdade e propriedade a formulação clássica dos direitos fundamentais:

“Man being born, as has been proved, with a title to perfect freedom, and an uncontrolled enjoyment of all the rights and privileges of the law of nature, equally with any other man, or number of men in the world, hath by nature a power, not only to preserve his property, that is, his life, liberty and estate, against the injuries and attempts of other men” (LOCKE, 1690).

Assim, tanto os direitos do indivíduo quanto o próprio indivíduo estão no centro das atenções da teoria do Estado de Locke. Dessa forma, a superação do estado natural e o ajustamento de um tratado político estariam diretamente relacionados à vontade dos indivíduos e à livre opinião pessoal destes. Consequentemente, uma vez que o poder público é exercido pelo delegatário para a proteção dos direitos e liberdades dos indivíduos (EUCHNER, 1969, p. 195; AARON, 1971, p. 275 et seq.), é plausível que os delegantes retomem novamente para si mesmos, a qualquer momento, o poder daquele numa eventual falta ou infração das obrigações estipuladas. No entanto, com o intuito de se coibir todo e qualquer exagero do poder público perante o interesse do indivíduo, é necessário dividir o poder público em um poder executivo e um poder legislativo. Segundo Locke (1690), um controle mútuo só seria possível se existisse um equilíbrio entre os dois poderes (HIRSCHBERGER, 1980, p. 217).

#### 4.3.2. A contribuição francesa

A contribuição francesa para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais também não deve ter a sua importância menosprezada. Seguindo

os caminhos traçados por John Locke, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu concebeu a importante obra “De l’Esprit des Lois”. No centro das teorias de Montesquieu, estão a garantia da liberdade do cidadão e o bem-estar do povo. Montesquieu elaborou não apenas princípios, os quais tratavam de contribuir para a conquista e a manutenção de uma liberdade contínua. Ele também fundou – em contrapartida a Locke – a teoria dos três poderes (OESTREICH, 1966, p. 54). Nas suas palavras, o filósofo idealiza a separação dos poderes da seguinte forma:

“Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil”<sup>11</sup> (MONTESQUIEU, 1758).

Para Montesquieu, um Estado só poderia garantir a liberdade de cada um dos seus cidadãos quando o poder público estivesse dividido em um poder executivo, legislativo e judiciário e existisse, ao mesmo tempo, um equilíbrio entre estes poderes (“Le pouvoir arrête le pouvoir”).

A importância fundamental da liberdade do cidadão também foi reconhecida por Jean-Jacques Rousseau. Tal relevância é encontrada nas primeiras linhas de sua principal obra “Contrat Social” com as famosas palavras: “L’homme est né libre, et part-tout il est dans les fers” (ROUSSEAU, 1972). Em outra passagem, Rousseau continua suas ponderações com as seguintes palavras:

<sup>11</sup> Charles de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1758) explica a lógica dos três poderes com as seguintes palavras: “Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l’autre, simplement, la puissance exécutive de l’Etat”.

“Renoncer à sa liberté c’est renoncer à sa qualité d’homme, aux droits de l’humanité, même à ses devoirs. Il n’y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l’homme, et c’est ôter toute moralité à ses actions que d’ôter toute liberté à sa volonté.”

Rousseau também seguia uma posição filosófica jusnaturalista e reconhecia um estado natural, o qual poderia ser superado por meio do acordo de um contrato social. Tal contrato social teria por base a total submissão dos interesses particulares perante a vontade geral (*volonté générale*), ou seja, a renúncia total por parte de cada um dos cidadãos a todos os seus direitos em benefício da comunidade (HIRSCHBERGER, 1980, p. 253-). No entanto, a importância e a influência dos ensinamentos de Rousseau para a ideia dos direitos fundamentais é controversa na doutrina exatamente por causa dessa visão radical. Enquanto alguns autores ressaltam o fato de que a submissão à vontade geral traz consigo uma perda da liberdade natural, mas, ao mesmo tempo, possibilita o ganho da liberdade cidadã; outros autores apontam as tendências hostis à liberdade e os valores de Rousseau como o alicerce fecundo dos regimes totalitários, ou seja, como uma contradição à ideia dos direitos fundamentais (REIBSTEIN, 1972, p. 197-; SAMWER, 1969, p. 292-; SANDWEG, 1972, p. 289-; WOLZENDORFF, 1916, p. 360-).

#### 4.3.3. A contribuição alemã

Apesar das excelentes contribuições oriundas da Inglaterra e da França, o tributo alemão para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais não deve ser classificado como inexpressivo e, portanto, não deve ser ignorado. Samuel von Pufendorf, Christian Thomasius e Christian Wolff, os grandes filósofos do final do século XVII e início do século XVIII, reconheciam as liberdades naturais das pessoas. Pufendorf (1711) e Thomasius (1717) partiam

de um estado natural, o qual poderia ser superado com a elaboração de dois tratados e um decreto. Com a elaboração dos tratados surgiria, em primeiro plano, o direito positivo, o qual seria unicamente apto a determinar o grau de limitação dos direitos naturais dos cidadãos (PUFFENDORF, 1673). Para esses filósofos, os direitos naturais representavam o ponto de partida, mas, mesmo assim, eram subordinados ao legislador estatal. Para Christian Wolff, o Estado também surgia por intermédio de tratados políticos. No entanto, o filósofo alemão pregava a vinculação do Estado ao direito natural mesmo após a oclusão daqueles tratados. Nas suas palavras:

“dem Oberherrn keinen Gehorsam schuldig, wenn er befehlen sollte, was einem gebietenden, oder verbietenden natürlichen Gesetze entgegen stehet (...)” (WOLFF, 1754).

Wolff também diferenciava entre os direitos naturais inatos irrenunciáveis, os quais não poderiam ser suspensos por renúncia ou por uma lei estatal, e os direitos adquiridos como cidadão. A segunda metade do século XVIII foi profundamente marcada pelo pensamento de Immanuel Kant. O grande filósofo alemão salientava continuamente em seus trabalhos a autonomia moral das pessoas e a diferença entre os direitos naturais inatos e os direitos adquiridos. A liberdade, a qual no pensamento kantiano compreende a igualdade, a honra e a liberdade de expressão, é um direito inato e, portanto, um direito de toda pessoa na sua condição de pessoa humana (STERN, 2004, p. 13). Em contraposição à infundável garantia nos pensamentos de Wolff, Kant via os limites dos direitos inatos na ordem jurídica do Estado. Porém, o direito inato não deveria ser restringido além do estritamente suficiente para garantir a liberdade de todos (KANT, 1914). Uma particularidade do pensamento kantiano é a inexistência de um direito de resistência contra a autoridade legislativa e a posição de que a emigração seria a única saída

jurídica possível ao tratar com injustiças. Por fim, cabe ainda ressaltar que o pequeno impacto do pensamento dos filósofos alemães no desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais é uma consequência tanto da fixação excessiva ao direito e à lei quanto da deontologia tradicional alemã (*Deutsche Pflichtenlehre*).

### 5. A Idade Moderna: as primeiras importantes declarações nacionais de direitos

As contribuições dos diversos pensadores e as respectivas proposições insígnies foram indubitavelmente elementares para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais. No entanto, essas ideias filosóficas, teológicas, jurídicas e políticas encontraram uma primeira ressonância prática dentro do direito positivo em declarações de direitos na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e na França. Assim, os primeiros direitos fundamentais positivados representaram um marco na história da luta da humanidade por direitos e liberdades e projetavam, ao mesmo tempo, a eclosão mundial dos direitos fundamentais na concepção dogmática moderna.

#### 5.1. A Inglaterra

No decorrer do século XVII, o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais entrou numa fase importantíssima ao aparecerem na Inglaterra os primeiros instrumentos jurídicos, os quais concretizavam o pensamento histórico referente àqueles direitos. Aproximadamente no ano de 1627, surgia na Inglaterra a *Petition of Right*, a qual trazia em seu bojo alguns direitos epistolares já existentes (*Magna Charta Libertatum*). Por pressão do parlamento, o Rei Carlos I reconheceu, especialmente no contexto do referido instrumento, a necessidade de autorização daquela instituição nas questões referentes a criação de impostos. O monarca também confirmava a liberdade dos cidadãos, a inviolabilidade da propriedade e

assegurava tanto a comunicação da razão na eventual ocasião de uma prisão quanto o desenvolver de um processo justo e regular (OESTREICH, 1966, p. 34).

“(...) by which statutes before mentioned, and other the good laws and statutes of this realm, your subjects have inherited this freedom, that they should not be compelled to contribute to any tax, tallage, aid, or other like charge not set by common consent, in parliament. (...) And whereas also by the statute called “The Great Charter of the Liberties of England”, it is declared and enacted, that no freeman may be taken or imprisoned or be disseized of his freehold or liberties, or his free customs, or be outlawed or exiled, or in any manner destroyed, but by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land. (...) And in the eight-and-twentieth year of the reign of King Edward III, it was declared and enacted by authority of parliament, that no man, of what estate or condition that he be, should be put out of his land or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited nor put to death without being brought to answer by due process of law.”<sup>12</sup>

Entre 1647-1649 surge o *Agreements of the People*, o primeiro texto constitucional formulado. O referido instrumento traz consigo direitos e liberdades individuais básicos, os quais vão além dos direitos já existentes e deveriam ser respeitados tanto pelo monarca quanto pelo parlamento. Entre outros direitos, o referido instrumento tratava especialmente da liberdade de religião, da liberdade de consciência, da liberdade do serviço militar obrigatório, da anistia aos adeptos do parlamento e da igualdade de todos perante a lei (STERN; SACHS, 1988, p. 80-; OESTREICH, 1966, p. 34-; SCHRÖDER, 1981, p. 81-).

<sup>12</sup> *Petition of Right*, London 1627.

“That matters of Religion, and the ways of God’s Worship, are not at all entrusted by us to any human power, because therein we cannot remit or exceed a tittle of what our Consciences dictate to be the mind of God, without willful sin; nevertheless the public way of instructing the Nation (so it be not compulsive) is referred to their discretion. That the matter of impressing and constraining any of us to serve in the wars is against our freedom, and therefore we do not allow it in our Representatives; the rather, because money (the sinews of war) being always at their disposal, they can never want numbers of men apt enough to engage in any just cause. That after the dissolution of this present Parliament, no person be at any time questioned for anything said or done in reference to the late public differences, otherwise than in execution of the judgments of the present Representatives, or House of Commons. That in all Laws made, or to be made, every person may be bound alike, and that no tenure, estate, charter, degree, birth, or place, do confer any exemption from the ordinary course of legal proceedings, whereunto others are subjected. That as the laws ought to be equal, so they must be good, and not evidently destructive to the safety and well-being of the people.”<sup>13</sup>

No ano de 1679, surge um novo instrumento jurídico intitulado *Habeas-Corpus-Act*, o qual regulava especialmente que ninguém deveria ser preso sem uma disposição escrita e que o preso deveria ser conduzido a um juiz regular dentro de um determinado prazo (RIEDEL, 1980, p. 192-; OESTREICH, 1966, p. 35-; HATSCHEK, 1913, p. 505-; LOTTES, 1981, p. 100).

“Whensoever any persons shall bring any Habeas Corpus directed

unto any sheriff or sheriffs, gaoler, minister, or other person whatsoever, for any person in his or their custody, and the said writ shall be served upon the said officer, or left at the gaol or prison with any of the under-officers, underkeepers or deputy of the said officers or keepers, that the said officer or officers, his or their under-officers, under-keepers or deputies, shall within three days after the service thereof as aforesaid (...) upon payment or tender of the charges of bringing the said prisoner, to be ascertained by the judge or court that awarded the same, and endorsed upon the said writ, not exceeding twelve pence per mile, and upon security given by his own bond to pay the charges of carrying back the prisoner, if he shall be remanded by the court or judge to which he shall be brought according to the true intent of this present Act, and that he will not make any escape by the way, make return of such writ; and bring or cause to be brought the body of the party so committed or restrained, unto or before the Lord Chancellor, or Lord Keeper of the great seal of England for the time being, or the judges or barons of the said court from whence the said writ shall issue, or unto and before such other person or persons before whom the said writ is made returnable, according to the command thereof; and shall then likewise certify the true causes of his detainer or imprisonment (...).”<sup>14</sup>

A promulgação do *Habeas-Corpus-Act* deve ser entendida como uma reação ao repetido abuso e a violação dos direitos já garantidos pela *Petition of Right*, a qual proibia a prisão e a punição arbitrária. Entre os notórios instrumentos jurídicos promulgados, cabe ainda citar a *Declaration of Rights*

<sup>13</sup> First Agreement of the People, London 1647.

<sup>14</sup> Habeas-Corpus-Act, London 1679.

do ano de 1688 e a *Bill of Rights* do ano de 1689. Considerando os já existentes direitos e tendo em vista as contínuas infrações do monarca Jacob II contra aqueles direitos, a *Bill of Rights* foi proclamada exatamente com o objetivo de diminuir o poder do monarca e aumentar o poder do parlamento. Nos seus treze artigos, o instrumento estabelece a renúncia da coroa à aplicação despótica da lei, proibindo a jurisdição religiosa de exceção, determina a ilicitude da instituição de tributos e da organização e manutenção de um exército ou tropa sem a autorização do parlamento e também a garantia do direito de petição, da liberdade da palavra e da liberdade de voto.

“1. That the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal;

2. That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal;

3. That the commission for erecting the late Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes, and all other commissions and courts of like nature, are illegal and pernicious;

4. That levying money for or to the use of the Crown by pretence of prerogative, without grant of Parliament, for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal;

5. That it is the right of the subjects to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal;

6. That the raising or keeping a standing army within the kingdom in time of peace, unless it be with consent of Parliament, is against law;

7. That the subjects which are Protestants may have arms for their defence suitable to their conditions and as allowed by law;

8. That election of members of Parliament ought to be free;

9. That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament;

10. That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted;

11. That jurors ought to be duly impanelled and returned, and jurors which pass upon men in trials for high treason ought to be freeholders;

12. That all grants and promises of fines and forfeitures of particular persons before conviction are illegal and void;

13. And that for redress of all grievances, and for the amending, strengthening and preserving of the laws, Parliaments ought to be held frequently.”<sup>15</sup>

Esses primeiros instrumentos de direito positivo na Inglaterra representam a vitória do parlamento inglês sobre a coroa e são também fundamentais para o desenvolvimento do próprio parlamentarismo. As declarações de direitos espelham também uma primeira estação no caminho da solidificação jurídica dos direitos fundamentais. Nesse processo, criaram-se pela primeira vez axiomas jurídicos de direitos e liberdades executáveis que, em combinação com os elementos básicos jurídico-administrativos, espelham o advento do moderno Estado constitucional. No entanto, uma vez que as declarações de direitos inglesas tratavam principalmente de delimitar os direitos do monarca em diversos setores especiais, é necessário salientar que aquelas declarações eram apenas preceitos normativos parciais de direitos fundamentais. O perigo do poder incontrolado e da autoridade despótica era dirigido apenas a um órgão do Estado, ou seja, à coroa. Por outro lado,

<sup>15</sup> Bill of Rights, London 1689.

é possível constatar um levante geral e radical contra as estruturas do Estado nas constituições dos Estados Unidos da América e da França, o que permite classificá-las como preceitos normativos completos de direitos fundamentais; as declarações inglesas tratavam apenas de uma nova ordem das competências nos órgãos do Estado, ou seja, um deslocamento do poder da coroa para o parlamento.

### 5.2. Os Estados Unidos da América

O triunfo dos direitos fundamentais é selado com a promulgação da *Virginia Bill of Rights*<sup>16</sup> em 12 de junho de 1776. Já a própria premissa introdutória destaca o caráter excepcional, no qual aquela declaração de direitos foi formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre. A *Virginia Bill of Rights* também reconhecia, no seu artigo I, que todos os homens eram, por natureza, igualmente livres e independentes e tinham certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não poderiam, mesmo que por qualquer tipo de acordo, privar ou despojar seus pósteros. A esses direitos pertencem o direito à vida, o direito à liberdade e a possibilidade de adquirir e possuir propriedade e também de buscar e obter felicidade e segurança.

“That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.”<sup>17</sup>

Pela primeira vez na história, os direitos fundamentais da pessoa humana ancora-

<sup>16</sup> Para uma visão detalhada da *Virginia Bill of Rights*, consultar: (LEVY, 1986; MELTZER, 1990; HÄGERMANN, 1910; SALANDER, 1926; CAMPBELL, 1813).

<sup>17</sup> *Virginia Bill of Rights*. Virgínia, 1776.

dos na *Virginia Bill of Rights* não estavam à disposição dos representantes do povo e caracterizavam direitos supraestatais, ou seja, direitos irrevogáveis e inalienáveis. Assim, o objetivo principal da *Virginia Bill of Rights* era fixar e ancorar os direitos naturais pertencentes a cada indivíduo como direito positivo em uma constituição. Ao contrário dos genitores da ideia dos direitos fundamentais, os quais desenvolveram uma teoria de direitos na sinuosidade do indivíduo, os genitores estadunidenses construíram um Estado na silhueta do indivíduo e dos seus direitos individuais (GRIMM, 1970, p. 149; VOSSLER, 1930, p. 516-; STERN; SACHS, 1988, p. 92). Assim, a constitucionalização dos direitos individuais na *Virginia Bill of Rights* representa um acontecimento monumental com elevado valor dogmático e um exuberante significado histórico-constitucional. A fixação constitucional dos direitos fundamentais inatos individuais está perfeitamente assentada nos artigos 2 e 3 daquele instrumento.

“That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security, of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government that is best, which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety, and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that whenever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right, to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.”<sup>18</sup>

<sup>18</sup> *Virginia Bill of Rights*. Virgínia, 1776.

Para um observador hodierno, a relação entre os direitos fundamentais inatos individuais, a soberania popular, a finalidade do Estado e o direito de resistência é evidente. Somente a partir do reconhecimento dos direitos inatos aos indivíduos e da fixação dos direitos inalienáveis na constituição é que será possível fundamentar a liberdade dos indivíduos. A consequência lógica da liberdade dos indivíduos é a existência de uma autonomia individual e não de uma autonomia coletiva, ou melhor, de uma soberania da totalidade do povo. Se uma tarefa do Estado é proporcionar as condições nas quais o povo possa atingir o mais alto grau de contentamento, pode-se deduzir que é permitido a todo e qualquer indivíduo procurar pelo seu sucesso e bem-estar pessoal. Por outro lado, o estabelecimento de um direito de resistência no texto constitucional para os casos em que o Estado não corresponda àqueles axiomas permite deduzir que os preceitos dispostos nos artigos 1, 2 e 3 da *Virginia Bill of Rights* caracterizam indubitavelmente direitos irrevogáveis e inalienáveis. Entre outros princípios estruturais e organizacionais como a separação de poderes e o direito de voto, a *Virginia Bill of Rights* contém ainda os direitos justiciais clássicos como a liberdade de imprensa e, mais tarde, a liberdade de religião e de consciência.

A gigantesca evolução dos direitos fundamentais pode ser facilmente constatada por meio de uma simples comparação da *Virginia Bill of Rights* com os primeiros instrumentos jurídicos ingleses. Com efeito, não se deve esquecer que, em seu âmago, a *Virginia Bill of Rights* carrega ideias e experiências inglesas e que também as desenvolveu. Ademais, existem diferenças fundamentais entre as declarações de direitos inglesas (preceitos de direitos fundamentais parciais) e a declaração americana (preceito de direitos fundamentais completos). Na *Virginia Bill of Rights*, é possível encontrar uma consolidação jurídica dos direitos fundamentais juntamente aos

preceitos fundamentais da organização do Estado. Tal instrumento contém não apenas um catálogo de direitos fundamentais abrangente, mas também um reconhecimento da inalienabilidade e da supralegalidade daqueles direitos. Enquanto os instrumentos de direitos ingleses tratavam principalmente de direitos relativos aos cidadãos ingleses, a *Virginia Bill of Rights* reconhecia direitos naturais e inatos a todo e qualquer indivíduo. Nesse contexto, os direitos fundamentais cravados no referido instrumento americano eram classificados como pertencentes a um escalão máximo e supremo dentro do direito positivo, o qual vinculava todos os poderes do Estado e era protegido e guardado pelo poder judiciário. Consequentemente, a *Virginia Bill of Rights* fundamenta direitos fundamentais e irrevogáveis incondicionalmente pertinentes a todo e qualquer indivíduo e a respectiva autodeterminação destes. Esses direitos devem ser respeitados por todos os poderes estatais, cabendo ao poder judiciário, por um lado, a tarefa de possibilitar a execução desses direitos e, por outro lado, o dever de protegê-los. Exatamente essa concepção é o que faz a *Virginia Bill of Rights* um dos maiores acontecimentos na história dos direitos fundamentais e assinala a sua imensa relevância para a sua consolidação jurídica. Contemplada a partir da nossa realidade, a importância histórica mundial da *Virginia Bill of Rights* e das declarações estadunidenses de direitos posteriores não deve ser reconhecida pelo fato de que apenas algumas declarações propiciaram uma proteção e defesa da liberdade do indivíduo contra agressões e outros perigos de maneira efetiva e duradoura.

A *Virginia Bill of Rights* encontrou uma continuação na Declaração Americana de Independência<sup>19</sup> em 4 de julho de 1776.

<sup>19</sup> Para uma visão detalhada da Declaration of Independence of the Thirteen Colonies, consultar: (KOCH, 1964; MALONE, 1975; WILLS, 1979; MORGAN, 1993; BAILYN, 1992; AGEL; GERBERG, 2001; BECKER, 1958).

Tal instrumento é constantemente citado na literatura e nas investigações científicas devido à fundamentação jusnaturalista dos direitos fundamentais e pertence, indubitavelmente, ao rol dos documentos elementares da história constitucional.

“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.”<sup>20</sup>

Por fim, cabe ainda ressaltar que vários outros Estados da federação americana também promulgaram constituições próprias até o ano de 1789, quando foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América com as suas dez Emendas.

### 5.3. A França

Na Europa, o triunfo dos direitos fundamentais prosseguiu com a proclamação da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*<sup>21</sup> em 26 de agosto de 1789. Com uma clara influência constitucional americana e de ideias e teorias dos filósofos franceses, a referida declaração surge em meio a um panorama no qual o desespero por uma mudança política e social era claríssimo

<sup>20</sup> The Declaration of Independence of the Thirteen Colonies. Philadelphia, 1776.

<sup>21</sup> Para uma visão detalhada da Revolução Francesa e da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, consultar: (RIALS, 1988; SCHMALE, 1993, p. 345 et seq.; GAUCHET, 1991; CHEVALLAZ, 1974; CALDWELL, 1985; DOYLE, 1989; LEFEBVRE, 1951; SALVEMINI, 1905; FURET; BOFFA, 1989).

após séculos de opressão por parte da autoridade despótica. Esse desejo intransigente de alteração daquelas estruturas mandamentais existentes e do término da submissão servil é facilmente perceptível na introdução da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

“Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.”<sup>22</sup>

Assim, os genitores da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* evidenciavam que a postulação de direitos naturais, inatos, supraestatais e inalienáveis era a condição essencial para o término dos abusos despóticos. Como consequência, a *déclaration* tem um catálogo de direitos fundamentais abrangente, o qual inclui, entre outros, o direito à liberdade, o direito à igualdade, o direito à igualdade social (exceções poderiam estar fundamentadas no bem-comum), o direito à propriedade, o direito à segurança, o direito de resistência à opressão, o direito à liberdade de ação dentro dos limites da lei, os direitos justiaçais clássicos, o direito à liberdade de

<sup>22</sup> *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris 1789.

opinião, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de imprensa e o direito à liberdade de religião.

“Art. 1º – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune.

Art. 2º – Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression.

(...)

Art. 4º – La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Art. 5º – La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas.

(...)

Art. 7º – Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant; il se rend coupable par la résistance.

Art. 8º – La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Art. 9º – Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispen-

sable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

Art. 10º – Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l’ordre public établi par la loi.

Art. 11º – La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.”<sup>23</sup>

Numa comparação entre a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* e as constituições americanas, é possível distinguir entre diversas semelhanças e diferenças referentes ao conteúdo e à qualidade jurídica dos instrumentos. Um primeiro aspecto diverso pode ser encontrado na definição da finalidade do Estado. Enquanto na *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* a finalidade do Estado é garantir a proteção e a segurança, a *Virginia Bill of Rights* parte do mesmo postulado e complementa aquela finalidade com a afirmação que o Estado também deve cuidar para a efetivação do mais alto grau de contentamento. Essas alusões singulares relativas ao papel do Estado demonstram claramente a diversidade da relação entre franceses e americanos para com o Estado. Na França, a relação entre o cidadão e o Estado está extremamente corrompida ou até mesmo envenenada, inexistindo qualquer nuance sentimental. Evidentes também são as diferentes posições referentes aos limites da liberdade pessoal de ação. Enquanto na *Virginia Bill of Rights* as acepções valorativas morais e supraindividuais determinavam os limites nos quais o indivíduo gozava da sua liberdade de ação, na *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* o seu raio de ação

<sup>23</sup> Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, Paris 1789.

era remetido para a força anônima da lei e aos seus respectivos limites. Outro aspecto interessante está relacionado com o direito de resistência. Tendo em vista a relação de ambos os povos para com o Estado, é fácil compreender que o direito de resistência da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* era muito mais abrangente e extenso do que o dispositivo equivalente na *Virginia Bill of Rights*. Enquanto o direito de resistência na *Virginia Bill of Rights* deve ser visto como um direito, com o qual o povo poderia atingir uma reorganização do governo mediante uma decisão majoritária, o direito equivalente na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* representa também uma autorização do indivíduo, o que cristaliza novamente a desconfiança do indivíduo para com o Estado francês. Uma desigualdade interessante entre as duas declarações repousa na reivindicação por igualdade social formulada na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Aqui é possível sentir o desejo do povo francês para que o feudalismo e os privilégios das castas sejam eliminados, o que reforça o próprio caráter revolucionário da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Outra diferença evidente e fundamental está na qualidade jurídica de ambas declarações. Num primeiro momento, é possível constatar que as duas declarações abarcavam a noção de direitos inatos, supraestatais e inalienáveis. No entanto, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* não almejava ser uma constituição, e sim um instrumento com elevado caráter abstrato e intenso teor dogmático. Esse alto grau de abstração é especialmente visível na seguinte passagem:

“Art. 16º – Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.”<sup>24</sup>

Consequentemente, a intenção da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*

<sup>24</sup> *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris 1789.

repousava na pretensão de consolidar alicerces verdadeiros e majestosos, os quais ainda deveriam ser concretizados pelos futuros comitentes constitucionais. No entanto, uma concretização das exigências abstratas da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* não ocorreu.

O quão duvidoso é a confiança no significado de fundamentos sem aplicação e vigência jurídica imediata demonstra a própria *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Que a referida declaração foi incorporada nas constituições francesas posteriores é notório. Porém, tanto o significado jurídico de seus direitos fundamentais quanto o seu teor constitucional estão, desde então, sujeitos a um destino conturbado. No entanto, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* é, sem dúvida, de um inestimável valor mundial tanto para a propagação quanto para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e serve, dentro do continente europeu, como um exemplo radiante para diversas constituições.

## 6. Considerações finais

A indagação sobre as raízes e as origens dos direitos fundamentais não deve ser considerada a partir de uma visão monodimensional ou monocausal. Na busca da contribuição decisiva para o estabelecimento dos direitos fundamentais como elementos constitutivos da vida em sociedade, é possível identificar inúmeros coeficientes filosóficos, teológicos, jurídicos e políticos, os quais, por meio de suas teses e ideias, influenciaram o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A controvérsia sobre o eventual conhecimento de pré-formas dos direitos fundamentais pelos gregos e romanos da Antiguidade clássica permanecerá, certamente, sem uma resposta definitiva. Porém, a afirmação de que algumas abordagens e reflexões relevantes para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais já existiam naquela época é plausível. No

entanto, não se pode negar a inexistência de direitos fundamentais na Antiguidade greco-romana, os quais indicassem ao poder estatal o limite para o exercício de suas pretensões e protegessem tanto o indivíduo quanto o seu livre-arbítrio. Assim, não é possível encontrar impulsos decisivos para o aparecimento dos direitos fundamentais na Antiguidade greco-romana, mesmo constatando a existência de ensinamentos preparatórios. Classificar a contribuição do Cristianismo para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais também não é uma tarefa fácil. Certamente não há como negar a existência de alguns ensinamentos propensos à liberdade, os quais, por sua vez, representam uma importante preparação para a formação dos direitos fundamentais. Porém, os genitores eclesiásticos e a maioria dos teólogos da Idade Média desconsideraram aquelas ideias. Muito mais importante, e no centro das atenções, estava a questão da defesa e do favorecimento da titularidade e da legitimidade do exercício da autoridade por parte dos representantes do poder espiritual em detrimento dos representantes do poder terreno. Por outro lado, também não é possível encontrar nenhum acontecimento decisivo relativo ao desenvolvimento dos direitos fundamentais na esfera terrena, pois seus representantes somente toleravam declarações de direitos nas épocas em que a sua própria autoridade estava enfraquecida. Assim, a ideia de colocar limites ao poder do Estado por intermédio de um direito objetivo era fortalecida pelas declarações de direitos. Porém, não se deve perder de vista que tais declarações tratavam apenas de alguns poucos direitos e privilégios epistolares concedidos às classes mais abastadas. Em suma, cabe afirmar que tanto o Cristianismo quanto as declarações de direitos na Idade Média tiveram certa parcela no desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais. Porém, não é possível identificar, nos pensamentos libertários cristãos e nas fragmentárias declarações de

direitos da Idade Média, uma importância decisiva para a cristalização da ideia dos direitos fundamentais.

Um acontecimento notável para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais pode ser comemorado apenas nos primórdios da Idade Moderna, na ocasião em que o Estado corporativo se transformou, *peu à peu*, em Estado absolutista. Condição essencial para esse acontecimento foi, contudo, a forte concretização do termo direito fundamental. Diversos filósofos, teólogos, juristas e políticos tomaram parte nesse desenvolvimento. Enquanto o papel dos reformadores protestantes para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais é controverso na literatura, existe um grande consenso de que os pensadores espanhóis da Escolástica tardia e os Monarchomachos franceses contribuíram com um grande impulso para a formação da ideia dos direitos fundamentais. Também os grandes filósofos do Estado dos séculos XVII e XVIII proporcionaram uma importante contribuição para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais. Entre as diversas forças propulsoras para o desenvolvimento daquela ideia, destacam-se, sobretudo, os filósofos ingleses, os quais cunharam singularmente o pensamento daquela época. O significado do pensamento francês e a sua contribuição para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais também não devem ser menosprezados. Em contrapartida às contribuições inglesas e francesas para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais, os ensinamentos alemães têm uma menor relevância, não podendo, contudo, ser ignorados. Consequentemente, a formação dos direitos fundamentais foi impelida por diversas contribuições valiosas, originárias de diversos genitores intelectuais. A totalidade dessas contribuições dá origem a um elixir compacto, no qual é difícil, senão impossível, atribuir um valor concreto a cada um dos diversos quinhões contributivos. Assim, as bases

ideológicas estavam lançadas; no entanto, a implementação como direito positivo ainda estava por vir. Tal etapa decisiva só foi concretizada quando os diversos pensamentos e ideias da filosofia, da teologia, da ciência jurídica e da política encontraram uma primeira cristalização nas declarações de direitos da Inglaterra, dos Estados Unidos da América e da França. Essas primeiras positivações representam marcos exponenciais na luta da pessoa humana pelos seus direitos e liberdades fundamentais e devem ser considerados como documentos de origem dos direitos fundamentais como nós os conhecemos hoje. Tal consolidação jurídica foi iniciada com a promulgação de diversas declarações de direitos na Inglaterra durante o século XVII. A *Petition of Right*, os *Agreements of the People*, o *Habeas-Corpus-Act*, a *Declaration of Rights* e a *Bill of Rights* representam as primeiras formas dos direitos fundamentais cristalizadas no direito positivo e marcam, portanto, uma primeira estação na consolidação jurídica desses direitos. Contudo, nas declarações inglesas, tratava-se apenas de uma nova organização das competências dos órgãos do Estado, ou seja, um deslocamento do poder da coroa para o parlamento. Outro aspecto dos instrumentos ingleses é a sua característica intrínseca como declarações de direitos fundamentais parciais. Faltava ainda um passo decisivo no sentido de criar uma declaração de direitos fundamentais completa.

O verdadeiro triunfo dos direitos fundamentais ocorre apenas no final do século XVIII com a proclamação da *Virginia Bill of Rights*. E pela primeira vez na história, os direitos fundamentais do indivíduo assentados na *Virginia Bill of Rights* não estavam à disposição dos representantes do povo, caracterizando assim direitos supraestatais, os quais não poderiam ser abolidos, suprimidos, extinguidos ou alienados. Esse acontecimento referencial na história da humanidade representa o marco inicial na consolidação dos direitos inatos pertencentes a todo e qualquer indivíduo numa constituição. Assim, a constitucionalização dos direitos fundamentais do indivíduo na *Virginia Bill of Rights* deve ser classificada como uma conquista excelsa de enorme valor histórico-constitucional.

Na Europa, a vitória dos direitos fundamentais prosseguiu com a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Tal declaração também traz consigo a noção de direitos inatos, supraestatais e inalienáveis. Porém, não teve no seu âmago a intenção de ser uma constituição concreta. O objetivo primordial da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* era cristalizar os princípios com os quais uma constituição ainda deveria ser concretizada. Contudo, a referida concretização das premissas abstratas da *déclaration* nunca aconteceu, o que faz com que esse documento tenha uma história excepcional. No entanto, a importância histórica mundial da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* e a sua influência no continente europeu não devem permanecer irrefletidas.

A evolução triunfal dos direitos fundamentais chega ao restante do continente europeu apenas no século XIX e em outros tantos Estados do mundo apenas no decorrer do século XX. Contudo, seria um grande erro considerar que o processo de maturação dos direitos fundamentais como um elemento constitutivo da sociedade já estivesse completo. A história nos ensina que, frequentemente, foram e são necessários esforços inimagináveis, privações indescritíveis e uma paciência ainda muito maior antes que os direitos fundamentais possam encontrar um lugar no âmago da constituição e na consciência das pessoas.

Referências

AARON, Richard Ithamar. *John Locke*. Oxford: Clarendon Press, 1971.

AGEL, Jerome; GERBERG, Mort. *The U.S. Declaration of Independence for Everyone: An Illustrated Guide*

- to America's Birth Certificate. Berkley: Turtleback Books, 2001.
- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1991-.
- ALEMANHA (República Federal). Bundesverfassungsgericht. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: Mohr, 1952-1990.
- AQUIN, Thomas Von. Summa Theologica: Erschaffung und Urzustand des Menschen. München: Kerle, 1941. v. 7.
- AUGUSTINUS, Aurelius. *De trinitate*. Hamburg: F. Meiner, 2001.
- AYLMER, Gerald Edward. *The Struggle for the Constitution 1603-1689: England in the Seventeenth Century*. London: Blandford Press, 1963.
- BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1992.
- BARCLAY, William. *De regno et regali potestate adversus Buchananum, Brutum, Boucherium, et reliquos monarchomachos libri sex*. Paris: G. Chaudière, 1600.
- BARUDIO, Günter. *Das Zeitalter des Absolutismus und der Aufklärung: 1648-1779*. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1981.
- BECKER, Carl. *The Declaration of Independence: a study in the History of Political Ideas*. New York: Vintage Books, 1958.
- CALDWELL, Ronald. *The era of the French Revolution: a bibliography of the history of western civilization: 1789-1799*. New York: Garland Pub., 1985.
- CAMPBELL, Charles. *History of Virginia from its Discovery till the Year 1781*. Philadelphia: W. Campbell & M. Carey, 1813.
- CHEVALLAZ, Georges-André. *Histoire Générale de 1789 à nos Jours*. 4. ed., entièrement refondue. Lausanne: Payot, 1974.
- CICERO, Marcus Tullius. *De re publica*. Lipsiae: Teubner, 1915. v. 3.
- CORNETTE, Joel. *Absolutisme et Lumières: 1652-1783*. 4 ed. rev. et augm. Paris: Hachette Supérieur, 2000.
- COSANDEY, Fanny; DESCIMON, Robert. *L'absolutisme en France: histoire et historiographie*. Paris: Seuil, 2002.
- DANZIGER, Danny; GILLINGHAM, John (Org.). 1215: The Year of Magna Carta. London: Hodder & Stoughton, 2003.
- DOYLE, William. *The Oxford History of the French Revolution*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- DUCHHARDT, Heinz. *Das Zeitalter des Absolutismus*. München: Oldenbourg, 1989.
- ECKHARDT, Walter; CORNELIUS, Friedrich. *Das Zeitalter des Absolutismus*. Stuttgart: Kohlhammer, 1950.
- EUCHNER, Walter. *Naturrecht und Politik bei John Locke*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1969.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Heidelberg, 1980.
- FURET, François; BOFFA, Massimo. *L'Héritage de la Révolution Française*. Paris: Hachette, 1989.
- GAUCHET, Marcel. *Die Erklärung der Menschenrechte: Die Debatte um die bürgerlichen Freiheiten 1789*. Hamburg: Rowohlt, 1991.
- GIERKE, Otto Friedrich Von. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*. 3. durch Zusätze verm. Ausg. Breslau: M. & H. Marcus, 1913.
- GOOCH, George Peabody. *English Democratic Ideas in the seventeenth century*. New York: Harper, 1959.
- GREWE, Wilhelm G. *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1988.
- GRIMM, Dieter. *Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution*. In: *Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1970.
- HÄGERMANN, Gustav. *Die Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte in den ersten amerikanischen Staatsverfassungen*. Berlin: E. Ebering, 1910.
- HATSCHEK, Julius. *Englische verfassungsgeschichte bis zum regierungsantritt der königin Victoria*. In: BELOW, Georg von; MEINECKE, Friedrich (Org.). *Handbuch der mittelalterlichen und neueren Geschichte*. München: R. Oldenbourg, 1913.
- HIRSCHBERGER, Johannes. *Geschichte der Philosophie: Neuzeit und Gegenwart*. 11. Aufl. Frankfurt am Main: Herder, 1981. v. 2.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Andrew Ckooke, 1651.
- HOFMANN, Hasso. *Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, Juristische Schulung*, München, v. 28, p. 841-848, 1988.
- HOFMANN, Hasso. *Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung*. In: BRANDT, Reinhard (Org.). *Rechtsphilosophie der Aufklärung*. Berlin: De Gruyter, 1982.
- HOLT, James Clarke. *Magna Carta*. Cambridge: Cambridge University Press, 1965.
- HOWARD, Arthur E. Dick. *Magna Carta: text and commentary*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1998.

- HUBATSCH, Walther. *Das Zeitalter des Absolutismus: 1600-1789*. Braunschweig: Westermann, 1975.
- JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. Berlin: O. Häring, 1914.
- KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten. In: KANT'S Werke. Berlin: Georg Reimer, 1914. v. 6. Königlich Preussische Akademie Der Wissenschaften.
- KASER, Kurt. *Geschichte Europas im Zeitalter des Absolutismus und der Vollendung des modernen Staatensystems: 1660-1789*. Stuttgart: F.A. Perthes, 1923.
- KELLER, Ernst. *Die englischen Freiheitsrechte des 17. Jahrhunderts*. 2. Aufl. Bern: H. Lang, 1962. (Quellen zur neueren Geschichte; v. 11). Petition of Right 1628, Habeas Corpus Akte 1679, Bill of Rights 1689, Act of Settlement 1701.
- KOCH, Adrienne. *The Philosophy of Thomas Jefferson*. Chicago: Quadrangle Books, 1964.
- DIE SPANISCHEN Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts. In: ARCHIV für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (ARSP). Josef Kohler, Fritz Berolzheimer Editor. Berlin: Rothschild, 1916-1917. v. 10.
- KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 2. Aufl. Opladen: Westdeutscher, 1981.
- KÜBLER, Klaus. *Über wesen und begriff der grundrechte*. Stuttgart: Druck: P. Jllg, 1966.
- KURZ, Hanns. *Volkssouveränität und Volksrepräsentation*. Köln: C.Heymanns, KG, 1965.
- LEFEBVRE, Georges. *La Révolution Française*. Paris: Presses Universitaires France, 1951.
- LEVY, Leonard W. *Constitutional Opinions: Aspects of the Bill of Rights*. New York: Oxford University Press, 1986.
- LOCKE, John. *The Second Treatise of Civil Government*. London: Prometheus Books, 1690.
- LOTTE, Günter. Bürgerliche Grundrechte und traditionelle plebejische Kultur am Ende des 18. Jahrhunderts in England und Frankreich. In: BIRTSCH, Günter (Org.). *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981.
- MALONE, Dumas. *The Story of the Declaration of Independence*. New York: Oxford University Press, 1975.
- MELTZER, Milton. *The Bill of Rights: how we got it and what it means*. New York: T. Crowell, 1990.
- MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois*: 1748. Genève: Barilot, 1758.
- MORGAN, Edmund S. *The Birth of the American Republic: 1763-1789*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.
- MÜHLEISEN, Hans-Otto. Zur Geschichte der Grundrechte. In: BUNDESZENTRALE für politische Bildung (Hrsg.). *Grundrechte: informationen zur politischen Bildung*. Bonn: [s.n.], 1993.
- NÄF, Werner. *Herrschaftsverträge des Spätmittelalters : die Goldene Bulle Andreas' II. von Ungarn 1222 : die aragonischen Privilegien von 1283 und 1287 : die Joyeuse Entrée von Brabant 1356 : der Vergleich des Markgrafen Albrecht von Brandenburg 1472 : der Tübinger Vertrag von 1514*. Bern: H. Lang, 1975.
- OESTREICH, Gerhard. Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten: eine historische Einführung. In: BETTERMANN, Karl August; NEUMANN, Franz L.; NIPPERDEY, Hans Carl (Org.). *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Halbband. Berlin: Duncker & Humblot, 1966. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*. 2. durchges. u. erg. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1978.
- PALLISTER, Anne. *Magna Charta: the heritage of liberty*. Oxford: Clarendon Press, 1972.
- POUND, Roscoe. *The development of Constitutional Guarantees of Liberty*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1957. Disponível em: <<http://www.archive.org/stream/developmentofcon00poun#page/n7/mode/2up>>.
- PUFENDORF, Samuel, barão de. *Acth Büche vom Natur- und Völker-Rechte*. Frankfurt am Main: F. Kröchen: J.B. Wächter, 1711.
- \_\_\_\_\_. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*. Londini Scanorum: sumtibus Adami Junghans, imprimebat, Vitus Haberegger, 1673.
- REIBSTEIN, Ernst. *Volkssouveränität und Freiheitsrechte: Texte und Studien zur politischen Theorie des 14.-18. Jahrhunderts*. Freiburg: K. Alber, 1972. 2v.
- RIALS, Stéphane. *La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: Hachette, 1988.
- RIEDEL, Eibe H. Die Habeas-Corpus-Akte: Dreihundert Jahre Tradition und Praxis einer britischen Freiheitsgarantie. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Kehl am Rhein, v. 7, p. 192-200, 1980.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social, ou, Principes du droit politique*. Amsterdam: M. M. Rey, 1762.
- SALANDER, Gustav Adolf. *Vom Werden der Menschenrechte: ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte unter Zugrundlegung der virginischen Erklärung der Rechte vom 12 Juni 1776*. Leipzig: T. Weicher, 1926.

- SALVEMINI, Gaetano. *La Rivoluzione Francese*. Mailand: L.F. Pallestrini, 1905.
- SAMWER, Sigmar-Jürgen. *Die französische Erklärung der Menschen: und Bürgerrechte von 1789 / 91*. Hamburg: H. Gildenverlag, 1970.
- SANDWEG, Jürgen. *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- SCHMALE, Wolfgang. *Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit: ein deutsch-französisches Paradigma*. München: Oldenbourg, 1997.
- \_\_\_\_\_. Frankreich und die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 im Lichte der französischen Forschung 200 Jahre danach. *Zeitschrift für Historische Forschung* (ZHF), Berlin, v. 20, p. 345-376, 1993.
- SCHRÖDER, Hans-Christoph. Die Grundrechtsproblematik in der englischen und der amerikanischen Revolution: Zur Libertät des angelsächsischen Radikalismus. In: BIRTSCHE, Günter (Org.). *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981.
- STERN, Klaus. Die Idee der Menschen- und Grundrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Entwicklungen und Grundlagen*. Band I. Heidelberg: C.F. Müller, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit*. Berlin: De Gruyter, 1984.
- \_\_\_\_\_; SACHS, Michael. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: Beck, 1988. v. 3.
- STUBBS, William. *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History*. 9. ed. Oxford: The Clarendon Press, 1929.
- TANNER, Joseph Robson. *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century: 1603-1689*. Cambridge: Cambridge University Press, 1928.
- THIEME, Hans. Natürliches Privatrecht und Spätscholastik. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Wien, v. 70, p. 230-266, 1953.
- THOMASIIUS, Christian. *Institutiones jurisprudentiae divinae libri tres*. 7. ed. Halae: Sumtibus & typis Viduae Christophori Salfeldii, 1717.
- THOMPSON, Faith. *Magna Carta: its role in the making of the English Constitution, 1300-1629*. New York: Octagon Books, 1972.
- TOPITSCH, Ernst. Die Menschenrechte: ein Beitrag zur ideologiekritik. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 18, p. 1-7, 1963.
- TREUMANN, Rudolf. *Die Monarchomachen: Eine Darstellung der revolutionären Staatslehren des XVI. Jahrhunderts (1573-1599)*. Leipzig: Duncker and Humblot, 1895.
- TREVELYAN, George Macaulay. *The English Revolution 1688-1689*. Oxford: Oxford University Press, 1965.
- TURNER, Ralph Vernon. *Magna Carta: through the ages*. Harlow: P. Longman, 2003.
- VERDROSS, Alfred. *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*. 2. Aufl. Wien: Springer, 1948.
- VOIGT, Alfred. 750 Jahre Magna Charta Libertatum. *Juristische Schulung*, München, v. 5, p. 218-221, 1965.
- VOSSLER, Otto. Studien zur Erklärung der Menschenrechte. *Historische Zeitschrift*, München, v. 142, p. 516-545, 1930.
- WILLS, Garry. *Inventing America: Jefferson's Declaration of Independence*. New York: Vintage Books, 1979.
- WOLFF, Christian. *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts: worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*. Halle im Magdeburgischen: Zu finden in der Rengerischen Buchhandlung, 1754.
- WOLZENDORFF, Kurt. *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*. Bresla: M. & H. Marcus, 1916.



# Os novos embargos de declaração no Anteprojeto do Código de Processo Civil

Estefânia Viveiros

## Sumário

1. Introdução. 2. A necessidade de inclusão em pauta dos embargos de declaração. 3. Os embargos de declaração prequestionadores. 4. A não interrupção do prazo dos embargos de declaração apenas no caso de intempestividade. 5. Ausência de efeito suspensivo aos embargos de declaração. 6. O reconhecimento do efeito modificativo aos embargos de declaração. 7. Incabível a renovação dos declaratários se os anteriores foram reconhecidos como protelatários. 8. A vinculação ao depósito da multa para interposição de outro recurso. 9. Ampliação do cabimento dos embargos de declaração: decisão monocrática ou colegiada. 10. Conclusões.

## 1. Introdução

É indiscutível que hoje o recurso de embargos de declaração tem finalidades múltiplas. Não obstante calcados nos tradicionais vícios de omissão, contradição e obscuridade<sup>1</sup>, os declaratários vão além – adaptando-se à interpretação jurisprudencial dos seus únicos cinco artigos sobre o tema no Código de Processo Civil.

<sup>1</sup> “No Brasil, por clara influência portuguesa, os embargos de declaração foram inicialmente consagrados no Regulamento 737, de 1850, que regulamentava a matéria nos arts. 639, 641, 642 e 643. Mencionado Regulamento permitia a oposição dos embargos de declaração sempre que a sentença apresentasse alguma obscuridade, ambigüidade ou contradição, ou em caso de ter omitido algum ponto que deveria ter sido objeto de condenação” (FERNANDES, 2003, p. 21).

Estefânia Viveiros é Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual pelo Mackenzie-SP. Membro do IBDP. Advogada.

A adaptação desse recurso foi tamanha às necessidades jurídicas advindas no dia a dia que hoje se pode dizer que existem os embargos de declaração: i) prequestionadores<sup>2</sup>, ii) com pedido de efeitos modificativos ou infringentes, iii) para corrigir erro de fato; iv) para discutir matéria de ordem pública; v) para corrigir erro material<sup>3</sup>; enfim, além dos embargos de declaração tradicionais – se assim pode falar –, para corrigir os vícios de omissão, contradição e obscuridade expressamente previstos em lei desde a sua criação.

Essa adaptação dos embargos de declaração ao contorno da interpretação da jurisprudência muito tem a ver com as alterações processuais sofridas. É o caso, por exemplo, do fortalecimento das decisões monocráticas praticadas pelos magistrados (CPC, art. 557), que gerou a discussão acerca da competência do julgamento dos embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática, além do cabimento desse recurso diante de decisões interlocutórias proferidas, que até hoje, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal resiste ao seu cabimento, aplicando-se no dia a dia o princípio da fungibilidade recursal<sup>4</sup>. Muitas são

as discussões processuais sobre o tema, mas nesta oportunidade cinge-se a análise das conquistas obtidas para os novos embargos de declaração previstos no Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Com a finalidade múltipla e o viés crescente da importância do recurso de embargos de declaração pelos reflexos causados quando da interposição de recursos para os tribunais superiores, e também pelo notório acúmulo de trabalho (leia-se: processos) que permite a todo ser humano cometer alguns equívocos, cobra-se naturalmente muito mais desse recurso, principalmente porque por meio dele se pode alcançar a correção de eventuais erros.

Pois bem. A crescente importância desse recurso pela multiplicidade de objetivos exige regras compatíveis com o seu desenvolvimento. É o caso, por exemplo, da necessidade de sua inclusão em pauta de julgamento, que, embora hoje não prevista em lei<sup>5</sup>, algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça têm noticiado no site a data do seu julgamento.

Por outro lado, o ponto crítico é que nem todos reconhecem ainda hoje a amplitude do objeto dos embargos de declaração incorporada pela jurisprudência, sem, contudo, precisar desconfigurar o clássico tripé dos vícios, quais sejam: omissão; contradição e obscuridade. Nessa linha, tem-se o exemplo dos efeitos modificativos até hoje não reconhecido por alguns julgadores<sup>6</sup>, que, ao verem tal pedido, limitam

<sup>2</sup> O uso dos embargos de declaração com o objetivo de alcançar o pós-questionamento não é corretamente admitido pela jurisprudência do STJ (Cf. EDcl no REsp nº 31.257 – SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 23.05.1994) e esbarra no enunciado da Súmula 211/STJ.

<sup>3</sup> (...) “Sabe-se que os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impugna pela decisão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo, dessa forma, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado (CPC, art. 535)” (Cf. EDcl no REsp 1231785/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques DJ de 21.06.2011).

<sup>4</sup> “Pacífica a jurisprudência desta Corte de que não cabem embargos de declaração contra decisão monocrática do Relator. Desse modo, em observância ao princípio da fungibilidade dos recursos, correta a conversão dos primeiros declaratórios em agravo regimental” (Cf. AI 586841 AgR-ED / DF, Relator Ministro Dias Toffoli, DJ de 22.11.2010. Também no mesmo sentido: AI 764975 ED / RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.06.2011).

<sup>5</sup> Cf. PET no REsp 830.577/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 02.03.2011.

<sup>6</sup> (...) I – Os embargos de declaração constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais do decisório embargado, admitida, excepcionalmente, a atribuição de efeitos modificativos quando esses vícios sejam de tal monta que a sua correção necessariamente infirme as premissas do julgado; II – Na hipótese dos autos, não tendo ocorrido erro material, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão de agravo de instrumento, a simples mudança de entendimento do Tribunal *a quo* a respeito de matéria já apreciada anteriormente não autoriza a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração; III – Recurso especial provido

a registrar que os embargos de declaração não servem para modificar o julgado e, em outros casos, não é conferido o realce ao caso, julgando-se muitas vezes o recurso de forma genérica e padronizada.

A dificuldade é tamanha que o próprio Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a importância do tema e, principalmente, os reflexos na interposição para o julgamento do recurso especial, emitiu enunciados sumulares para dirimir as questões processuais postas de alcance nacional. É o caso, por exemplo, das Súmulas 98<sup>7</sup> e 211<sup>8</sup>, ambas do Superior Tribunal de Justiça.

Com tudo isso, percebe-se que o Anteprojeto do Código de Processo Civil vem em boa hora. É peculiar a oportunidade para se resolver definitivamente algumas questões importantes, ainda incertas, que envolvem o recurso de embargos de declaração, hoje reconhecido pela sua imprescindibilidade no sistema processual civil e pela sua importante função desenvolvida no cotidiano forense.

De início, destacam-se no Anteprojeto algumas inovações e aprimoramento sobre o tema, tais como a inclusão em pauta dos embargos de declaração, se eles não forem julgados na primeira sessão subsequente à oposição do recurso (CPC, art. 939); o reconhecimento do recurso de embargos de declaração para fins de prequestionamento da matéria para posterior interposição dos recursos extraordinários (CPC, art. 940); o reconhecimento na produção do efeito modificativo nos embargos de declaração, que permitirá a completa prestação jurisdicional (CPC, art. 937, § único); a previsão, como regra, do recolhimento da multa por oposição dos declaratórios protelatórios

para interposição de outro recurso (CPC, art. 941, §3º); a definição de que o recurso de embargos de declaração não terá efeito suspensivo (CPC, art. 941, *caput*), entre outras inovações processuais, que serão também objeto de análise no presente ensaio.

De um lado, tem-se a criação de novas normas adaptando-se a jurisprudência pátria dos tribunais superiores, afastando por consequência as resistências porventura existentes ainda nos dias atuais sobre algumas questões; e, de outro, alterações legislativas calcadas em novidades processuais, buscando-se a inovação no sistema recursal.

Merecem aplausos as conquistas dos novos embargos de declaração previstos no Anteprojeto, conquanto as inovações processuais tenham sido mencionadas *en passant*, mas se tem uma ideia de que os embargos, encorpados de novas funções, merecem legislação compatível com o atual escopo e importância no sistema recursal.

## 2. A necessidade de inclusão em pauta dos embargos de declaração

Na sistemática recursal, tem-se que apenas os embargos de declaração e o agravo “regimental” (leia-se: interno) não são incluídos em pauta para julgamento. Neste caso, o julgamento é “em mesa”, cuja expressão se extrai do próprio artigo 537 do Código de Processo Civil, dispensando-se assim a ciência das partes interessadas para a data do julgamento do processo.<sup>9</sup>

Com a multiplicidade das funções dos embargos de declaração, que muito se distancia da sua criação, vê-se naturalmente a necessidade da modificação legislativa

(Cf. REsp 1016848/MT, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJ de 14.06.2011).

<sup>7</sup> Súmula 98/STJ: “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

<sup>8</sup> Súmula 211/STJ: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

<sup>9</sup> (...) “É pacífico nos Tribunais Pátrios o entendimento de que não existe previsão legal no sentido da necessidade de inclusão em pauta, intimação das partes ou mesmo de sustentação oral no caso de Embargos de Declaração, na medida em que se cuida de continuação do julgamento já em curso. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes” (Cf. AgRg no HC 167.006/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 31.05.2010).

exigindo a sua inclusão em pauta para que as partes sejam científicas para o acompanhamento do julgamento do recurso, até porque hoje, por força da jurisprudência, permite-se o efeito modificativo<sup>10</sup>, o que pode alterar, por consequência, a decisão prolatada anteriormente.

Tal efeito, conhecido como modificativo ou infringente<sup>11</sup>, é natural a todo e qualquer recurso, o que sinaliza de per si a sua importância. Daí também a necessidade de se prever a inclusão em pauta dos declaratórios para julgamento.

É, com certeza, uma modificação extremamente positiva para os jurisdicionados, não causando nenhuma delonga na pres-

---

<sup>10</sup> (...) 2. A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos aos embargos de declaração sobrevém como resultado da presença dos vícios que ensejam sua interposição. (...) 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial (Cf. EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1063685/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 29.06.2011).

<sup>11</sup> O professor Flávio Yarshell distingue os “efeitos modificativos” dos “efeitos infringentes”. Para ele, quando os embargos de declaração são opostos pretende a parte o esclarecimento, a eliminação da contradição ou o suprimento da omissão e, ao contrário, não buscar a alteração direta da decisão. Dessa forma, não se pretende cassar (leia-se “infringir”) a decisão embargada, mas, ao integrar a decisão, notadamente no caso da omissão, dessa integração poderá perfeitamente resultar modificação do ato embargado. Essa modificação no julgado ocorre de forma imediata, ao prover os embargos que eliminou a omissão. Por isso, afirma que isso não autoriza dizer que o efeito modificativo seja apenas “excepcional” porque os embargos de declaração, nesse caso, “são interpostos dentro do caráter ordinário que resulta do comando legal”. Por outro lado, afirma que “situação diversa é aquela em que, pelos embargos de declaração, o embargante pretende direta e imediatamente infringir o julgado. Com efeito, para que seja admitido esse caráter infringente – diverso, a nosso ver, do simples caráter modificativo –, a jurisprudência, em cujo seio consta ter nascido semelhante entendimento, exige que se trata de erro evidente, de tal sorte que a imposição à parte do ônus de recorrer para instância diversa significa algo, a um só tempo, injusto em relação à parte e indesejável para o próprio sistema, ao qual, em casos assim excepcionais e evidentes, interessaria (= será mais útil) a imediata correção do equívoco” (Cf. Yarshell, Luiz Flávio. Ação Rescisória: juízos rescindentes e rescisório, São Paulo, Malheiros editores, 2005, pp. 58 e 59).

tação jurisdicional. Ganham, enfim, todos. As partes e os advogados pela ciência do julgamento do recurso e, administrativa-mente, por aliviarem os seus gabinetes, ao dispensarem a necessidade de se informar a toda sessão se o recurso será ou não julgado, organizando-se inclusive melhor a pauta de julgamento.

A nova redação do Anteprojeto, precisamente no *caput* do artigo 939, deixou claro que, se o recurso de embargos de declaração não for julgado na sessão posterior ao seu protocolo, deverá ser incluído em pauta para julgamento. Com certeza, será difícil-imo o julgamento na sessão posterior ao seu protocolo por razões burocráticas inerentes ao processo, como a necessidade de juntada da petição ao processo, independentemente de ser eletrônico ou físico, e também pelo natural acúmulo de processos. Dessa forma, a inclusão em pauta do recurso será no cotidiano jurídico como se regra fosse, por força das dificuldades inerentes ao processo de se julgar na sessão subsequente ao protocolo, conforme prevê a lei. Nesse caso, a ausência de publicação da pauta gera nulidade do julgamento, como, aliás, acontece de praxe com os demais recursos.<sup>12</sup>

### 3. Os embargos de declaração prequestionadores

Outra modificação necessária foi reconhecer que os embargos de declaração têm finalidade para se buscar o prequestionamento da matéria.

Essa inovação legislativa encurta muitas discussões ainda hoje sobre o assunto sob diversos ângulos, não obstante as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca desse tema.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> (...) É nulo o acórdão que julga o agravo de instrumento sem que este tenha sido incluído em pauta, com a respectiva publicação. Agravo não provido (Cf. AgRg no AgRg no REsp 661.100/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 09.10.2006).

<sup>13</sup> No Superior Tribunal de Justiça, tem-se os enunciados de Súmulas de nºs 98 e 211, cujo teor encontra nas notas de rodapé de nº 4 e 5; enquanto

É que, ainda hoje, há a aplicação de multa aos embargos de declaração opostos com a finalidade de prequestionar a matéria. Ora, em muitos casos, os embargos de declaração são essenciais para se buscar o prequestionamento da matéria, requisito constitucional exigido para interposição dos recursos extraordinários. É a hipótese de quando a matéria surge pela primeira vez no julgamento do recurso de apelação ou dos embargos infringentes. Neste caso, torna-se obrigatória a oposição dos declaratórios<sup>14</sup>, com a finalidade precípua de prequestionar a matéria, sob pena de não admissibilidade ou conhecimento do recurso especial.

Nesse ponto, aliás, está exatamente a diferença de como o magistrado de primeiro grau e de Tribunal deve proceder ao julgar os embargos de declaração. Ao partir do pressuposto de que não compete ao magistrado responder todas as indagações postas no recurso, já que o importante é julgar os pedidos formulados na inicial, a postura do magistrado de primeiro grau e de tribunal deve ser diferente sob o ângulo de aplicação do artigo 515 e parágrafos do CPC. Veja-se o exemplo. Se a parte arguir três fundamentos integrativos à causa de pedir, compete ao magistrado julgar o pedido analisando um dos fundamentos que por si só é suficiente para o deslinde da causa. Esse é o seu dever como magistrado, mas nada impede que análise compreenda todos os fundamentos, se assim achar conveniente. Esse caso resolve-se com a aplicação do artigo 515 e parágrafos do

---

no Supremo Tribunal Federal, há a súmula 282 do STF, *verbis*: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

<sup>14</sup> (...) “Se a questão federal surgir no julgamento da apelação, sem que sobre ela tenha o Tribunal local se manifestado, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, sob pena de a omissão inviabilizar o conhecimento do recurso por falta de prequestionamento” (Cf. REsp 187.493/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 28.10.2008. Também no mesmo sentido: REsp 331.503/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 25.11.2002).

CPC, que prevê expressamente que poderá o Tribunal analisar os demais fundamentos que não foram apreciados pelo magistrado de primeiro grau, aplicando-se aí o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>15</sup>

Por sua vez, tal raciocínio não se aplica no Tribunal quando se pretende o prequestionamento da matéria. Daí se torna imprescindível a oposição dos embargos de declaração nos tribunais e o seu julgamento precisa ser completo, neste caso, sob pena de violar o artigo 535 do CPC por incompletude na prestação jurisdicional.

É que se entende por prequestionamento da matéria a questão que foi resolvida pelo tribunal *a quo* e que consta expressamente no acórdão prolatado, extirpando apenas as questões resolvidas no voto vencido, que não são consideradas prequestionadas, por força do enunciado da Súmula nº 320/STJ.

Daí a clara necessidade de o Tribunal *a quo*, além de julgar as questões postas (leia-se: pedidos), enfrentar os fundamentos arguidos no recurso ou na sua resposta, sob pena de ser inacabada a prestação jurisdicional. Nessa linha de raciocínio, competirá ao magistrado enfrentar os fundamentos referentes a cada pedido desde que arguido oportunamente no recurso interposto.<sup>16</sup>

É que, se o Tribunal responder aos embargos de declaração opostos que não compete a ele responder cada um dos

---

<sup>15</sup> “Isto exclusivamente por causa dos dizeres do art. 515, §§1º e 2º, que, ao estabelecerem amplo espectro de devolutividade ao recurso de apelação, ‘dispensam’ o juiz, numa certa medida, de incluir na decisão elementos que não terão sido levados em conta por ele como base da parte dispositiva da sentença” (WAMBIER, 2005, p. 381).

<sup>16</sup> É o clássico exemplo de ação de indenização por batida de carro e nela arguir que a culpa do réu se deu por embriaguez, por ultrapassar o semáforo vermelho e ainda por excesso de velocidade. Neste caso ilustrativo, tem-se um pedido de indenização calcado na culpa que dela decorrem três distintos fundamentos. Se o Tribunal analisar apenas um dos fundamentos para julgar procedente o pedido, ficará o STJ restrito a analisar o único fundamento enfrentado pelo tribunal *a quo*, já que os outros dois fundamentos não foram apreciados pelo tribunal, não preenchendo o imprescindível requisito do prequestionamento.

argumentos postos, resta ao jurisdicional interpor recurso especial com base na alínea “a” do permissivo constitucional, alegando-se violação ao artigo 535 do CPC por deficiência na prestação jurisdicional.

Há outros exemplos. É o caso de quando a matéria foi suscitada oportunamente no recurso de apelação ou nas suas respectivas contrarrazões e o Tribunal, ao julgar o recurso, silencia acerca da questão. Também nesse caso a oposição dos embargos de declaração se torna imprescindível sob pena de não prequestionamento da matéria. Se o Tribunal insistir em não analisar a matéria, caberá à parte interpor recurso especial e nele alegar a violação ao artigo 535 do CPC, por incompletude da prestação jurisdicional.

Observe-se que, nos embargos de declaração, não se pode arguir matéria que não fora objeto de recurso anteriormente interposto sob pena de se configurar o pós-questionamento. Não servem, pois, os embargos de declaração para tal fim.

Enfim, com esse novo direcionamento legislativo, elimina-se o enunciado da Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça, que demonstrou claramente que os embargos de declaração podem servir para buscar o prequestionamento da matéria, encaixando-se assim no vício da omissão.

Percebe-se, portanto, que, em grande parte, o recurso especial será interposto com alegação preliminar de violação ao artigo 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão proferido pelo tribunal recorrido para que se profira outro acórdão respeitando a inteireza na prestação jurisdicional.

Pois bem. A inovação legislativa vem exatamente evitar o vai e vem de processos por imperfeições na prestação jurisdicional nesses casos de oposição de embargos de declaração perante os tribunais de segundo grau. Prevê o artigo 940 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, *verbis*: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o

tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”.

É pela primeira vez que a lei reconhece que o prequestionamento pode ser objeto de embargos de declaração, que pela redação inovadora admite a inclusão no acórdão das questões suscitadas no recurso de embargos de declaração, mas desde que exista realmente um dos três vícios dos embargos de declaração, quais sejam: omissão; obscuridade e contradição.

Dessa inovadora redação extraem-se muitas consequências processuais, ainda que indiretas, principalmente com relação ao recurso especial que exige o prequestionamento da matéria para ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro ponto é o reconhecimento pela legislação de que os embargos de declaração realmente têm a finalidade de prequestionar a matéria desde que obviamente as questões tenham sido arguidas oportunamente no recurso anterior ou nas suas contrarrazões (leia-se: tribunal de segundo grau) para, enfim, configurar a omissão alegada. Esse reconhecimento já ocorria pela jurisprudência dos Tribunais superiores, sem grandes controvérsias, embora ainda existisse alguma resistência nos tribunais de segundo grau<sup>17</sup>. Com essa nova redação, reconheceu-se também que, para fins de prequestionamento, pode-se alegar qualquer um dos três vícios e não apenas o da omissão, costumeiramente arguido para tal finalidade.

Também há inovação na expressão “elementos” referindo-se a toda matéria que fora objeto de embargos de declaração, que pela leitura deste artigo quis demonstrar

<sup>17</sup> (...) Da análise da petição dos embargos de declaração opostos perante a Corte de origem, constata-se que eles foram opostos com a finalidade de prequestionar o art. 78, §2º, do ADCT, não havendo que se falar em intuito protelatório. Incide, na hipótese, a Súmula nº 98 desta Corte, *verbis*: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório” (Cf. REsp 1251992/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 14.06.2011).

amplitude da matéria ali arguida. É, com certeza, também a primeira vez do uso dessa expressão (leia-se: “elementos”), que muitas vezes se fala em “questões” postas, interpretando-se também amplamente a expressão.

O objetivo deste artigo é incluir na moldura do acórdão recorrido todos os “elementos” postos no recurso de embargos de declaração que não foram resolvidos pelo Tribunal de segundo grau. É que a inclusão dessas questões no acórdão recorrido por si só configura o prequestionamento, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha excluído dessa moldura do acórdão recorrido as considerações feitas no voto vencido, emitindo-se inclusive o enunciado da Súmula nº 320, *verbis*: “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Com certeza, a inovação ao artigo 940 do Anteprojeto do CPC trará uma grande contribuição para reincluir como matéria prequestionada a matéria abordada nos votos vencidos, o que é bastante justo, ao possibilitar o Superior Tribunal de Justiça, diante do quadro fático delineado no acórdão recorrido, aplicar a melhor interpretação da legislação infraconstitucional, principalmente por competir ao Tribunal a uniformização de jurisprudência no âmbito nacional.

Também a inovação deste artigo elimina a possibilidade de anulação do acórdão recorrido por incompletude na prestação jurisdicional, economizando-se tempo, e delegando ao Superior Tribunal de Justiça a análise da violação ao artigo 535 do CPC. Se caracterizada tal violação, competirá ao STJ considerar a matéria arguida nos embargos de declaração como efetivamente prequestionada. É como se a matéria suscitada nas razões dos embargos de declaração fizesse parte da moldura do acórdão recorrido. De outro lado, se não restar violado o artigo 535, que, com o novo Código de Processo Civil, será o correspondente ao artigo 937, é porque o recorrente buscou nos embargos

de declaração o pós-questionamento da matéria, o que não é admitido pela jurisprudência do próprio STJ.

Por sua vez, essa inovação traz uma grande economia de tempo porque elimina a possibilidade de retorno do processo para novo julgamento dos embargos de declaração pelo Tribunal de segundo grau, que, muitas vezes, não sana as omissões alegadas oportunamente pelas partes. O encurtamento de tempo está em evitar que o processo retorne ao tribunal para anular o seu acórdão, proferindo-se novo julgamento, para, quando da interposição de novo recurso especial, retornar ao Superior Tribunal de Justiça, que apreciará o mérito do recurso, na hipótese de ultrapassar a barreira da admissibilidade.

É, *mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio ao se aplicar os parágrafos do artigo 515<sup>18</sup> do CPC pelo Superior Tribunal de Justiça.

Isso tudo também evita a renovação dos embargos de declaração por persistir a omissão pelo tribunal, ao julgar os primeiros embargos de declaração.

Outro ponto extremamente positivo nas alterações legislativas diz respeito à abrangência do prequestionamento da matéria julgada pelo Tribunal *a quo*, por reincluir as discussões no voto vencido como matéria prequestionada. Ora, o voto vencido integra o acórdão, o que por si só torna-se razoável, como sempre foi até a emissão da referida súmula, que toda matéria ali posta seja

<sup>18</sup> CPC, artigo 515. “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. §1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. §2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. §3º No caso da extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. §4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.”

considerada devidamente prequestionada. Com essa nova redação, elimina-se o enunciado da Súmula 320 do STJ por ser contrária à nova norma do Anteprojeto do CPC.

Por fim, vê-se que o artigo 940 do Anteprojeto do CPC utilizou a expressão “admitidos” para registrar que, conquanto não forem admitidos os embargos de declaração, os elementos postos neste recurso podem ser considerados prequestionados desde que o STJ verifique a existência de um dos três vícios previstos em lei. Há, nesse ponto, que se fazer uma observação. Melhor seria incluir também a expressão “desprovidos”, que se refere ao mérito do recurso e, no caso dos declaratórios, refere-se ao tripé dos vícios. Da forma posta, a interpretação poderá ser restritiva relacionando-se apenas à admissibilidade do recurso, o que geraria uma incongruência legislativa.

Enfim, o avanço nessa alteração legislativa foi inovador e muito bem-vindo por dar um grande passo nas questões referentes aos embargos de declaração e ao prequestionamento, tanto pelo seu reconhecimento legislativo, quanto pela possibilidade de o STJ admitir os elementos postos nos embargos de declaração como matéria prequestionada, na hipótese de restar caracterizada a violação ao artigo 535 do CPC por incompletude da prestação jurisdicional.

#### *4. A não interrupção do prazo dos embargos de declaração apenas no caso de intempestividade*

É importante a modificação trazida no Anteprojeto do Código de Processo Civil quanto à interrupção do prazo recursal na oposição dos embargos de declaração.

Deixa claro o artigo 941, *caput*, do Anteprojeto que a oposição dos embargos de declaração gera a interrupção do prazo para os demais recursos, alcançando ambas as partes. Isso significa dizer que a parte que não apresentou os embargos de declaração também é alcançada pela prerrogativa da interrupção do prazo recursal. Essa,

portanto, é a regra. O referido artigo faz expressamente uma única ressalva à não interrupção do prazo, que é a intempestividade dos embargos de declaração.

Essa previsão legislativa vem em boa hora. É que a redação atual do Código de Processo Civil (CPC, art. 538, *caput*<sup>19</sup>) limitou-se a registrar que a oposição dos declaratórios interrompe o prazo para os demais recursos, sem, contudo, apontar nenhuma exceção à regra. No entanto, a jurisprudência, ao interpretar o referido artigo, entendeu que a intempestividade dos embargos de declaração não interrompe o prazo para nenhuma das partes, competindo ao embargado ficar atento ao cumprimento do prazo pelo embargante, por ser, na verdade, um dos requisitos objetivo ou extrínseco recursal de fácil percepção por não exigir nenhuma carga subjetiva. A única observação que precisa ser feita é a aplicação do artigo 191<sup>20</sup> do CPC, que permite o uso do prazo em dobro se houver litisconsórcio com advogados diferentes e ocorrer sucumbência<sup>21</sup>. Nesse caso, embora a lei não tenha expressamente feito a ressalva, pode-se concluir que é algo natural e inerente a todos os recursos a tempestividade, cujo descumprimento gera preclusões e, obviamente, a não interrupção do prazo recursal.

Pois bem. No dias atuais, há julgados, aqui e acolá, ampliando as hipóteses de não interrupção de prazo quando os embargos de declaração forem considerados protelatórios<sup>22</sup>, ou ainda quando eles apre-

<sup>19</sup> “Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes.”

<sup>20</sup> CPC, art. 191: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhe-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

<sup>21</sup> Cf. EDcl no AgRg no Ag 575.972/SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), DJ de 28.10.2008.

<sup>22</sup> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. 1. Os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais, inclusive as

sentarem defeito na regularidade formal<sup>23</sup>. Esse raciocínio gera grande insegurança jurídica para as partes pelo fato de que, para a caracterização de recurso protelatório, exige-se a análise de conteúdo com toque de subjetividade do julgador, o que torna impossível a análise pelo embargado<sup>24</sup>. Ora, se os declaratórios forem considerados como protelatórios, a sanção imposta pela lei é a aplicação de multa<sup>25</sup> e não a falta de interrupção do prazo<sup>26</sup>, ainda mais agora

---

interlocutórias (ERESP 159317/DF, CE, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26.04.1999). 2. Os embargos de declaração tempestivamente apresentados, ainda que rejeitados, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, porquanto a pena pela interposição do recurso protelatório é a pecuniária e não a sua desconsideração (Precedentes: REsp 768526/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 11/04/2007; REsp 762384/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2005; REsp 643612/MG, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 26/09/2005; REsp 590179/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, DJ 13.02.2006). 3. *In casu*, trata-se de embargos de declaração interpostos em face de decisão interlocutória proferida por juízo de primeira instância. Rejeitados os embargos e interposto agravo de instrumento, o Tribunal de origem entendeu que os embargos protelatórios não tinham o condão de interromper o prazo recursal, razão pela qual não conheceram do agravo de instrumento por serem intempestivos. 4. Recurso especial a que se dá provimento (Cf. REsp 1074334/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 20.04.2009).

<sup>23</sup> (...) “A oposição na instância especial de embargos declaratórios subscritos por advogado sem procuração nos autos não interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, porquanto considerado inexistente, à teor da Súmula 115/STJ” (AgRg nos EREsp 594.218/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 8.11.07). Agravo Regimental improvido (Cf. AgRg nos EDcl no Ag 1037959/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ 19.12.2008).

<sup>24</sup> Tal raciocínio também se aplica à falta de regularidade formal dos embargos de declaração.

<sup>25</sup> Em 1994, com a Lei nº 8.950/94, agravou-se a punição para aquele que usasse os embargos de declaração com a finalidade protelatória, ao acrescentar no parágrafo único do artigo 538 a possibilidade de elevação da multa a até 10% do valor da causa, na hipótese de reincidência do recurso. Esclarece Luiz Eduardo Simardi que “esse agravamento foi o meio que encontrou o legislador para frear o uso dos embargos de declaração com o único propósito de retardar a marcha do processo” (FERNANDES, 2003, p. 42).

<sup>26</sup> (...) “Os embargos de declaração tempestivamente apresentados, ainda que rejeitados, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos,

com a redação do §3º do artigo 941 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, que atrela o depósito da multa para interposição de outro recurso.

E nem poderia ser diferente porque não compete ao intérprete impor à parte sanção – ônus que a lei não prevê, até por que “as regras que impõem sanção ou ônus às partes devem ser interpretadas restritivamente” (MEDEIROS, 2007, p. 17).

Ora, se a lei prevê que a oposição dos embargos de declaração por si só gera a interrupção do prazo para ambas as partes, não compete ao intérprete acrescentar as hipóteses que afastariam a interrupção desse prazo, acarretando-se insegurança e prejuízos às partes que não podem interpor o recurso subsequente por ser considerado intempestivo. Se assim não for, resta configurada a incerteza jurídica, causando surpresas processuais inadequadas e contrárias à própria lei.

Conclui-se, portanto, neste particular, que a nova redação conferida pelo §3º do artigo 941 do Anteprojeto do Código de Processo Civil é extremamente benéfica por eliminar qualquer dúvida acerca da interrupção do prazo quando da oposição aos embargos de declaração, ao apontar claramente que a única exceção à não interrupção desse prazo é a intempestividade dos embargos de declaração.

### 5. Ausência de efeito suspensivo aos embargos de declaração

A regra nos recursos é que todos eles detêm efeito suspensivo<sup>27</sup>. A exceção ocorre quando a própria lei retira expressamente esse efeito, como fez com o recurso especial e o recurso extraordinário (CPC, art.

---

porquanto a pena pela interposição do recurso protelatório é a pecuniária e não a sua desconsideração” (Cf. REsp 1.074.334/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 20.04.2009).

<sup>27</sup> É o que ensina Nelson Nery Junior (2004, p. 448): “No sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos suspensivo e devolutivo”.

542, §2º), algumas hipóteses no recurso de apelação (CPC, art. 520, I a VII) e o agravo de instrumento (CPC, art. 527, III).

No caso dos embargos de declaração, nada prevê a lei e, aplicando-se a regra geral, que os recursos têm efeito suspensivo, exceto quando a própria lei retira expressamente esse efeito, pode-se concluir então pela sua existência no caso dos embargos de declaração, impedindo assim a imediata execução do julgado.

Contudo, o tema traz divergências, dividindo-se a doutrina.

Um das correntes sustenta a existência de efeito suspensivo aos embargos de declaração pelo simples fato de a lei ter silenciado a respeito, o que faz aplicar a regra geral do efeito suspensivo aos recursos. Agrega-se a esse fundamento o fato também de que a presença de um dos três clássicos vícios na decisão impediria o seu cumprimento. Ora, se a decisão atacada pela via dos embargos de declaração ainda não está perfeita e acabada, até porque a decisão dos declaratórios integra a anterior como se fosse uma única decisão, não se teria como “executar” a decisão embargada.

Nessa linha de raciocínio, Humberto Theodoro (2001, p. 85) sustenta que os embargos de declaração têm efeito suspensivo, *verbis*: “Uma vez, pois, que o Código de Processo Civil não priva os embargos de declaração, por regra alguma, da natural eficácia suspensiva, urge reconhecê-la, como decorrência natural e lógica do sistema recursal adotado por nosso direito positivo. (...) Aliás, mais do que qualquer outro recurso, os embargos de declaração não podem prescindir da força de suspender a decisão impugnada. Sua própria índole é a de aperfeiçoar o ato judicial que, como está, se revela lacunoso, contraditório ou impreciso, tornando-se, por isso, de difícil compreensão e de perigosos resultados práticos”.

De outro lado, a outra corrente sustenta que a atribuição do efeito suspensivo irá depender do recurso interposto anteriormente por ser inadmissível, por exemplo,

atribuir esse feito aos declaratórios quando o magistrado julga monocraticamente o recurso especial. É que, se não há efeito suspensivo ao especial, muito menos haveria nos declaratórios opostos dessa decisão porque criaria uma incongruência jurídica. Neste aspecto, para se saber se o recurso tem ou não o efeito suspensivo, dependerá se o recurso interposto anteriormente for detentor desse efeito suspensivo. Considerando que a regra dos recursos é pelo efeito suspensivo, exceto quando a própria lei retira expressamente tal efeito, tem-se que geralmente os embargos de declaração também serão objeto de efeito suspensivo.

Por fim, a outra corrente sustenta que o papel dos declaratórios não permite a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Não obstante se busque a integração da decisão, como regra, nada impede que se inicie a execução da parte da decisão que foi integralmente compreendida. Nesse sentido, aliás, é o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 85), *verbis*: “(...) não parece correto concluir que todo e qualquer recurso de embargos de declaração tempestivo teria aptidão de obstar a eficácia da decisão. Isto certamente geraria a reação indesejada de todas as decisões imediatamente eficazes, porque sujeitas a um recurso próprio sem efeito suspensivo, serem embargadas!”

Pois bem. Traz o Anteprojeto do Código de Processo Civil, no seu artigo 941, *caput*, a inovação clara de que o recurso de embargos de declaração não é dotado de efeito suspensivo. Essa, portanto, passa a ser a regra. Nada impede que a parte interessada ajuíze medida cautelar para obter o efeito suspensivo ao recurso interposto ou até se utilize de simples petição requerendo o efeito com base no artigo 273 do Código de Processo Civil. Desse modo, percebe-se que ganha força a cada dia a execução imediata do julgado consubstanciada na execução provisória.

Com tudo isso, coloca-se uma pá de cal em muitas discussões acerca do assunto, até porque, embora ainda hoje previstos os

mesmos vícios dos embargos de declaração, vê-se claramente a ampliação do objeto deste recurso por interpretação jurisprudencial, distanciando-se dos clássicos declaratórios, cuja utilização se dava tão somente em casos excepcionalíssimos e não, como nos dias de hoje, de forma usual ou recorrente.

Contudo, essa previsão traz reflexos imediatos no julgamento de recurso de apelação pelos Tribunais de segundo grau e, por consequência, ao Superior Tribunal de Justiça. É que, com a publicação da decisão (leia-se: no caso, acórdão), que deve ser feita em até dez dias, segundo a meta quatro do Conselho Nacional de Justiça<sup>28</sup>, poderá iniciar-se a execução provisória do julgado, atraindo-se, portanto, a competência para esses tribunais de eventuais pleitos de efeito suspensivo. Por sua vez, a competência para o Superior Tribunal de Justiça para se atribuir efeito suspensivo só se inicia com a interposição de recurso especial, por força da interpretação do parágrafo único do artigo 800 do CPC<sup>29</sup>. Conquanto a previsão legislativa, a jurisprudência do STJ sobre o tema se inclina para que o início da competência do STJ só se daria após a realização do primeiro juízo de admissibilidade do recurso especial<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Segundo o Conselho Nacional de Justiça, “o grau de cumprimento da meta 4 será alcançado pela quantidade do número total de acórdãos publicados mensalmente em até 10 dias após a data da sessão de julgamento (naquele mês), dividida pela quantidade de acórdãos do mês. Se o resultado obtido com a divisão for igual a 1, a meta será considerada cumprida” (fonte: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)).

<sup>29</sup> CPC, parágrafo único, art. 800: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. Súmula 634 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Súmula 635 do STF: “Cabe ao Presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

<sup>30</sup> (...) “Nos termos das Súmulas nºs 634 e 635 do Excelso Pretório, aplicadas por analogia, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça conhecer de medida cautelar que tenha por objetivo a concessão de efeito suspensivo a recurso especial ainda pendente de juízo

de admissibilidade do recurso especial e a sua análise do juízo de admissibilidade, principalmente se o processo não for eletrônico ainda, quando se encontra na iminência de cumprimento de sentença. É que o percurso engloba desde autuação, intimação do recorrido para apresentar contrarrazões, vista ao Ministério Público, concedida em alguns Estados, até, finalmente, análise do primeiro juízo de admissibilidade do especial.

Com certeza, essa alteração legislativa mudará muito os rumos para se postular efeito suspensivo, quando ainda pendentes de julgamento os embargos de declaração perante o tribunal de segundo grau. Por outro lado, não se pode esquecer hoje da simplicidade de se postular o efeito suspensivo com base no artigo 273 do CPC, desde que preenchidos obviamente os seus requisitos.<sup>31</sup>

Com tudo isso, caminha o Código de Processo Civil para retirar o efeito suspensivo dos recursos, prestigiando-se cada vez mais as decisões de segundo grau, que hoje, muitas vezes, estão atreladas às decisões das Cortes Superiores quando se trata de julgamentos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça e de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, além da força

de admissibilidade no Juízo *a quo*, sendo certo que, nesse caso, a competência para deliberar acerca do pedido cautelar pertence ao Presidente do Tribunal de origem” (Cf. AgRg na MC 16.696/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, DJ de 22.11.2010).

<sup>31</sup> “Por tudo o quanto se disse, parece que o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de uma única circunstância que é o pedido expresso formulado pela parte fundada na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos. Não se deve entender, em nosso sentir, que a interposição dos embargos de declaração, por si só, geraria a cessação dos efeitos da decisão. Em face da perspectiva de não poder cumprir a decisão impugnada, deve o próprio embargante formular pedido de que ao seu recurso seja atribuído efeito suspensivo. E, por certo – até mesmo para que haja utilidade no pedido de suspensão dos efeitos formulado –, deferido o pedido, os efeitos deste deferimento reportar-se-ão ao momento da interposição dos embargos de declaração” (WAMBIER, 2005, p. 87).

dos enunciados sumulares e da jurisprudência dominante, cujo binômio permite o julgamento monocrático dos processos pelos tribunais de segundo grau.

### 6. O reconhecimento do efeito modificativo aos embargos de declaração

Os clássicos efeitos impressos aos recursos são o devolutivo e o suspensivo. Novamente, os embargos de declaração apresentam peculiaridades nesse ponto. É que a regra do efeito recursal para os declaratórios é o efeito integrativo, já que, com a oposição dos declaratórios, busca-se, em regra, complementar, esclarecer, integrar a decisão embargada, tornando-se uma única decisão judicial mais completa pelas eventuais correções. Esse efeito (leia-se: integrativo) é exclusivo dos declaratórios, o que, por sua vez, poderia afastar naturalmente os efeitos modificativos. Daí ainda no dia de hoje muitos magistrados, julgando os declaratórios, sustentarem a vedação no efeito modificativo por meio desse recurso ou admiti-lo só em casos excepcionais.<sup>32</sup> Não é porque o efeito integrativo seja a regra que se possa afastar a incidência dos efeitos clássicos – devolutivo<sup>33</sup> e suspensivo<sup>34</sup> – aos embargos de declaração. É que, em algumas ocasiões, o efeito integrativo cede lugar para o efeito modificativo permitido legalmente pelo Anteprojeto do Código de Processo Civil.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Cf. REsp 1016848/MT, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJ de 14.06.2011.

<sup>33</sup> Admitindo-se o efeito devolutivo nos embargos de declaração, que embora não provoque a manifestação de órgão superior, a matéria é devolvida para nova apreciação ao Poder Judiciário, citem-se: Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 74); Luis Eduardo Fernandes (2003, p. 56); Nelson Nery Junior (2004, p. 436); Sonia M. H. de Almeida Baptista (1993, p. 49-50).

<sup>34</sup> O Anteprojeto do Código de Processo Civil, precisamente no seu artigo 941, *caput*, retirou expressamente efeito suspensivo, que era discutível, dos embargos de declaração, *verbis*: “Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e, salvo quando intempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes”.

<sup>35</sup> A expressão “eventual” consta expressamente do parágrafo único do artigo 937 do Anteprojeto e

Ocorre que na nova feição dos embargos de declaração naturalmente impera o efeito modificativo, como no caso de correção do vício de omissão. Com certeza, a modificação ocorrerá no julgamento dos embargos de declaração, ao sanar o vício da omissão e em muitos outros casos. Daí a necessidade de ultrapassar essa barreira dos embargos de declaração, reconhecendo a sua finalidade também de produzir “eventual” efeito modificativo, como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, recomendando-se que, para se implementar o efeito modificativo ao recurso, exige-se, por força do princípio do contraditório, que o embargado seja intimado para se manifestar acerca desse recurso. Nesses moldes, evita-se a indesejável, e hoje reconhecida ilegalidade, na surpresa processual, alterando-se julgados sem a participação da outra parte.

É de se reconhecer que, neste ponto, o direito processual trabalhista está à frente do direito processual civil pela previsão, no artigo 897-A<sup>36</sup> da Consolidação das Leis Trabalhistas, que autoriza expressamente a concessão de feitos modificativos nos embargos de declaração.

Pois bem. É uma forma de reconhecer que, além do efeito integrativo ínsito aos declaratórios, tem-se também o efeito devolutivo e, eventualmente, por não ser regra, o efeito modificativo, sendo que, neste caso, torna-se imprescindível a oitiva do embargado por força do princípio constitucional.

pode ser interpretada de dois modos. O primeiro é que o efeito modificativo não pode servir como regra do recurso de embargos de declaração, não perdendo lugar então para o efeito integrativo. E a segunda observação é o reconhecimento inovador da legislação à possibilidade de se produzir efeito modificativo neste recurso já que, ainda nos dias de hoje, alguns magistrados demonstram resistência para reconhecer a produção deste efeito.

<sup>36</sup> CLT, art. 897-A: “Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso”.

Tal observação consta de forma inovadora pela primeira vez no Código de Processo Civil, precisamente no parágrafo único do artigo 937 nos seguintes termos: “Eventual efeito modificativo dos embargos de declaração somente poderá ocorrer em virtude da correção do vício, desde que ouvida a parte contrária no prazo de cinco dias”.

Chegou também em boa hora essa inovação legislativa. Em 2003, Luis Eduardo Simardi Fernandes já rechaçava aqueles que admitiam apenas de forma excepcional o efeito modificativo. Ensina ele que “(...) esses efeitos modificativos haverão de se fazer presentes não apenas em casos excepcionais – como dizem alguns, na tentativa de impor barreiras a essa possibilidade –, mas sim sempre que essa modificação do julgado for consequência, natural e necessária, do conhecimento e julgamento do recurso sob exame”. E complementa que “terá de esclarecer ou complementar a decisão, ou então corrigir o erro. E, ao agir dessa forma, poderá se deparar com situação que exija a reforma da decisão, como consequência da correção do vício. Nessas hipóteses, não poderá hesitar, e deverá modificar tudo aquilo que for necessário para garantir a clareza, a precisão e a complementação da decisão”. “(...) Caso Contrário, ficaria de mãos atadas e não teria como sanar o vício” (FERNANDES, 2003, p. 156-157).

A inovação legislativa está exatamente na necessidade de oitiva do embargado na hipótese de o recurso de embargos de declaração produzir efeito modificativo. É o legislador adaptando a legislação à uníssima jurisprudência amadurecida pelas Cortes Superiores.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Cf. (...) “1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que atribuição de efeitos modificativos aos embargos de declaração demanda a intimação prévia do embargado para apresentar impugnação, sob pena de ofensa aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Precedentes” (Cf. AgRg no Ag 1179308/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJ de 16.08.2010).

### *7. Incabível a renovação dos declaratórios se os anteriores foram reconhecidos como protelatórios*

Não há limites para oposição dos embargos de declaração nos dias atuais, desde que presentes os vícios apontados ou quando da prolação da nova decisão surjam novos vícios. Tanto não existem limites na oposição dos declaratórios que o legislador incluiu a possibilidade de aplicação da multa se for caracterizado recurso protelatório. Pode-se dizer que, à época, foi uma limitação do seu uso de forma inversa, já que esta multa era peculiar aos embargos de declaração.

Tal raciocínio não se aplica mais nos dias de hoje, até porque a multa por litigância de má-fé aplica-se a todos os recursos e não pode ser vista como limitação a interposição de recurso, mas tão somente ao uso correto do recurso, principalmente atualmente, para que se possa respeitar a jurisprudência dominante, enunciados sumulares, julgamentos repetitivos e a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. O Anteprojeto do Código de Processo Civil, no seu parágrafo segundo do artigo 941<sup>38</sup>, traz uma inovação, ao limitar a interposição dos embargos de declaração se o antecedente for reconhecido como protelatório. Isso demonstra que eventual discussão acerca da correção ou não da aplicação da multa por protelatórios caberá a outro Tribunal ou, no caso dos embargos infringentes, a outro órgão.

Não caberá, pois, a quem aplicou a multa revisar o seu próprio ato, já que, por força de competência legislativa, há o deslocamento do processo para o tribunal ou outro órgão, a depender do recurso a ser interposto. Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que se economiza tempo do percurso do processo, principalmente em se tratando de embargos de declaração que

<sup>38</sup> “Não serão admitidos novos embargos declaratórios, se os anteriores houverem sido considerados protelatórios”.

pelo seu manejo já obteve a sua finalidade. Explica-se: se o Tribunal negar provimento aos embargos de declaração, aplicando-se a multa, competirá ao recorrente interpor recurso especial alegando-se violação ao artigo 535 do CPC por negativa de prestação jurisdicional e, também, violação ao artigo 538 do CPC, por ser indevida a multa quando se opõe o recurso de embargos de declaração com o intuito de prequestionar a matéria, nos moldes da Súmula 98/STJ.

Correta, portanto, a limitação a interposição de outro recurso, no caso embargos de declaração, se o recurso antecessor for intitulado de protelatório<sup>39</sup>, por encurtar a duração do processo e deslocar a competência do feito para discutir eventual equívoco na aplicação da multa e na deficiência na prestação jurisdicional para outro tribunal ou órgão.

#### *8. A vinculação ao depósito da multa para interposição de outro recurso*

A aplicação da multa imposta pelo caráter protelatório recursal não se encontra adequadamente sistematizada no Código de Processo Civil, inclusive no que se refere também aos embargos de declaração, que, não obstante tenha sido inovadora a sua previsão, difere das demais normas previstas no Código.

Veja-se. Os valores da multa são díspares. Nos declaratórios, a previsão é de 1% sobre a condenação (CPC, § único do art. 538); enquanto no agravo interno, a multa pode ser aplicada de 1% ao décuplo (CPC, §2º do art. 557). Nas demais espécies de recursos, não há previsão específica de multa por protelação, remetendo-se a aplicação da regra geral dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil.

<sup>39</sup> Esclarece-se, por oportuno, que não seria correto falar em primeiro recurso e segundo recurso pelo simples fato de que a aplicação da multa poderá ocorrer nos segundos embargos de declaração e a proibição da renovação deste recurso atingiria a oposição dos embargos de declaração pela terceira vez.

Pois bem. Além dos valores diferentes na aplicação da multa pelo mesmo ato praticado (leia-se: protelatório), tem-se hoje que o condicionamento do pagamento da multa para interposição de outro recurso só ocorre excepcionalmente e não, como regra, como deveria ser por exigir previsão legislativa que condiciona a interposição de recurso ao depósito do valor da multa. No caso dos embargos de declaração, a sua reiteração eleva a 10% o valor da multa e, também, o seu depósito é requisito de admissibilidade do recurso subsequente interposto. Sem a comprovação do depósito da multa, o recurso interposto não ultrapassará a admissibilidade do recurso<sup>40</sup>. A discussão jurídica acerca da correção ou não da aplicação da multa só poderá ser objeto de discussão com o seu depósito. Contudo, essa condicionante, ou, se preferir, esse requisito intrínseco de admissibilidade recursal, não está prevista nos artigos 17 e 18 do CPC, mas tão somente no capítulo do recurso do agravo interno (CPC, art. 557, §2º)<sup>41</sup>, que, na esteira da interpretação literal, tal penalidade pelo uso do recurso protelatório refere-se exclusivamente ao agravo interno. Por isso o registro da falta de sistematização de um assunto tão importante à escorreta prestação jurisdicional, já que o objetivo dessa norma é evitar a proliferação de recursos meramente procrastinatórios.

<sup>40</sup> AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. Inexistindo nos autos comprovação do recolhimento da multa aplicada em razão de embargos manifestamente protelatórios, o novo recurso não merece conhecimento por ausência de pressuposto recursal objetivo, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do CPC. 2. Agravo regimental não conhecido (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.028.212/RS Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ de 19.10.2009).

<sup>41</sup> §2º: “Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

Daí as boas-vindas para a previsão legislativa, que, como regra, vincula o depósito da multa para interposição de qualquer outro recurso, dispensando a necessidade de reiteração do recurso protelatório para só então exigir o depósito da multa. É, aliás, o que se depreende do §3º do artigo 941 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, *verbis*: “a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do valor de cada multa, ressalvados a Fazenda Pública e os beneficiários da gratuidade de justiça”.

Com certeza, pode-se afirmar que é um grande avanço. Contudo, o ideal seria a modificação dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, que, por serem regra geral, aplicam-se aos demais recursos que não têm norma própria, exceto aos recursos de embargos de declaração<sup>42</sup> e agravo interno, até porque a cumulação de multas não deve ocorrer pelo mesmo ato praticado (leia-se: protelatório), embora com percentuais de multa distintos.

Por fim, observa-se outro fato inovador no tocante ao percentual da multa imposta aos embargos de declaração protelatórios. O percentual que hoje é de 1% e, se reiterados, pode ser elevado a 10%, no Anteprojeto do Código de Processo Civil, o percentual, que não se pode exceder, é de 5%, de acordo com o §1º do artigo 941 do anteprojeto.

### *9. Ampliação do cabimento dos embargos de declaração: decisão monocrática ou colegiada*

Muito também se discutiu acerca do cabimento dos embargos de declaração em face de decisão interlocutória e das

monocráticas proferidas com base no artigo 557 do CPC.

A jurisprudência resistiu para ampliação do cabimento dos embargos de declaração e até hoje há ainda, embora isoladas, algumas decisões que não admitem os embargos de declaração opostos em face de decisões interlocutórias.

Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm posições diferentes sobre o tema. O STJ admite a oposição dos embargos de declaração em face de decisões interlocutórias e das monocráticas prolatadas com base no artigo 557 do CPC, ao ponto que discutiu de quem era a competência para o julgamento dos embargos de declaração nesta hipótese, e concluiu que, se os embargos forem opostos em face de decisão monocrática, competirá exclusivamente ao Relator julgá-los monocraticamente<sup>43</sup>. De outro lado, opostos embargos de declaração em face de decisão colegiada, a competência para apreciá-los será naturalmente do colegiado, como, aliás, sempre foi.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal ainda resiste, até os dias atuais, a oposição dos embargos de declaração em face de decisões monocráticas, mas, ao assim proceder, aplica-se o princípio da fungibilidade, recebendo-os e julgando-os como recurso de agravo “regimental” (leia-se: interno).

Nesse aspecto, a doutrina é bastante tranquila. Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 60) admite que cabem embargos de declaração contra “todo e qualquer pronunciamento judicial”.

Enfim, também foi um grande avanço o reconhecimento pela legislação de que o recurso de embargos de declaração é ca-

<sup>42</sup> (...) “a condenação em litigância de má-fé prevista pela prática da conduta descrita no inciso VII do artigo 17 do Código de Processo Civil aplica-se à interposição de todos os recursos, exceção feita aos embargos de declaração que, quando protelatórios, têm a multa regulada pelo artigo 538, parágrafo único” (OLIVEIRA, 2000, p. 63-64).

<sup>43</sup> (...) “A Corte Especial uniformizou entendimento de que os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática do relator devem ser julgados por meio de decisão unipessoal, e não colegiada, como mecanismo de preservação do conteúdo do *decisum* e em obediência ao do princípio do paralelismo de formas” (Cf. AgRg nos EDcl no REsp 860.910/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 07.12. 2009).

bível em face de decisão monocrática, sem qualquer restrição, e às decisões colegiadas, cuja legislação sempre reconheceu o seu cabimento nessa hipótese. Essa nova redação também refuta a tese de que o não cabimento dos embargos de declaração gera preclusão para fins de interposição de outro recurso já que não haveria a interrupção do prazo nesse caso. Daí também a importância do artigo 941, *caput*, do Anteprojeto, que prevê que a não interrupção do prazo dos embargos de declaração só ocorre quando for o caso de intempestividade.

### 10. Conclusões

As inovações legislativas aos embargos de declaração foram extremamente positivas e vieram em boa hora. Algumas delas bem inovadoras, como é o caso dos declaratórios para fins de prequestionamento (art. 940, do Anteprojeto); e outras adaptaram à jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, como é o caso do efeito modificativo dos embargos de declaração (art. 937, § único, do Anteprojeto).

Percebeu-se também que algumas regras foram criadas para adaptar a multiplicidade moderna das funções dos embargos de declaração, por força da amplitude do seu objeto, que hoje, se pode dizer, são diferentes dos que foram criados com o Código de Processo Civil de 1969, não obstante o triplo vício – omissão, obscuridade e contradição – ser o mesmo.

É um novo recurso inspirado nas necessidades reais de adaptação à tranquila jurisprudência dos tribunais sobre alguns temas jungidos à boa ousadia da inovação apresentada numa relação espinhosa dos embargos de declaração e do prequestionamento.

Muitas alterações trouxeram benefícios para o jurisdicionado, advogados e magistrados. As regras apresentadas foram equilibradas, respeitando-se todos em plena igualdade. Entre outros, pode-se citar, a título de exemplo, a inclusão em pauta

dos embargos de declaração, se não forem julgados na primeira sessão após o protocolo. Ganharam, enfim, todos. Os advogados, com a ciência da data do julgamento com antecedência mínima de quarenta e oito horas; e, administrativamente, seus funcionários, liberados de informarem se recurso será julgado ou não nas sessões; e, muitas vezes, só se tem conhecimento minutos antes, eliminando-se, por exemplo, a possibilidade da entrega de memoriais aos magistrados que compõem a turma julgadora.

Com certeza, as mudanças foram muitas e reconhecidas como oportunas, mas, como se trata de elaboração de um novo Código de Processo Civil, e não de reformas pontuais, que sempre foram o cerne da reforma do CPC nas últimas décadas, sempre há como provocar outras alterações por achar pertinentes e principalmente não perder a oportunidade desta elaboração do Código, até porque certamente por muitos anos, após a aprovação deste Anteprojeto, as possíveis reformas voltarão a ser pontuais. Daí a sugestão de aperfeiçoamento de alguns temas feita no decorrer deste artigo.

Enfim, sejam bem-vindos os novos embargos de declaração com roupagem moderna, clara e necessária para se adaptar às suas múltiplas funções reconhecidas pela própria lei.

### Referências

BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 261 p. (Recursos no processo civil; v. 4).

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 254 p. (Recursos no processo civil; v. 11).

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. A inadmissibilidade dos embargos de declaração e dos embargos infringentes e seu reflexo em relação à interrupção do prazo para outros recursos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 9-25, set. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. da 5. ed. do livro *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 698 p. (Recursos no Processo Civil; v. 1).

OLIVEIRA, Ana Lúcia Lucker Meirelles de. *Litigância de Má-fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 101 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos de declaração e seus efeitos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 355, p. 79-88, maio/jun. 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 437 p.

YARSHELL, Luiz Flávio. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. 437 p.



# Saúde mental no trabalho

Um direito humano fundamental no mundo contemporâneo

Laís de Oliveira Penido

## Sumário

1. A saúde no trabalho: um Direito Humano Fundamental. 2. A proteção da saúde mental no meio ambiente do trabalho na normativa internacional. 3. A proteção da saúde mental no meio ambiente do trabalho na legislação brasileira. 4. A saúde mental no trabalho e o tratamento cruel, desumano ou degradante. 4.1. A saúde mental no trabalho. 4.2. O tratamento cruel, desumano ou degradante. Conclusão.

### *1. A saúde no trabalho: um direito humano fundamental*

Na economia liberal, a atividade produtiva é regida por leis econômicas iguais à da natureza: as leis da oferta e demanda. De acordo com essa doutrina, as relações sócio-trabalhistas devem atuar livremente e de acordo com o costume, sem a necessidade de nenhuma intervenção por parte do Estado, pois do contrário poderia ser alterado seu funcionamento. Nela é predicado a liberdade absoluta, por conseguinte, a plena liberdade de contratação, sendo abrigados os dogmas da autonomia da vontade e da igualdade dos contratantes.

A sacralização de leis imutáveis da economia para regular a atividade produtiva propiciou uma exploração sistemática da classe trabalhadora, já que a igualdade em direitos não suprimiu a desigualdade na realidade fática, era uma igualdade jurídica aparente. Essa sociedade, que se

Laís de Oliveira Penido é Doutoranda em Autonomia individual e autonomia coletiva pela Universidade Tor Vergata em Roma, Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás e Analista Processual na PRT 18ª Região.

constrói a si mesma em torno ao princípio de igualdade, divide-se em governantes e governados, proprietários dos meios de produção e proprietários da mão de obra – os trabalhadores –, homens e mulheres, isto é, em indivíduos diferentes.

Esse novo modelo de vida socioeconômica traduz-se no estabelecimento de péssimas condições de trabalho – jornadas extenuantes e salários de fome –, impostas pelos empresários a uma população trabalhadora abundante e desunida, causando uma deterioração econômica de tal magnitude do proletariado que provocou, como decorrência, um fenômeno de reação – medidas de defesa – diante desse estado de coisas, aparecendo um incipiente associacionismo obreiro, a princípio de matiz revolucionário, rebelando-se contra os princípios liberais da sociedade burguesa, com a finalidade de reverter o regime, substituindo o sistema de trabalho assalariado por outro. Essa violenta reação por parte das organizações proletárias ameaçava a subsistência do método de produção capitalista como um todo, fato que influi poderosamente na mudança de postura do liberalismo clássico. A burguesia cede na intervenção Estatal para a manutenção do sistema como um todo.

Os Estados se viram coagidos pelas pressões das massas trabalhadoras e decidiram intervir. Apareceram as primeiras normas trabalhistas para regular essa relação jurídica, nos âmbitos onde ficou mais evidente a exploração do trabalhador; foi uma intervenção gradual e paulatina, que começava a limitar a autonomia da vontade dos empresários na fixação das condições e do conteúdo do contrato de trabalho.

A dureza dessas condições de trabalho, durante a revolução industrial, também motivou o surgimento de ideias sociais que primeiramente se concretizaram na demanda de uma regulamentação internacional. O processo de internacionalização do Direito do Trabalho materializou-se no Tratado de Versalles. Em duas de suas partes, faz-se

referência ao trabalho: no artigo 23, “a”<sup>1</sup>, da Parte I e nos artigos 387 a 427 da Parte XIII. Nesta última, cria-se a Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>2</sup>.

A saúde é um direito humano básico, intrinsecamente conectada com o direito à vida. Sem saúde a vida humana fica comprometida, dependendo da gravidade da doença de que padece o empregado, ele corre o risco de ficar incapacitado para o trabalho temporária ou permanentemente, ou até mesmo de perder a vida. Sem saúde a capacidade de trabalho também fica comprometida.

A capacidade que o trabalhador tem para executar suas funções está relacionada com seu estado de saúde e com suas capacidades físicas e mentais. A capacidade é um processo dinâmico entre recursos do indivíduo em relação ao seu trabalho, assim sendo sofre influência de diversos fatores, como aspectos sociodemográficos, estilo de vida. Entre os diversos fatores, a saúde é considerada como um dos principais determinantes da capacidade para o trabalho; quanto melhor a qualidade de saúde, melhor a condição da

<sup>1</sup> Tratado de Versalles – 1919, I Parte, artículo 23 “Se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño en sus propios territorios, así como en todos los países a que se extiendan sus relaciones de comercio y de industria, y para este fin fundarán y conservarán las necesarias organizaciones internacionales. (...) Se esforzarán por adoptar medidas de orden internacional para evitar y combatir las enfermedades”. Neste artigo, havia somente “uma recomendação genérica aos membros da Sociedade das Nações para que se esforçassem em ‘assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança em seus próprios territórios, assim como em todos os países aos quais se estendam suas relações de comércio e indústria, e com esse fim estabelecer e sustentar as necessárias organizações” (GARCÍA, 1985, p. 135).

<sup>2</sup> “La OIT se fundó en 1919, en un mundo devastado por la guerra, amenazado por la revolución y asolado por la pobreza y la miseria de los trabajadores. Su finalidad era establecer una estructura social en pro de la paz y de la estabilidad, en la cual el quehacer económico pudiera engendrar la prosperidad a la par que la justicia social tanto por lo que respecta a las condiciones de vida de los trabajadores como al mundo del trabajo” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

capacidade para o trabalho. A força dessa associação aponta a relevância da saúde em sua integralidade condicionando a qualidade da capacidade para o trabalho.

O desenvolvimento político, econômico e social não pode ocorrer sem saúde (JAKARTA..., 1998), destarte, é um direito essencial para que se possa exercer os outros direitos fundamentais<sup>3</sup> e, muito especialmente, o direito ao trabalho; a usufruir de condições e de um meio ambiente de trabalho seguros e saudáveis<sup>4</sup>. A saúde no trabalho é um direito humano fundamental<sup>5</sup>. Trata-se de um princípio que informa

<sup>3</sup> "3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud". 4... el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, *condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano* (NAÇÕES UNIDAS, 2000).

<sup>4</sup> "4... el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, *condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano*" (NAÇÕES UNIDAS, 2000).

<sup>5</sup> "En la Resolución 1990/31 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se pone de relieve estos peligros y se hace hincapié en la necesidad de aplicar los actuales mecanismos de protección de los derechos humanos a la salud e y seguridad en el trabajo" (ENCICLOPEDIA..., 1998). "1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y

a legislação internacional de direitos humanos, também dentro da perspectiva da segurança pessoal.

A doutrina internacional (NAÇÕES UNIDAS, 1969, Art. 10, "a", "d"; Art. 20, "b") vai mais longe, aduz constituir a garantia do "establecimiento de condiciones de trabajo justas y favorables para todos, inclusive el mejoramiento de la salud y de las condiciones de seguridad en el trabajo" uma condição *sine qua non* para um Estado alcançar o progresso e o desenvolvimento econômico e social. Argumenta, ademais, serem o desenvolvimento econômico e o progresso social institutos interdependentes e exercerem influência entre si.

As primeiras normas da OIT foram no sentido de proteger a saúde física do trabalhador, contudo "el Sr. G. Kliesch, jefe del Servicio de Seguridad e Higiene del Trabajo de la OIT, subrayó que desde su creación la Oficina se había ocupado del entorno psicosocial. Entre otras actividades mencionó la primera reunión del Comité Mixto OIT/OMS de medicina del Trabajo (1950) que, al definir los objetivos de la medicina del trabajo, había hecho hincapié en la necesidad de colocar y mantener a los trabajadores en tareas que correspondan a sus capacidades fisiológicas y psicológicas" (FACTORES..., 1984, p. vi).

## 2. A proteção da saúde mental no meio ambiente do trabalho na normativa internacional

A ameaça que as condições de trabalho insalubres, perigosas e penosas supõem para direitos como a vida, a integridade física e mental e a segurança levaram a

depende de esos derecho en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud" (NAÇÕES UNIDAS, 2000).

comunidade internacional a proclamar, em diversos documentos internacionais dedicados aos direitos humanos, que todos os trabalhadores têm direitos a condições de trabalho saudáveis e seguras.

Os Estados-Parte, na Declaração Universal dos Direitos Humanos “decidiram *promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla*”, bem como frisaram a importância de “*condições justas e favoráveis de trabalho*” (BRASIL, 1991, grifo nosso).

O artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) reconhece o direito de que todo ser humano goze do mais alto grau de saúde física e mental, estipulando que, “entre as medidas que deverão adotar os Estados-Parte no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desses direitos, figurarão as necessárias para o melhoramento em todos os seus aspectos da higiene do meio ambiente”<sup>6</sup>. A observação geral nº 14, de 2000, especifica o conteúdo normativo do artigo 12<sup>7</sup>, agregando que o conceito do mais alto nível possível de saúde abarca as condições biológicas e socioeconômicas essenciais das pessoas<sup>8</sup>, abrange condições saudáveis no trabalho e no meio ambiente<sup>9</sup>. Afirma, no parágrafo 9, que: “El concepto del ‘más alto nivel posible de salud’, a que se hace referencia en el párrafo 1, del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. (...) el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

Reafirmou a OIT<sup>10</sup>, em 1975, na sua Conferência Internacional, que “o melho-

ramento das condições e do meio ambiente do trabalho, assim como do bem-estar do trabalhador, segue sendo a missão primordial e permanente da OIT”, lançando, nessa oportunidade, a ideia de implantar um programa internacional para o melhoramento das condições e do meio ambiente do trabalho – PIACT; e, em 1976, foram aprovados, por seu Conselho de Administração, os objetivos, quais sejam: “a) mobilizar o interesse e obter o apoio com relação a um tema que integra o mandato da OIT, mas que é olvidado com muita frequência nos períodos de dificuldades econômicas; b) proporcionar uma descrição mais completa da situação real e das recentes melhoras ou pioras das condições e meio ambiente de trabalho em todo o mundo; c) avaliar a repercussão real que as diferentes atividades empreendidas pelo PIACT mantêm sobre as condições e o meio ambiente de trabalho nos Estados-Membros; e d) facilitar as necessárias pautas tripartites para a orientação e o desenvolvimento futuro do Programa”<sup>11</sup>.

Com a finalidade de melhorar e complementar os programas destinados a proteger a saúde dos trabalhadores, a OIT e a OMS celebraram, em 1984, a novena reunião do Comitê Misto sobre Medicina do Trabalho. No Informe do Comitê Misto, fica patente a importância do meio ambiente psicossocial no lugar do trabalho e a necessidade de serem desenvolvidos programas multidisciplinares com o fim de melhorar os fatores psicossociais que põem em risco a saúde e o bem-estar no meio ambiente de trabalho. “Se admite, en general, que el desarrollo económico, el progreso técnico, el incremento de la productividad y la estabilidad social no sólo depende de los diferentes medios de producción de que se dispone, sino también de las condiciones de trabajo y de vida, así como del nivel de salud y de bienestar de los trabajadores y de sus familias” (Factores..., 1984).

<sup>6</sup> Art. 12. 2, “b”, Parágrafo 11.

<sup>7</sup> Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>8</sup> Parágrafo 9.

<sup>9</sup> Parágrafo 11.

<sup>10</sup> Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 18 maio 2002

<sup>11</sup> GB. 221/2/3, parágrafo 118.

Em 1981, a OIT aprovou o convênio número 155 (BRASIL, 1992) sobre segurança e saúde dos trabalhadores, o qual, no artigo 3, letra “e”, especifica que, com relação ao trabalho e para os efeitos desse convênio, o termo saúde abarca não somente a ausência de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetem a saúde e estejam diretamente relacionados com a medicina e segurança no trabalho. Acrescentando, nos artigos 4 e 5, letra “b”, o Estado deverá colocar em prática uma política nacional coerente em matéria de segurança e medicina do trabalho, observando, nas grandes esferas de ação, a adaptação das operações e dos processos à capacidade física e mental dos trabalhadores, na medida em que as mesmas afetem a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

Somente na recomendação sobre segurança e saúde dos trabalhadores, de 1981, foi possível prever a necessidade de serem adotadas medidas apropriadas para a prevenção das tensões mentais provocadas pelas condições de trabalho e prejudiciais à saúde, responsabilizando os empregadores pela implantação de medidas razoáveis e factíveis com o intuito de eliminar a fadiga mental excessiva. Na convenção supra mencionada, não foi possível esse acordo entre os representantes dos governos, empregadores e empregados.

Discutiu-se, na reunião de expertos realizada em 2005, a atualização da lista de doenças profissionais. “El representante de la OMS hizo hincapié en que no podía considerarse la salud sin tener en cuenta la salud mental y destacó además que una lista de enfermedades profesionales que no contemplara un punto sobre trastornos mentales y del comportamiento no podría considerarse una lista completa” (MEETING OF EXPERTS ON UPDATING THE LIST OF OCCUPATIONAL DISEASES, 2005). Foi proposta a inclusão de três pontos nessa lista de doenças profissionais: 1. Transtorno de *stress* pós-traumático devido a um sucesso ou situação estressante; 2.

Síndromes psiquiátrico-psicossomáticas causadas pelo assédio moral; e 3. Outros transtornos mentais ou de comportamentos não mencionados nos pontos 1 e 2, quando tenha sido estabelecido um vínculo entre a exposição do risco que resulte da atividade laboral e o transtorno mental padecido pelo trabalhador. Somente o primeiro ponto foi aprovado e passou a integrar mencionada lista.

A OIT assumiu a responsabilidade de concentrar a sua atenção na saúde mental no trabalho implantando o programa SOLVE, que “es un programa educativo interactivo destinado a prestar ayuda en la elaboración de políticas y la acción para abordar las cuestiones psicosociales en el lugar de trabajo”<sup>12</sup>.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – protege o direito à integridade pessoal preceituando, no inciso 1<sup>a</sup>, ter toda *pessoa o direito* de que se *respeite sua integridade física, psíquica e moral*.

Com o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de “Protocolo de San Salvador”, ficou estabelecido que *toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das conseqüências da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa; tem ademais direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. A fim de tornar efetivo o direito à saúde*, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar medidas para garantir esse direito, tais como: *prevenção e tratamento das doenças profissionais e a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio além de ter direito a uma nutrição adequada que*

<sup>12</sup> OIT: Programa Infocus de Seguridad, Salud en el Trabajo y Medio Ambiente (safework). SOLVE.

assegure a possibilidade de gozar do *mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual*.

Mesmo que seja tão só na proteção da saúde mental da mulher no trabalho, merece ser mencionada a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, “*Convenção de Belém do Pará*” (BRASIL, 1995, art. 1º, art. 2º, § 1º, art. 3º, par. único, art. 60, I, “c”, V, § 3º). Essa Convenção designa que, para os seus efeitos, “entender-se-á por *violência contra a mulher* qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause *dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher*” (grifo nosso). *Essa violência abrange tanto a física, a sexual e a psicológica, ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, as ocorridas no local de trabalho, ou qualquer outro local; e a perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.*

A ONU reafirmou, na Declaração do Milênio, o compromisso “com os *propósitos e princípios da Carta Magna das Nações Unidas*, (...) e determinados em estabelecer uma paz justa e duradoura em todo o mundo de acordo com os objetivos e princípios da Carta (...); *respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; (...) e internacional cooperação na resolução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário*” (NAÇÕES UNIDAS, 2001, § 3º). Consideram ser certos valores fundamentais essenciais às relações internacionais no século XXI. Entre esses incluem o *direito que têm homens e mulheres “de viver suas vidas e criar suas crianças com dignidade, livres de fome e do medo de violência, opressão e injustiça”* (NAÇÕES UNIDAS, 2001, § 6º, “a”, grifo nosso).

Na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, os Estados-Partes adotam diversos princípios e direitos na área do trabalho, entre eles: “*todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho sadio e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desen-*

*volvimento e desempenho profissional. Os Estados comprometem-se a formular, aplicar e atualizar de forma permanente e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores*”<sup>13</sup>, pois a promoção da saúde e da integridade física e mental dos trabalhadores deve constituir-se no objeto central dos esforços comuns dos países do MERCOSUL.

A Carta Social das Américas, regulando os direitos sociais fundamentais, no capítulo dedicado aos direitos à saúde, aduz no art. 7 que “*todas as pessoas têm direito a atenção e proteção integral da saúde, entendida como parte do direito a vida e, em consequência, como um direito humano de caráter inalienável e irrenunciável*”.

### 3. *A proteção da saúde mental no meio ambiente do trabalho na legislação brasileira*

No Brasil, a CF de 1988 estabelece, no seu artigo 6º, que a saúde é um direito social, inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, bem como agrega ser um direito de todos e um dever do Estado, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde. A Carta Magna também preleciona ser direito dos trabalhadores a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”. Compete ao Sistema Único de Saúde – SUS a atribuição de executar as *ações de saúde do trabalhador e de colaborar na proteção do meio ambiente do trabalho*.

Vale ressaltar a Lei nº 8.080, de 1990, entre as normas nacionais. Explicita essa norma que a *saúde é um direito fundamental*

<sup>13</sup> Saúde e segurança no trabalho – Art. 17.

do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, formulando e executando políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças. Agrega, ademais, *ter a saúde como fatores determinantes e condicionantes, entre outros o meio ambiente do trabalho*; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Dizem respeito também à saúde as ações, as que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. Além do que, também estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de ações de saúde do trabalhador e a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1990, art. 6º, I, “c”, V; § 3º, II).

Para essa lei, a saúde do trabalhador é entendida como “um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho”.

A Lei nº 8.213, de 1991, considera acidente do trabalho tanto a doença profissional, como a doença do trabalho, respectivamente, a que é produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelos Ministérios do Trabalho e da Previdência Social; bem como a que é adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente. Incorpora o entendimento do conceito de saúde do trabalhador, para fins dessa lei, como o conjunto de atividades destinadas à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo a “participação, no âmbito de competência do SUS, em estudos sobre o

controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho”.

Além disso, a Previdência Social, no Decreto nº 3.048, de 06/05/99, no anexo II, que trata dos agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, prevê os transtornos mentais e do comportamento relacionados com trabalho tais como: reações ao *Stress Grave* e *Transtornos de Adaptação*; circunstância relativa às condições de trabalho; outros transtornos neuróticos especificados – inclui a “*neurose profissional*”, pela ameaça de perda de emprego; ritmo de trabalho penoso; condições difíceis de trabalho e outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho; “*Síndrome de Burn-Out*” e outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho<sup>14</sup>. Insta ressaltar que essas doenças também fazem parte da lista de doenças relacionadas ao trabalho emitida tanto pelo Ministério da Saúde como pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

#### 4. A saúde mental no trabalho e o tratamento cruel, desumano ou degradante

##### 4.1. A saúde mental no trabalho

No local de trabalho, o empregado passará seguramente cerca de um terço da sua vida e o trabalhador brasileiro está desgastando sua saúde em ambientes que impõem desgaste, incômodo e sofrimento, que, na maioria dos casos, por absoluto desconhecimento ou descaso com a prevenção de doenças, poderiam ser plenamente evitados. No Brasil, as normas de Segurança e Medicina do Trabalho ainda estão centradas tão somente nos perigos físicos, químicos e biológicos. Nada obstante, essa perspectiva reduz muito o âmbito que o conceito saúde laboral abarca.

<sup>14</sup> Grupo V da CID-10; item VIII, F43; item VIII, Y96; item X, Z56.2; item X, Z56.5; item X, Z56.6; item XII, Z73.0; item XII, Z56.3; item XII, Z56.6.

Em meados do século XX, a concepção de saúde mental foi, paulatinamente, tornando-se mais abrangente, fundada nas noções de multicausalidade e de ênfase nos fatores sociais. Atualmente, o conceito de saúde não é mais fixado em termos genéricos e de forma abstrata para todos os indivíduos. O bem-estar e a saúde são conceitos relativos, dinâmicos e mutáveis, pois a percepção de cada indivíduo sobre esses temas é relativa e depende da experiência e vivência de cada um, bem como da noção e do conhecimento vigentes sobre esses temas no entorno em que está inserida essa pessoa.

A Organização Mundial da Saúde – OMS definiu, em 1947, que “a saúde é um estado de bem-estar físico, mental e social total e não exclusivamente a ausência de doença”. Reafirma enfaticamente a Declaração de Alma-Ata que a *saúde* é um “estado de completo *bem-estar* físico, *mental* e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde”.

O Comitê Misto OIT/OMS definiu saúde e segurança no trabalho como “el logro y mantenimiento del mayor nivel de bienestar físico, mental y social de los trabajadores de todas las profesiones, la prevención de la pérdida de la salud de los trabajadores causada por las condiciones de trabajo, la protección de los trabajadores en el lugar de trabajo contra riesgos producidos por los agentes nocivos para la salud, la colocación y el mantenimiento de los trabajadores en un medio ambiente de trabajo adaptado a sus características fisiológicas y psicológicas y, en resumen, la adaptación del trabajo al hombre y de cada hombre a su trabajo” (ENCICLOPEDIA..., c1998).

A Carta Social das Américas afirma que a saúde é um direito social fundamental, tendo todos o direito a “*proteção integral da*

*saúde, entendida como parte do direito a vida*” (grifo nosso).

O trabalho em condições adversas pode afetar a saúde psíquica das pessoas e explicar ocorrências endêmicas de certas alterações. As implicações psíquicas das sequelas que essas doenças causam no ser humano representam um impacto em um traço identitário de grande significação do ser humano, pelo valor simbólico atribuído ao trabalho hoje em dia. Foi Christophe Dejours quem introduziu, no estudo da relação saúde mental no trabalho, a noção de sofrimento como uma vivência intermediária entre a doença mental descompensada e o bem-estar psíquico.

Os transtornos mentais e comportamentais possuem etiologia variada, indo desde os fatores orgânicos aos essencialmente psicológicos. Uma das características dessas doenças, principalmente na sua relação com o trabalho, é a *invisibilidade*. Esse processo de invisibilidade ocorre porque os problemas mentais não aparecem em exames e radiografias como a hipertensão arterial, a diabetes, a úlcera gástrica, etc. Grande parte das alterações psíquicas envolve processos crônicos, cumulativos e multicausais, os quais podem ser somatizados ou não.

Os fatores psicossociais têm fundamental importância à hora de avaliar e implantar uma política em matéria de medicina e segurança no trabalho, pois indigitados fatores podem influir de maneira decisiva no bem-estar físico e mental do trabalhador, visto que este não pode ser considerado como uma máquina constituída por músculos e nervos ou uma pilha disforme de células.

Alguns desses fatores de risco podem ocasionar uma diminuição do nível de saúde do trabalhador, entre eles “aspectos físicos e certos aspectos de organização e sistema de trabalho, assim como a qualidade das relações humanas na empresa. Todos esses fatores interatuam e repercutem sobre o clima psicossocial da empresa e sobre a saúde física e mental dos trabalhadores”. Outros fatores potencialmente negativos

são “a má utilização das habilidades, a sobrecarga de trabalho, a falta de controle, o conflito de autoridade, a desigualdade no trabalho, a falta de segurança no trabalho, os problemas nas relações de trabalho, o trabalho por turnos e o perigo físico” (FACTORES..., 1984, p. 1-2,5).

Esses fatores de risco nunca se apresentam isoladamente, eles se interatuam no entorno do meio ambiente laboral ao mesmo tempo, de forma a potencializar os efeitos nocivos. As inúmeras doenças relacionadas à organização, aos processos e ambientes de trabalho apresentam graves riscos à integridade e à saúde física e mental dos trabalhadores.

Um ambiente de trabalho saudável e seguro propicia aos empregados a continuação da condição de uma boa saúde física e mental com relação ao lugar de trabalho, contribuindo, ademais, para prevenir a violência no lugar do trabalho. A violência, na atualidade, é considerada um problema de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde.

A OIT entende violência no lugar de trabalho como “toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”. Agrega mais à frente: “la violencia en el lugar de trabajo se ciernen como graves amenazas para la salud y la seguridad, la eficacia del servicio, la productividad, la igualdad de trato y el trabajo decente” (FACTORES..., 1984, p. 1-2,5).

A violência caracteriza-se pela ação baseada na ira, que não tenta nem busca convencer o outro, mas simplesmente o agride. O termo “violência” deve ser entendido, neste trabalho, com um sentido amplo, abarcando qualquer tipo de comportamento no qual um trabalhador seja agredido, ameaçado, humilhado ou insultado, sendo esses comportamentos suscetíveis de causar um dano ou doença psicofísica a quem os receba.

A violência no trabalho abarca uma ampla variedade de comportamentos, interessa-nos o maltrato psicológico. Tratamentos tais como: rejeição, depreciação, indiferença, discriminação, desrespeito e punições exageradas podem ser considerados um tipo de violência grave. Essas atitudes, muitas vezes, não deixam marcas visíveis no indivíduo, mas podem levar a estados graves de patologias psicológicas e emocionais. Alguns desses estados podem tornar-se irrecuperáveis em um indivíduo anteriormente saudável. Qualquer tipo de assédio pode configurar violência no trabalho, seja assédio moral, sexual ou a intimidação. Esse problema deve ser abordado em três aspectos fundamentais: um problema de trabalho, de direitos humanos e de saúde e segurança no trabalho.

#### 4.1.1. O assédio moral

Vários estados e municípios brasileiros já instituíram, no âmbito de suas administrações, leis que vedam a prática do assédio moral. No plano federal, tramitam três projetos. A Lei do Município de São Paulo (SÃO PAULO, 2002) regula esse tema conceituando o assédio moral como “todo o tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de ideias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele por meio de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços” (SÃO PAULO, 2002, art. 1º, par. único).

Ainda que o fenômeno do assédio moral seja igualmente velho à própria relação de trabalho, somente no início dos anos 80 foi determinado como destrutivo do ambiente

laboral, reduzindo a produtividade e provocando o absentismo devido aos danos psicológicos que causa.

O pioneiro nesse estudo foi Heinz Leymann, que denominou o fenômeno de *psicoterror* e inicialmente conceituou o assédio moral, dizendo: "Psychological terror or mobbing in working life involves hostile and unethical communication which is directed in a systematic manner by one or more individuals, mainly toward one individual, who, due to mobbing, is pushed into a helpless and defenseless position and held there by means of continuing mobbing activities. These actions occur on a very frequent basis (statistical definition: at least once a week) and over a long period of time (statistical definition: at least six months duration). Because of the high frequency and long duration of hostile behavior, this maltreatment results in considerable mental, psychosomatic and social misery"<sup>15</sup>.

Marie-France Hirigoyen (2001, p. 19) entende por assédio moral toda "conducta abusiva (gestos, palavra, comportamento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo"<sup>16</sup>.

Por meio do processo de assédio moral, um indivíduo pode conseguir destroçar outra pessoa com desestabilizações<sup>17</sup>, habituais entre os perversos. Trata-se, *in casu*, de perversidade no sentido de perversão moral. Um indivíduo perverso é sempre

perverso; encontra-se fixado a esse tipo de relação com o outro. Esses indivíduos têm a necessidade de rebaixar os outros para adquirir uma boa autoestima e, mediante esta, adquirir o poder, pois estão ávidos de admiração e aprovação. Não têm nem compaixão, nem respeito pelos demais. Respeitar ao outro suporia considerá-lo como ser humano e reconhecer o sofrimento que lhes inflige.

Esses indivíduos só se relacionam por meio de um comportamento patológico; portanto, todas as pessoas que convivem no ambiente de trabalho podem ser atingidas. Ademais, cumpre salientar que os perversos são não somente perigosos para as vítimas, mas também indiretamente perigosos para o ambiente de trabalho como um todo.

Ainda quando sua perversidade não passe despercebida, o silêncio impera, por diversos motivos. Essas agressões são derivadas de um processo inconsciente de destruição psicológica, formado por ações hostis evidentes ou ocultas, de um ou de vários indivíduos, em relação a um indivíduo determinado, tomado como bode expiatório.

Trata-se de uma perseguição continuada, cruel, humilhante; portanto é a deliberada degradação das condições de trabalho, por meio do estabelecimento de um comportamento antiético, abusivo, manipulador e hostil. Uma das particularidades desse tipo de processo é que a pessoa assediada não sabe como lidar com essas situações para modificar esse entorno social, e muito menos como controlar as reações emocionais que estão sendo produzidas por esse processo. Mencionadas circunstâncias desencadeiam patologias próprias do estresse, que vão se tornando crônicas e se agravam de forma progressiva. Não é raro que o assediador tente colocar a vítima como agressor, isto é, como se ela fosse o assediador.

As consequências na saúde mental dos trabalhadores são enormes, pois a humilhação repetitiva e de duração prolongada

<sup>15</sup> "Yet, in recent years, a workplace-related psychosocial problem has been discovered, the existence and extent of which was not known earlier. This phenomenon has been referred to as "mobbing", "ganging up on someone", "bullying" or "psychological terror". In this type of conflict, the victim is subjected to a systematic, stigmatizing process and encroachment of his or her civil rights" (LEYMANN, 1996).

<sup>16</sup> HIRIGOYEN, M-F. *El Acoso Moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona: Paidós. 2001. p. 19. Ver também HIRIGOYEN (2002, p. 17).

<sup>17</sup> As insinuações, as alusões maliciosas, a mentira e as humilhações.

compromete a identidade do ser humano, por conseguinte a sua integridade psíquica, ocasionando graves danos que podem, inclusive, evoluir incapacitando permanentemente para o trabalho a pessoa atingida.

Estamos diante de um processo real de destruição moral que pode conduzir a uma doença mental ou até mesmo ao suicídio. O assédio moral afeta, ademais, os custos operacionais da empresa, com a baixa produtividade daí advinda, absenteísmo, falta de motivação e de concentração que aumentam os erros no serviço, abandono do trabalho, aumento do número de acidentes, diminuição da quantidade e da qualidade do trabalho.

A manipulação perversa se instala de forma insidiosa e, a princípio, como uma forma de brincadeira. “Em seguida esses ataques vão se multiplicando e a vítima é seguidamente acuada, posta em situação de inferioridade, submetida a manobras hostis e degradantes durante um período maior. (...) É a repetição dos vexames, das humilhações, sem qualquer esforço no sentido de abrandá-las, que torna o fenômeno destruidor. (...) O assédio torna-se possível porque vem precedido de uma desvalorização da vítima pelo perverso, que é aceita e até causada pelo grupo. Essa depreciação dá uma justificativa *a posteriori* à crueldade exercida contra ela e leva-a a pensar que ela realmente merece o que está acontecendo” (HIRIGOYEN, 2005, p. 65-68).

Vários comportamentos são enumerados pela doutrina como explicitações do assédio moral, tais como: suspiros seguidos pelo erguer de ombros, risinhos, olhares de desprezo ou menosprezo, críticas indiretas, inferiorizações, ser indiferente à presença da vítima, piadas jocosas com relação ao sexo, subentendidos malévolos, zombarias, murmúrios, rumores sobre a vítima, ironias, sarcasmo e outros toques desestabilizadores, geralmente em público. Usam-se, ainda, discriminação, calúnias, difamações, injúrias, mentiras, boatos sobre preferências, favores sexuais e outros.

“Prática comum de alguns empregadores é a alegação do escudo retórico da *hierarquia e da disciplina como manto protetor de arbitrariedades e ilegalidades*. Também é comum a deturpação completa do conceito de discricionariedade administrativa, qual seja a margem de liberdade para decidir, segundo os parâmetros delineados no ordenamento positivo brasileiro. (...) se estabelece o pacto do silêncio e da tolerância. *E o silêncio predomina no coletivo*. É comum a alta hierarquia ter uma atitude de fuga, e não dar crédito aos comentários ou queixas relatados. *Alguns, até admiram a capacidade de mando do chefe que humilha*. A conduta de indiferença da alta hierarquia acentua no humilhado a sensação de desamparo” (SALVADOR; BARRETO, 1998, grifo nosso).

Esse constante clima de terror psicológico no ambiente de trabalho gera, na vítima assediada, um sofrimento capaz de mermar sua saúde física e psicológica, predispondo-a a desenvolver doenças crônicas. Nem sempre a prática do assédio moral é de fácil comprovação, porquanto, na maioria das vezes, ocorre de forma velada, dissimulada.

#### 4.1.2. O assédio sexual

Ainda que os homens também possam ser vítimas do assédio sexual, quase na sua totalidade são as mulheres que o padecem desde que começaram a trabalhar fora de casa, e por muito tempo trivializado. Esse assédio é considerado como uma forma de discriminação em razão do gênero.

A Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, introduziu no Capítulo dos Crimes contra a Liberdade Sexual do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) o delito de assédio sexual.

A maioria das definições tem três elementos-chaves no conceito do assédio sexual para a doutrina da OIT: a) “Conducta de natureza sexual, y toda otra conducta basada en el sexo y que afecte a la dignidad de mujeres y hombres, que resulte ingrata, irrazonable y ofensiva para quien la recibe;

b) Cuando el rechazo de una persona a esa conducta, o su sumisión a ella, se emplea explícita o implícitamente como base para una decisión que afecta al trabajo de esa persona (acceso a la formación profesional o al empleo, continuidad en el empleo, promoción, salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo); y c) Conducta que crea un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien la recibe” (WARSHAW, c1998).

Normalmente o assédio ocorre em um contexto que a vítima tem pouco controle, em razão do risco de receber represálias ou mesmo correr o risco de ser demitida e perder o seu meio de sustento. Por outro lado, é frequente que a vítima oculte o assédio temendo que a direção não lhe dê crédito, haver insinuação de ela ter provocado assédio ou mesmo ser difamada no ambiente de trabalho. O assédio tem mais a ver com relações de poder que com relações sexuais.

Trata-se de um fator de *stress* no ambiente de trabalho, tornando esse um entorno intimidatório, humilhante e hostil para quem é vítima desse tipo de violência. Os efeitos são negativos para a saúde, sendo muitas vezes extremamente grave, o que supõe uma ameaça para a integridade física, psíquica e emocional da pessoa afetada. Esse problema, além de constituir uma violação dos direitos fundamentais de quem o sofre, também é um problema de saúde e segurança no trabalho.

Implica piadas, insinuações e comentários cuja carga sexual resulta ameaçadora ou depreciativa para as mulheres. Essas atitudes, além de ofender as mulheres, trazem-lhes muita impotência, mal-estar, nervosismo, confusão, mau humor, desânimo, frustração, perda da autoestima, diminuição da confiança na própria capacidade, implicando perda de eficiência e de produtividade no trabalho, podendo, além disso, provocar absenteísmo e rotatividade de mão de obra.

As consequências psicológicas na estabilidade emocional dos afetados, depen-

dendo da gravidade do assédio, podem ser demolidoras para a vítima: tristeza, revolta e indignação, ansiedade, depressão e, acrescenta-se a isso que, em torno de 50% e 60% das mulheres agredidas sexualmente desenvolvem *stress* pós-traumático.

A vítima também pode ter implicações somáticas, produzindo disfunções e lesões biológicas, isto é, a saúde física também se vê ressentida: transtorno do sono, dor de cabeça, problemas gastrointestinais e musculares, náuseas, hipertensão, úlceras e toda a sintomatologia associada ao *stress*.

Infelizmente é, ainda hoje, difícil encontrar um local de trabalho onde o tratamento que foi dado não envolveu o desligamento da vítima, ainda que “espontaneamente”. No Brasil persiste a mentalidade patriarcal impressa nos valores sociais cujos pressupostos subsistem tais como: algumas mulheres fazem por merecer o que lhes acontece pelas roupas curtas ou sensuais que vestem, por sua desinibição etc., ou há sempre a insinuação de ter a assediada provocado a situação, tornando a mudança cultural muito mais lenta.

#### 4.1.3. O *stress* no trabalho

O *stress* é um mecanismo bioquímico de sobrevivência mais antigo que o próprio *homo sapiens*, que foi aperfeiçoando-se ao longo da própria evolução do homem. O “estado de *stress*” desencadeia um conjunto de reações e de respostas do organismo necessário à preservação de sua integridade. O organismo, quando exposto a um esforço, provocado por um estímulo percebido como ameaçador à sua estabilidade, tem a tendência de responder de forma uniforme e inespecífica denominada síndrome geral de adaptação. Cada pessoa possui uma quantidade específica de energia adaptativa e essa energia é limitada. Durante um prolongado estado de *stress*, a pessoa torna-se vulnerável ao aparecimento de doenças, pois pode ter ultrapassado a reserva de energia adaptativa que possuía, ocorrendo um desequilíbrio orgânico em

resposta às influências, tanto internas quanto externas.

Ocorre o *stress* ocupacional<sup>18</sup> quando o empregado se sente inapto para atender as demandas do trabalho, causando-lhe sofrimento, mal-estar e um sentimento de inabilidade para enfrentar as atividades laborais<sup>19</sup>. “No âmbito da medicina legal, refere-se à perturbação psicorgânica suscitada por uma agressão e pela reação de defesa àquela agressiva, muitas vezes excessiva, desordenada e nociva, ou à influência nociva de fatores como o (...) trauma, preocupação, emoções violentas e excesso de trabalho que provocam certas reações do organismo, síndrome de alarme, síndrome geral de adaptação, podendo ser traduzida, ainda, como esgotamento físico e mental” (CATALDI, 2002, p. 86).

O *stress* ocupacional é um estado crônico de desgaste mental que pode levar a fadiga<sup>20</sup>. A gravidade desse *stress* está na continuidade do dia a dia, não permitindo ao corpo refazer-se dos efeitos fisiológicos e psicológicos provocados por ele. O local de trabalho e os relacionamentos interpessoais que acontecem nesse ambiente são condições ensejadoras do *stress* que diariamente renovam os sentimentos depressivos. Normalmente essas condições são denominadas fatores psicossociais.

Assim, quando temos um organismo sobre situação de *stress*, o equilíbrio psicofi-

siológico do indivíduo se rompe, obrigando que o mesmo se utilize de recursos extras de energia, circunstância que pode provocar mudanças de comportamento. Entre os principais sintomas estão: distúrbios de sono, irritabilidade, distúrbios gastrintestinais, sintomas psicopatológicos, distúrbios de memória, dificuldade de concentração, alterações de peso, sudorese, perda de apetite, sensação de que está sendo observado ou perseguido no local de trabalho e, por vezes, o desenvolvimento da chamada “síndrome do pânico”.

O *stress* no trabalho está interconectado e tem elementos em comum que o vinculam ao aparecimento de outras psicopatologias no trabalho. Os processos de *stress* não resolvidos podem estar associados ao desenvolvimento da depressão e da síndrome *Burn-out*.

#### 4.1.4. A Depressão

A depressão é um dos transtornos mentais mais frequentes no lugar de trabalho e pode ser classificada em diversas modalidades: leve, moderada, grave sem sintomas psicóticos e grave com sintomas psicóticos. Segundo levantamento da OMS, a depressão maior, unipolar, vem sendo considerada a primeira causa de incapacidade entre todos os problemas de saúde e reconhecida como um problema prioritário de saúde pública. Sofrer violências ou ameaças no local de trabalho – assédio moral, assédio sexual – agrava fortemente os riscos de se desencadear episódios depressivos.

Os episódios depressivos podem se manifestar por meio de sintomas físicos, emocionais e comportamentais. Entre os primeiros, os mais frequentes são: as dores musculares, incluindo dor de cabeça, taquicardia, hipertensão arterial e problemas gastrintestinais; no que tange aos emocionais: apatia, angústia, medo, depressão, desânimo, ansiedade, insegurança, preocupação e insônia. Quanto aos comportamentais: agressividade/passividade, distúrbios alimentares e mudanças

<sup>18</sup> Conjunto de perturbações psicológicas ou sofrimento psíquico associado às experiências de trabalho.

<sup>19</sup> “Existe potencial de estrés cuando una situación del entorno se percibe como una demanda que amenaza superar las capacidades y recursos de la persona para satisfacerla, en condiciones en las que él o ella esperan una diferencia sustancial en las recompensas y costes de satisfacer o no esa demanda” (FREUDENBERGER, c1998).

<sup>20</sup> “A fadiga representa o cansaço ou esgotamento provocado por excesso de trabalho físico ou mental, conduzindo a auto-intoxicação pela liberação de leucomaínas no cérebro, aumento de ácido láctico nos músculos e creatinina no sangue, diminuição, desta forma, da resistência nervosa do indivíduo, tendo por consequência a ocorrência de acidentes do trabalho ou a prática de certos crimes” (DINIZ, 1998, v. 3).

na libido. Sem dúvida, a depressão afeta a vida da pessoa como um todo.

“O diagnóstico de *episódio depressivo* requer a presença de pelo menos cinco dos sintomas abaixo, por um período de, no mínimo, duas semanas, sendo que um dos sintomas característicos é humor triste ou diminuição do interesse ou prazer, além de: 1) marcante perda de interesse ou prazer em atividades que normalmente são agradáveis; 2) diminuição ou aumento do apetite com perda ou ganho de peso (5% ou mais do peso corporal, no último mês); 3) insônia ou hipersonia; 4) agitação ou retardo psicomotor; 5) fadiga ou perda da energia; 6) sentimentos de desesperança, culpa excessiva ou inadequada; 7) diminuição da capacidade de pensar e de se concentrar ou indecisão; 8) pensamentos recorrentes de morte (sem ser apenas medo de morrer), ideação suicida recorrente sem um plano específico ou uma tentativa de suicídio ou um plano específico de suicídio” (RECUPERAÇÃO..., 2003, p. 13-14). “*Hay pocos trastornos psicológicos que sean tan debilitadores, y ninguno que produzca tanto sufrimiento como la depresión grave (...) Una de cada 200 personas afectada por una enfermedad depresiva morirá por suicidio. Probablemente, estimación aún es optimista*” (SELIGMAN, 2000, p. 115).

O modelo da doença síndrome do “desamparo aprendido” pode ser utilizado como modelo explicativo para o nexo etiológico entre os entornos estressantes no trabalho e a depressão. A pessoa aprende que nenhuma de suas tentativas de reação influirá no deslinde da questão, assim sendo desenvolve uma atitude cada vez mais passiva e depressiva. Quando o trabalhador sente que perde progressivamente o controle sobre as suas atividades diárias, pode desenvolver essa síndrome.

Quando alguém se vê encurralado em situações altamente adversas nas quais as

suas reações são sempre vistas como inadequadas, sendo constantemente criticadas e ridicularizadas, essas pessoas sentem-se, momentaneamente, desamparadas. Com o correr do tempo, aprendem a reagir em um padrão de apego disfuncional e ficam paralisadas diante de determinadas situações adversas, aprendem a ser indefesas, por acreditar que a ação é inútil.

#### 4.1.5. O Burn-out

O termo *burn-out* ou *burnout*, “queimar até a exaustão”, vem do inglês e indica o colapso que sobrevém após a utilização de toda a energia disponível. É uma síndrome multidimensional constituída pela exaustão emocional, desumanização, reduzindo a sensação de realização pessoal no trabalho.

O *burn-out* é a cronificação do estresse ocupacional, refere-se a um processo de desinvestimento afetivo no trabalho que antes era objeto de todo ou grande parte desse investimento. “O trabalhador que antes era muito envolvido afetivamente com os seus clientes, com os seus pacientes ou com o trabalho em si, desgasta-se e, em um dado momento, desiste, perde a energia ou se *queima* completamente” (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS EM SAÚDE, entre 1978 e 2008). O cotidiano no trabalho passa a ser penoso, doloroso.

O afastamento afetivo do trabalho compromete o desempenho profissional e, muitas vezes, a própria capacidade de trabalhar. Essa síndrome traz consequências avassaladoras à saúde de um número cada vez mais crescente de pessoas e “pode estar associada a uma suscetibilidade aumentada para doenças físicas, uso de álcool ou outras drogas (para obtenção de alívio) e para o suicídio”<sup>21</sup>.

A sintomatologia da síndrome pode ser dividida em quatro categorias: físicas, psíquicas, comportamentais e defensivas.

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 192.

As físicas: fadiga constante e progressiva, distúrbios do sono, dores musculares ou osteomusculares, cefaleias, enxaquecas, perturbações gastrointestinais, imunodeficiência, transtornos cardiovasculares, distúrbios do sistema respiratório, disfunções sexuais, alterações menstruais nas mulheres.

As comportamentais: negligência ou excesso de escrúpulos, irritabilidade, incremento da agressividade, incapacidade para relaxar, dificuldade na aceitação de mudanças, perda de iniciativa, aumento do consumo de substâncias, comportamento de alto risco, suicídio.

As psíquicas: falta de atenção e de concentração, alterações de memória, lentificação do pensamento, sentimento de alienação, sentimento de solidão, impaciência, sentimento de insuficiência, baixa autoestima, labilidade emocional, dificuldade de autoaceitação, astenia, desânimo, disforia, depressão, desconfiança, paranoia.

As defensivas: tendência ao isolamento, sentimento de onipotência, perda do interesse pelo trabalho ou até mesmo pelo lazer. O absentismo, ironia, ríspides e cinismo são também considerados elementos defensivos da síndrome.

#### *4.2. O tratamento cruel, desumano ou degradante*

A proibição de imposição de um tratamento cruel, desumano ou degradante apenas surge com o processo de internacionalização dos direitos humanos, que tem como marco emblemático a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Em seu art. 5º, textualmente afirma que: “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Entretanto, não se definiu, do ponto de vista jurídico, o que constitui “tortura” nem “tratamentos ou penas cruéis”.

Essa proibição foi agasalhada pelos sistemas regionais de proteção de direitos humanos que historicamente se sucederam

à criação da ONU, enquanto sistema mundial de proteção dos direitos humanos. O direito a um tratamento humano, em qualquer relação, está prescrito principalmente no art. I da Declaração Americana e no art. 5º da Convenção Americana.

A Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura também não delimitou o sentido de tratamento inumano e degradante e muito menos a diferença deles em relação à tortura. Sem embargo, pode-se compreender seus princípios pela jurisprudência da Corte Europeia e da Comissão Interamericana.

O primeiro órgão internacional a enfrentar o desafio de definir o crime de tortura, diferenciando-o dos demais tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, foi a Comissão Europeia de Direitos Humanos – CEDH quando decidia sobre o Caso Grego (*Greek Case*). Nesse caso, a CEDH entendeu que tortura é um tipo agravado de tratamento desumano, infligido a alguém com um intuito específico (obter confissão, informação, etc.). Tratamento desumano, por sua vez, abrange o tratamento degradante. Segundo a CEDH, tratamento degradante consiste naquele que humilha a pessoa perante os demais ou que a leva a agir contra a sua vontade ou a sua consciência. O tratamento desumano é o que causa severo sofrimento ou atenta gravemente contra a integridade e/ou a saúde física ou mental. A CEDH procurou primeiro definir o significado de tratamento desumano; o que exceder em grau de sofrimento constitui tortura e o que faltar constitui tratamento degradante.

Em 1975, acolhendo o entendimento emitido pela CEDH, a ONU adotou a Resolução nº 3452 (XXX) que explicitou consistir a tortura “uma forma agravada e deliberada de pena ou tratamento cruel, desumano e degradante”. Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes plasmou o conceito internacional de tortura: qualquer ato ou omissão pelo

qual se inflige intenso sofrimento físico ou mental, com um propósito de obter confissão ou informação, castigar, intimidar, em razão de discriminação, quando o responsável for agente público.

Ao analisar a violação do direito ao respeitado à integridade pessoal, a Comissão Interamericana usou como subsídio as decisões da Comissão Europeia de Direitos Humanos, nas quais ficou estabelecido como sendo *tratamento desumano* aquele que deliberadamente causar sofrimento mental ou psicológico injustificado e de alguém ter recebido *tratamento degradante* quando for gravemente humilhado diante de outrem.

O texto constitucional de 1988 trouxe, por primeira vez, a condenação formal à prática da tortura, do tratamento desumano ou degradante. O texto não menciona o adjetivo “cruel”, como os textos internacionais.

Retomando o conceito elaborado pela jurisprudência internacional, tratamento degradante é o destinado a criar na vítima um sentimento de temor, angústia e inferioridade, cuja finalidade é humilhar, desdenhar e rebaixar a pessoa assediada para quebrar-lhe a resistência moral, e o tratamento desumano é o que causa um intenso sofrimento mental nas vítimas.

Abarcando o conceito de assédio moral, a exposição de qualquer empregado a situações humilhantes e constrangedoras, cujo fito é o de aniquilá-lo, desestabilizá-lo, tipifica-se como tratamento degradante. Além disso, o assédio moral gera na vítima sentimentos de menos-valia, angústia, insegurança, desânimo e desespero, em outras palavras, “um intenso sofrimento psíquico”, logo, também se tipifica como tratamento desumano.

O assediador, no assédio sexual, em uma manifestação de relações de poder, tenta subjugar a assediada, por meio de chantagem, ao seu interesse sexual, conduta que cria um ambiente de trabalho intimidatório, hostil e humilhante para quem a recebe.

Para Weber (1999, v. 1, p. 33,191), dominação compreende uma situação de fato, em que uma vontade manifesta do dominador quer influenciar as ações de outras pessoas e a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem.

Esse problema tem relação com a assinação de róis atribuídos aos homens e às mulheres na vida social e econômica, que, por sua vez, direta ou indiretamente, afeta a situação das mulheres no mercado de trabalho. A empregada é obrigada a escolher entre assentir a umas demandas sexuais ou perder algum benefício ou algo que lhe corresponderia pelo trabalho ou mesmo o próprio emprego. Dado que isso só pode ocorrer em uma relação em que alguém tenha o poder de dar ou retirar esse benefício derivado do trabalho<sup>22</sup>, caracteriza abuso de autoridade por parte do empregador.

O assediador, mediante chantagem, tenta extorquir vantagens de alguém sob a promessa de algo ou a ameaça da perda de algo. Nessa situação de dominação e de submissão, pois se passa em uma relação de poder, subjugar tem a finalidade de quebrar a resistência, a negativa da vítima; logo, pode ser tipificado como tratamento degradante. Insta frisar que normalmente, nessa relação, concomitantemente ocorre o assédio moral.

Assédio sexual provoca na vítima: insegurança, culpa, depressão, problemas sexuais e de relacionamento íntimo, baixa autoestima, vergonha, fobias, tristeza, revolta, indignação, ansiedade, desmotivação. Pode ocorrer também, nos casos mais graves, tendências suicidas e, em um elevado número de casos, o *stress* pós-traumático. Isto nos avaliza a tipificar esses sentimentos de “um intenso sofrimento mental”, por conseguinte, um comportamento desumano.

Deslocando a fundamentação jurídica do assédio moral e sexual para a proteção da integridade psicológica, emocional e moral dos empregados pela vulneração

<sup>22</sup> Este assédio denomina-se *quid pro quo*.

do direito à saúde mental no trabalho, pode-se, em alguns casos, inclusive, tipificar essas condutas como crime, pois a lei penal brasileira tipifica a *lesão corporal grave* quando for lesionada a saúde de outrem, incapacitando-o para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; ou se resultar incapacidade permanente para o trabalho.

Na Psicologia existe a discussão sobre a intencionalidade malévola dos agressores em relação ao assédio moral. Essa discussão cinge-se na consciência ou inconsciência do agressor de causar dano ou de ferir alguém, bem como no desejo de o fazê-lo.

No Direito e, principalmente, no campo penal, a discussão é mais complexa. O Direito Penal visa regular os atos humanos sempre que eles passem para a seara do injusto; ele intervém nessas relações quando os outros ramos do Direito não são mais eficazes para manter ou restaurar o equilíbrio social.

O crime é cometido quando o agente pratica todos os elementos descritos na definição do tipo penal, melhor dizendo, saber se a conduta do agente foi ou não praticada de acordo com o preceito legal, individualizando uma conduta contrária à norma jurídica. Outro problema enfrentado pelos juristas é se o agente, no momento em que praticou a ação, foi impulsionado pelo dolo ou pela culpa, para a verificação se ele merece uma maior ou menor reprimenda por parte do Estado. Partindo dos conceitos genéricos de dolo e culpa, pode-se analisar os conceitos específicos de dolo eventual e culpa consciente.

A figura do dolo na legislação passa pela teoria da vontade, no dolo direto, e pela teoria do consentimento, em relação ao dolo eventual. O dolo é a vontade dirigida a implementar um resultado, segundo a teoria da vontade. Essa vontade é a de realizar a ação tipificada no código, não se trata da violação do próprio código. Assim, o dolo eventual ocorre quando o agente assume o risco de produzir um resultado que por ele foi previsível. Houve, portanto, a cons-

ciência clara da possibilidade da ocorrência do ato ilícito e, mesmo assim, o agente não interrompeu sua ação, consentindo com o resultado. Conforme a teoria do consentimento, “consentir” na ocorrência do resultado é um modo de querê-lo.

A teoria do consentimento defende que o dolo é, ao mesmo tempo, vontade e representação, previsão do resultado como certo ou provável. Assim, de acordo com essa teoria, é dolo a vontade que, mesmo não dirigida diretamente ao resultado possível ou provável, consente na sua ocorrência, assume o risco de produzi-lo.

Há no tipo culposo a violação de um dever de cuidado, ou seja, o resultado é causado por imprudência – conduta que a cautela indica que não deve ser realizada –, negligência – deixar de fazer algo que a prudência impõe –, ou imperícia – falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão. A culpa consciente surge quando o sujeito é capaz de prever o resultado que ele não deseja, porém crê piamente que esse resultado não se produzirá; ele confia que sua ação conduzirá tão somente ao resultado que pretende.

Qual é o dever de cuidado imposto, pela lei, ao empregador e aos seus agentes com relação à proteção da saúde e da integridade mental dos empregados? Cabe ao empregador o dever de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, sejam eles físicos, químicos, biológicos ou psicossociais.

Dados epidemiológicos sobre as doenças mentais são escassos. Um estudo realizado pela professora Anadergh Barbosa Branco, em parceria com o INSS, mostra que o número de trabalhadores com problemas mentais vem aumentando nos últimos anos. Esse estudo mostra que 48,5% dos trabalhadores que se afastam por mais de quinze dias de serviço padecem de algum tipo de doença mental.

As doenças mentais afastam por ano 100 mil empregados dos seus postos de

trabalho. Segundo levantamento, do universo de benefícios concedidos pelo INSS, em novembro de 2006, apenas 12,3% foram considerados acidentários, mais de 99% dos benefícios concedidos como transtornos mentais foram considerados problemas pessoais dos trabalhadores, não relacionados com a profissão. Porém se comparados com os dados relativos aos transtornos mentais, torna-se evidente a grande subnotificação de casos.

Quando analisados por grupo de doenças mentais, os distúrbios mais prevalentes, em um índice de cada 10 mil trabalhadores, são: distúrbios do humor ou afetivos em 22,29%; transtornos neuróticos e relacionados ao *stress* em 7,15%; transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de substâncias psicoativas, como álcool em 4,41% e esquizofrenia, transtornos esquizotímicos e delirantes em 4,04% (DOENÇA..., 2007).

As doenças mentais relacionadas com o trabalho representam importantes causas de incapacidade para o trabalho, com elevado impacto social e econômico, sendo uma violação de direitos fundamentais dos trabalhadores e um problema de saúde pública.

### *Conclusão*

Em virtude da natureza da problematização da pesquisa ter por fito demonstrar e justificar a proteção da saúde mental no trabalho como um direito fundamental de um Estado Democrático de Direito, optou-se pela análise transversal do instituto perante a análise perpendicular desse instituto jurídico. Trata-se de uma perspectiva nova considerando os fenômenos desde um aspecto diferente. Há a necessidade de integrar mais os conhecimentos que estão muito fragmentados nessa era da especialização tecnológica.

Não há a pretensão de exaurir as ponderações possíveis relativas ao exame interdisciplinar da matéria ora em análise,

mas deflagrar a reflexão e a discussão a respeito de um tema tão avassalador para os empregados e, no entanto, tão pouco estudado pelo direito.

Várias normas internacionais preveem e protegem a *saúde mental do trabalhador*. Mesmo que essas normas tenham sido emitidas por organismos internacionais, elas foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

A OIT explicita que, para os efeitos da Convenção nº 155, “o termo saúde, em relação ao trabalho, abarca não somente a ausência de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetem a saúde e estão diretamente relacionados com a saúde e segurança no trabalho”.

Desde a criação, a OIT advoga pelo melhoramento das condições do trabalho, sendo essa uma preocupação que permeia vários de seus documentos. As primeiras normas dessa organização foram no sentido de proteger a saúde física do trabalhador, contudo sempre tentou eliminar as ameaças à integridade mental do empregado, não obtendo muito sucesso. Somente na recomendação sobre segurança e saúde dos trabalhadores, de 1981, foi possível prever a necessidade de serem adotadas medidas apropriadas para a prevenção das tensões mentais provocadas pelas condições de trabalho e prejudiciais à saúde.

A saúde é um direito humano básico, intrinsecamente conectada com o direito à vida. Sem saúde a vida humana fica comprometida e, dependendo da gravidade da doença, corre-se o risco de perder a vida. Sem saúde a capacidade de trabalho também fica comprometida.

As questões envolvendo a relação saúde e trabalho começaram a ser encaradas com mais seriedade após a Revolução Industrial. O Estado e a economia, a partir de então, preocuparam-se com as condições de saúde e higiene no meio ambiente de trabalho. Esse ambiente favorecia o aparecimento de um grande número de doenças, além de mutilações e mortes.

O trabalho se reveste de valor cultural e simbólico, mediador de integração e inserção social. Ele ocupa um lugar fundamental nos âmbitos afetivo e relacional; no âmbito subjetivo, como constitutivo de modos de ser e de viver, e no âmbito cognitivo, ao permitir a expressão e utilização de habilidades psíquicas. A atividade profissional é parte intrínseca do universo individual e social de cada um, podendo ser traduzida tanto como meio de equilíbrio e de desenvolvimento quanto um fator desencadeante de distúrbios psíquicos. A abordagem da saúde mental, integrada à problemática da saúde do trabalhador, redefine a noção de saúde mental.

A saúde ou doença é um equilíbrio dinâmico entre o potencial genético, a capacidade de adaptabilidade e os agressores e riscos ambientais; por conseguinte, a saúde engloba aspectos subjetivos, objetivos e psicossociais.

As mudanças no mundo do trabalho, caracterizadas pela reestruturação do modo de produção de bens e serviços, das relações trabalhistas e do próprio mercado de trabalho, tornaram, então, mais complexas as relações entre saúde psíquica e trabalho. Surge a necessidade da intervenção preventiva nesse campo, pois os transtornos mentais, de acordo com expertos, podem causar a incapacidade para o trabalho de várias ordens e graus.

Trabalho digno implica um trabalho seguro, realizado em um ambiente onde todas as normas de direitos fundamentais e de medicina e segurança no trabalho sejam respeitadas, portanto, trabalho digno é também o realizado em um ambiente de trabalho onde a integridade psíquica e emocional do empregado é respeitada, em outras palavras, onde os fatores psicossociais não causam transtornos mentais e de comportamento.

A sociedade brasileira continua sendo uma sociedade violenta quando se trata da relação de trabalho. Hoje não há mais a violência física dos castigos corporais, mas

ainda há a violência psicológica em índices preocupantes.

O assédio moral e o assédio sexual são violências psicológicas, repetitivas e sistematizadas, claramente perceptíveis no ambiente de trabalho, com especificidades e sintomas reconhecíveis causados por esses tipos de agressão. Poucos ataques como esses comportam transtornos somáticos tão graves em curto prazo e consequências desestruturantes quando prolongados no tempo.

A redução do bem-estar e a sensação de ameaça provocada pelos estressores no local de trabalho põem em marcha um processo de adoecimento que pode constituir o início de uma sequência de acontecimentos que, se não tratados, essas reações, que originalmente eram transitórias, tornam-se constantes, e o stress pode evoluir para a depressão ou o *burn-out*.

Tanto o assédio moral quanto o sexual criam condições de trabalho humilhantes e degradantes, atentando contra a saúde física e psíquica do trabalhador.

O assédio moral e o sexual, bem como as suas consequências, depressão, *stress* pós-traumático, *burn-out* e outros, tipificam-se, de acordo com a doutrina internacional, como tratamento desumano e/ou degradante

Se deslocarmos a fundamentação jurídica do assédio moral e sexual para a proteção da integridade psicológica, emocional e moral dos empregados pela vulneração do direito a saúde mental no trabalho, pode-se, em alguns casos, inclusive tipificar essas condutas como crime, pois a lei penal brasileira as tipifica como lesão corporal grave.

### Referências

BRASIL. Decreto Legislativo nº 2, de 17 de março de 1992. Aprova o texto da Convenção 155, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, adotada em Genebra, em 1981, durante a 67ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

*Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 mar. 1992, p. 3473.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995. Aprova o texto da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, assinada em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 1 set. 1995, p. 13470.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 dez. 1991, p. 28838.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 set. 1990, p. 18055.

CATALDI, Maria José Gianella. *Stress e fadiga mental no âmbito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2002.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS EM SAÚDE, 1978, Alma-Ata. *Declaração de Alma-Ata*. Brasília: OPAS: OMS, [entre 1978 e 2008]. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/promocao/uploadArq/Alma-Ata.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saravia, 1998. 4 v.

DOENÇA mental afasta 100 mil por ano: na indústria textil e no transporte terrestre, incidência de depressão é duas vezes maior. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 fev. 2007. Caderno Classificados: empregos, p. 3. Disponível em: <<http://acervo.folha.com.br/resultados?q=empregos&site=fsp&periodo=acervo&x=14&y=16>>.

ENCICLOPEDIA de salud y seguridad en el trabajo. John Finklea (Ed.) et al. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, c1998. 4 v. Disponível em: <<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/sumario.pdf>>.

FACTORES psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención. Ginebra: OIT, 1984. (Serie Seguridad, higiene y medicina del trabajo; n. 56). Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo, novena reunión, Ginebra, 18-24 de septiembre de 1984.

FREUDENBERGER, H. J. El estres y el agotamiento, y sus implicaciones em el medio ambiente de trabajo. In: ENCICLOPEDIA de salud y seguridad en el trabajo. John Finklea (Ed.) et al. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, c1998. v. 1, cap. 5, p. 17-19. Disponível em: <<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo1/5.pdf>>.

GARCIA, Alonso M. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel, 1985.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*. Barcelona: Paidós, 2001.

\_\_\_\_\_. *Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

RECUPERAÇÃO funcional e remissão em psiquiatria. In: MORENO, Doris Hupfeld; BERNIK, Márcio; MATTOS, Paulo. *Recuperação em depressão*. São Paulo: Ed. Livre, 2003.

JAKARTA Declaration on health promotion into the 21st century. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, v. 3, n. 1, Jan. 1998. Disponível em: <[http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1020-49891998000100019](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1020-49891998000100019)>.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*: Resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969. [Ginebra]: Naciones Unidas, 1969. (UN GAOR. Supp.; n. 49). p. 49. A/7630. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/ss1dspdf.html>>.

\_\_\_\_\_. *Declaração do Milênio: Cimeiro do Milênio*, Nova Iorque, 6-8 de setembro de 2000 : Resolução A/RES/55/2, 8 de Setembro de 2000. Lisbon: United Nations Information Centre, 2001. DPI/2163 - Portuguese - 2000 - August 2001. 16 p. Disponível em: <<http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C. 12/2000/4. [Ginebra]: CESCR, 11 agosto 2000. Disponível em: <[http://www.escri-net.org/resources\\_more/resources\\_more\\_show.htm?doc\\_id=428717&parent\\_id=425976](http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428717&parent_id=425976)>.

LEYMANN, H. The definition of mobbing at workplaces. In: THE MOBBING Encyclopedia. [Umeå, Sweden]: [s.n.], 1996. Disponível em: <<http://www.leymann.se/English/frame.html>>. Acesso em: 24 jun. 2007.

MEETING OF EXPERTS ON UPDATING THE LIST OF OCCUPATIONAL DISEASES, 2005, Geneva. *Report*. Geneva: ILO, 2005. 35 p. MEULOD-R-2005-12-0138-13-En.doc/v2. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/reim/gb/docs/gb295/pdf/meulod.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Memoria del Director general: trabajo decente*.

Ginebra: OIT, 1999. Conferencia Internacional del Trabajo, 87., 1999, Genebra. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>.

PACTO Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>.

SALVADOR, Luiz; BARRETO, Margarida. Assédio moral: a necessidade de romper-se com o silêncio. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, 19 fev. 1998. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=2173>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 13.288, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de “assédio moral” nas dependências da administração pública municipal direta e indireta

por servidores públicos municipais. *Diário Oficial do Município de São Paulo*, São Paulo, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: <[javascript:pop\('/PortallIO/DO/BuscaDO2001Documento\\_11\\_4.aspx?link=%2f2002%2fdiario%2520oficial%2520do%2520municipio%2f2f11%2fpag\\_0001\\_CK4HE73JM9TFle87JRA-V7001UII.pdf&pagina=1&data=11/01/2002&caderno=Diário Oficial do Município&paginaordenacao=10001',738,577,0',1'\)](http://www.portallio.com.br/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2002%2fdiario%2520oficial%2520do%2520municipio%2f2f11%2fpag_0001_CK4HE73JM9TFle87JRA-V7001UII.pdf&pagina=1&data=11/01/2002&caderno=Diário%20Oficial%20do%20Município&paginaordenacao=10001',738,577,0',1')>.

SELIGMAN, Martin E. P. Indefensión: em la depresión, el desarrollo y la muerte. Trad. Luis Aguado Aguilar. Madrid: Debate, 2000.

WARSHAW, Leon J. La violencia em el lugar de trabajo. IN: ENCICLOPEDIA de salud y seguridad en el trabajo. John Finklea (Ed.) et al. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, c1998. v. 2, pte 6, capítulo 51. Disponível em: <<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo2/51.pdf>>.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, 1999-.



# Alcoolismo e tratamento penal da embriaguez

Cristhyan Martins Castro Milazzo e  
Hudieny Dias de Souza

## Sumário

1. Breve histórico do alcoolismo. 2. Efeitos do álcool sobre o homem. 3. A embriaguez alcoólica e a teoria da *actio libera in causa* hoje. 3.1. Modalidades de embriaguez alcoólica. 3.2. Conduta do agente. 3.3. Culpaabilidade. 3.4. O princípio do *nullum crimen sine culpa*. 3.5. A teoria da *actio libera in causa*. 4. Conclusão.

### 1. Breve histórico do alcoolismo

Conhecer a sucessão de fatos e descobertas relacionados ao alcoolismo é importante tanto para se tomar uma postura mais consciente diante do ato de beber, como para entender os reflexos dessa doença na sociedade, a ponto de, às vezes, lançar-se mão de soluções práticas desconectadas do ordenamento jurídico, para aplacar os danos sociais e econômicos provenientes da embriaguez.

Com isso em foco, tomar-se-á como divisor de águas o Movimento de Temperança, que, segundo Jandira Masur, foi a mais longa e conhecida tentativa de prevenção dos problemas ligados ao abuso do beber, iniciada no fim do século XVIII nos Estados Unidos (MASUR, 1988, p. 61).

O álcool é a substância psicoativa<sup>1</sup> que mais provoca transtornos no cotidiano das

Cristhyan Martins Castro Milazzo é mestre em Direito, doutoranda em Ciências da Religião, professora efetiva da Universidade Estadual de Goiás, assessora executiva da Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação da UEG e coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Objetivo - ASSOBES/IUESO.

Hudieny Dias de Souza é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás e advogado.

<sup>1</sup> “Uma droga psicoativa é qualquer substância química que, quando ingerida, modifica uma ou várias funções do sistema nervoso central, produzindo efeitos psíquicos e comportamentais. São drogas psico-

pessoas, ao lado de outras, como cocaína e heroína.

Ele e seus problemas há muito são conhecidos. Segundo Jandira Masur (1988), as primeiras informações sobre seu uso datam do ano de 6000 a.C., quando começou a se difundir. Menna Barreto mostra o uso da substância no Egito Antigo: “Há milênios os egípcios já usavam bebida inebriante, obtida da fermentação da água da chuva e mel, enquanto nos festejos do Nilo entregavam-se a orgias alcoólicas coletivas, utilizando substância conhecida pelo nome de Trag (BARRETO, 1979, p. 11).” E Aristóteles (1992, p. 57), relacionando o tema ao Direito Penal, já na Antiguidade Clássica lecionava:

“[...] punimos uma pessoa até por sua ignorância, se ela for considerada responsável pela ignorância, como quando as penalidades são dobradas, no caso da embriaguez; efetivamente, a origem da ação está no próprio homem, pois estava ao seu alcance não ficar embriagado, e a embriaguez foi a causa de sua ignorância.”

O uso historicamente precoce do álcool deve-se, em parte, ao fato de que sua matéria-prima, o açúcar, pode ser facilmente obtida em qualquer região. Além disso, o álcool alimenta, já que em cada grama provê sete calorias (MASUR, 1988, p. 10-11).

As primeiras bebidas alcoólicas foram as fermentadas cerveja e vinho. Com a Idade Média, surgem as bebidas destiladas, aplacando mais as preocupações e a dor e assumindo virtudes mágicas (MASUR, 1988, p. 13).

Edgar Magalhães Noronha (1991, p. 178) mostra aspectos ruinosos da bebida, inclusive em relação aos autóctones da América Pré-Colombiana:

“Em sua *Criminologia*, formula Afrânio Peixoto verdadeiro libelo-crime acusatório contra o alcoolismo. Começa por dizer que é irrisão ter o ho-

---

ativas o álcool, maconha, cocaína, café, chá, diazepam, nicotina, heroína etc.” (DALGALARRONDO, 2000).

mem feito das fezes de uma bactéria – o álcool é o produto de desassimilação de um *saccharomyces* – sua delícia. Mostra as desastrosas conseqüências sobre o organismo humano e sobre a descendência do alcoólatra. Aponta as estatísticas da criminalidade, registrando seus índices mais elevados nos sábados e domingos e decrescendo daí por diante. Chama a atenção para a conduta dos governos, que não vacilam em auferir rendas a sua custa. Lembra a dizimação que ele produziu no *pele-vermelha* da América do Norte e em nosso *selvagem*, queimando-se antes com o cauim e mais tarde com o *cauimtatá* (cachaça) que o *civilizado* lhe deu.”

E também na Idade Moderna, um fato literário pode contribuir para unificar uma visão histórica do álcool e expor mais características da substância:

“Macduff. E que três coisas [...] a bebida provoca tão especialmente? O Porteiro. [...] nariz vermelho, sono e vontade de urinar. Quanto à luxúria, a bebida incita-a e reprime-a ao mesmo tempo: provoca o desejo, mas *impede-lhe a execução*” (SHAKESPEARE, 1961, p. 33, grifo nosso)

O Movimento de Temperança suprarreferido buscou inicialmente evitar o abuso de álcool, por meio de princípios morais, médicos, econômicos e nacionalistas, combatendo-se especialmente os destilados.

Por volta de 1830, começa uma cisão no Movimento. “Os chamados ‘absolutistas’ [...] passaram a defender a [...] *abstinência total* de bebidas alcoólicas” (MASUR, 1988, p. 62).

O Movimento, em torno de 1840, passou a buscar a proibição total do álcool. “Em 1851 o movimento teve sua primeira vitória importante quando o estado do Maine proibiu a venda de bebidas alcoólicas” (MASUR, 1988, p. 63). Em 1920, o Congresso emendou a Constituição estadunidense proibindo a fabricação e venda de bebidas

alcoólicas, dando início ao período conhecido por Lei Seca, que se estenderia até 1933, quando forte antagonismo público levou à revogação da proibição, durante a qual o mercado negro de bebidas alcoólicas e até mesmo o uso do nocivo álcool metílico foram uma realidade para fazer frente à inconstitucionalidade da comercialização (MASUR, 1988, p. 66-67).

No entanto, onde o Movimento mais se caracterizou foi nos Contos da Temperança, gênero específico de literatura e de arte gráfica que incluía pequenas histórias, novelas, peças e ilustrações dos efeitos deletérios do álcool no organismo e na condição social.

Atualmente, são diversas as alternativas às quais muitos países recorrem para combater o alcoolismo. “Uma das mais discutidas diz respeito ao aumento de preço das bebidas alcoólicas” (MASUR, 1988, p. 69). No entanto, é a educação sobre o álcool a única medida unanimemente defendida pelos envolvidos na prevenção dos problemas associados ao beber, com programas escolares e campanhas dirigidas a todos (MASUR, 1988, p. 74).

## 2. Efeitos do álcool sobre o homem

O Código Penal brasileiro, ao prever casos genéricos de manutenção da imputabilidade penal, normatiza no art. 28, inciso II:

“Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

(...)

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.”

Devido à dificuldade de se estabelecer o conceito de alcoolismo, fica-se com o conceito de embriaguez que se pode deprender dessa norma, haja vista inclusive as várias tentativas de resposta (determinações biológica, psicológica e sociocultural) que levam a conclusões discriminatórias ou pelo menos insuficientes para uma noção mais ampla sobre a causa do alcoolismo (MASUR, 1988, p. 28-43).

O álcool geralmente é introduzido no organismo por via digestora, indo ao estômago e daí para o sangue através da difusão. Cerca de 90% da defesa orgânica se processa por oxidação, e, antes de decorridas 24 horas de sua ingestão, ocorre sua eliminação total, também pelas vias excretoras, renais e respiratórias, embora 70% da substância já esteja eliminada em até 11 horas após sua entrada no organismo (MARANHÃO, 1996, p. 389-390). Quando no fígado, o álcool é biotransformado em aldeído acético, que se converte em acetato pela enzima acetoaldeído desidrogenase. O acúmulo desse aldeído provoca efeitos desagradáveis: rubor facial, hipotensão, taquicardia e náuseas (MASUR, 1988, p. 33-34). Os reflexos são retardados mesmo em baixa concentração sanguínea da substância e, com um pouco mais de concentração, é difícil a percepção simultânea de mais de um objeto, comprometendo, por exemplo, a execução de manobras para evitar acidentes. Além disso, a resposta ao estímulo sonoro (de lenta propagação) é mais rápida em comparação àquela estimulada pela luz (de difusão rápida) (MARANHÃO, 1996, p. 401-402), em razão de que o ébrio, por estar com seus centros de controle intoxicados, talvez tenha dificuldade de reagir a/perceber estímulo ondulatorio de alta frequência.

Para se caracterizar as fases da embriaguez alcoólica, sob o prisma médico-legal, recorre-se à embriaguez simples, aquela normalmente tomada como parâmetro para descrever os fenômenos próprios do alcoolismo, com exclusão dos crônicos.

“Aqui, tem-se três fases, com suas respectivas características principais:

1) eufórica – funções intelectuais excitadas, com os centros de controle intoxicados, embora o álcool seja depressivo; vontade e autocrítica rebaixadas; comprometimento da capacidade de julgamento; certo erotismo, pela desinibição; atenção diminuída e aumento do tempo de reação (latência); 2) agitada – profundas pertur-

bações psicossensoriais, acarretando acidentes ou infrações penais (atos anti-sociais); alteração das funções intelectuais, do juízo crítico, da atenção e da memória, com propósitos desordenados ou absurdos; atentados sexuais e agressões como delitos; perda do equilíbrio; há liberação do controle; perturbações visuais, tais como diplopia, e às vezes anestesia, e 3) comatosa – sono no início e coma se instalando progressivamente; pode haver espúrcia, por relaxamento dos esfíncteres, e vômito, conseqüente à náusea; depois, anestesia profunda, abolição dos reflexos, paralisia e hipotermia; pode ser fatal, principalmente se exposição ao frio; morte pode sobrevir por broncopneumonia aguda, como pode ocorrer se o ébrio dormir na rua, por asfixia após sufocação provocada por regurgitamento de alimento, por hemorragia ou por processo meníngeo ou pancreático” (MARANHÃO, 1996, p. 390-393).

O alcoolismo gera a dependência física. Ao parar de beber, o alcoólatra pode sentir um mal-estar intenso em razão da síndrome de abstinência, que na sua forma mais severa é conhecida por *delirium tremens*<sup>2</sup>, sanado pela ingestão de álcool.

Sob o enfoque jurídico-penal, também tem-se três fases: 1) excitação – corresponde à modalidade incompleta, em que os freios morais estão frouxos, mas o agente ainda tem consciência, apesar de demonstrar euforia, loquacidade, menor capacidade de autocrítica e haver desinibição; 2) depressão – a embriaguez já é completa, com confusão

<sup>2</sup> “É uma complicação aguda que ocorre no decurso do alcoolismo crônico. Pode aparecer após enfermidade infecciosa, traumatismo ou período de abstinência intempestiva. Há insônia, agitação psicomotora, parestesia, incoordenação motora, tremores e confusão onírica. Depois aparecem ilusões e alucinações (zoopsias e imagens ‘liliputianas’). Aparece também um quadro orgânico: sudorese, febre, anorexia, oligúria, hipotonia muscular, halitose e hipotermia. Pode ocorrer êxito fatal” (MARANHÃO, 1996, p. 394).

mental, falta de coordenação motora, ausência de censura ou freios morais, perdendo o agente a consciência e a vontade livres, e 3) letargia – também aqui a embriaguez é completa; ocorre sono profundo, podendo haver coma (SILVA, 2003, p. 53-54).

Além do conhecimento do alcoolismo, caracterizado por um consumo crônico de álcool e primazia do beber, com todas as suas conseqüências sobre a saúde individual, o conhecimento dos reflexos dessa doença no plano socioeconômico e jurídico também é relevante para se ter noção clara do estado a que pode chegar quem não se atém ao primeiro gole.

Independentemente do que leve ao contato com o álcool, seja interesse econômico, ideologia para manter o *status quo* da miséria com o intuito de, por exemplo, diminuir o valor da força de trabalho, ou busca por maior convívio social e desinibição, o fato é que, armada a teia social na qual o beber é uma constante, pode-se acompanhar a miséria em paralelo com o alcoolismo.

A embriaguez, por outro lado, comumente está associada a casos de homicídio e violência conjugal:

“É um fato bem estabelecido a presença importante do álcool em situações homicidas. Wolfgang cita-o em 64% dos casos, seja na vítima, no agressor ou em ambos. Gillin menciona-o em 1/3 dos homicidas, Gillies em 58% dos homicidas masculinos e 33% dos femininos. Pertusson fala em 36% dos homicidas alcoolizados. Cuthbert encontrou álcool ‘*presente de forma importante*’ em 50% dos casos. Referindo-se à influência do álcool na violência conjugal, Coleman cita o significativo emprego de álcool que fazem maridos e esposas com alto índice de VC (violência conjugal), quando comparados a casais não-violentos” (JOSEF, 2000, p. 32).

Também afeta o bem vida a peculiaridade de cada indivíduo manifestar a embriaguez com doses e em situações

psicossociais particulares, dificultando o controle de cada um sobre quando o beber normal deixa de sê-lo, sobre quando se está a abusar da substância. Por outro lado, “o abuso de álcool reduz significativamente a expectativa de vida do indivíduo, sendo causas comuns de morte entre pessoas com transtornos relacionados ao álcool o suicídio, câncer, cardiopatias, doença hepática e acidentes automobilísticos” (SILVA, 2003, p. 37). Mas, independentemente de o quanto o álcool reduza a expectativa de vida do indivíduo, a substância pode ceifar a vida deste a qualquer momento, como ocorre na véspera do suicídio e em acidentes automobilísticos graves.

### 3. A embriaguez alcoólica e a teoria da actio libera in causa hoje

#### 3.1. Modalidades de embriaguez alcoólica

No Direito, têm-se as modalidades completa (caracterizada por inconsciência intelectual) e incompleta (com perda parcial da consciência), preordenada, voluntária, culposa, decorrente de caso fortuito e decorrente de força maior (DOTTI, 2002, p. 423), sendo essas cinco últimas mais perceptíveis se se identificar a ausência da vontade de beber (caso fortuito e força maior) ou três graus de vontade que podem estar presentes no indivíduo: em beber (culposa); beber e embriagar-se (voluntária), ou beber, embriagar-se e cometer crime (preordenada). Esses graus, quando presentes, são cumulativos no sentido de que a vontade socialmente mais danosa exige a presença da menos gravosa.

Na Criminologia e Psiquiatria, têm-se os tipos normal<sup>3</sup>, crônico<sup>4</sup>, patológico<sup>5</sup> e

<sup>3</sup> Pode ocorrer de tempos em tempos numa pessoa medianamente saudável e produzir uma forma transitória de demência (MANNHEIM, 1984, p. 365).

<sup>4</sup> Envolve alterações permanentes no sistema nervoso do sujeito, que passa a apresentar traços de alienação mental (REYES ECHANDIÁ, 1976, p. 145), além de sintomas somáticos.

<sup>5</sup> Faz com que o sujeito fique “extremamente suscetível aos efeitos da bebida alcoólica em razão

habitual, este quando o sujeito vive costumeiramente embriagado, por vício (SILVA, 2003, p. 59).

#### 3.2. Conduta do agente

A conduta humana, objeto de regulação do Direito Penal, é o substrato a partir do qual se afere a existência do crime, de acordo com o que está tipificado nas leis penais. Assim, a conduta integra o fato típico, tendo como característica essencial a voluntariedade, sendo a atividade humana positiva ou negativa, orientável pelo dever-ser da norma (TOLEDO, 1994, p. 82-83). No entanto, mister que a vontade repercuta externamente (SILVA, 2003, p. 13).

São três as teorias da conduta que se destacam: causalista, finalista e social.

A teoria causalista, que não considera o dolo para caracterizar crime doloso, nem os elementos subjetivos especiais do tipo e da culpabilidade, tampouco o fato de a imprudência inconsciente não conter elementos psíquicos, define a conduta como a causa de modificação no mundo exterior por comportamento humano voluntário, sendo a vontade a que dá um mero impulso causal ao comportamento. A conduta é formada por processo interno de vontade, atuação dessa no mundo exterior, e seu resultado (SILVA, 2003, p. 7-8).

A teoria social, por sua vez, fixa a conduta como sendo o comportamento humano socialmente relevante (JESCHECK, 1981, p. 296 apud DOTTI, 2002, p. 308), ou um acontecimento natural com perfil de ação humana, fato esse reconhecido por critérios finalísticos de valor (BETTIOL, 2000, p. 209-210 apud SILVA, 2003, p.11). O conteúdo da vontade do agente passa a pertencer à culpabilidade, bastando o mero querer algo para configurar a volição da ação (JESUS, 1995, p. 204).

de alguma condição psíquica particular, situação em que pequena dose é suficiente para provocar profunda obnubilação da consciência e desencadear uma manifestação epiléptica, com acessos furiosos, ataques convulsivos e atos de violência” (SILVA, 2003, p. 62).

Essa teoria também não prossegue pela “dificuldade de identificar-se a relevância social da conduta” (SILVA, 2003, p. 12), havendo critério vago e impreciso influenciando nos limites da antijuridicidade e indeterminando a tipicidade (MIRABETE, 1988, p. 105).

A mais aceita teoria da conduta é a finalista, já que “todo comportamento do homem tem uma finalidade” (MIRABETE, 1988, p. 104). Assim:

“[...] o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente” (WELZEL, 2001, p. 27 apud SILVA, 2003, p. 9).

Essa teoria justifica-se tanto com relação às condutas dolosas quanto culposas. É a adotada pelo Direito Penal brasileiro.

A conduta pode se dar por ação ou omissão. O comportamento ativo é o mais comum, exigindo a lei que o indivíduo não leve a cabo o ato. O omissivo ocorre quando há dever jurídico de agir, sendo o tipo omissivo individualizante da conduta devida.

A ação não apresenta problema de classificação, enquanto a omissão divide-se em própria e imprópria. É própria quando o agente abstém-se da conduta determinada por uma norma penal incriminadora; pode ser praticada por qualquer pessoa e inexistente tipo ativo equivalente, como ocorre na omissão de socorro. A omissão é imprópria quando há tipo ativo correspondente. Cabe ao intérprete indicar se o omitente pode ser equiparado ao agente, sendo o resultado do fato criminoso advindo da inação do sujeito ativo. Pune-se esse tipo de omissão devido à posição de garantidor do agente, conforme art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro.

### 3.3. Culpabilidade

Todos podem ter uma noção do que seja culpabilidade. Trata-se daquele sentimento de ser culpado, responsável por alguma atitude ou dano que tenha sobrevivendo a outrem ou a si mesmo; ou mesmo do conceito que se faz sobre se se deve ou não responder por um dano provocado, mesmo que não se possa provar com rigor esse dano, como é o caso do dano moral. No entanto, o “resultado lesivo [...] só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma, se pudesse com seu comportamento ter evitado a lesão” (MIRABETE, 2005, p. 195), não se podendo puni-la se um desmaio a impede de alimentar seu filho.

Apesar disso, inculpar alguém por uma conduta socialmente indesejável representa o risco de não se prevenir futuros danos, pois é mister ao menos um evento previsível.

O estudo da culpabilidade sofreu alterações, tendo-se destacado as seguintes teorias: psicológica, psicológico-normativa (normativa) e da culpabilidade (normativa pura).

A primeira está fundada na vontade e previsibilidade, responsáveis pela construção dos conceitos de dolo e culpa em sentido estrito, respectivamente. A culpabilidade se expressa numa ligação de natureza psíquica, anímica, entre o sujeito e o fato criminoso, tendo aquela como formas o dolo e a culpa (MIRABETE, 2005).

No entanto, devido a situações não abarcadas por essa teoria, surge a normativa. Além da culpa ou dolo, exige-se a reprovabilidade, um juízo de valor sobre o fato, considerando-se que essa censurabilidade somente existe se há no agente ao menos a possibilidade de consciência da ilicitude de sua conduta (MIRABETE, 2000, p. 196).

Segundo Licínio Barbosa (2002, p. 213-214), essa teoria desdobrou-se em várias correntes:

“A teoria da conduta pela vida, que se atribuiu a Mezger, afirma dever-se

tomar em consideração, no exame do fato delituoso, não apenas o fato incriminado, mas um acervo de atos anteriores da vida do agente, a fim de que se forme juízo, tão exato quanto possível, de sua conduta.

A essa teoria, chamou Hans Weizel teoria do caráter ou caráter lógico. Pois os atos da vida do agente informam o seu caráter. Deu-se-lhe, também o nome de determinação (pela) na vida, ou de tendência. Os fatos da vida do agente identificariam a sua tendência criminosa, – que poderia ser do primeiro ou do segundo grau, – segundo Sauer –, reincidente ou não.

‘*Willenstrafrecht*’ foi nome atribuído por Von Hippel à importância da vontade do agente na execução do fato. Formou-se, daí, a teoria do direito penal da vontade, muito grata ao estado autoritário, e que teve a sua gênese na doutrina alemã neo-normativista. Todavia coube a Goldschmidt realçar o papel da vontade na conduta do agente. Para ele, é mister distinguir entre a norma de dever e a norma de direito: a primeira [...] origina a culpabilidade; a última [...] supõe a antijuridicidade.”

Por fim, o mesmo autor traz um complemento dessas correntes:

“Na teoria finalista, de Weizel, [...] convém [...] colher e examinar que os atos do agente se orientem a determinado fim. Têm uma destinação certa. Contraopondo os teóricos do exame global dos atos da vida do agente, ligeiramente perpassados, fala-se na teoria do fato isolado, que, consoante Aníbal Bruno, compreende o exame apenas do fato incriminado” (BARBOSA, 2002, p. 215).

No entanto, mais tarde, com o surgimento da teoria finalista da conduta, esse modo de encarar a culpabilidade perde terreno. Assim:

“O fim da conduta, elemento intencional da ação, é inseparável da própria ação. O dolo, por exemplo, é a consciência do que se quer e a vontade de realizar o tipo; se ele não existe, ou seja, se a ação não for dolosa, não há fato típico doloso” (MIRABETE, 2000, p. 196).

Dessa forma, a maneira como o agente procura encarar sua conduta, ou seja, o que ele quer obter de sua atitude, ou o que seria esperado dele em face de eventual imprudência, negligência ou imperícia, passa a ter menos importância para se obter a ideia de culpabilidade. Então, surge a teoria da culpabilidade, em que o dolo e a culpa pertencem à conduta, e os elementos normativos formam a culpabilidade, ou seja, a “reprovabilidade da conduta típica e antijurídica” (MIRABETE, 2000, p. 196), sendo essa censurabilidade uma opção político-fragmentária do legislador, embora haja controvérsias doutrinárias sobre o *habitat* em que se encontra o dolo e a culpa, colaborando para isso o art. 59 do Código Penal brasileiro, no qual o motivo/intenção do agente é relevante para se fixar pena.

Assim, para apenar alguém, presume-se que tenha ele agido com culpabilidade. Igualmente, é senso comum o fato de que quanto mais censurável o crime cometido, mais se deve exigir reparação social pelo dano causado, sendo a pena reflexo do quão intensa seja a culpabilidade, conforme partidários da teoria retributiva da pena, embora não se deva admitir que a culpabilidade seja o único limite da pena.

Um primeiro passo para se verificar se o agente agiu culpavelmente está em mensurar a capacidade psíquica do sujeito; capacidade essa que permita o seguinte:

“Ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele [o agente] a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta à sua compreensão. A

essa capacidade psíquica denomina-se *imputabilidade*. Esta é, portanto, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental” (MIRABETE, 2000, p. 197).

Então, tem-se o primeiro elemento da culpabilidade, que para alguns autores é pressuposto e não elemento daquela (MIRABETE, 2000, p. 197). No presente artigo, esse é o elemento mais importante, visto estar diretamente ligado à capacidade que o agente tem de perceber o caráter criminoso do fato quando da prática deste em estado de embriaguez. Além disso, a imputabilidade relaciona-se com o poder-agir-de-outro-modo, pressuposto de conduta que deve estar presente na mente do imputável.

Superada a determinação da imputabilidade do sujeito, passa-se a ser necessário, em busca de um juízo de reprovação, verificar se o sujeito conhecia o fato de estar praticando um crime culpável, ou crime, conforme a teoria do crime considerada. É indispensável que ele:

“[...] possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade de sua conduta. É imprescindível apurar se o sujeito poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra conforme o direito [...]. Só assim há falta ao dever imposto pelo ordenamento jurídico. Essa condição intelectual é chamada *possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato* [...]” (MIRABETE, 2000, grifo nosso).

Resta obter o último elemento da culpabilidade, requisito concomitante com os demais na verificação desta, considerando que:

“É também necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível conduta diversa do agente. É o que se denomina

*exigibilidade de conduta diversa*” (MIRABETE, 2000).

Assim, diante de certos casos, o fato de o agente ter capacidade psíquica que o torne consciente e com vontade de praticar o fato típico e antijurídico não quer dizer que de antemão seja considerada reprovável sua conduta. Não merece o rigor da lei quem só tem uma saída admissível no praticar o fato. Punir o autômato, diante de fatos aos quais o homem médio sempre reage confrontando o tipo penal, não é atitude tolerável.

Os casos de exclusão da culpabilidade, que exige o conhecimento de seus elementos, serão tratados após a consideração das causas excludentes da antijuridicidade, também denominadas

“[...] causas de justificação do comportamento típico, aplicáveis ao fato penalmente relevante em geral, as elencadas no artigo 23 do diploma penal. São elas: a legítima defesa (nº II), o estado de necessidade (nº I), o estrito cumprimento de dever legal (nº III) e o exercício regular do direito (nº III).”

A rigor, todas essas discriminantes caberiam, *lato sensu*, no exercício regular de um direito, que seria gênero (PEDROSO, 2000, p. 306). No entanto, há casos específicos de excludentes de antijuridicidade, que o Código Penal prescreve a determinados casos:

“Diante do endereço certo das excludentes, do destinatário típico a que se dirigem, resumem as chamadas excludentes específicas ou especiais da antijuridicidade [...] aplicáveis a fato típico destacado e diferenciado. É o que acontece, *exempli gratia*, no artigo 128 do Código Penal, que legitima o aborto, desde que provocado por médico, quando não haja outro meio de salvar a vida da gestante (nº I), ou quando tenha resultado a gravidez de estupro, precedida a interrupção da gestação de consen-

timento por quem de direito (nº II)” (PEDROSO, 2000, p. 306-307).

Sob outro prisma se mostra a imposição da pena, haja vista que a culpabilidade é requisito para punir, e não do crime (MIRABETE, 2000). Aqui procura-se dissecar os elementos da culpabilidade, cuja presença simultânea é imprescindível para se aferir que a conduta é culpável. Com esse intuito e com base em remissões ao Código Penal brasileiro:

“Em primeiro lugar, existem os casos de inimputabilidade do sujeito:

- a) Doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado (art. 26);
- b) Desenvolvimento mental incompleto por presunção legal, do menor de 18 anos (art. 27);
- c) embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º).

Há ausência de culpabilidade também pela inexistência da possibilidade de conhecimento do ilícito nas seguintes hipóteses:

- a) erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21);
- b) erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante – discriminantes putativas (art. 20, § 1º);
- c) obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, segunda parte).

Por fim, exclui-se a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, primeira parte)” (MIRABETE, 2000, p. 198).

Por fim, a inimputabilidade. O Código Penal brasileiro não traz com precisão seu conceito, “preferindo determiná-la de modo negativo, posto tenha estabelecido as hipóteses de sua exclusão, [...] os casos de inimputabilidade” (PEDROSO, 2000, p. 506).

Por outro lado, esse diploma penal foca-se no critério biopsicológico para admiti-la.

Assim, só se logra inexistir a imputabilidade pela presença de deficiência mental e pela incapacidade de entendimento e determinação dela proveniente, conciliando, destarte, a causa e o efeito. Não podem estar presentes maturidade e sanidade mental, as condições pessoais necessárias à capacidade de discernimento e compreensão.

#### 3.4. O princípio do *nullum crimen sine culpa*

A responsabilidade penal requer que o agente do ato delituoso o tenha praticado ao menos culposamente. Não deve a culpa ser confundida com o conceito de culpabilidade, já que este implica na ideia de dever ou não o agente responder pelo fato, restando configurado o crime com a mera existência do fato típico e antijurídico, segundo a teoria finalista da ação (ou conduta).

Assim, independentemente de análise da culpabilidade, o crime requer a culpa em sentido estrito ou o dolo, elementos do tipo penal.

#### 3.5. A teoria da *actio libera in causa*

Quanto ao conceito, a *actio libera in causa* exige a seguinte condição:

“[...] alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever” (QUEIRÓS, 1963, p. 37).

Dessa forma, não pratica crime com *actio libera in causa* (ação livre na causa) o agente que não poderia ter previsto o que resultaria do ato/fato de beber, o qual o tornou inimputável.

Comentando o surgimento da teoria da *actio libera in causa*, Aníbal Bruno (1963, p. 8) explana que ela foi concebida “dentro do problema da embriaguez transposto para o Direito Penal e entrando aí em conflito com

a exigência da imputabilidade, elemento ou pressuposto da culpabilidade, em que se fundamenta a responsabilidade criminal.”

Haroldo Caetano da Silva (2003, p. 98) elenca os principais caminhos pelos quais se enveredou a doutrina para justificar a punição da *actio libera in causa*:

- a) o dolo que tem o agente na fase inicial (imputável) prolonga-se por todo o processo causal por ele provocado, alcançando o fato praticado em estado de perturbação da consciência;
- b) a ação pela qual o agente se põe voluntariamente em condição de incapacidade já constitui ato de execução do fato típico visado, sendo suficiente para justificar a punibilidade;
- c) o agente, no momento em que ainda é imputável, faz de si mesmo mero objeto material para a prática do crime, tornando-se instrumento inimputável de um agente mediato imputável.”

Dessa forma, a teoria em comento desloca a imputabilidade para momento anterior à realização do crime, de forma que a ação inicial caracterizante já é parte da execução do delito, está incluída na operação delituosa, e é a sua base.

Embora o Código Penal aceite, em toda a sua plenitude, a teoria da *actio libera in causa*, que engloba os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência, a teoria não deve ser aceita.

Haroldo Caetano da Silva (2003, p. 122) refere-se à justificativa comum dos doutrinadores, em que se considera, para punir, que o agente obtém o resultado sendo um instrumento de uma vontade anterior. Rebatendo a tese, esse autor, em brilhante síntese, considera que “o sujeito sóbrio não sabe do que é capaz o ébrio, não tem controle sobre este, nem domínio do fato”. Assim, o resultado danoso proveniente do beber, quando a embriaguez resultante é completa (requisito para a aplicação da teoria da *actio libera in causa*), é produto do acaso, mera possibilidade num universo de

possibilidades, como deixam claro Zafaroni e Pierangeli: “Se o ébrio [...] ao invés de [sic] matar seu rival, abraça-o e lhe diz que fique com a namorada, não haveria possibilidade alguma de condená-lo por tentativa de homicídio”.

Esse mesmo argumento serve para rebater as demais hipóteses trazidas pela doutrina. O dolo não pode alcançar a prática do fato típico, já que este poderá não se efetivar, da mesma forma que não se executa o mesmo fato se o ébrio, por exemplo, dormir antes de cometê-lo.

Vê-se, então, que a atual orientação legislativa penal não está de acordo com a melhor doutrina, carecendo de uma interpretação mais atualizada. É o que se depreende ao se deparar com estas linhas de Baracho (1984, p. 354), que considera que “os próprios juízes podem transformar-se em burocratas, isolados da sociedade, quando não estão atentos às deficiências de qualquer modalidade normativa que merece interpretação atualizada”.

Igualmente importante, para se tomar a iniciativa de interpretar mais atualizada a matéria, é este trecho de Beccaria (1997, p. 32 apud SILVA, 2003, p. 131), para quem:

“Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos.”

Por outro lado, como disse Narcélio de Queirós (1963, p. 66), o jurista deve oferecer “soluções jurídicas para os problemas jurídicos”. No entanto, não é o que ocorre quando um juiz, por exemplo, aplica literalmente o que prescreve o Código Penal brasileiro no que atine à teoria da *actio libera in causa*, visto ser esta “uma ficção jurídica, inventada para resolver questões práticas de segurança” (SILVA, 2003, p.

124), considerando-se também o fato de que “a história é insuperável batalha social contra o alcoolismo, complementada, agora, pela atualidade da verdadeira guerra que se vem travando contra o consumo de drogas, de uma maneira geral” (SILVA, 2003, p. 126).

Sem se incorrer em contradições no ordenamento jurídico pátrio, pode-se prevenir os efeitos penais do alcoolismo mediante, por exemplo, políticas públicas, como publicidade sobre os riscos da embriaguez para toda a sociedade, ou mesmo com a criação de um “tipo autônomo para o crime de ébrio” (SILVA, 2003, p. 141). Quanto àquela publicidade pública, em razão de o Estado obter dinheiro com a arrecadação de tributos sobre o comércio de bebidas, talvez se deva esperar um pouco mais, até que se tenham melhores meios para se arrecadar tributos com eficiência, ou até que os gastos públicos, para tratar os problemas da embriaguez, superem o benefício tributário auferido pelo Estado. Enquanto isso, o campo está aberto para as ONGs (Organizações Não Governamentais) lutarem por mudanças.

Para rebater dúvidas sobre a impropriedade da teoria da *actio libera in causa*, pode-se recorrer ao conceito de culpabilidade, já que, durante a prática do fato típico, o ébrio está em estado de embriaguez completa, ou seja, é um inimputável (SILVA, 2003, p. 120), razão pela qual não deve sofrer qualquer penalização, por se ter conduzido sob o manto da inculpabilidade. Por fim, em razão de a embriaguez completa ser caracterizada como doença mental pelo Catálogo Internacional de Doenças – CID, Código F-10, e considerando o art. 26 do Código Penal, o agente do fato ilícito não deve ser apenado.

#### 4. Conclusão

Como já referido, sobre as necessidades que surgiram no campo penal, a teoria da *actio libera in causa*, esboçada e interpretada

neste artigo, vem à realidade jurídica brasileira para fazer frente aos casos em que alguém, sob o estado de não imputabilidade, comete ato ilícito. Foi visto que, sob efeito completo de substâncias inebriantes, especialmente do álcool etílico, o agente do fato delituoso não se comporta de modo previsível, sendo um mero autômato diante de uma força ocasional particular que tanto pode fazer o sujeito ultrapassar o limite do tipo penal quanto nem sequer ameaçá-lo.

Para um melhor entendimento do fenômeno étlico envolvido com o fato típico e antijurídico, a busca por uma compreensão histórica, geográfica e interdisciplinar do alcoolismo revelou que se trata de um problema de muitas facetas, que não pode ser resolvido no âmbito jurídico sem se atentar para suas causas socioeconômico-psíquicas.

Foi verificado, também, que a teoria não passa de um artifício que não consegue romper a falta de sintonia do legislador<sup>6</sup> com o que há de mais moderno e coerente em termos de ordenamento jurídico no mundo. A previsão legal de um tipo penal para o crime do ébrio, existente em outros países – caso em que a atitude culposa já é suficiente para caracterizar crime quando o agente se embriaga e posteriormente vem a cometer esse fato típico e antijurídico –, é um passo harmônico com o que há de mais evoluído na doutrina.

Parece que o legislador brasileiro foi radical ao estabelecer uma exceção, dentro do Código Penal, em flagrante contradição com a repulsa que aparentemente teria demonstrado ao proibir a responsabilidade objetiva no campo penal. Mas não se trata de um radicalismo necessário, conquanto útil para as medidas práticas vergastadas

<sup>6</sup> Apesar das recentes reformas ao Código de Trânsito Brasileiro pelas Leis nº 11.275/06 e nº 11.705/08, que alteraram os artigos 165, 276, 277, 291, § 1º e 306 do CTB, os princípios gerais do Código Penal continuam em vigor, inclusive com o afastamento dos Juizados Especiais Criminais quando o agente estiver sob influência de substância psicoativa que determine dependência. A reforma veio na contramão da necessidade de menor rigor quanto ao inimputável.

neste artigo. É verdade que às vezes, para se alcançar um objetivo, precisa-se de ser radical, não necessariamente por gostar de o ser, mas para se chegar a um ponto médio representativo de certa exigência, a exemplo do que ocorre com o aluno mediano que, ao obter nota zero numa prova em colégio que exige média mediana para aprovação em duas provas, deve obter nota máxima na outra. Não é o que ocorre aqui com o legislador, haja vista que seu radicalismo afronta o sistema de princípios do Código Penal e da própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Além de recorrer-se à doutrina e Direito Comparado<sup>7</sup>, o legislador pode buscar, durante o processo legislativo, a participação da sociedade civil organizada nas discussões dos projetos de lei, para se evitar ter de atualizar as leis pelo simples motivo de que essas, ao surgirem, já estão ultrapassadas de há muito em relação à realidade social dos destinatários. Deve-se buscar leis mais sintonizadas com a realidade fática dos seus destinatários, para não se incorrer em necessidades corriqueiras de mudanças. E, nessa sintonia, os destinatários das normas são peças-chave para que estas sejam duradouras. Não se quer, com isso, dizer que as leis devam durar para sempre, pois é sabido que a dinâmica da vida social exige adaptações das normas, conforme o atual resultado da vontade de todos. A sociedade deve buscar um Poder Legislativo mais atuante no momento em que as próprias leis já não mais guardam harmonia com o sistema ao qual estão ligadas.

Na prática, resta o conforto de que, observando as condenações emanadas do Poder Judiciário com competência criminal, o próprio destinatário das normas penais,

<sup>7</sup> Veja-se, por exemplo, o crime de ébrio, previsto no art. 295 (Embriaguês e intoxicação), nº 1, do Código Penal português: "Quem, pelo menos por negligência, se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias".

por si mesmo, busque interpretar as normas implícitas na jurisprudência e adequar sua conduta ao anseio de manter sua própria liberdade. Isso é especialmente verdadeiro num país em que poucos conhecem as leis, havendo produção dessas com muita frequência.

Reforçando essa consideração, é sabido que a questão da imputabilidade foge ao âmbito jurídico, sendo necessário, para a sua definição, recorrer-se a conceitos e teorias de outros ramos do conhecimento humano: medicina, psiquiatria, sociologia e outras disciplinas ligadas à saúde humana. A própria psique humana, cujo conceito é importantíssimo para a culpabilidade de um modo geral, não está e talvez nunca esteja bem descrita ou compreendida, sendo até discutida uma possível extinção da Psiquiatria como ramo autônomo da Medicina.

No entanto, o problema não se resume a isso. A falta de atualização do ordenamento parece ser um problema recorrente também em outros ramos jurídicos pátrios, exceto naqueles em que o próprio Estado está diretamente interessado, como ocorre nas leis orçamentárias, em razão do envolvimento de muitos interesses econômicos e às vezes eleitorais.

Por outro lado, nunca se deve perder de vista que o Direito Penal é subsidiário. Só deve atuar quando forem praticados todos os outros meios menos invasivos para reparar um mal imposto à sociedade. A liberdade de um indivíduo, uma das mais grandiosas características de sua dignidade, deve, como costuma lecionar um ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (Prof. Dr. Pedro Sérgio dos Santos), ser retirada como punição em último caso, quando o Estado, embora pareça contraditório, fez de tudo para provar se o indivíduo era inocente, chegando ao fim do processo convencido de que restava configurada a culpa que o conceito de culpabilidade exige para impor pena. Relegar ao Direito a incumbência

exclusiva de resolver problemas sociais e econômicos oriundos da embriaguez é querer isentar de responsabilidade as políticas públicas levadas a cabo pelo Poder Executivo, que está mais próximo da sociedade por administrar a coisa pública e que teoricamente seria o Poder mais subalterno, controlável, da República, o que facilitaria seu controle até mesmo pelos administrados. Embora o Direito também deva colaborar para a harmonia social, especialmente o Direito Penal deve, pelo argumento acima, ter atuação mínima.

### Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Licínio. *Direito penal*. Goiânia: Século XXI, 2002.
- BARRETO, João de Deus Menna. *Novo prisma jurídico da embriaguez*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. 1.
- \_\_\_\_\_. Prefácio ao livro de Narcélio de Queiroz. In: QUEIRÓS, Narcélio de. *Teoria da "actio libera in causa" e outras teses*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte geral*. Trad. S. Mir Puig & f. Muñoz Conde. Barcelona: Casa Editorial S.A., 1981. v. 1.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- JOZEF, Flavio. *Homicídio e doença mental*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. *Novo prisma jurídico da embriaguez*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. v. 1.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MASUR, Jandira. *O que é alcoolismo*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988. v. 1.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral: estrutura do crime*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.
- QUEIRÓS, Narcélio de. *Teoria da "actio libera in causa" e outras teses*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- REYES ECHANDIÁ, Alfonso. *La imputabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1976.
- SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. Tradução de Manuel Bandeira. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1961.
- SILVA, Haroldo Caetano da. *Actio libera in causa: uma teoria in extremis*. 2003. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2003.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



# O papel do deputado federal na República Federativa brasileira

José de Ribamar Barreiros Soares

## Sumário

1. Introdução. 2. O Congresso Nacional na Constituição Federal. 3. Fixação do número de deputados. 4. Competências do Congresso Nacional. 5. Outras competências parlamentares. 6. Convocação de autoridades. 7. Pedido escrito de informações. 8. Admissibilidade de processo contra o Presidente da República. 9. Tomada de contas públicas. 10. Elaboração do Regimento Interno e de normas internas. 11. Participação nos trabalhos de comissões. 12. A elaboração de leis. 13. Escolha de autoridades de outros órgãos e poderes. 14. A imunidade parlamentar. 15. Conclusão.

## 1. Introdução

As atribuições dos deputados federais nem sempre são bem compreendidas, até mesmo devido a dificuldades técnicas decorrentes da variedade de dispositivos constitucionais e legais que tratam da matéria. Essa questão é fundamental para a cidadania e para a própria democracia, uma vez que, ciente das responsabilidades e atribuições dos deputados federais, o eleitor votará melhor informado e, certamente, ajudará a eleger melhor seus representantes, que, durante quatro anos, estarão atuando na Câmara dos Deputados, no exercício de diversas tarefas, que poderão contribuir grandemente para a melhoria do País, para o aprimoramento das instituições democráticas e para o cumprimento do interesse público.

José de Ribamar Barreiros Soares – Licenciado em Letras pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília; Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília; Diplôme d'Études Politiques Générales, pela Université Paris I, Panthéon Sorbonne; Doutor em Ciência Política pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados e Advogado.

Em alguns casos, nem mesmo o candidato ao cargo de deputado federal sabe exatamente aquilo que fará, caso venha a ser eleito. Ao tomarem posse no cargo, percebem que muitas daquelas promessas de campanha não poderão ser concretizadas, uma vez que a legislação estabelece competências que são próprias dos deputados federais e outras que pertencem a outras autoridades. Por essa razão, buscamos apresentar, de modo simplificado e descomplicado, as principais atividades desenvolvidas por um deputado federal, levando em consideração a Constituição Federal e o Regimento da Câmara dos Deputados.

## 2. O Congresso Nacional na Constituição Federal

Para compreendermos o que faz um deputado federal, é importante compreendermos a composição do Poder Legislativo federal. O Poder Legislativo da União é constituído de duas câmaras: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, que juntos formam o Congresso Nacional. Assim, chamamos de Congresso Nacional a reunião da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

De acordo com o art. 44 da Constituição Federal, “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, tendo cada legislatura a duração de quatro anos. No caso da Câmara dos Deputados, esta é composta de “representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (art. 45 da CF). Os deputados federais, como diz a própria Constituição, são representantes do povo na Câmara dos Deputados e no Congresso Nacional.

O representante do povo é aquele que defende os direitos e interesses do povo, agindo em seu nome, buscando cumprir os interesses públicos. Por essa razão, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1987, p. 147), citando Montesquieu, “dos

três poderes, o Legislativo é o principal dentro da sistemática da ‘separação dos poderes’. Tal decorre não só de ser ele o que de mais perto representaria o soberano, como também de ser quem estabelece a lei que a todos obriga”.

## 3. Fixação do número de deputados

A determinação do número de deputados que compõem a Câmara dos deputados não é aleatória nem arbitrária. Não depende de interesses políticos momentâneos. Existem regras para que seja calculado o número devido de parlamentares, representantes dos eleitores de cada Estado da Federação. O número total de deputados é estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, sendo feitos os ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados. Atualmente, apenas o Estado de São Paulo tem uma bancada com setenta deputados.

Atualmente, de acordo com as informações disponibilizadas pelo site da Câmara dos Deputados, o número de deputados em cada Estado brasileiro é o seguinte: Acre 8, Alagoas 9, Amazonas 8, Amapá 8, Bahia 39, Ceará 22, Distrito Federal 8, Espírito Santo 10, Goiás 17, Maranhão 18, Minas Gerais 53, Mato Grosso do Sul 8, Mato Grosso 8, Pará 17, Paraíba 12, Pernambuco 25, Piauí 10, Paraná 30, Rio de Janeiro 46, Rio Grande do Norte 8, Rondônia 8, Roraima 8, Rio Grande do Sul 31, Santa Catarina 16, Sergipe 8, São Paulo 70, Tocantins 8.

## 4. Competências do Congresso Nacional

Uma função própria da atividade do deputado é a elaboração legislativa, ou seja, fazer leis. O Congresso Nacional só legisla sobre as matérias de competência da União. Portanto, em primeiro lugar, precisamos saber quais são as matérias de competência da União. A Constituição já diz quais são

esses assuntos sobre os quais a União deve fazer leis, que são os seguintes:

- sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
- plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;
- fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
- planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
- limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
- incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;
- transferência temporária da sede do Governo Federal;
- concessão de anistia;
- organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;
- criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;
- criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; telecomunicações e radiodifusão; matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;
- fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Os projetos de lei sobre matérias relativas aos Estados, Distrito Federal e Municípios são de iniciativa desses entes federativos, de modo que os deputados não podem apresentar projetos de lei sobre esses assuntos. Trata-se de obediência ao princípio federativo, do qual nos fala o art. 18 da Constituição Federal. Se algum deputado apresentar projeto sobre essas

matérias, ele será considerado inconstitucional e, portanto, rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, encarregada de fazer o controle de constitucionalidade dos projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados.

Entretanto, embora sendo de competência da União, nem todos assuntos podem ser tratados em projetos de lei de iniciativa de deputado federal. Há algumas matérias que só podem ingressar no processo legislativo por iniciativa do Presidente da República ou de Tribunal. São matérias que tratam especificamente de assuntos de interesse da administração pública ou do Judiciário. Os deputados federais, embora possam apresentar projetos de lei sobre temas que sejam de competência da União, não podem apresentar projetos que versem sobre matérias de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo ou de Tribunais.

##### *5. Outras competências parlamentares*

Além das competências mencionadas anteriormente, existem outras atribuições estabelecidas constitucionalmente, que são:

- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
- autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;
- autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;
- aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;
- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

- mudar temporariamente sua sede;
- fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores;
- fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado;
- julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;
- fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;
- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;
- apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;
- escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;
- aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;
- autorizar referendo e convocar plebiscito;
- autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;
- aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Assim, por exemplo, o deputado examina as contas do Presidente da República, porém, por causa do princípio federativo, não pode julgar as contas do governador nem as do prefeito. A questão não é de hierarquia, mas de autonomia federativa.

### 6. Convocação de autoridades

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações

sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

Os deputados federais podem convocar um Ministro de Estado para explicar o que está fazendo, no exercício de sua função pública. Não podem, entretanto, convocar Secretários de Estado ou outras autoridades estaduais e municipais, por causa do princípio federativo. A recusa a essa convocação por parte das autoridades convocadas importa crime de responsabilidade, e, desse modo, o Ministério Público pode apresentar denúncia perante o Judiciário, a fim de responsabilizar essas pessoas criminalmente. Um Ministro de Estado que, convocado a prestar informações perante a Câmara dos Deputados, recusar-se a fazê-lo poderá ser processado criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal.

Antigamente, a competência para propor essa ação era da própria Câmara dos Deputados. Porém, com a Constituição de 1988, essa regra mudou e a competência para a ação penal pública passou a ser apenas do Ministério Público.

### 7. Pedido escrito de informações

Além da convocação para prestarem esclarecimentos, a Constituição prevê o pedido escrito de informações a essas autoridades, que também não podem se recusar a prestar as informações solicitadas, sob pena de responderem igualmente por crime de responsabilidade. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de

trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. Além de convocarem essas autoridades, podem pedir informação por escrito. Isso, porém, só no âmbito federal.

O deputado federal não pode solicitar informações escritas de governadores, prefeitos, secretários estaduais e outros agentes públicos fora da esfera federal. É importante também ressaltarmos que os pedidos são formulados pelos deputados por intermédio da Mesa da Câmara dos Deputados, e não diretamente pelo parlamentar. As autoridades das quais podem ser solicitadas informações por escrito são Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República. A limitação pela Constituição a essas autoridades tem a ver com a relevância política do interesse público em jogo e de sua repercussão na vida nacional.

#### *8. Admissibilidade de processo contra o Presidente da República*

Compete privativamente à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado. Se o Presidente comete um crime de responsabilidade, justificando a instauração de um processo, serão os deputados federais que decidirão se o processo deve seguir adiante, se o Presidente deve ser julgado ou não. A Câmara funciona como instância de admissibilidade do processo movido contra o Presidente.

Trata-se de grande responsabilidade entregue nas mãos dos deputados. Esses têm a responsabilidade constitucional de zelar pela legalidade e pela moralidade pública, atentos ao fato de que o exercício da atividade administrativa deve atender aos comandos da lei e aos interesses dos eleitores. Desse modo, devem-se empenhar no sentido de responsabilizar aquele agente público que age ilegalmente e crimino-

samente, atentando contra o patrimônio público; porém, devem, ao mesmo tempo, exercer um juízo criterioso e equilibrado acerca dos fatos, a fim de não permitir que processos infundados, sem solidez jurídica e política venham perturbar a paz e a tranquilidade não só do Presidente como de todos os cidadãos.

A paz social, o equilíbrio da administração pública, a confiabilidade das instituições democráticas são elementos tão importantes quanto o julgamento e a punição daqueles que praticam ilegalidades no exercício de função pública, seja essa de que nível for, incluindo a Chefia do Poder Executivo.

#### *9. Tomada de contas públicas*

Compete à Câmara dos Deputados realizar a tomada de contas do Presidente da República, quando não forem apresentadas espontaneamente ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. Essa função também é de grande importância, pois tem a ver com a utilização de dinheiro público. Os cidadãos pagam impostos, a fim de que o Estado possa, com esses valores, satisfazer as necessidades públicas. O dinheiro público pertence aos cidadãos, não é patrimônio privado de qualquer administrador público.

Por isso mesmo, a lei diz como esse dinheiro deve ser gasto, para que os impostos possam ser bem utilizados em proveito do povo. Porém, de nada adiantaria a lei estabelecer regras para o uso do dinheiro público, se não houvesse fiscalização dessa atividade. Por essa razão, a Constituição atribui aos deputados federais a competência para fiscalizar as contas do Presidente da República, verificando, assim, se ele está gastando corretamente o dinheiro público. O deputado federal tem, portanto, a função de fiscal dos gastos feitos com verbas públicas pelo Presidente da República. Nesse ponto, o deputado federal é um defensor

dos cidadãos, do patrimônio público, da ética, da legalidade e da moralidade públicas.

### *10. Elaboração do Regimento Interno e de normas internas*

A Câmara dos Deputados tem ainda a competência:

- de elaborar seu regimento interno;
- de dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

- de eleger membros do Conselho da República.

São funções também de grande relevância. Fixar as normas de funcionamento interno da Câmara é tão importante quanto o exercício da atividade parlamentar. Dependendo de como essas normas são criadas e executadas, o processo legislativo poderá ser um instrumento de aperfeiçoamento da democracia e da defesa dos cidadãos. As normas regimentais são importantes para o aprimoramento da participação popular no processo legislativo, como se pode concluir, por exemplo, da criação, na Câmara dos Deputados, da Comissão de Legislação Participativa.

A existência dessa Comissão tem permitido que setores da sociedade civil enviem sugestões de modificação da legislação ou de criação de novas leis. As sugestões recebidas, uma vez aprovadas, transformam-se em projetos de lei, que passam a tramitar no Congresso como qualquer outro. As regras relativas a audiências públicas também podem ser citadas como exemplos de participação da sociedade nos trabalhos da Câmara dos Deputados. A adoção de voto nominal em processos de interesse público também é uma forma de aprimoramento da democracia, permitindo ao cidadão saber o que estão decidindo seus representantes eleitos.

### *11. Participação nos trabalhos de comissões*

Outra função do deputado federal é participar dos trabalhos de comissões. A Câmara dos Deputados possui várias comissões permanentes e outras temporárias. Esse trabalho é de grande importância, porque a maioria das matérias aprovadas na Câmara saem das comissões e não do Plenário. Por isso, é completamente falsa a ideia de que o deputado, quando não está no Plenário, não está trabalhando.

Às vezes o deputado trabalha mais quando está nas comissões, pois alguns fazem parte de mais de uma comissão e devem atender a todas com a mesma atenção, dedicando-se ao debate e votação das matérias que tramitam pela comissão. Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

- discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

- realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

- convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

- receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

- solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

- apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

Assim, podemos ver que não falta trabalho nas comissões, onde os deputados têm a oportunidade de trabalhar intensamente, contrariando a opinião de que os deputados trabalham pouco. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara

ra dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Outra importante atribuição dos deputados federais é a de investigação de fatos de repercussão nacional e de interesse público. Para isso dispõem das comissões parlamentares de inquérito, que funcionam como órgãos investigativos, com os mesmos poderes inerentes às autoridades judiciais. Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

## 12. A elaboração de leis

Passemos a falar da elaboração de leis, de modo mais específico. O processo de elaboração dessas leis chama-se processo legislativo. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- emendas à Constituição;
- leis complementares;
- leis ordinárias;
- leis delegadas;
- medidas provisórias;
- decretos legislativos;
- resoluções.

Assim, os deputados federais podem fazer leis novas e modificar as anteriores, incluindo a Constituição Federal. Todavia, esse poder não é ilimitado. Existem restrições que o deputado federal deve obedecer, quando elabora ou modifica leis. Vamos explicar bem essa situação. A Constituição prevê algumas matérias que são de competência privativa da União. Sobre essas matérias pode o deputado federal apresentar

projeto de lei, respeitadas as competências privativas do Executivo e do Judiciário, como veremos adiante.

O art. 22 da Constituição Federal estabelece as matérias que são de competência privativa da União, como, por exemplo direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Na forma do parágrafo único do art. 22, a lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias ali relacionadas. Há outras matérias que são de competência comum dos entes federativos. Quando esses temas digam respeito a questões de interesse federal, pode o deputado federal apresentar proposição legislativa sobre a matéria, respeitadas as competências do Executivo e do Judiciário. Essas matérias são as estabelecidas no art. 23 da Constituição Federal.

Algumas competências legislativas são chamadas concorrentes, pois, sobre elas cabe à União estabelecer normas gerais, como é o caso das licitações, sendo as questões específicas próprias da regulamentação de cada ente federativo. As competências concorrentes são as constantes do art. 24 da Constituição.

Agora que comentamos a respeito das matérias sobre as quais pode o deputado apresentar projetos de lei, vamos comentar as diferentes formas de proposta legislativa, a começar pela proposta de emenda à Constituição. Essa proposição tem por objetivo mudar o texto da Constituição, para alterar regra existente ou acrescentar uma nova. Nem todos os assuntos podem ser objeto de emenda constitucional, existem algumas matérias que não podem ser mudadas nem mesmo por meio de alteração da Constituição. É a própria Constituição que veda essa mudança.

Desse modo, não pode ser objeto de proposta de emenda à Constituição, a chamada PEC, aquela tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação

dos Poderes; direitos e garantias individuais. Então, um deputado federal não pode apresentar uma PEC (proposta de emenda à Constituição) para determinar que parte dos deputados passarão a ser indicados pelo Presidente da República, em vez de serem eleitos pelo voto popular. Essa proposta seria inconstitucional.

Também uma proposta de instituição da pena de morte seria inconstitucional, pois fere direitos e garantias fundamentais estabelecidos na própria Constituição, que não podem ser retirados. Esses são alguns exemplos de matérias que o deputado não pode colocar na Constituição. Quanto às chamadas leis infraconstitucionais, que estão abaixo da Constituição, as restrições são ainda maiores, pois não se pode admitir nenhuma lei que seja contra a Constituição. Vamos exemplificar.

A Constituição diz que o menor de dezoito anos é inimputável, não pode sofrer a imposição de pena como um maior de dezoito anos. Se uma lei disser que o maior de dezesseis anos está sujeito à pena de reclusão, a ser cumprida no presídio de segurança máxima, essa lei será inconstitucional. Desse modo, o deputado não pode apresentar um projeto de lei com esse conteúdo, pois será considerado inconstitucional e rejeitado. Se o deputado, assim mesmo, insistir, seu projeto não terá nenhuma utilidade, será perda de tempo e esforço, pois será devolvido pela Mesa, por ser frontalmente contra a Constituição. Não chegará nem mesmo a ser apreciado e votado.

Vamos examinar agora a questão da iniciativa. Iniciativa significa quem pode apresentar projeto de lei. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição.

Entretanto, há algumas matérias que são de iniciativa do Poder Executivo, ou seja, só o Presidente da República pode apresentar o projeto de lei sobre esse assunto para que o Congresso debata e vote a matéria. Nesse caso, o Congresso só pode debater e votar a matéria, não podendo elaborar o projeto de lei. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre os seguintes temas:

- fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas;
- criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
- organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
- servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
- organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
- criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
- militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Estamos vendo, assim, que um deputado federal não pode fazer lei criando novas delegacias de atendimento à mulher. Isso porque essa matéria é de competência privativa do Presidente da República, no âmbito federal. Do mesmo modo, um deputado federal não pode fazer projeto de lei para mandar asfaltar rua, colocar posto de saúde em determinado bairro ou criar cargos novos no Poder Executivo. Se o deputado federal considerar importante essa atividade para a população, poderá enviar ao Poder Executivo uma indicação, que é

uma sugestão para a adoção dessas medidas por parte da autoridade competente.

Em relação ao Poder Judiciário, a Constituição estabelece competências que lhe são privativas, dentro do princípio da separação dos Poderes. Passaremos a transcrever alguns dispositivos de interesse para a questão da iniciativa de leis. O arts. 96 e 99 da Constituição Federal dispõem a respeito das matérias de competência privativa dos tribunais, sobre as quais não podem os parlamentares apresentar projetos de lei.

Assim, por exemplo, o número de cargos em cada juízo, por exemplo, não só diz respeito à organização e funcionamento dos tribunais, como também possui reflexos no âmbito orçamentário desse Poder, daí a iniciativa privativa para essas matérias. Desse modo, embora considere que o País precisa de mais juizes para que os cidadãos tenha acesso a uma justiça de melhor qualidade, o deputado federal não pode apresentar projeto de lei criando novos cargos de juiz.

### *13. Escolha de autoridades de outros órgãos e poderes*

Os deputados federais também ajudam a escolher os Ministros do Tribunal de Contas da União. Seis dos nove Ministros do TCU são escolhidos pelo Congresso Nacional. Metade pelo Senado e metade pela Câmara. Os deputados federais, portanto, escolhem três dos ministros que farão parte do Tribunal de Contas da União. Parece uma atividade simples, escolher parte dos integrantes do Tribunal de Contas da União. Todavia, essa escolha tem reflexos importantes no controle da atividade pública, no uso de verbas públicas. A Constituição Federal dispõe, no art. 71, que:

“O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete...” (BRASIL, 2011c).

O TCU exerce papel importante no auxílio ao Congresso Nacional do controle

externo da administração pública. Outra função do TCU encontra-se descrita no art. 71, II, da Constituição:

“Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (BRASIL, 2011c).

Quando os deputados escolhem parte desses integrantes, estão representando seus eleitores nessa escolha, como se fosse uma eleição indireta, participação essa de grande importância para a democracia.

### *14. A imunidade parlamentar*

Para que os deputados e senadores possam exercer livremente essas funções, eles são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. A imunidade não é para proteger o deputado, mas, sim, o interesse público do cidadão por ele representado. Se o deputado federal pudesse ser cassado em função das opiniões emitidas no debate político, ele não seria um legítimo representante do povo. O deputado ficaria calado e deixaria de defender os interesses da Nação, toda vez que fosse ameaçado de perder o mandato.

As denúncias contra atos ilegais e imorais praticados por agentes do Estado seriam escassas, pois, se essas irregularidades envolvessem pessoas muito influentes, o deputado correria risco de perder o seu cargo se fizesse algum tipo de manifestação e de denúncia dessas práticas. Assim, o deputado federal é imune por opiniões, palavras e votos, para que possa se expressar livremente na representação dos seus eleitores e para permitir que aja como mandatário livre do povo no combate à corrupção, à ilegalidade, à imoralidade praticadas contra os interesses públicos.

## 15. Conclusão

São essas as atividades inerentes ao exercício do mandato parlamentar, de acordo com as funções estabelecidas pela Constituição Federal, seguidas pelo Regimento Interno da Casa Legislativa. Como se pode observar, os deputados exercem funções diversas – não só fazer leis – e desempenham um papel de altíssima relevância para a consolidação da democracia e para a defesa e representação da vontade do povo. Além de elaborarem leis, também fiscalizam o Poder Público, analisam as contas públicas do Presidente da República, informam os eleitores quanto às atividades de seus representantes, aprovam ou desaprovam atos praticados pelos governantes, convocam autoridades, solicitam informações de autoridades, denunciam ilegalidades no setor público, funcionando como os olhos e ouvidos da população.

Nesse sentido, já se manifestava o Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal, conforme trecho abaixo transcrito (BRASIL, 1992, p. 36):

“É importante assinalar que tal categoria de investigações congressuais vem, paulatinamente, perdendo o caráter de auxiliar de função legiferante, para ser usada como instrumento eficaz de controle do governo e de informação à opinião pública”.

Diante de todos esses comentários, podemos observar a importância do deputado federal para a vida política da Nação e a necessidade de que os eleitores façam escolhas sensatas e criteriosas, que

aperfeiçoarão as instituições democráticas e contribuirão para a consolidação da democracia representativa.

## Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989. *Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 1989. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2011a.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Conheça a Câmara*. Brasília: Câmara dos Deputados, [2001?]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2011b.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal. *Relatório final da comissão parlamentar mista de inquérito: criada através do requerimento n. 52/92 – CN, destinada a apurar os fatos contidos nas denúncias do sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do sr. Paulo Cesar Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal*. Presidente: Deputado Benito Gama; Vice-Presidente: Senador Maurício Correa; Relator: Senador Amir Lando. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1992.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/92 a 67/2010 e pelas emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011c.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1987.

# A formação do projeto político norte-americano

As vias para a estruturação do republicanismo na América

Roberto Bueno

## Sumário

Introdução. 1. Uma difícil compatibilização: a crença no processo emancipatório e o ceticismo ético. 2. Os reflexos do ceticismo ético jeffersoniano aplicado ao projeto político norte-americano. 3. Na encruzilhada histórica: o conceito republicano clássico e as vicissitudes da América. Considerações finais.

## Introdução

Neste artigo desejamos focar a formação do projeto político norte-americano por meio do processo de desenvolvimento constitucional norte-americano. Sugerimos que esse tema é um importante componente do eixo argumentativo-conceitual do republicanismo. Esse é o elemento que aparece de forma influente ao lado de outros conceitos filosófico-políticos que compõem o núcleo argumentativo deste artigo, vale dizer, a compreensão do republicanismo e sua atualidade passa pela retomada do debate sob a ótica de análise de suas conexões com a filosofia política e jurídica, especialmente no que concerne ao constitucionalismo, por meio dos *Founding Fathers*, especialmente no que tange ao debate Jefferson-Madison.

O processo constitucional na América teve como principal eixo condutor a afirmação de princípios de ordem filosófico-política em torno à liberdade, aspiração em parte originária da imigração britânica. Dentre eles, sobressaiu notadamente um,

Roberto Bueno é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Filosofia do Direito e Teoria do Estado pelo UNIVEM, Marília (SP). Especialista em Direito Constitucional e Ciência Política pelo Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (RS).

de verniz religioso, cujas origens remontavam à própria colonização da América. A liberdade religiosa viria a ocupar lugar privilegiado no conjunto das liberdades constitucionais em fase de positivação. Por esse motivo, acabou considerada por muitos, e não sem razão, como a mãe das liberdades constitucionais norte-americanas e de sua importante área de influência. Pode subsistir um equívoco em interpretar que Jefferson, e toda a posterior cultura jurídica norte-americana, inclinou-se pela defesa da liberdade religiosa por apoiar uma especial vertente religiosa. Ao contrário, em Jefferson tal apoio se dá por sua crença no nuclear papel que a liberdade de crença, de debate e de opiniões poderia exercer para a dinamização da vida republicana.

Em um contexto como esse, de debates em prol das liberdades por parte de indivíduos ciosos de que ela lhes fora restringida, teve início o processo de desenvolvimento da América em assuntos constitucionais. Isso se deu em profundo diálogo com as circunstâncias de um tempo cujos atores, em maior ou menor medida, apreciavam a aristocracia a que pertenciam, não raro apoiando o vil instituto da escravidão.

Jefferson e Madison emergem nesse contexto como filósofos e políticos, embora não necessariamente nesta ordem, cuja maior preocupação era de cunho humanista e, por conseguinte, com as liberdades e os direitos do homem. Essa preocupação, em um período histórico tão conturbado, tornava-os mais próximos, em que pese as divergências entre ambos. Contudo, os conceitos sobre a organização republicana do Estado que haviam herdado da Antiguidade, bem como de seus estudos acerca do Renascimento italiano, tornavam certos ideais que os habitavam categorias que lhes aproximava. Nesse sentido, Koch acresce que *“these two philosophical statesmen brought their generous and humanistic political theories to the test of action, and action, as ever, necessitated compromise”* (KOCH, 1984), algo que, no que tange à filosofia política, pode ser

sintetizado da seguinte forma: *“Jefferson and Madison were trying to safeguard the people’s liberty and expected the state help the rights of citizens”* (KOCH, 1984, p. 123). Ambos estiveram no mesmo lado quando o que temos em vista é a perspectiva conservadora do partido de Hamilton, mas, enquanto Jefferson poderia ser aproximado com maior facilidade dos radicais democratas do período, bem como de homens como Tom Paine, dificilmente algo similar poderia ser afirmado relativamente ao pensamento de Madison.

### 1. Uma difícil compatibilização: a crença no processo emancipatório e o ceticismo ético

Jefferson nos diz que sobre o futuro paira, no mínimo, um grau de incerteza quanto aos seus desdobramentos morais para o que a educação torna-se imperiosa<sup>1</sup>, e aqui uma influência manifesta dos ideais iluministas. Contudo, essas perspectivas não o tornam politicamente *naïve* o suficiente para descuidar-se de que a base de julgamento nos assuntos públicos deve ser dada pela medida da desconfiança.

<sup>1</sup> A educação pública aparece em Jefferson como um imperativo e, de certo modo, sua proposta contida na *Bill for the More General Diffusion of the Knowledge* (1779) representa uma revolução na forma de abordagem do ensino, até então, restrito na Virgínia do século XVIII, às crianças ricas que obtinham educação mediante tutores. A garantia da educação pública à população implicava processos seletivos em que apenas os melhores eram selecionados, mas, em seu tempo, isso representou um grande passo para a posterior universalização do ensino básico como responsabilidade do Estado. Para isso vislumbramos um duplo argumento, a saber, que se trata de questão de justiça social (garantia de igualdade de oportunidades), mas também de elevação do nível do capital humano de um determinado Estado que, por isso, amplia suas possibilidades de desenvolvimento social e financeiro. Desde logo, a falta de educação pública em Jefferson tinha ainda uma nefasta consequência, qual seja, a de atacar as instituições públicas. A relação direta que estabelecia era entre a falta de educação pública e a falta de garantia para as instituições livres. Dizia ele que *“if a nation expects to be ignorant and free, in a state of civilization, it expects what never was and what never will be”* (apud SHELDON, 1993, p. 65).

Nossa hipótese de trabalho acerca das relações que se travam no pensamento de Jefferson no que concerne à educação, política e representatividade parte do pressuposto da influência firme do conceito de desconfiança no ser humano mesclado com um potencial emancipador. Há nisso um certo viés antropológico hobbesiano, ao qual Jefferson não adere incondicionalmente, tal como Hamilton, por exemplo. Isto sim, Jefferson partirá de uma perspectiva similar a esta para, em um segundo momento, deixar-se influenciar ponderadamente pela ideia de que o ser humano possui um potencial emancipador que pode ser despertado pelo processo educacional<sup>2</sup>.

Contudo, dormita em Jefferson um certo grau de desconfiança relativamente ao homem que colide com alguns dos ideais iluministas. Isso ficou bastante evidenciado em alguns de seus trechos, como este logo abaixo:

*“Although I do not, with some enthusiasts, believe that the human condition will ever advance to such a state of perfection as that there shall no longer be pain or vice in the world, yet I believe [...] that the diffusion of knowledge among the people is to be the instrument by which is to be effected”* (JEFFERSON, 1984p, p. 1387-1388).

Mas se Jefferson nutria algum grau de esperança nos homens, por outro lado, também demarcava o território em que isso poderia se dar, lançando sobre esses limites o ceticismo para bem marcar fronteiras. Seu ceticismo era mais de ordem ética do que antropológica, como visível em Hamilton, ao afirmar que sua descrença encontrava-se centrada naqueles indivíduos donos de

riquezas mais do que naqueles dela destituídos: *“In general I believe that the decisions of the people, in body, will be more honest and disinterested than those of the wealthy men”* (JEFFERSON, 1776).

## 2. Os reflexos do ceticismo ético jeffersoniano aplicado ao projeto político norte-americano

O legado jeffersoniano era o de uma descrença ponderada acerca dos prováveis avanços intelectuais e morais dos homens relativamente à constituição da sociedade. Essa sua posição intermediária encontra-se bem refletida quando pensamos, paralelamente, em sua posição relativamente às mulheres e aos escravos, isto sim, com ainda maior peso para estes últimos, cujo processo emancipatório, no que concerne à educação e não à liberdade física, em si mesma, não era reconhecido como um objetivo alcançável por eles.

Quando essa ideia de ceticismo é projetada sobre a política, emerge um pensador que se equilibra entre o democrata radical dos primeiros tempos e o pensamento conservador, estritamente ligado ao não reconhecimento de direitos. Seguindo essa toada, Jefferson escreveria a William Green Mumford que

*“I join you [...] in branding as cowardly the idea that the human mind is incapable of further advances. This is precisely the doctrine which the present despots of the earth are inculcating, and their friends are re-echoing; and applying especially to religion and politics: ‘that it is not probable that anything better will be discovered than what was known to our fathers [...]’”* (JEFFERSON, 1984a; apud KOCH, 1984, p. 181).

Essa base de desconfiança sobre o homem comum projetar-se-ia às instituições concebidas pelos fundadores, com ainda um acréscimo, a saber, que nada havia de novo a ser descoberto após os progressos efetuados por seus antepassados, reflexão

<sup>2</sup> Isto, sim, entendido em um contexto histórico; o autor representou uma tradição de avanços. Mas, lido com as chaves teóricas da teoria política de nossos dias, deparamo-nos com o fato de que a questão central da exclusão dos processos educacionais terminou por ser enfrentada apenas recentemente nos EUA pelo Poder Judiciário (ESTADOS UNIDOS, 2011c), ao qual, por certo, Jefferson destinava outro tanto de carga de desconfiança.

que o aproximava, já no ano de 1799, de uma ideia cara ao pensamento conservador moderado. Hamilton, profundamente mais descrente no homem desde sua maior conexão com Hobbes, igualmente nega que fora possível aos indivíduos, mas, sobretudo, às massas, o acesso às verdades primárias<sup>3</sup> (GARGARELLA, 2000, p. 13). Mas bem, que nem todos os homens têm acesso a determinados conteúdos era voz corrente em certos segmentos, mas principalmente aceito pelos aristocratas<sup>4</sup> e que já orientara Locke em seu *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil*. Essa ideia seria recepcionada tanto pela filosofia política conservadora de Hamilton quanto pela democrática jeffersoniana, algo bem claro em sua proposta altamente seletiva de garantia de acesso à educação. Seguramente, esse argumento não apenas causava como servia de mantenedor de uma forte ruptura quanto à possibilidade de intervenção das massas no debate público.

Assim, perante a forma de encaminhar os naturais conflitos em uma sociedade, Madison diria que o sistema de julgamentos deveria estar composto de forma a evitar que qualquer homem pudesse vir a ser o juiz em que seu próprio interesse estivesse envolvido. E isso se conecta com o princípio jeffersoniano-paineano de que os homens foram criados com uma dotação igual de razão para que ajam segundo suas necessidades, interesses e propósitos, ideia que posteriormente seria retomada por Mill em *On Liberty* (MILL, 1997) e se tornaria um dos eixos do pensamento liberal.

Sendo assim, seguiria Madison em seu alegado dizendo que o homem dotado

<sup>3</sup> Posteriormente Jefferson tornaria célebre a afirmação da existência de verdades autoevidentes, algo que parece ser similar à ideia das verdades morais ou, pelo menos, a elas estreitamente ligado ou nelas fundamentalmente baseado.

<sup>4</sup> De certa forma, podemos ligar o conservadorismo aristocrático dessa ideia de limitado acesso ao saber ao cerne da filosofia política burkeana, muito embora ele viesse a fundamentar opções políticas francamente opostas, por exemplo, àquilo que Jefferson defenderia como minimamente razoável em matéria política.

de capacidade para intervir em defesa de seus próprios interesses era algo que seria devido a um princípio basilar, qual seja, o de que, como dizia já célebre artigo X, “*su interés es seguro que le privaría de imparcialidad a su decisión*”<sup>5</sup> (THE FEDERALIST, 1994, p. 37). Esse princípio sempre ecoaria em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, entre os quais o direito brasileiro não é exceção<sup>6</sup>.

Dizia Jefferson que a natureza humana não muda quando a observamos logo ao outro lado do Atlântico e que ela é influenciada pelas mesmas causas e, enfim, as mesmas são as formas para precaver-nos contra as múltiplas armadilhas postas pela corrupção e pela tirania contra a efetivação da participação política. Para que a participação política tivesse lugar de forma mais apropriada, uma pré-condição haveria de ser cumprida. Jefferson ressaltava o papel da educação dos indivíduos para que pudessem julgar e avaliar os fatos por si próprios (JEFFERSON, 1984j, p. 1226; 1984n, p. 918), o que, portanto, os habilitaria a melhor intervir politicamente<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Essa ideia da importância da imparcialidade na atividade do Poder Judiciário, mesmo que sob ótica não exatamente igual à de Madison, mas aí mesmo reside seu grande valor, encontra-se em Sunstein (2009).

<sup>6</sup> O Código de Processo Civil brasileiro é claro ao referir-se a que o juiz deverá, como uma de suas causas para declarar-se impedido, ponderar se sobre a questão *sub judice* não possui qualquer interesse particular a afetá-lo. Dispõe o art. 135 do CPC que “reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - algumas das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de algumas das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar algumas das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”. Essas são situações em que, claramente, há uma remissão ao princípio anunciado por Madison.

<sup>7</sup> Essa ideia de participação no poder em esfera local projetava o que Mill reforçaria tempos depois ao afirmar que, agora a participação política local, haveriam os indivíduos de encontrarem-se preparados para tal intervenção. Essa ideia de preparação remetia

Eis aqui uma boa medida para que encontrássemos, neste espaço público em construção, as condições para o desenvolvimento do conceito de autonomia e responsabilidade individual. Isso era o que, de certa forma, caracterizava o que Patterson diz ser uma autêntica manifestação do século das luzes, a saber, a elevação do homem em seu próprio Deus (PATTERSON, 1967, p. 46). Em Jefferson, grande parte dessa concepção de autonomia, aparte sua indiscutível ligação e influência francesa, também parece dever bastante a sua concepção valorosa do homem rural, isto é, daquilo que ficou conhecido como o seu “agrarianism”.

Para que pudesse ter lugar qualquer coisa assemelhada a essa emancipação ilustrada, Jefferson apostava no papel da educação. Entre outras finalidades que poderia cumprir, uma boa e liberal educação era considerada um elemento importante para a preservação das liberdades e para o bom governo. Enfim, ela operava em nível “able to guard the sacred deposit of the rights and liberties of their fellow citizens” (JEFFERSON, 1984b, p. 365), convencido que estava de sua firme capacidade para assegurar a preservação das diversas esferas de liberdade (JEFFERSON, 1984c, p. 918). Nesse sentido, como diz Sheldon, para Jefferson, “democratically educated citizens are the best insurance against government violations of individual natural rights” (SHELDON, 1993, p. 70).

A educação, portanto, era apreciada como uma arma importante, muito embora, como a história viria atestar, mas não suficiente para proteger e garantir contra impulsos totalitários<sup>8</sup> e, por conseguinte,

à questão da educação e dados os objetivos em vista, em larga escala e cujo planejamento e oferta, portanto, deveria ser público.

<sup>8</sup>Sem aprofundar a questão, neste sentido o exemplo da Alemanha no século XX é decisivo, uma vez que era, à época, como hoje, um país com alto nível de educação formal, mas que, sem embargo, deixou-se embalar por perigosos desígnios políticos. Embora entendamos que a educação em si não é arma letal

afirmar sua condição republicana (JEFFERSON, 1984j, p. 1226). De qualquer sorte, carece Jefferson da ambição de oferecer meios emancipatórios mediante a educação para os grupos sociais não dotados de tantos méritos, cujo reconhecimento era a base do argumento jeffersoniano para garantir o livre acesso dos melhores à educação pública.

### 3. Na encruzilhada histórica: o conceito republicano clássico e as vicissitudes da América

A perspectiva jeffersoniana do republicanismo, contudo, tem mesmo raízes na concepção clássica grega, no pensamento aristotélico<sup>9</sup>, em Platão<sup>10</sup>, na tradição iluminista escocesa (e os debates se acendem para aproximar-se à ideia de que estes, ou o iluminismo inglês ou francês, teriam exercido maior influência sobre a formação da América), bem como em Montesquieu e clássicos ingleses como Harrington<sup>11</sup>. Algo deles percebe-se em Jefferson especialmen-

contra a barbárie, desde logo, temos como objetivo reforçar a necessidade de ampliar o cerco contra práticas desse gênero, contra o que, isto sim, a educação é parte importante, mas, e há que reconhecê-lo, não exerce papel decisivo no sentido de eliminar riscos por completo.

<sup>9</sup>Entre outros momentos que denotam tal perspectiva, Jefferson (1984p) ressalta que a sociedade é um natural desejo do ser humano, algo que se dá em paralelo à sua própria criação. Neste sentido a semelhança com o homem político por natureza de Aristóteles. Em outra carta, Jefferson (1984d) menciona sua proximidade com a filosofia política de Aristóteles para dizê-la ainda não totalmente explorada e estudada.

<sup>10</sup>Um de seus pontos de contato com Platão pode encontrar-se ancorado na questão da educação. Platão (1998, 420b), como se sabe, era defensor da educação para os membros da cidade. Jefferson, por seu turno, não ficava aquém, e defendia a educação pública. Contudo, como seu objetivo e foco não fora a redução de desigualdades e atacar, inclusive, a desigualdade de oportunidades, mas, antes, servir ao interesse público, promovia nesta sugestão de sistema educacional (JEFFERSON, 1984a) amplos recortes daqueles estudantes que não fossem os melhores.

<sup>11</sup>Há ainda outros tantos a quem Jefferson, bem como a formação da cultura política e jurídica norte-americana, mantém vivo débito. Entre eles, encon-

te quando aborda a questão da educação cívica, o conceito de corrupção (e, por antonomásia, o de virtude), bem como o de participação política e o de pequenas frações de terra como os melhores espaços para que tivesse lugar a administração pública.

Nesse sentido, um dos pontos centrais que adviria da filosofia jeffersoniana seria sua defesa da participação política popular como a forma mais clara e objetiva de assegurar as liberdades individuais da intervenção de governos tirânicos. Essa é uma ideia que viria a influenciar a confecção de várias cartas constitucionais democráticas, entre elas a brasileira de 1988, ao fixar o direito popular de propor emendas constitucionais sob certas condições e procedimentos, além, é claro, das possibilidades de chamada por *referendum* popular.

Sendo essas as projeções contemporâneas daquele conceito, o que terá constituído para Jefferson o cerne do republicanismo? Segundo o virginiano, o republicanismo tem em seu núcleo algumas ideias que discernem de outros tipos de organização do poder, bem como de seu exercício, e, entre essas diferenças, encontramos a seguinte caracterização:

*"[...] it means a government by its citizens in mass, acting directly and personally, according to rules established by the majority; and that every other government is more or less republican, in proportion as it has in its composition more or less of this ingredient of the direct action of the citizens. Such a government is evidently restrained to very narrow limits of space and population"* (JEFFERSON, 1984i, p. 1392).

Nessa sua explicitação do sentido do republicanismo, Jefferson nos deixa escapar que o exercício direto do poder não era apenas desejável como um elemento do republicanismo. Madison (1751-1836) não sustentava algo muito distinto ao dizer que

---

tramos todo o pensamento *Whig*, o célebre jurista Blackstone (1723-1780).

o melhor governo era aquele baseado no desejo da sociedade, ou seja, o republicano por excelência (MADISON, 1792b, p. 93-95). Como vimos ao início do texto, mostrava-nos uma diferenciação entre democracia e republicanismo em que por democracia entendia precisamente o que Jefferson concebia como republicanismo, tendo como centro a questão da participação direta.

Por outro lado, interessa sublinhar um outro eixo de debates que tiveram lugar nos primórdios do republicanismo norte-americano. Aquele momento histórico testemunhava disputas teóricas sobre a recepção da teoria da participação direta ou não, e, de ser aceita, em que nível, e emergia a questão do debate sobre o sistema representativo como um todo. Em outro trecho da já carta a Samuel Kercheval, um de seus mais frequentes missivistas, Jefferson nos diz que o governo republicano pode ter lugar exclusivamente na medida em que *"they embody the will of their people, and execute it"* (JEFFERSON, 1984q, p. 1396), o que, desde logo, nos esclarece sobre os próprios limites da ideia de democracia direta apresentada por Jefferson em outros trechos de sua obra, como, por exemplo, na carta a John Taylor (JEFFERSON, 1984i). Desde logo, aqui nos deparamos com um dos pontos nevrálgicos da democracia e uma das raízes da crise do sistema representativo que lhe constitui.

O encaminhamento de Jefferson ao propor a igual representação era, para a época, uma necessidade, contudo longe se encontrava de resolver o problema do distanciamento do exercício da representação para muito além dos anseios da população. Esse é tema que, como mencionamos, encontra um de seus maiores debatedores em Burke<sup>12</sup>, e não apenas sobre isso, como também um grande alimentador intelectual dos antirrevolucionários na América, mal-

---

<sup>12</sup> A tese central de Burke (Beaconsfield, 1729-1797) a esse respeito (1989) será, desde logo, que o mandato pertence a quem foi eleito, que, portanto, não deve sentir-se pressionado em suas decisões pelo desejo manifestado pela população, nem mesmo sequer por seus eleitores.

grado as amplas forças que sustentavam tal movimento. Inobstante seus adversários, Jefferson dizia contar com o importante apoio de George Washington (PATTERSON, 1967, p. 58).

A igualdade de representação a que se refere Jefferson era um tema de atualidade em seu tempo. Naquela quadra histórica, o voto era privilégio de alguns, dos proprietários dos quais se supunha estarem em posse de capacidade e discernimento, supostamente fugidios a interesses meramente particulares, para intervir no mundo político e influenciar a legislação. Como sublinhara Hamilton (1755/1757-1804), a definição do direito de sufrágio<sup>13</sup> se tornara uma questão central para o governo republicano (THE FEDERALIST, 1994, p. 223), sendo, quiçá, necessário que a própria Constituição viesse a abordar o tema.

### Considerações finais

Não é possível deslocar o tema do conceito de instituições republicanas da atualidade de nossos debates políticos. Um dos grandes momentos de consolidação dos valores republicanos encontra-se naquela quadra histórica que tocou a Jefferson, Madison e aos demais *Founding Fathers* viver. Daquele momento nos parece

<sup>13</sup>No artigo LVII do *Federalista*, de duvidosa autoria entre Hamilton e Madison, sustentavam os *Founding Fathers* que candidato poderia ser qualquer “*ciudadano cuyo mérito lo señale a la estimación y confianza de sua país. Ningún requisito de riqueza, de cuna, fe religiosa o profesión civil puede poner trabas al juicio ni defraudar la inclinación del pueblo*” (THE FEDERALIST, 1993, p. 243). Este era o passo decisivo para vencer um dos problemas democráticos fundamentais, e presente na teoria contratualista lockiana tão influente em Jefferson e em vários dos *Founding Fathers*, qual seja, o de legitimar todo um processo político que daria lugar a um ordenamento jurídico positivo ao qual todos os cidadãos deveriam se submeter. A razão da obediência não poderia ser encontrada distante da possibilidade de intervir no processo eleitoral e, por fim, na possibilidade de lançar a própria candidatura supridas algumas condições, isto sim, sem que estas representassem impedimentos a amplos setores da população, como, por exemplo, durante longo tempo representou o voto censitário.

oportuno fixar a caracterização do governo republicano para Jefferson, a qual incluía a representação de sua composição nos seguintes termos:

“[...] *in proportion as every member composing it has his equal voice in the direction of its concerns (not indeed in person, which would be impracticable beyond the limits of a city, or small township, but) by representatives chosen by himself, and responsible to him at short periods [...]*” (JEFFERSON, 1984q, p. 1396).

Segundo a ideia acima, haveríamos de priorizar a concessão e tutela dos iguais direitos de cada cidadão. Para Jefferson, eles representam, em todas as esferas, a própria essência do governo republicano (JEFFERSON, 1984q, p. 1398). Entendemos que alguns dos conceitos trabalhados ao longo deste artigo ofertam uma ideia potente que representava, e ainda representa, uma forte contribuição para os nossos dias, os quais todavia permanecem à procura de, ao menos, um mais importante e apreciável nível de amplitude no que concerne a certo nível de equidade na distribuição de oportunidades e na igualdade de tratamento.

A ideia central de que partimos neste artigo é, implicitamente, a de que podemos esperar consagrar nas sociedades contemporâneas mais apreciáveis níveis de equidade nas relações sociais. O que procuramos expor neste artigo foi a possibilidade teórica de um grau mais elevado de princípios de equidade na distribuição de oportunidades e resolução equânime dos conflitos sociais postos. Isso pode ser pensado com a reflexão sobre certos princípios republicanos clássicos, mesmo em meio aos indefectíveis conflitos sociais para os quais aponta o já célebre alerta madisoniano sobre a natureza e o caráter humano. Ainda assim, acreditamos que este instrumental teórico não apenas permite perscrutar a possibilidade de razoavelmente acreditar que as relações sociais possam ser balizadas e mediadas por concepções de instituições

mais equânimes, como oferece algumas categorias e instrumentos para que as instituições venham a caracterizar-se por um perfil de maior solidez e capacidade de atender aos litígios.

## Referências

- ALFÍN, Demetrio Castro. *Burke: circunstancia política y pensamiento*. Madrid: Tecnos, 2006. 336 p.
- APPLEBY, Joyce; SCHLESINGER, Arthur Meier. *Thomas Jefferson*. New York: Times Books, 2003. 208 p.
- BERLIN, Isaiah; LEBRUN, Richard. *Maistre: considerations on France*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. 132 p.
- BURKE, Edmund. *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Madrid: RIALP, 1989. 254 p.
- BUTLER, Marilyn. *Burke, Paine, Godwin and the Revolution Controversy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. 272 p.
- CHIAPPINI, Julio. Jefferson que refuta Marshall. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 34, p. 75-83, 2006.
- DE BONALD, L. A. *Teoría del Poder Político y Religioso*. Madrid: Tecnos, 1998. 216 p.
- ESTADOS UNIDOS. Constitution. *Constitution of the United States of America*. Saint Paul, Minnesota: West, 1995. 529 p.
- ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Aiken v. State of Wisconsin*, 195 U.S. 194. Decided November 7, 1904. In: FINDLAW. Eagan, M.N.: Thomson Reuters, 2011a. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=195&invol=194>>. Acesso em: 10 set. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Roe v. Wade*, 1973: 410 US 113: appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas. Ithaca, N.Y.: Cornell University, Legal Information Institute, 2011b. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0410\\_0113\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html)>. Acesso em: 8 out. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Brown v. Board Education of Topeka*, 347, U.S. 483: Decided May 17, 1954: appeal from the United States District Court for the District of Kansas. In: JUSTIA.COM: US Supreme Court Center. Mountain View, CA: Justia, 2011c. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/347/483/case.html>>. Acesso em: 29 out. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Gitlow v. people of State of New York*, 268 U.S. 652: 1925. Decided June 8, 1925. In: FINDLAW. Eagan, M.N.: Thomson Reuters, 2011d. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=268&invol=652>>. Acesso em: 10 set. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Schenk v. United States* Nos. 437, 438: Supreme Court of the United States: 249 U.S. 47, January 9, 10, 1919, March 3, 1919. Chestnut Hill, MA: Boston College, 2011e. Disponível em: <[http://www.bc.edu/bc\\_org/avp/cas/comm/free\\_speech/schenck.html](http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/schenck.html)>. Acesso em: 13 nov. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Marbury v. Madison*: 5 U.S. 137. Ithaca, N.Y.: Cornell University, Legal Information Institute, 2011f. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZS.html)>. Acesso em: 19 jun. 2011.
- GARGARELLA, Roberto. *The Scepter of Reason*. Dordrecht: Kluwer Academic, 2000. 140 p.
- HOLMES, Oliver Wendell. *Schenck v. United States*: n. 437, 438: Supreme Court of the United States, 249 U.S. 47, jan./mar. 1919. In: TEDFORD, Thomas L.; HERBECK, Dale A. *Freedom of Speech in the United States*. 6. ed. State College, PA: Strata, 2009. Disponível em: <[http://www.bc.edu/bc\\_org/avp/cas/comm/free\\_speech/schenck.html](http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/schenck.html)>. Acesso em: 13 abr. 2009.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Cia. das Letras, 2009. 285 p.
- JEFFERSON, Thomas. Bill for the More General Diffusion of the Knowledge: 1779. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). *Writings of Thomas Jefferson*. New York: Viking Press, 1984a. p. 365-373. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Declaration of Independence. In: \_\_\_\_\_. New York: Viking Press, 1984b. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to C. W. F. Dumas. September 10, 1787. In: \_\_\_\_\_. New York: Viking Press, 1984c. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to Corrèa da Serra. Poplar Forest, April 26, 1816. In: \_\_\_\_\_. New York: Viking Press, 1984d. p. 1388-1391. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to Edmund Pendleton. August 26, 1776. In: WIKISOURCE. San Francisco, 2011. Disponível em: <[http://en.wikisource.org/wiki/Letter\\_to\\_Edmond\\_Pendleton\\_-\\_August\\_26,\\_1776](http://en.wikisource.org/wiki/Letter_to_Edmond_Pendleton_-_August_26,_1776)>. Acesso em: 20 jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. Letter to Isaac MacPherson. Monticello, August 13, 1813b. In: \_\_\_\_\_. New York: Viking Press, 1984e. p. 1286-1294. (Series The Library of America).

- \_\_\_\_\_. Letter to Isaac Tiffany. August 26, 1816. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984f. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to James Madison. Paris, September 06, 1789. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984g. p. 959-964. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to John Mannors. Monticello, February 22, 1814. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984h. p. 1329-1333. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to John Taylor. Monticello, May 28, 1816. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984i. p. 1391-1395. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to John Tyler. Monticello, May 26, 1810. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984j. p. 1225-1227. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to John Wayles Eppes. Monticello, June 24, 1813a. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984k. p. 1280-1286. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to Joseph Cabell. February 02, 1816. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984l. p. 1377-1381. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to Madison. December 16, 1786. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984m. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to Madison. Paris, December 20, 1787. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984n. p. 914-918. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to Maria Cosway. Paris, April 24, 1788. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984o. p. 921-922. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to P. S. Dupont de Nemours. Poplar Forest, April 24, 1816. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984p. p. 1384-1388. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to Samuel Kercheval. Monticello, July 12, 1816. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984q. p. 1395-1403. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to St. John de Crèvecoeur. Paris, August 9, 1788. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984r. p. 928-929. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Letter to William Green Mumford. Monticello, June 16, 1799. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984s. p. (Series The Library of America).
- \_\_\_\_\_. Notes on the State of Virginia. 1787c. In: \_\_\_\_\_ . New York: Viking Press, 1984t. p. 123-325. (Series The Library of America).
- KOCH, Adrienne. *Jefferson e Madison: the great collaboration*. New York: Galaxy Books: Oxford University Press, 1984. 294 p.
- KRAMNICK, Isaac (Org.). *Edmund Burke*. New York: Penguin Books, 1999. 688 p.
- LEBRUN, Richard. *Joseph de Maistre: an intellectual militant*. Paris: McGill-Queen's Université, 1988.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o Governo*. 3. ed. São Paulo: Martins, 2005. 640 p.
- \_\_\_\_\_. *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alba, 1986.
- MADISON, James. *Letter to Monroe*. Philadelphia, dec. 4, 1794. In: \_\_\_\_\_ . Letter and other writings of James Madison: 1794-1815. Philadelphia: J.B. Lippincott & Co., 1865. v. 2.
- \_\_\_\_\_. Property. *National Gazette*, Philadelphia, PA, Mar. 29, 1792a. Disponível em: <<http://www.vem.duke.edu/POI/madison.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. Spirit of Governments. *National Gazette*, Philadelphia, PA, Feb. 20, 1792b. Disponível em: <<http://classicliberal.tripod.com/madison/spirit.html>>. Acesso em: 08 jun. 2009.
- MAISTRE, Joseph de. *Considerations sur La France Suivi de Essai sur le Principe Generateur des Constitutions Politiques*. Paris: Complexe, 2006.
- MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ: FAPERJ, 2002. p. 63-89.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1997. 212 p.
- MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 2007. 848 p.
- ONUF, Peter. *Mind of Thomas Jefferson*. Virginia: Virginia University, 2007.
- PATTERSON, Called Perry. *The Constitutional Principles of Thomas Jefferson*. Gloucester: P. Smith, 1967. p. 26-68.
- PETERSON, Merrill D. (Org.). *Writings of Thomas Jefferson*. New York: The Library of America, 1984. 1600 p.
- PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- POCOCK, John Grenville Agard. *The machiavellian moment: florentine political thought and the Atlantic Republican tradition*. Princeton: Princeton University Press, 2003. 648 p.
- POZZOLI, Lafayette; BUENO, Roberto. Humanismo, justiça e democracia. *Revista PUC Viva*, São Paulo, n. 18, nov. 2002/jan. 2003. Disponível em: <<http://www>>

[apropucsp.org.br/revista/r18\\_r16.htm](http://apropucsp.org.br/revista/r18_r16.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid: Tecnos, 2007. 208 p.

\_\_\_\_\_. *Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres*. Madrid: Tecnos, 2005. 304 p.

SHELDON, Garret Ward. *The political philosophy of Thomas Jefferson*. London: The Johns Hopkins University Press, 1993. 174 p.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 462 p.

THE FEDERALIST. *El federalista*. A. Hamilton, J. Jay, J. Madison. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. 430 p.

THOUREAU, Henry David. *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid: Tecnos, 2005. 200 p.

# Controle de constitucionalidade das leis e decisões interpretativas

Julio de Melo Ribeiro

## Sumário

Introdução. 1. O que se entende por “decisões interpretativas”? 1.1. A norma como objeto do controle de constitucionalidade. 1.2. Interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. 1.3. Decisões interpretativas e redutivas. 2. Interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade. 2.1. Procedência parcial da ação (ADI e ADC)? 2.2. A extensão do efeito vinculante. 2.3. Síntese conclusiva. 3. Interpretação conforme à Constituição no controle concreto de constitucionalidade. 3.1. Interpretação conforme à Constituição e reserva de plenário. 3.2. O recurso extraordinário. 3.3. Interpretação conforme à Constituição e súmula vinculante. 4. Conclusão.

## Introdução

Ao observar o Supremo Tribunal Federal no exercício de sua mais destacada função, a de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, verifica-se a utilização cada vez mais frequente de decisões interpretativas. Decisões que, antes de enunciarem a compatibilidade ou não das leis com a Constituição, comportam um esclarecimento do sentido e alcance das normas objeto de controle. Trata-se do conhecido método de interpretação conforme à Constituição.

Na Revista de Informação Legislativa nº 184, iniciei estudo sobre o instituto da interpretação conforme à Constituição

Julio de Melo Ribeiro, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) e especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), é Advogado da União e assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

(RIBEIRO, 2009, p. 149-170). Instituto que, mesmo despercebidamente, pode constituir instrumento de ativismo judicial. Isso devido ao abandono, em alguns casos, da necessária atitude de deferência ao Poder Legislativo. Atitude consistente no estrito respeito aos limites da interpretação conforme à Constituição (letra da lei e vontade do legislador).

O potencial conflito da Suprema Corte, quando se trata de interpretação da lei em conformidade com a Constituição, não se dá, porém, apenas com o Poder Legislativo. Também os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública sentem a expansão de poderes do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre, principalmente, pela conjugação, no controle abstrato de constitucionalidade, de dois fatores: a) o efeito vinculante da decisão; b) a prática de escolher uma única interpretação correta. Veem-se juízes e administradores públicos, dessa forma, limitados em sua função interpretativa. Daí o estudo da interpretação conforme à Constituição nos controles abstrato e concreto de constitucionalidade. Ao esclarecer distinções (destacadamente as da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto), precisar a extensão do efeito vinculante e delimitar os papéis do Supremo Tribunal Federal nos dois tipos de processo (concreto e abstrato), acaba-se por sugerir o modo de aplicação, pelos tribunais, da interpretação conforme à Constituição.

## 1. O que se entende por “decisões interpretativas”?

### 1.1. A norma como objeto do controle de constitucionalidade

Consoante expus em “Interpretação conforme à Constituição: a Lei Fundamental como vetor hermenêutico” (RIBEIRO, 2009, p. 157-161), o postulado da supremacia da Constituição tem duplo significado:

é, ao mesmo tempo, regra de colisão e instrumento hermenêutico. No primeiro caso, a Constituição funciona como parâmetro de controle. Todo o Direito infraconstitucional deve obediência à Lei Maior.

Também conforme o referido estudo, a norma jurídica é o resultado do processo de interpretação do texto, com ele não se confundindo. Pois bem, o objeto do controle de constitucionalidade é a norma ou o texto?

Embora o § 3º do art. 103 da Constituição Federal, inadvertidamente, refira-se a ambos (“Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de *norma* legal ou ato *normativo*, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou *texto* impugnado”), não parece haver dúvida de que a norma jurídica é que se submete ao controle de constitucionalidade. Isso porque é a norma, e não o texto, que incide sobre a realidade fática, gerando direitos e obrigações, constituindo e declarando situações jurídicas. No processo de aplicação do Direito, o texto é apenas um ponto de partida. O que se aplica, ao final, é a norma que se extrai do enunciado linguístico. Daí por que é ela (norma) que deve obediência à Constituição. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 17), “cumpre observar que o objeto da declaração de nulidade é a norma, isto é, um princípio jurídico geral de conduta [...]”.

Muito bem. Após chegar a essa mesma conclusão, Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 65) chama de decisões interpretativas aquelas que, ao resolver uma questão de constitucionalidade, atuam apenas sobre a norma, deixando inalterado o texto. Segundo ele,

“[...] quando falamos em ‘decisões interpretativas’ não nos referimos a toda e qualquer decisão da jurisdição constitucional que tenha, previamente, realizado uma interpretação (uma vez que tal procedimento, como visto, é inexorável para viabilizar todo e qualquer ato de aplicação de normas

jurídicas), mas sim àquelas decisões que, ao apreciar a constitucionalidade de uma determinada norma, não atuam sobre o texto normativo, atingindo tão-somente o significado dele decorrente, seja fixando um único significado (= norma) compatível com a Constituição, seja excluindo um dos significados possíveis do texto, por incompatibilidade com a Lei Maior. Assim, com as decisões interpretativas o texto normativo permanece inalterado, mas o entendimento possível daquele texto passa por restrições de maior ou menor monta [...].”

Tal pensamento encontra ressonância em Francisco Javier Díaz Revorio (apud COLNAGO, 2007, p. 66, grifos do autor), que entende

“[...] por sentenças interpretativas aquelas proferidas num procedimento de inconstitucionalidade, cuja conclusão, *deixando inalterado o texto da disposição, declara explícita ou implicitamente que ao menos uma das normas, ou parte dela, que dele derivam conjunta ou alternativamente, não são acordes com a Constituição.*”

Em que pese a respeitabilidade do entendimento,<sup>1</sup> esse conceito de decisão interpretativa abrange dois institutos ontologicamente diversos: a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição. Em ambos, o controle de constitucionalidade incide sobre a norma sem alterar o texto. Sucede que decisão interpretativa só há no segundo caso.

### 1.2. *Interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*

É certo que de um só enunciado linguístico podem emanar, intencionalmente

<sup>1</sup> Entendimento também perfilhado por Lenio Luiz Streck (2002, p. 479-480).

ou não, diversas normas. Pois bem, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se dá quando uma ou algumas das normas proposadamente contidas no texto são inconstitucionais, mas não encontram “[...] expressão linguística autônoma na lei, ainda que através de palavras, fragmentos de frase, ou de uma frase [...]” (MENDES, 1993, p. 17). Então somente resta ao aplicador do Direito afastar as normas inconstitucionais, mantendo, porém, intacto o texto. Na interpretação conforme à Constituição, também podem emergir da letra da lei algumas normas constitucionais e outras inconstitucionais. E o aplicador do Direito, obviamente, sempre afastará as inconstitucionais, sem alteração do texto legal. A semelhança dos institutos é inegável. As diferenças, no entanto, são profundas.

A interpretação conforme à Constituição reflete o método de interpretação sistemático-teleológico, não consistindo, ao contrário da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em técnica de decisão no controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque a interpretação de uma lei em conformidade com a Constituição pode resultar em duas ou mais normas constitucionais. Segundo, porquanto os particulares e os administradores públicos também interpretam a legislação conforme à Carta Magna (RIBEIRO, 2009, p. 156-160).

Mesmo no âmbito do processo de controle abstrato de constitucionalidade, os institutos não se igualam. Como já afirmou a Corte Constitucional italiana, “é evidente que não se pode julgar da legitimidade constitucional de uma norma, sem antes ter estabelecido quais sejam o conteúdo e o alcance da norma”.<sup>2</sup> Segundo Zeno Veloso (2003, p. 169),

“A verificação da compatibilidade da norma infraconstitucional com a

<sup>2</sup> Essa referência à Corte Constitucional italiana foi feita pelo Procurador-Geral da República, em seu parecer na Representação 1.417, apresentado ao Supremo Tribunal Federal.

Lei Fundamental envolve, necessariamente, a interpretação da norma impugnada e a interpretação da Constituição, especialmente na parte que teria sido violada. Na jurisdição constitucional, para examinar se ocorreu a parametricidade, para averiguar se a harmonia vertical dos preceitos está garantida, a comparação é necessária, o cotejo essencial, tendo-se de observar a expressão literal, o conteúdo e o alcance da norma contida no Texto Magno e os da norma secundária.”

Pois bem, utiliza-se a interpretação conforme à Constituição apenas nessa primeira fase de identificação das normas sujeitas ao controle de constitucionalidade. E a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto opera no derradeiro instante, quando já se conhece o real conteúdo da lei ou ato normativo e se procede ao controle de norma inconstitucional que não encontra ressonância autônoma no texto. Em suma, a interpretação conforme à Constituição é uma modalidade de interpretação sistemática e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é uma técnica de decisão.<sup>3</sup>

Daí não parecer adequado qualificar o resultado do processo judicial de controle de normas como ponto fundamental na diferenciação entre os institutos. O que separa a interpretação conforme à Constituição da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é muito mais do que a procedência ou improcedência da ação direta ou a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Sobre os papéis desempenhados pela Constituição como vetor hermenêutico e como instrumento de controle de normas, conferir Ribeiro (2009, p. 158-160).

<sup>4</sup> Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 132-139) faz um apanhado da doutrina brasileira a esse respeito. Em regra, diz-se que a interpretação conforme à Constituição leva a uma declaração de constitucionalidade, enquanto a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto resulta, como o próprio nome sugere, numa declaração de inconstitucionalidade.

Até porque a interpretação conforme à Constituição, a depender do ângulo de visada, resulta numa declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (ou em ambas).

Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 92), ao se referir à experiência alemã, afirma que,

“[...] enquanto na pronúncia de nulidade qualitativa sem redução de texto há a exclusão de um significado possível do enunciado normativo, deixando em aberto demais possibilidades interpretativas, na declaração de compatibilidade mediante interpretação conforme há o estabelecimento de um único significado constitucionalmente admissível, o que importa na exclusão de todos os demais significados que não aquele estabelecido pelo Tribunal Constitucional e, conseqüentemente, na redução das possibilidades de construção hermenêutica sobre aquela disposição de lei.”

Também esse critério merece reparos. Primeiro, porque continua a focar o resultado do processo judicial de controle de normas, em vez da natureza diversa da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Segundo, porque, como se verá adiante, um processo de controle abstrato de constitucionalidade em que se utilize a interpretação conforme à Constituição não pode resultar na exclusão de todas as possibilidades hermenêuticas da lei ou ato normativo em xeque.

Uma diferença crucial entre os institutos está em que, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, as normas emanadas da lei regulam diferentes hipóteses de incidência e podem ser aplicadas simultaneamente. E na interpretação conforme à Constituição, as normas, cuja

de. A primeira conduz à improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, ao passo que a segunda leva à procedência da ação.

variedade decorre da polissemia do texto, incidem alternativamente. Diferença bem anotada por Rui Medeiros (1999, p. 318, grifos do autor):

“[...] enquanto na inconstitucionalidade parcial qualitativa as diferentes normas que se extraem da disposição podem operar *contemporaneamente*, pois regulam *fattispecie* diversas ou determinam efeitos independentes, já na interpretação conforme à Constituição as diferentes normas que resultam das interpretações contrastantes estão destinadas a operar *alternativamente*.”

Tal dessemelhança é facilmente observada quando, na interpretação da lei em conformidade com a Constituição, a plussignificativade da expressão literal conduz a normas antagônicas. Quando, porém, a equivocidade do texto está apenas no alcance da lei (expressões vagas, demasiadamente genéricas, etc.), pode-se dizer que, pelo menos nessa hipótese, a interpretação conforme à Constituição se iguala à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto?

A resposta é negativa. Isso porque, em casos-limite, a vontade do legislador é que fará a diferença. Exemplifique-se: uma lei impõe determinada restrição, utilizando-se de expressões demasiadamente genéricas. Surge, então, a dúvida sobre o alcance da norma (seus destinatários). Pois bem, uma dada categoria suscita a inconstitucionalidade da restrição em relação a ela. É caso de interpretação conforme à Constituição ou de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto? Se, por meio de uma pesquisa sistemático-teleológica, chegar-se à inequívoca conclusão de que era intenção do legislador abranger tal categoria, sua exclusão da hipótese de incidência da norma dar-se-á mediante uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Do contrário, se se concluir que a generalidade da letra da lei decorreu de um equívoco e não era intenção

do legislador incluir a citada categoria na regulação legal (ou, ao menos, se não for possível o esclarecimento da vontade do legislador), sua exclusão da hipótese de incidência da norma dar-se-á por meio de uma interpretação conforme à Constituição. Embora o resultado prático pareça ser o mesmo, há sérias implicações jurídicas nessa diferenciação.<sup>5</sup>

Um exemplo interessante de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é citado por Gilmar Ferreira Mendes. Na Alemanha, o art. 10, “b”, da lei do imposto de renda, de 21 de dezembro de 1954, possibilitava a dedução das despesas destinadas às *atividades político-estatais*.

“Segundo a intenção do legislador, as doações a partidos políticos estariam abrangidas entre as chamadas despesas com ‘*atividades político-estatais*’ (*staatspolitische Zwecke*). Uma declaração de nulidade da expressão ‘*saatspolitische Zwecke*’ (*objetivos político-estatais*) não se revelava satisfatória, uma vez que acarretaria a supressão da possibilidade de dedução dos recursos destinados às organizações desvinculadas de atividades puramente partidárias” (MENDES, 1993, p. 17, grifos do autor).

Se, no entanto, não se pudesse afirmar, categoricamente, que a vontade do legislador era a de incluir as doações a partidos políticos entre as despesas dedutíveis do imposto de renda? Interpretar-se-ia a expressão “atividades político-estatais” conforme à Constituição, de modo a afastar a interpretação da lei que permitisse a dedução das referidas doações.

Um exemplo colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é esclarecedor. Na Ação Direta de Incons-

<sup>5</sup> Nos itens seguintes, analisar-se-ão os efeitos da interpretação conforme à Constituição nos processos de controle abstrato e concreto de constitucionalidade, oportunidade em que se evidenciarão algumas das implicações jurídicas na diferenciação entre interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

tucionalidade 2.887, a Suprema Corte brasileira analisou o pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo único do ato transitório da Lei Complementar nº 857, de 20 de maio de 1999, do Estado de São Paulo. Essa lei vedou a conversão em pecúnia da licença-prêmio dos servidores estaduais. O dispositivo legal atacado, por sua vez, excepcionava da vedação os “[...] períodos de licença-prêmio cujo término do respectivo período aquisitivo [fosse] anterior a 31 de dezembro de 1999 [...]”. A partir da intervenção do Ministro Cezar Peluso, o tribunal percebeu que a norma de exceção apenas garantia o direito já adquirido pelos servidores. Como a lei, porém, era de 20 de maio de 1999 e o dispositivo legal estendia a exceção até 31 de dezembro daquele ano, julgou-se “parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, sem redução de texto, excluindo as situações jurídicas já constituídas até a data da Lei Complementar nº 857, de 20 de maio de 1999, do Estado de São Paulo.”

Pergunta-se: em vez de utilizar a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, poderia o Supremo Tribunal Federal interpretar a lei em conformidade com a Constituição, a fim de alcançar o mesmo resultado? Não! É que, no caso, inexistia qualquer dúvida acerca do sentido e do alcance da norma. O legislador quis estender a exceção até 31 de dezembro de 1999. Sendo assim, não seria mesmo caso de interpretação conforme à Constituição.<sup>6</sup>

O Supremo Tribunal Federal, infelizmente, não vem observando as diferenças entre a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Não raro,

<sup>6</sup> Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007), a fim de demonstrar a semelhança entre a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cita a ADI 2.887 e afirma que se poderiam utilizar quaisquer das duas técnicas para se alcançar o mesmo resultado.

o tribunal mistura, numa só decisão, os dois institutos, ao conferir “interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto” (ADIs 2.924, 2.884, 2.325-MC, 2.795-MC, 1.946, 1.552-MC e RE 399.249-Agr). Na ADI 491-MC, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal iguala os dois institutos.<sup>7</sup>

### 1.3. Decisões interpretativas e redutivas

Como se vê, a interpretação conforme à Constituição não se iguala à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto nem mesmo no controle abstrato de normas, ainda quando a interpretação em conformidade com a Constituição envolva possibilidades hermenêuticas constitucionais e inconstitucionais. Mesmo nessa hipótese, que é aquela em que os institutos mais se parecem, podem-se verificar diferenças entre decisões interpretativas (interpretação conforme à Constituição) e redutivas (inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Uma coisa é analisar um texto jurídico polissêmico e, entre as normas possíveis, afastar aquelas em desconformidade com a Constituição. Outra bastante diferente (às vezes, não tão claramente, admita-se) é reduzir o alcance de um texto sobre o qual não recaiam dúvidas hermenêuticas. Decisão interpretativa é apenas a primeira. Como adverte Rui Medeiros (1999, p. 298), “[...] a decisão interpretativa, ao perder a sua ligação umbilical à interpretação conforme à Constituição, transforma-se então numa espécie de *técnica-camaleão* que muda de conteúdo e de forma em face das circunstâncias [...]”.

<sup>7</sup> A tese de que a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto não se igualam saiu fortalecida com a edição da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que, no parágrafo único de seu art. 28, refere-se a ambos os institutos separadamente. Veja-se: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Também André Ramos Tavares (2006, p. 144-145) afirma que

“[...] a confusão conceitual ou a redução de uma categoria a outra deve ser evitada, porque não se pode considerar idêntica a atividade que reduz interpretações emergentes do enunciado textual (tarefa própria do Judiciário em geral) àquela outra atividade que reduz hipóteses presentes, inicialmente, no próprio enunciado textual (tarefa específica da Justiça Constitucional). No primeiro caso, tem-se a interpretação constitucionalmente conforme e, no segundo, a chamada inconstitucionalidade sem redução de texto.”

Daí a importância de não confundir decisões interpretativas (interpretação conforme à Constituição) e reativas (declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Por não constituírem atividades idênticas, essas decisões implicam diferentes consequências jurídicas, tanto no processo de controle abstrato de constitucionalidade quanto no concreto.

## *2. Interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade*

### *2.1. Procedência parcial da ação (ADI e ADC)?*

O controle abstrato de constitucionalidade das leis se dá por etapas, ainda que não haja uma divisão estanque entre elas nem se processe sempre de forma consciente. Primeiro, interpreta-se o dispositivo legal objeto da ação, a fim de que se descortinem as normas jurídicas a serem contrastadas com a Constituição. Segundo, procede-se à interpretação da Carta Magna, para que se conheça o parâmetro de controle. Por fim, afere-se a compatibilidade das normas com a Constituição (RIBEIRO, 2009, p. 159).

E a interpretação conforme à Constituição opera na primeira etapa. Diante de

um texto polissêmico, e sem que se afronte a vontade do legislador, a Constituição é chamada a integrar o processo sistemático de conhecimento do sentido e alcance da lei ou ato normativo sob controle. Pronto! Uma vez descobertas as várias possibilidades hermenêuticas do texto (leia-se: as várias normas), cada uma delas é confrontada com a Lei Fundamental (RIBEIRO, 2009, p. 159). Desse processo podem resultar: a) duas ou mais normas constitucionais; b) duas ou mais normas inconstitucionais; c) uma(s) norma(s) constitucional(ais) e outra(s) inconstitucional(ais).

No que tange à primeira hipótese, não há muita dificuldade em afirmar que a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) será julgada improcedente e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), procedente, continuando a lei em pleno vigor. No segundo caso, também não há dúvida de que se julgarão a ação direta de inconstitucionalidade procedente e a ação declaratória de constitucionalidade improcedente, extirpando-se do ordenamento jurídico todo o dispositivo legal analisado. Quanto à terceira hipótese é que surge o dissenso: julgar-se-ão a ADI e a ADC parcialmente procedentes, porque se considerou inconstitucional ao menos uma das normas emanadas do texto, ou se julgará a ADI improcedente e a ADC procedente, porquanto o texto legal permaneceu incólume?

A resposta a essa questão passa, inexoravelmente, pelo esclarecimento de outra: o objeto do controle de constitucionalidade é o texto ou a norma? Como já visto, a norma jurídica, ou seja, o resultado da interpretação do texto, é que se submete ao exame de compatibilidade com a Constituição. Sendo assim, quando, após uma interpretação da lei em conformidade com a Constituição, surgirem interpretações inconstitucionais, tanto a ADI quanto a ADC hão de ser julgadas parcialmente procedentes.<sup>8</sup> Essa é, inclusive, a prática atual do Supremo Tribu-

<sup>8</sup> Conferir, no mesmo sentido, Appio (2002).

nal Federal (ADIs 1.642, 1.719, 3.652, 3.694, 3.255 e 2.924, entre outras). Na ADI 3.324, por exemplo, a Suprema Corte brasileira assentou a possibilidade de se formular, “em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal”. Isso por envolver “reconhecimento de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2005b).

Não é o que pensam, no entanto, André Gustavo Corrêa de Andrade (2003, p. 121), André Ramos Tavares (2006) e Gilmar Ferreira Mendes (2005). Esses autores, ao distinguirem a interpretação conforme à Constituição da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, dizem que o resultado da primeira é uma decisão de constitucionalidade e o da segunda, de inconstitucionalidade. De fato, os institutos não se equivalem, mas não é nisso que eles divergem.<sup>9</sup> Em ambos os casos, uma norma jurídica é declarada inconstitucional.<sup>10</sup> Daí a razão da parcial procedência da ação, tendo em vista que o objeto de controle são as normas e não o texto. Do contrário, seria incongruente defender, por um lado, a total improcedência da ADI (ou total procedência da ADC), na hipótese de interpretação conforme à Constituição, e, por outro, a parcial procedência da ação, quando se tratasse de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Isso porque, em ambos os casos, o texto da lei permanece inalterado.

Embora pareça uma questão menor, um tecnicismo, a controvérsia sobre o dispositivo de uma ação direta de inconstitucionalidade em que se tenha manejado a interpretação conforme à Constituição pode ter sérias implicações. Na Itália, por exemplo, onde as decisões de constitucionalidade não têm eficácia geral, a Corte Constitucional começou a proferir decisões interpretativas de rejeição da inconstitucionalidade.

<sup>9</sup> Ver item 1.2, *supra*.

<sup>10</sup> Isso no controle abstrato de constitucionalidade. No concreto, a situação é diferente (ver item 3, *infra*).

nalidade. Segundo historia Rui Medeiros (1999, p. 398-399, grifos do autor),

“[...] As sentenças interpretativas de rejeição suscitaram, porém, durante um primeiro período, vivas reacções e algumas formas de rebelião da parte de certos sectores da magistratura ordinária, dando inclusivamente lugar a alguns braços de ferro entre a *Corte Costituzionale* e a *Cassazione*. Por isso, a partir de 1961, não obstante as críticas de alguns autores, o *Palazzo della Consulta*, actuando pragmaticamente, introduziu, na instrumentária do Tribunal Constitucional, a figura da decisão interpretativa de acolhimento [...]”

Daí a difusão, na Itália, da teoria do *diritto vivente*, que consiste, resumidamente, no seguinte: se a interpretação consolidada pela Corte de Cassação estiver em conformidade com a Constituição, o Tribunal Constitucional a adota como correta. Do contrário, profere, num primeiro momento, uma decisão interpretativa de rejeição (improcedência da ação de inconstitucionalidade). Se os juízes e tribunais ordinários, no entanto, insistirem em adotar a interpretação tida por inconstitucional (já que a rejeição da inconstitucionalidade, na Itália, não tem eficácia geral), o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade do próprio enunciado que a fundamentava (COLNAGO, 2007, p. 106).

Também em Portugal esse debate é de extrema relevância. Como na Itália, a decisão de não inconstitucionalidade é desprovida de qualquer eficácia jurídica vinculativa. Segundo Canotilho (2003, p. 1023), “[...] a sentença negativa de inconstitucionalidade não declara nem *fixa* em termos *definitivos* e *irreversíveis* a constitucionalidade de qualquer norma [...]” Essa é, inclusive, uma das vantagens apontadas por Rui Medeiros (1999, p. 398) a favor da decisão interpretativa de acolhimento, quando se declara a inconstitucionalidade de uma dada interpretação.

A verdade é que, tanto na Itália quanto em Portugal, a preferência pela decisão interpretativa de acolhimento no controle abstrato de constitucionalidade se deu mais por razões pragmáticas (razões que não precisam ser invocadas no Brasil, porquanto, aqui, também a decisão de constitucionalidade no controle abstrato vincula). Como a decisão que rejeita a inconstitucionalidade não tem, nesses países, efeito vinculante, a decisão de procedência serve mais aos propósitos de uniformização da jurisprudência; pelo que se nota haver um debate muito mais tormentoso acerca do efeito vinculante das decisões interpretativas.

## 2.2. A extensão do efeito vinculante

Surge, então, a seguinte dúvida: deve o Supremo Tribunal Federal apenas afastar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais ou eleger, entre as normas constitucionais, aquela que lhe pareça a melhor? Arelada a essa questão está outra: diante de uma decisão interpretativa do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, ficam os juízes e tribunais ordinários impedidos de dar à lei interpretação não vislumbrada pela Corte Suprema?

Essas questões refletem, na verdade, a discussão acerca do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. Há quem negue essa força vinculativa, quando se adote, no controle abstrato de constitucionalidade, uma interpretação conforme à Constituição, ou quando se chegue a uma decisão de constitucionalidade (STRECK, 2002).

Ao contrário do que se dá na Itália e em Portugal, porém, a Constituição brasileira diz expressamente que

“as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e

efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”<sup>11</sup>

O parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a seu turno, enuncia que

“a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (Brasil, 1999).

Sendo assim, não há como negar a existência do efeito vinculante, inclusive nas decisões de constitucionalidade e naquelas que façam uso da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Dizer o contrário seria rebelar-se contra os textos constitucional e legal. O que não significa aceitar a eficácia vinculativa em qualquer extensão. Se, por um lado, parece indubitável afirmar que uma decisão interpretativa vincula, por outro, é altamente discutível o que e como vincula (se a vinculação é forte ou fraca<sup>12</sup>). Explique-se:

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar uma ação direta de inconstitucionalidade, percebe que o texto da lei é polissêmico, dando azo a duas interpretações possíveis, uma constitucional e outra em desconformidade com a Lei Magna. Pois bem, deve o tribunal julgar parcialmente procedente a ação, a fim de fixar a interpretação

<sup>11</sup> § 2º do art. 102 da Constituição brasileira de 1988 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004).

<sup>12</sup> São expressões de Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007). Há vinculação forte quando o Supremo Tribunal Federal fixa uma única interpretação da lei e vinculação fraca quando somente se excluem interpretações inconstitucionais.

constitucional como a única correta, ou concluir pela parcial procedência apenas para afastar a interpretação inconstitucional? Em ambos os casos, opera-se o efeito vinculante, conquanto em graus diversos.

O procedimento adequado parece ser o segundo.<sup>13</sup> É que a tarefa do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade não é a de fixar a melhor interpretação da lei, mas somente a de controlar a legitimidade constitucional das normas. Até porque não há como se chegar à melhor interpretação da lei senão dentro de um processo de aplicação do Direito a um caso concreto. Daí por que esse é o papel principal dos juízes e tribunais ordinários (e, extraordinariamente, do Supremo Tribunal Federal) no âmbito do controle concreto de constitucionalidade. Como afirma Rui Medeiros (1999, p. 363), “[...] quanto maior for o efeito vinculativo atribuído à interpretação conforme à Constituição realizada pelo Tribunal Constitucional, mais intensa será a amputação da função tradicional de interpretação da lei que cabe aos tribunais ordinários”.

É verdade que, mesmo no controle abstrato de constitucionalidade das leis, o Supremo Tribunal Federal tem em vista a aplicação concreta da norma jurídica. Também não se pode negar que a Lei nº 9.868, de 1999, municiou a Suprema Corte de importantes ferramentas para melhor conhecimento das circunstâncias fáticas acerca da aplicação da norma.<sup>14</sup> Isso, po-

<sup>13</sup> Em sentido contrário, Cf. Appio (2002); Sicca (1999).

<sup>14</sup> O § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868, de 1999, admite a intervenção no processo de outros órgãos ou entidades, a fim de contribuir para o esclarecimento da causa (é o chamado *amicus curiae*). Com o mesmo propósito, o § 1º do art. 20 permite ao relator “[...] requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos [...] ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. O § 2º do mesmo art. 20, a seu turno, autoriza o relator a solicitar “[...] informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição”.

rém, não transforma o controle abstrato de constitucionalidade em via, por excelência, de resolução de casos concretos, a ponto de fazer do Supremo Tribunal Federal o mais apto a fixar a única interpretação de uma lei. Como esclarece Silvio Luiz Maciel (2005, p. 90), quando o Tribunal Supremo controla a constitucionalidade de uma lei em tese, vislumbra casos hipotéticos e não reais de aplicação da norma, após o que, “[...] e com base nessas eventualidades, [projeta] a interpretação da norma em face da Carta Maior”.

Ocorre que é impossível projetar todas as possibilidades hermenêuticas da lei. Quando o Supremo Tribunal Federal declara que dada interpretação é constitucional, a decisão não pode conter uma declaração de inconstitucionalidade implícita de todas as outras variantes interpretativas, por absoluta impossibilidade material. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 29),

“A constatação de que uma lei determinada é compatível com a Lei Fundamental não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que o *Bundesverfassungsgericht* não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição.”

Daí por que, quando se utiliza a interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade, o correto é apenas afastar a(s) interpretação(ões) reputada(s) inconstitucional(ais). É como ensina Lenio Luiz Streck (2002, p. 484, grifos do autor):

“[...] Na realidade, o Tribunal Constitucional apenas é chamado a declarar

que uma determinada interpretação é inconstitucional. *Por isso tem na verdade de mostrar que é possível, além dessa, uma outra interpretação.* Em compensação, deve deixar em aberto a questão de saber se apenas é possível esta última ou se existem também outras interpretações compatíveis com a Constituição, *não podendo pois impor aos tribunais competentes em razão da matéria uma determinada interpretação.*”

Nesse sentido também é a conclusão de Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 209):

“Desse modo, a utilização das decisões interpretativas que pretensamente estabelecem o ‘único significado constitucionalmente compatível’ do enunciado contrastado não se mostra recomendável, visto que restringe de forma desmesurada a interpretação judicial em razão do efeito vinculante. Por outro lado, aparenta-nos ser mais recomendável o uso de decisões interpretativas que somente excluam um ou mais significados tidos por inconstitucionais, visto que tal proceder conserva com maior eficácia o cânone da segurança jurídica e permite uma menor vinculação no que tange a novas formas de interpretar o mesmo enunciado.”

Convergentemente, Silvio Luiz Maciel (2005, p. 85) assim afirma:

“Cremos, como o professor Gilmar Mendes, que a interpretação conforme dada pelo STF não pode mesmo ter a força de automática e veladamente inibir todas as outras interpretações possíveis que a norma eventualmente venha comportar. Assim como o legislador, ao elaborar a lei, não tem condições de prever todas as suas possibilidades de aplicação (daí a existência de lacunas da lei), também não tem a Suprema Corte (composta de um número bem menor de homens do que o Parla-

mento) condições de prever todas as possíveis interpretações que a norma possa receber e todas as realidades nas quais ela possa ser aplicada. O efeito vinculante da interpretação conforme a Constituição proferida pela Suprema Corte não pode ter essa extensão paralisante dos debates em torno da lei.

Por outro lado, entendemos que se a Corte, ao aplicar a interpretação conforme a Constituição, deixar expresso, na parte dispositiva da decisão (ao lado da interpretação considerada constitucional), quais as interpretações que são inconstitucionais, haverá efeito vinculante também neste aspecto. É que, neste caso, o posicionamento do STF sobre as interpretações inconstitucionais não se imporá como simples interpretação, mas como decisão definitiva, em sede de controle de constitucionalidade, proferida pelo órgão encarregado de efetuar a defesa da Magna Carta. De fato, o STF não pode inviabilizar e prever todas as possibilidades de interpretação que uma norma comporta, mas aqueles sentidos apreendidos pela Corte no julgamento e considerados incompatíveis com a Constituição não poderão de forma alguma ser aplicados pelos demais órgãos do Judiciário e Executivo, sob pena de restar desrespeitada a função primordial do Supremo, de guardião da Constituição.”

Em suma, a decisão interpretativa tem a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante de que tratam o § 2º do art. 102 da Constituição da República e o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 1999. Efeito vinculante, no entanto, que não imobiliza os demais órgãos do Poder Judiciário e os administradores públicos, em sua precípua tarefa de interpretação das leis em geral. Primeiro, porque não retira dos aplicadores do Direito a possibilidade de interpretar a

lei de outra forma, sequer vislumbrada pelo Supremo Tribunal Federal (e isso não contraria o mecanismo da *causa petendi* aberta no controle abstrato de constitucionalidade das leis. Declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica, não é dado ao aplicador do Direito alegar que a questão teria solução diversa, se julgada à luz de princípios e regras constitucionais não invocados pelo Supremo Tribunal Federal. A questão, porém, é outra. Ao não vislumbrar determinada interpretação do texto [ou seja, determinada norma], o Supremo Tribunal Federal sequer aferiu sua constitucionalidade. E, lembre-se, o objeto do controle é a norma e não o texto. Não se trata, portanto, de uma reanálise da mesma norma jurídica, sob outros fundamentos, mas de aplicação de norma diversa, ainda não analisada no processo de controle abstrato). Segundo, porquanto a(s) própria(s) interpretação(ões) declarada(s) constitucional(ais) pode(m) sucumbir ante mudanças substanciais nas relações fáticas ou jurídicas.

O Supremo Tribunal Federal, porém, frequentemente cai na tentação de fixar uma única exegese para a norma objeto do controle abstrato de constitucionalidade, engessando a evolução do Direito. Foi o que ocorreu, por exemplo, na ADI 2.884, em que o tribunal deu interpretação conforme à Constituição para restringir a exegese de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, “afastada qualquer outra possibilidade interpretativa [...]” (BRASIL, 2005a). Talvez aí esteja o motivo de tanta discussão acerca do efeito vinculante das decisões de constitucionalidade.

### 2.2.1. *Decisão de constitucionalidade e efeito vinculante*

Ao proferir uma decisão interpretativa no controle abstrato de constitucionalidade, sempre haverá, ao lado da interpretação considerada inconstitucional, pelo menos uma em que se verifique a compatibilidade com a Constituição. Conforme já se

afirmou, essa interpretação constitucional pode não ser a única, devendo o Supremo Tribunal Federal apenas afastar do ordenamento jurídico a exegese incompatível com a Lei Maior, não sendo vedado ao aplicador do Direito encontrar uma terceira interpretação não analisada pela Suprema Corte. Remanesce, então, a seguinte dúvida: o efeito vinculante engloba a declaração de constitucionalidade da norma analisada pelo Supremo Tribunal Federal? Em outras palavras, além de não poderem aplicar as interpretações inconstitucionais e de poderem aplicar variantes interpretativas não analisadas, ficam os juízes impossibilitados de reconhecer a inconstitucionalidade daquela exegese expressamente declarada constitucional?

A questão extrapola o âmbito de discussão das decisões interpretativas para abranger todas as decisões de constitucionalidade, inclusive as que julgam improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade ou procedente uma ação declaratória de constitucionalidade. Afinal, uma decisão do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas transforma a presunção relativa de constitucionalidade das leis em presunção absoluta?

Que esse tipo de provimento judicial possui, no Brasil, efeito vinculante não parece haver dúvida que resista à leitura do próprio texto constitucional (§ 2º do art. 102). A controvérsia, mais uma vez, gira em torno da extensão desse efeito. O efeito vinculante traz consigo uma intransponível eficácia preclusiva?

A regra é a de que não mais se poderá apreciar a constitucionalidade de norma já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal; regra que, todavia, submete-se a uma cláusula *rebus sic stantibus*. Quando uma norma é declarada inconstitucional, ela sai do ordenamento jurídico e não pode mais ser aplicada. Após se declarar, no entanto, a constitucionalidade de uma norma jurídica, ela vigora tal como anteriormente. Por esse motivo é que, com o

passar do tempo, pode ela se tornar inconstitucional. Uma mudança *substancial* nas relações fáticas ou jurídicas pode resultar numa alteração do juízo de constitucionalidade. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 363-364, grifos do autor),

“Esse entendimento é partilhado por Bryde. *Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o acaso da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções. A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com o fundamento de que a lei se tornou inconstitucional após a decisão da Corte. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das ‘relações fáticas’. Bryde ensina que os conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional. Assim sendo, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de*

que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*).”

No mesmo sentido, afirma Lenio Luiz Streck (2002, p. 438, grifos do autor) que “[...] o efeito vinculante das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (quando improcedentes) e nas ações declaratórias de constitucionalidade *sofre limitações histórico-temporais*. [...]” Daí esse autor concluir que

“Não há, pois, um caráter absoluto na decisão que declara, de forma direta ou indireta, a constitucionalidade de um ato normativo, *uma vez que a mutação do contexto social-histórico pode acarretar uma nova interpretação*. Por isso, a hermenêutica de matriz fenomenológica pode contribuir para a elucidação dessa problemática, uma vez que o processo de interpretação é sempre produtivo (*Sinngebung*), e não meramente reprodutivo (*Auslegung*). *Uma lei pode ser constitucional em um dado momento histórico e inconstitucional em outro*. Mergulhando no rio da história, o intérprete poderá atribuir outro sentido ao texto [...]” (STRECK, 2002, p. 439, grifos do autor).

Luis Roberto Barroso (2006, p. 176) é da mesma opinião:

“[...] Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal

Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei. [...].”

Tal entendimento não se limita à doutrina.<sup>15</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal já consagrou a espécie de decisão que declara uma lei *ainda* constitucional. No HC 70.514, a Suprema Corte brasileira considerou constitucional o prazo em dobro para interposição de recursos pela Defensoria Pública, “ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público [...]” (BRASIL, 1997a). No RE 147.776, decidiu-se que o art. 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, era *ainda* constitucional, até que se implementassem as condições viabilizadoras da Defensoria Pública. Frise-se que, mesmo quando o Tribunal Supremo declara uma lei constitucional, sem antever um processo de inconstitucionalização, ainda assim a decisão se submete à cláusula *rebus sic stantibus*. Vale destacar trecho do voto do Ministro Carlos Velloso na ADC 1-QQ, oportunidade em que se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro:

“No que concerne aos efeitos da decisão [da ação declaratória de constitucionalidade], quero dizer apenas isto: a lei é constitucional ou inconstitucional. A valoração diante da interpretação histórico-evolutiva pode variar no tempo – registra,

em livro que acaba de vir a lume, o Professor Haroldo Plínio Gonçalves, da Universidade Federal de Minas Gerais. (Aroldo Plínio Gonçalves, ‘Nulidades no Processo’, AIDE Ed., Rio, 1993, págs. 115 e 55). É correto o registro, se temos em linha de conta os conceitos de constituição formal e constituição substancial ou constituição real. A constituição formal – e este deve ser o grande trabalho da Corte Constitucional – deve ser ajustada à constituição substancial. Alterando-se a constituição substancial, a esta há de ajustar-se a constituição formal. Daí por que interpreto a norma inscrita na Emenda Constitucional n. 3, de 1993, que estabelece a eficácia *erga omnes* para a decisão que resolve em definitivo a ação declaratória de constitucionalidade, *cum grano salis*. Quer dizer, a declaração de constitucionalidade da lei não impede, a meu ver, diante de alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Penso que esta é uma posição que a Corte constitucional deve assentar. É que, como foi dito: hoje, a lei pode ser constitucional, amanhã, não” (BRASIL, 1995).

Dessarte, quando se declara, em processo de controle abstrato de normas, a constitucionalidade de uma lei ou de uma interpretação, não fica o Supremo Tribunal Federal impedido de apreciar ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto o mesmo ato normativo. Mas não é só. Também os juízes e tribunais ordinários, diante de relevante mudança das relações fáticas ou jurídicas, pode deixar de aplicar a norma, por inconstitucionalidade. É o que propugna Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 208):

“[...] mudanças formais ou informais de normas constitucionais podem também influenciar uma mudança no modo de entender o enunciado já

<sup>15</sup> Ainda no mesmo sentido, Cf. Clève (2000, p. 240,306).

contrastado com a Constituição, ocasião em que se deve permitir à Corte alterar seu posicionamento.

Perante o atual sistema constitucional, a forma de alterar a interpretação estabelecida na decisão interpretativa deverá ocorrer, preferencialmente, por meio outra [sic] ação de controle abstrato. Entretanto, nada impede e é até mais factível que novas possibilidades de interpretação do enunciado (novas formas jurídicas formuláveis) que não tenham sido cogitadas pela Corte venham a ser expostas em sede de Reclamação Constitucional, pois é na realidade dos casos concretos que a interpretação eleita pelo Supremo Tribunal Federal será contextualizada e, se for o caso, relativizada.”

Ante esse quadro, em que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os demais membros do Poder Judiciário podem contrariar a decisão de constitucionalidade de uma norma, pode-se questionar a própria existência do efeito vinculante. Onde estaria esse efeito vinculante que, aparentemente, nada vincula? Qual o benefício para a segurança jurídica e para a pacificação das demandas judiciais, se, a todo o tempo, forem permitidas decisões contrárias àquela proferida no controle abstrato de constitucionalidade?

O descontrole jurisprudencial é apenas aparente. É que somente se admitirá a revisão da decisão de constitucionalidade quando presente *substancial* alteração das relações fáticas ou jurídicas. Insuficiente, portanto, mudanças laterais no quadro fático ou simples suscitação de argumentos jurídicos novos. Há de se verificar uma mudança profunda, de modo a demonstrar que o Supremo Tribunal Federal decidiria diferentemente, se confrontado com as novas circunstâncias. Se o efeito vinculante não existisse, não haveria esse dever de o juiz acrescentar às razões de fato e de Direito que fundamentam sua decisão uma justificativa adicional, a fim de abandonar o precedente.

Ademais, o respeito à eficácia vinculativa da decisão sempre se poderá garantir mediante a reclamação constitucional, instrumento processual expedito pelo qual a Suprema Corte avalia o desrespeito à autoridade de seus julgados (alínea “1” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal). Foi o que se deu quanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade 4. O Supremo Tribunal Federal concedeu a medida cautelar e sufragou a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses de: a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; c) outorga ou acréscimo de vencimentos; d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. Sucede que determinado caso concreto surpreendeu: estava abrangida pela vedação legal a hipótese em que o servidor público, atingido por ato da Administração consistente em lhe excluir parcela dos vencimentos, requer na Justiça tutela antecipada para pagamento dessa parcela? Os juízes entenderam que a interpretação da norma (art. 1º da Lei nº 9.494, de 1997) com essa extensão era inconstitucional. E o Supremo Tribunal Federal, acionado em sede de reclamação, admitiu não se aplicar a decisão da ADC 4-MC, quando se intentasse o restabelecimento do *status quo ante* do servidor (Rcl 2.382, Rel. Min. Carlos Britto; Rcl 2.421-AgR, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 2.482, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). O mesmo ocorreu no que concerne a benefício previdenciário (Rcl 1.831-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira; Rcl 4.233, Rel. Min. Cezar Peluso).

Muito bem. Ao criticarem a existência de efeito vinculante nas decisões de constitucionalidade, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1023), no que tange ao Direito

português, e Lenio Luiz Streck (2002, p. 494-495), a propósito do Direito brasileiro, afirmam que se estaria a consagrar, em Portugal e no Brasil, respectivamente, a regra do *stare decisis* americano. Mais: estar-se-ia a adotar a regra de forma deturpada, já que, no sistema da *common law*, os precedentes não são aplicados de forma automática. Segundo Lenio Luiz Streck (2002, p. 494-495, grifos do autor),

“Calha registrar – pela absoluta relevância no contexto – que no Direito norte-americano *as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro*, mas, antes, para solver as disputas entre os litigantes. A utilização do *precedent* em casos posteriores é uma decorrência incidental. *A doutrina do stare decisis não exige obediência cega a decisões passadas*. Isto sem olvidar que ‘o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada com tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se torna (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. *Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – de particular a particular, e não do geral (a norma) ao particular (o caso) –, com todas as decisivas conseqüências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológicas, que esse tipo de fundamentação e decisão implica*’.”

É certo que a concessão de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão de constitucionalidade aproxima o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade do *stare decisis* norte-americano. Isso, no entanto, não constitui “[...] uma camisa-de-força que atinge, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro” (STRECK, 2002, p. 500), se se compreender o efeito vinculante na extensão aqui preconizada. Caso

se entenda implícita em toda decisão de constitucionalidade uma cláusula *rebus sic stantibus*, não se exigirá “obediência cega a decisões passadas”. Os juízes e tribunais ordinários terão espaço, assim como no *stare decisis*, para afastar o precedente, em caso de mudança substancial das relações fáticas ou jurídicas. Ademais, a decisão de constitucionalidade no Direito brasileiro não deixa de se impor como um “padrão normativo casuístico”, ainda que faça referência a casos hipotéticos e não reais.

### 2.3. Síntese conclusiva

Em suma, a interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade leva à procedência parcial da ação (tanto a direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade). Isso porque o objeto do controle é a norma jurídica que emana do texto, e pelo menos uma das normas é declarada inconstitucional. E essa decisão interpretativa possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Que efeito vinculante? As interpretações inconstitucionais são extirpadas do ordenamento jurídico e aquelas declaradas constitucionais não poderão ser desaplicadas por inconstitucionalidade; sem prejuízo de os operadores do Direito (juízes, tribunais e administradores públicos) vislumbrarem outras interpretações da lei ou, diante de mudança substancial das relações fáticas ou jurídicas, reconhecerem a inconstitucionalidade das interpretações antes declaradas constitucionais. Tudo sob a supervisão do Supremo Tribunal Federal, que sempre estará apto, em sede de reclamação constitucional, a impor a autoridade de suas decisões.

### 3. Interpretação conforme à Constituição no controle concreto de constitucionalidade

Feita a análise da interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade, resta delinear o

instituto quando utilizado por juízes e tribunais na resolução de casos concretos. Há diferenças importantes a considerar.

### *3.1. Interpretação conforme à Constituição e reserva de plenário*

Diz o art. 97 da Constituição brasileira de 1988 que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Pois bem, para interpretar uma lei em conformidade com a Constituição, é necessária a remessa do processo ao plenário ou órgão especial do tribunal?

A resposta é negativa. Como defendi em estudo anterior (RIBEIRO, 2009, p. 156-160), a interpretação conforme à Constituição nada mais é do que uma interpretação sistemático-teleológica. Deriva do postulado da supremacia da Constituição, em seu significado de instrumento hermenêutico, e não de regra de colisão. Noutra dizer, o que permite aos juízes e tribunais ordinários (e também aos administradores públicos) interpretar a lei em conformidade com a Constituição é a função interpretativa desses Juízes, e não o poder de controlar a constitucionalidade incidentalmente.<sup>16</sup> Essa é, inclusive, segundo relata Rui Medeiros (1999, p. 322-324), a razão pela qual, na Alemanha e na Itália, países que adotam somente o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, não é necessária a subida do processo ao Tribunal Constitucional, quando os tribunais ordinários conferem à lei uma dada interpretação conforme à Constituição. É que o juiz não pode se furtar ao uso do método hermenêutico

<sup>16</sup> Não é o que pensa Lenio Luiz Streck (2002), que afirma estar o poder de juízes e tribunais para utilizarem a interpretação conforme à Constituição fundamentado no controle difuso de constitucionalidade. Ocorre que o autor dá um exemplo que contradiz sua tese. É o caso da Áustria, onde juízes e tribunais utilizam a interpretação conforme à Constituição, não obstante inexistir controle difuso de constitucionalidade.

sistemático-teleológico, que inclui, obviamente, a Constituição. Sendo assim, ao proceder à interpretação da lei conforme à Constituição, não estarão juízes e tribunais declarando a inconstitucionalidade dessa mesma lei, sequer em parte. Daí ser desnecessária a remessa do processo ao plenário ou órgão especial dos tribunais. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 184.093, cuja ementa é a seguinte:

“EMENTA: Caderneta de poupança. Direito adquirido. Interpretação do artigo 17 da Medida Provisória nº 32/89 convertida na Lei 7.730/89. Redução do percentual da inflação aplicável ao caso. – Inexistência de ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal. Com efeito, o acórdão recorrido não declarou a inconstitucionalidade do artigo 17, I, da Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei 7.730/89, mas, apenas, em respeito ao direito adquirido, o interpretou no sentido de que não se aplicava ele às cadernetas de poupança em que, antes da edição dela, já se iniciara o período de aquisição da correção monetária. Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição, e isso porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta. – Falta de prequestionamento (súmulas 282

e 356) da questão constitucional relativa ao direito adquirido no que diz respeito à redução do percentual da inflação aplicável ao caso. Recursos extraordinários não conhecidos” (BRASIL, 1997b).

Embora correta a conclusão da Suprema Corte, sua justificativa parece equivocada. É que, também no controle concreto de constitucionalidade, é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. A diferença está, mais uma vez, na natureza dos institutos da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto,<sup>17</sup> bem como na função exercida pelo Poder Judiciário nos controles abstrato e concreto de constitucionalidade. Explique-se:

Quando se falou da interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade, concluiu-se que ela conduz à procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Isso porque se declara inconstitucional pelo menos uma das normas emanadas do texto. Por que, então, quando manejada no controle concreto de constitucionalidade, a interpretação conforme à Constituição não implica nenhuma declaração de inconstitucionalidade?

A resposta está em que a função exercida pelo Poder Judiciário em ambos os controles, ou seja, a natureza dos juízos, é diversa. Enquanto nos processos de controle abstrato de constitucionalidade a tarefa do Supremo Tribunal Federal é, exatamente, a de aferir a legitimidade constitucional das normas jurídicas, no controle concreto, a atenção dos juízes e tribunais está voltada para a solução do caso real, incluindo-se, somente se for necessária, uma desaplicação da lei por inconstitucionalidade. Opera-se, portanto, em planos diversos. No primeiro caso, as

normas jurídicas são, individualmente, o próprio objeto da ação (plano normativo, mundo do dever-ser). No segundo, elas (as normas) apenas servem de parâmetro para a resolução de um conflito concreto (plano fático, mundo do ser).

No controle abstrato de constitucionalidade, a função do Supremo Tribunal Federal é impedir, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a aplicação de normas inconstitucionais pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública. Por isso que, quando em foco lei polissêmica, afere-se a constitucionalidade de cada uma das interpretações resultantes do texto. Havendo alguma inconstitucional, é imperiosa, para que se afaste a norma do ordenamento jurídico, a declaração da inconstitucionalidade. De outro modo não se cumpriria o objetivo do controle abstrato de constitucionalidade.

Ao apreciar uma demanda concreta, no entanto, o dever do juiz é o de dar uma única solução ao caso. Assim, ao se deparar com uma lei plurissignificativa, seu trabalho é o de apontar, entre as interpretações possíveis, aquela que melhor resolve a lide. Por exemplo: a) se se chegar a três interpretações constitucionais, escolhe-se a *mais constitucional* para o caso concreto (que pode não ser a ideal para outro caso); b) o mesmo ocorre se se vislumbrarem duas interpretações constitucionais e uma inconstitucional, isto é, escolhe-se a *mais constitucional*; c) também não é diferente quando estão em jogo duas interpretações inconstitucionais e uma constitucional, já que a função do magistrado continua sendo a de escolher a melhor solução para o caso sob análise. Em todas essas hipóteses, não há qualquer interferência do juiz no plano normativo. Como a escolha do magistrado deve recair sobre uma única interpretação, não é correto falar em desaplicação das normas que sobejaram, mas em aplicação da norma *mais constitucional*. Nas hipóteses “b” e “c”, não se pode afirmar que o juiz declarou, incidentalmente, a inconstitucio-

<sup>17</sup> Ver item 1.2, *supra*.

nalidade de nenhuma norma. Isso porque não havia necessidade dessa declaração, uma vez que existia outra norma *mais constitucional* para se aplicar ao caso.

No controle concreto, somente há declaração de inconstitucionalidade quando o juiz necessita afastar o parâmetro legal para julgar o caso (por isso a declaração é incidental). Necessidade que não se faz presente quando a lei tem pelo menos uma interpretação compatível com a Lei Maior.<sup>18</sup>

É mister não confundir, também no controle concreto de constitucionalidade, a interpretação conforme à Constituição com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Em ambos os casos, o juiz se depara com uma pluralidade de normas advindas de um mesmo enunciado linguístico. Sucede que, na interpretação conforme à Constituição, essas normas pretendem dar diferentes respostas ao mesmo problema jurídico, ou seja, atuam alternativamente (a escolha de uma implica, necessariamente, o descarte das outras). Na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por sua vez, as normas regulam diferentes aspectos da realidade, pretendem solucionar questões jurídicas diversas. Daí se aplicarem simultaneamente (a incidência de uma não afasta a das outras).

Por que essa distinção é importante? Porquanto, ao se descartar a aplicação de normas jurídicas mediante interpretação conforme à Constituição, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade (as normas foram preteridas porque somente uma poderia incidir). Ao fazê-lo, porém, por meio de uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, uma (ou algumas) das normas que deveriam operar simultaneamente foram

<sup>18</sup> Não se esqueça que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, por interferir na obra do legislador e causar, ao menos potencialmente, um conflito entre Poderes, deve ser encarada como exceção, valendo-se o juiz, apenas excepcionalmente, desse poder de desconstituição dos atos legislativos.

afastadas para a resolução do caso concreto (é a típica declaração incidental de inconstitucionalidade).<sup>19</sup>

Na interpretação conforme à Constituição, o juiz não declara, sequer parcialmente, a inconstitucionalidade da lei. Isso porque, premido a escolher uma só interpretação (ou seja, uma só norma), ao fazê-lo, ele aplica a lei por inteiro. Quando o magistrado, por exemplo, entre duas interpretações constitucionais, aplica a *mais constitucional*, diz-se que ele afastou parte da lei? Não! Pois o raciocínio é o mesmo quando uma das opções hermenêuticas alternativas é inconstitucional.

De todo o exposto, chega-se à seguinte conclusão: não é necessária a remessa do processo ao plenário ou órgão especial do tribunal quando se interprete uma lei em conformidade com a Constituição. Ao contrário, para que se proceda a uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, imprescindível a observância da regra do art. 97 da Constituição da República.<sup>20</sup> Assim também conclui José Levi Mello do Amaral Júnior (1998):

“Assim, como na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto há efetivo juízo de desvalor da norma, surgindo a *quaestio juris* incidentalmente em um órgão fracionário de Tribunal, o incidente deverá ser processado por seu Plenário ou Órgão Especial (art. 97 da CRFB/88 - ‘full bench’). Por sua vez, a interpretação conforme à Constituição, por ser técnica hermenêutica que visa à preservação do texto inquinado, pode (e deve) ser procedida por todo e qualquer juízo, monocrático ou colegiado, não

<sup>19</sup> Nos casos-limite, a diferença entre os dois institutos estará na vontade do legislador. Ver item 1.2, *supra*.

<sup>20</sup> Diversamente, concluindo pela desnecessidade de manifestação do plenário ou órgão especial do tribunal, tanto na interpretação conforme à Constituição quanto na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, Cf. Streck (2002).

necessitando, nesse último caso, de provocação do Plenário.”

A propósito, pelas mesmas razões, o Supremo Tribunal Federal não tem por que comunicar ao Senado Federal, para o exercício da competência prevista no inciso X do art. 52 da Constituição da República,<sup>21</sup> quando, em sede de recurso extraordinário, proceda à interpretação conforme à Constituição.<sup>22</sup>

### 3.1.1. A Súmula Vinculante nº 10

Em 18 de junho de 2008, exercendo o poder que lhe foi conferido pelo art. 103-A da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 10, com o seguinte teor:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Esclareça-se que a interpretação conforme à Constituição não está abrangida pela súmula. Mediante a análise dos precedentes que originaram o verbete, verifica-se claramente que a Suprema Corte apenas intentou sanar desvios dos órgãos fracionários de alguns tribunais que, embora não o dissessem expressamente, declaravam a inconstitucionalidade da lei aplicável ao caso concreto. O órgão fracionário do tribunal, por meio de algum artifício retórico, ignorava a disposição legal em tese aplicável à resolução da lide, alcançando-se o mesmo resultado da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, sem pronunciá-la.

O instituto da interpretação conforme à Constituição, se corretamente utilizado, nada tem a ver com esse cenário. É que a disposição legal é interpretada e aplicada pelo juiz. É bem verdade que se pode tornar

<sup>21</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>22</sup> Em sentido contrário, Cf. Appio (2002, p. 96).

corriqueira a prática de usar a interpretação conforme à Constituição sem observância de seus pressupostos (RIBEIRO, 2009, p. 161-168), com o mesmo intuito de burlar a regra do art. 97 da Constituição Federal (principalmente em face da inegável similitude com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Contra esses desvios caberá sempre recurso extraordinário e, agora, reclamação constitucional.

### 3.2. O recurso extraordinário

A interpretação conforme à Constituição é, em essência, uma interpretação da lei.<sup>23</sup> Exegese legal, no entanto, amplamente determinada pelo sentido e alcance das normas constitucionais. Em outras palavras, uma interpretação da lei em conformidade com a Constituição não prescinde, por óbvio, de um juízo sobre o conteúdo da própria Lei Maior. Daí caber recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal sempre que um juiz ou tribunal acolha ou rejeite uma interpretação conforme à Constituição.

Assim dispõe o inciso III do art. 102 da Constituição Federal:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

<sup>23</sup> Ou, excepcionalmente, de emenda constitucional. Nesse caso, havendo polissemia, socorrer-se-á do sentido e alcance das cláusulas pétreas. O Supremo Tribunal Federal deu a uma emenda constitucional interpretação conforme à Constituição nas ADIs 1.946 e 3.395-MC.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

Da leitura do texto constitucional, três aspectos merecem destaque. O primeiro é que a alínea “b” do inciso III do art. 102 da Constituição não serve de fundamento a recurso extraordinário para questionar acórdão que haja conferido à lei interpretação conforme à Constituição. Isso porque, como já se demonstrou, inexistente, nesta hipótese, qualquer declaração de inconstitucionalidade.<sup>24</sup>

O segundo consiste no fato de que o Supremo Tribunal Federal, ainda que vislumbre uma interpretação *mais constitucional* da lei, não poderá dar provimento ao recurso extraordinário se a decisão atacada respeitar a Constituição. Veja-se que a Carta Magna confere competência à Suprema Corte para julgar as causas apenas “quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição” ou “quando a decisão recorrida: c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”. Precisa a observação de Lenio Luiz Streck (2002, p. 534-535, grifos do autor):

“[...] Na verdade, no recurso estará em causa não o texto original do dispositivo, mas a interpretação conforme que lhe foi dada pelo tribunal recorrido. Assim, para prover o recurso, torna-se condição de possibilidade a declaração anterior da inconstitucionalidade da interpretação conforme feita *a quo*. Esse será o núcleo do recurso extraordinário.”

O terceiro aspecto concerne à própria função do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade. Vencidas as questões preliminares do recurso e verificada a inconstitucionalidade

<sup>24</sup> Lenio Luiz Streck (2002) é da mesma opinião. Esse autor, no entanto, também entende incabível o recurso extraordinário pela alínea “b” em caso de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Quanto a isso não se concorda, pois a hipótese, diferentemente da interpretação conforme à Constituição, envolve declaração de inconstitucionalidade. Ver item 3.1, *supra*.

da interpretação levada a efeito pelo tribunal *a quo*, deve o Supremo Tribunal Federal (a) impor a exegese da lei que considere mais conforme à Constituição ou (b) afastar a interpretação inconstitucional e devolver o processo para que o tribunal ordinário dê outra solução à lide?

Em Portugal, essa questão recebeu a atenção de destacados juristas. Segundo o n.º 3 do art. 80.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional português, “no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa”. Criticando esse dispositivo, Rui Medeiros (1999, p. 375-387) afirma que o Tribunal Constitucional não pode impor dada interpretação conforme à Constituição, já que, mesmo no controle concreto de constitucionalidade, a Suprema Corte lusitana analisa normas, mas não decide o caso concreto. No mesmo sentido, propugna José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1313-1314) que, adotada a solução prevista na lei, o Tribunal Constitucional passará de uma Corte restrita às questões de constitucionalidade para uma superinstância, decisivamente influente na solução das questões submetidas à apreciação dos tribunais. Jorge Miranda (2003, p. 44), a seu turno, afirma não ter tantas certezas, principalmente em face da provável multiplicação de recursos e dos inconvenientes para a economia processual e a conflitualidade entre tribunais.

No Brasil, não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, deve impor a exegese da lei que considere mais conforme à Constituição. Em primeiro lugar, porque o Supremo Tribunal Federal brasileiro é, além de uma corte constitucional, o órgão de cúpula do Poder Judiciário (a superinstância de que fala Canotilho). Segundo, porque, nos termos da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal *julga* a causa. Embora

esteja adstrito à matéria fática pacificada no tribunal ordinário,<sup>25</sup> o juízo do Tribunal Supremo substitui o acórdão recorrido, no que tange à questão de Direito.

### 3.3. *Interpretação conforme à Constituição e Súmula Vinculante*

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acresceu à Constituição Federal o art. 103-A, assim redigido:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato adminis-

trativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Muito bem. Quando se discorreu sobre a interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade, mais especificamente quando se analisou a extensão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se que não era dado à Suprema Corte fixar uma única interpretação da lei, sob pena de o tribunal se ver surpreendido pelas circunstâncias do caso concreto. Agora há pouco, no entanto, defendeu-se o poder de o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, impor a exegese da lei que considere mais conforme à Constituição (isto se a decisão recorrida for inconstitucional). Neste último caso, por óbvio, a questão do efeito vinculante (e de suas possíveis consequências) não se impunha, exatamente porque a decisão tem eficácia *inter partes* e atenta às peculiaridades do caso concreto. Pergunta-se: a possibilidade de edição de súmula, com efeito vinculante, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal em recursos extraordinários, não traz para o controle concreto de constitucionalidade as mesmas preocupações de imobilização jurisprudencial, já discutidas quando da análise do controle abstrato?

Sem dúvida que sim, embora se identifiquem algumas atenuantes. A primeira é que, no recurso extraordinário, diferentemente de um processo de controle abstrato, a Suprema Corte está em maior contato com as circunstâncias fáticas que envolvem a aplicação da lei a ser interpretada. Ao se analisarem casos reais (e não hipotéticos), aumenta o grau de segurança e acerto da decisão. A segunda está em que somente se editará uma súmula “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (reiteradas, obviamente, durante um longo – ou, ao menos, não curto – espaço de tempo). Isso permite a diminuição das surpresas do caso concreto, já que passarão pelo cri-

<sup>25</sup> “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (Súmula nº 279 do STF).

vo do Supremo Tribunal Federal as várias peculiaridades (acompanhadas de diversas interpretações) de demandas semelhantes. A terceira é que a própria Constituição da República previu a necessidade de revisão ou cancelamento da súmula e a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 (art. 3º), ampliou o rol de legitimados para a propositura dessa revisão ou cancelamento. O que facilita, se for o caso, uma desmobilização da jurisprudência.

#### 4. Conclusão

As decisões interpretativas (aqui entendidas como aquelas que aplicam o método da interpretação conforme à Constituição, excluídas as que se utilizam da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto), cada vez mais presentes no cotidiano dos tribunais brasileiros, além de constituírem fronteira entre as competências dos Poderes Legislativo e Judiciário, são campo propício para disputas entre o órgão de cúpula e os demais órgãos do Poder Judiciário. Mediante o equivocado manejo da interpretação conforme à Constituição, tanto os juízes podem usurpar funções legislativas quanto o Supremo Tribunal Federal chamar para si competências que são próprias dos demais juízes e tribunais.

O segundo fenômeno bem se retrata quando a Suprema Corte, no controle abstrato de constitucionalidade de uma lei polissêmica, acha por bem fixar a única interpretação correta, com exclusão de todas as outras, mesmo que não vislumbradas na ocasião do julgamento. Isso somado ao efeito vinculante da decisão, acaba por se difundir um cenário de paralisia hermenêutica nos demais órgãos do Poder Judiciário e até mesmo nos da Administração Pública. Paralisia que impede juízes e administradores públicos de, consideradas as peculiaridades do caso concreto, aplicar a lei sob enfoque jamais previsto pelo Supremo Tribunal Federal.

Daí a importância de se realçarem as diferenças da interpretação conforme à Constituição nos dois tipos de controle judicial de constitucionalidade das leis. No controle abstrato, por ser objeto central de análise um ato normativo em tese – e, por isso mesmo, interpretado a partir de uma aplicação hipotética –, deve-se apenas afastar a(s) interpretação(ões) considerada(s) inconstitucional(ais) (o que leva à procedência parcial tanto da ADI quanto da ADC). Assim é porque a vida real, não raro, apronta surpresas. Na aplicação real da norma jurídica, às vezes surgem variantes interpretativas sequer hipoteticamente imaginadas pelos onze integrantes do Supremo Tribunal Federal. O controle concreto, por sua vez, exatamente por cuidar da aplicação efetiva da norma, da resolução de um caso concretamente posto com todas as suas circunstâncias, demanda uma única solução e, portanto, uma só interpretação; razão pela qual é dever do juiz, aqui sim, apontar a exegese *mais constitucional* da lei sob análise.

Enfim, é preciso sempre buscar o equilíbrio entre segurança jurídica e estabilidade da jurisprudência, de um lado, e justiça no caso concreto, de outro. Paralelamente, é necessária a devida calibração entre os dois tipos de controle judicial de constitucionalidade das leis (abstrato e concreto). Sintonia fina que permita ao Supremo Tribunal Federal impor, vinculativamente, as decisões interpretativas que considere melhor guardar a Constituição, sem anular a possibilidade de os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, sempre mais próximos da real aplicação do Direito, ponderarem inesperadas particularidades que a vida põe diante deles.

#### Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da necessária distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 3,

n. 24, 21 abr. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=132>>. Acesso em: 21 jan. 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição. In: *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 101-125.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.884/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2 de dezembro de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 5, 20 maio 2005a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266947>>.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16 de dezembro de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 5, 5 ago. 2005b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363361>>.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 70.514/RS. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 23 de março de 1994. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 30225, 27 jun. 1997a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>>.

\_\_\_\_\_. Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 de outubro de 1993. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 18212, 16 jun. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>>.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 184.093/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 29 de abril de 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 41894, 5 set. 1997b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227732>>.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 nov. 1999. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=11/11/1999>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417/7. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 6 de maio de 1987. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 11112, 6 maio

1987. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264319>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.

HESE, Konrad. La interpretación constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 31-54.

\_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACIEL, Silvio Luiz. Controle de Constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 55-96, out./dez. 2005.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 9-39, out./dez. 1993.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 34-49, mar./abr. 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme à Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição: *Verfassungskonforme Auslegung* no

direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 19-33, jul./set. 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, José Ribas (Coord.). Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da Jurisdição Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 160, p. 223-243, out./dez. 2003.



# Direito e gênero

Repercussões da violência doméstica nas relações de trabalho e a aplicabilidade do art. 9º, § 2º, II, da Lei nº 11.340/2006

Francisco Pereira Costa

## Sumário

Introdução. 1. A proteção ao trabalho da mulher antes e na fase inaugural do constitucionalismo social. 2. O marco legal da proteção do trabalho da mulher no Brasil. 3. Direitos humanos como norma principiológica na defesa dos direitos da mulher. 3.1. A violência de gênero e trabalho. 4. A proteção ao contrato de trabalho da mulher em situação de violência à luz da Lei n. 11.340/2006. 5. A estabilização do art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006 nos Tribunais Trabalhistas. 6. Considerações finais.

## Introdução

O presente trabalho versa sobre a temática de Direito do Trabalho e Gênero, como um campo de estudo do Direito do Trabalho, com foco na proteção ao contrato de trabalho, uma espécie de estabilidade esculpida no art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006, após uma breve análise histórico-jurídica do fundamento do direito do trabalho e gênero e, sobretudo, das primeiras leis de proteção ao trabalho da mulher.

Ao fazer a ponte com o conceito de gênero, entende-se o que foi desenvolvido teoricamente por Scott (1990) e apropriado pelo Estado, inserindo-o, de certa forma, na norma jurídica que ficou mais conhecida como Lei Maria da Pena.

O propósito é tentar encontrar uma resposta à proteção ao contrato de trabalho da mulher que vive em situação de violência

Francisco Pereira Costa é formado em História e Direito. Mestre em História – UFPE. Doutorando em História Social – USP. Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Acre. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, EAD-UNISC/Conselho Federal – OAB/ENA.

e, ao atingir seu grau máximo, ameaça de morte, ter o seu contrato protegido como garantia de um bem maior – a vida dessas mulheres, considerando essa proteção um direito humano das mulheres, nessa condição.

O legislador, atento a essa problemática, inseriu um dispositivo que dá guarida a essa situação, pelo menos, provisoriamente. É o art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006, vejamos:

“Art. 9º (...)

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I – (...)

II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.”

É o inciso II deste artigo o foco de nosso trabalho. Logo após a publicação da Lei Maria da Penha, vários teóricos se debruçaram sobre o assunto consignado neste dispositivo, criando um fértil campo de ideias e debates. Na essência, eles se dividiram em duas correntes: uma que diz tratar o dispositivo de uma situação que se enquadra em *suspensão* e outra que seria caso de *interrupção* do contrato de trabalho. Sumariva (2011), por sua vez, sem se posicionar entre suspensão, interrupção ou estabilidade, conclui em texto escrito que: “[...] a Lei Maria da Penha criou mais uma modalidade de tutela de emprego, restando aguardar a sua complementação para que possa ser efetivamente aplicada”.

A posição desse autor revela um verdadeiro cetismo em relação aos instrumentos processuais civis e trabalhistas como instrumentos garantidores dos direitos civis e trabalhistas, respectivamente. Isso significa que, lastreado pelos princípios do direito processual do trabalho, visa, sobremaneira, à garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, todos eles tendo como base e referência o direito material

do trabalho e, sobretudo, os princípios da continuidade da relação de emprego, irrenunciabilidade de direitos; primazia da realidade; o princípio protetor do contrato de trabalho; além das medidas cautelares, todas aplicadas no direito processual do trabalho; portanto, é inconsequente, e retrata um conservadorismo sem precedentes, entender que o legislador precisa ainda criar normas para dar efetividade à Lei Maria da Penha, sobretudo ao dispositivo objeto deste estudo.

Os problemas de aplicação e efetividade da Lei são de outra ordem (COSTA, 2008) e não do ritualismo processual brasileiro. Defesa tipo feita por Sumariva tem o condão de perpetuar a negligência e as representações sociais construídas historicamente em torno da violência contra a mulher (PORTO, 2008).

Neste artigo, procuraremos nos posicionar em relação a essa problemática suscitando à condição da mulher em situação de violência a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida, resguardada pelos direitos humanos.

Daí não ser demais lembrar que a violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos, conforme texto preambular irretorquível da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará” (1994): “a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades;” (BARSTED; HERMANN, 2001, p. 100).

Isso significa se afastar do regramento material da norma para firmar posição com os princípios da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos. E o princípio com o significado e a força de um direito positivado, portanto, com força de lei e superior às leis, posto que não se revogam.

O trabalho será realizado a partir do método dedutivo, pois se coaduna com o

referencial teórico. É a partir do lugar de poder, do espaço de atuação do sujeito jurídico que será possível focalizar a dimensão do objeto de pesquisa.

Nesse sentido, farei uma pesquisa em fontes de segunda mão, sobretudo artigos de diversos autores e na jurisprudência eventualmente existente sobre esse assunto.

Como desdobramento do tema, farei uma pequena abordagem trazendo como fundamento histórico-jurídico a proteção do direito do trabalho à mulher e a constitucionalização desse direito, ainda destacando o marco legal no Brasil; a problemática da violência e as consequências nas relações de trabalho; os direitos humanos e, por fim, o foco do ensaio, que são as repercussões da violência doméstica nas relações de trabalho e a aplicabilidade do art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006.

Embora discutidos por muitos teóricos de grande envergadura, ainda há razões para novas reflexões e, quem sabe, para alguma contribuição em que afirmem e ampliem a proteção ao contrato de trabalho da mulher em situação de violência.

### *1. A proteção ao trabalho da mulher antes e na fase inaugural do constitucionalismo social*

O direito do trabalho é uma decorrência do processo de formação do capitalismo, sobretudo na sua fase industrial com a implementação da maquinaria nas oficinas, fábricas e indústrias. Isso como regra, como norma e imposição de leis que regulamentassem o trabalho, sobretudo, na sua relação com os detentores dos meios de produção (capital, instrumentos de trabalho e meios de produção) e os trabalhadores.

Como consequência do resultado de uma luta travada pelos trabalhadores no interior do capitalismo, reivindicando melhores salários e condições de vida, segurança e aposentadoria, tratou-se de regulamentar os direitos trabalhistas como: salários, jornada de trabalho, férias, previdência social,

aposentadoria e outros benefícios inerentes às relações de trabalho. Nascimento (2007, p. 46) assevera que:

“Afirmou-se o direito do trabalho em todos os países, independente da estrutura política ou econômica, no capitalismo ou no socialismo, nos regimes estatais de dirigismo ou no liberalismo econômico, como necessidade de regulamentação das relações de trabalho.”

O direito do trabalho, por força e necessidade, de apaziguar os conflitos de ordem trabalhista como instrumento de tutela dos trabalhadores, cuidou, também, da condição de trabalho da mulher na produção industrial e em outros setores da economia capitalista.

Esse entendimento é reforçado em Nascimento (2007, p. 188):

“O processo industrial criou um problema que não era conhecido, quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar, por 14, 15, 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.”

Assim, na segunda metade do século XIX, são criadas, na Inglaterra, as primeiras leis de proteção ao trabalho da mulher, por exemplo, a *Coal Mining Act*, de 1842. Essa lei de trabalho nas minas de carvão proibia o emprego de mulheres e de crianças menores de 10 anos, embora a situação tivesse continuado a mesma do passado (ENGELS, 1985, p. 283). Em 1850, a proteção às crianças aumentou para 12 anos (MINES, 2011). Também foi criada a lei *Factory Act*, de 1844, que, ao reduzir o horário de trabalho das crianças, estendeu também aos jovens e às mulheres, limitando-o a 12 horas nos primeiros cinco dias da semana. Outras leis se seguiram, em 1878, para restringir e proteger o trabalho da mulher e dos menores.

Daí em diante, outros países como a França, Alemanha e Suíça também passaram a legislar sobre a proteção ao trabalho da mulher, mas eram legislações esparsas.

A literatura jurídica e histórica tem admitido que o primeiro instrumento jurídico de estatura constitucional a assegurar os direitos da mulher no mercado de trabalho foi a Constituição Mexicana de 1917, consequência da vitória do movimento revolucionário zapatista. Essa Constituição, por exemplo, no art. 123, inciso V, alínea B, veda a discriminação salarial decorrente da condição do sexo do trabalhador, vejamos: “A trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuanta el sexo” (MÉXICO, 1995-2006).

Ainda, perseguindo esse espírito revolucionário e progressista, a Constituição Mexicana, de 1917, no art. 123, assegura:

“V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos” (MÉXICO, 1995-2006).

Vários elementos devem ser observados nesse dispositivo cuja síntese é a proteção da maternidade: as mulheres não serão submetidas a trabalhos duros que comprometam sua saúde e a da criança; antes do parto, gozará de um afastamento de seis semanas e de seis semanas depois do parto, portanto doze semanas, o que equivale a três meses; e, durante o período de amamentação, de dois períodos por dia para alimentar o filho.

Trata-se aqui do direito do trabalho das mulheres no início do século XX, o que era

algo muito avançado para a época, posto que inexistia em outras constituições de outros países. Nesse sentido, assevera Barros em uma assertiva quase unânime na literatura que aborda a gênese do constitucionalismo social:

“A Constituição mexicana de 1917 foi de tal forma pioneira que influenciou a maior parte de todas as constituições, que incluíram, após a 1ª Guerra Mundial, em seus dispositivos temas referentes aos novos direitos sociais e econômicos, ao lado das liberdades, garantias e direitos individuais” (BARROS, [200-?]).

Os dispositivos do art. 123 da Constituição Mexicana consolidam outra norma de proteção ao trabalho da mulher, quando esteja ela grávida. É o que está disposto no art. 123, inciso XV:

“El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso” (MÉXICO, 1995-2006).

Por sua vez, para a seguridade social se estabeleceram, no inciso XI do art. 123, as seguintes garantias:

“La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente

mente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por días, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles” (MÉXICO, 1995-2006).

É provável que nesse momento histórico a motivação do trabalho da mulher não se constituiu um trunfo do feminismo nem de uma consciência de gênero se contrapondo a uma discriminação sexista; em outras palavras, provavelmente os zapatistas acompanhavam as mudanças nas formas de criação dos filhos da burguesia e da classe média europeia, que os entregava às amas-de-leite para “[...] controlar de maneira mais direta os progressos da criação dos filhos” (BAUER, 2001, p. 74).

Na análise deste historiador, esse tipo de serviço estava com seus dias contados, pois “a difusão das mamadeiras e a repulsa geral quanto a utilização dos serviços das amas-de-leite em detrimento do leite materno indicavam que essa atividade estava fadada a desaparecer” (BAUER, 2001, p. 74). Por conta disso, o foco e a atenção do capitalismo se voltou ao que se chamou de “exaltação da maternidade”, ou seja:

“A mãe não será unicamente, como em séculos passados, a progenitora, mas aquela que cria, educa e se responsabiliza por todos os cuidados do infante. Intensifica-se a relação entre a mulher e seus filhos. Estas idéias serão difundidas e glorificadas pelos pensadores e educadores no século XIX.”

Provavelmente, a proteção à maternidade prevista na Constituição Mexicana de

1917 é consequência dessa doutrina sobre a procriação/maternidade e o papel da mulher na sociedade capitalista.

Na visão atual de alguns juslaboristas, o tratamento diferenciado da proteção do trabalho entre homem e mulher não significa mais proteção à mulher e menos ao homem. As normas que protegiam o trabalho da mulher, como eram interpretadas e aplicadas, muitas vezes criavam empecilho para o acesso das mulheres ao mercado de trabalho. Por outro lado, passaram essas normas a ter um caráter *promocional* (NASCIMENTO, 2004, p. 933), e o tratamento diferenciado em si, no entendimento de Araújo (2003, p. 73), é porque:

“Trata-se de diferenças que atendem à procriação e à maternidade, situações que exigem uma proteção incommum ao trabalho desenvolvido pelas mulheres. Essa tutela especial a certas classes de pessoas está, inclusive, de acordo com o Direito Internacional Público.”

Não é por menos que a partir de 1919 a Organização Internacional do Trabalho – OIT passou a replicar nas suas convenções todo o constitucionalismo zapatista. Ao mesmo tempo, inflamados pela vitória *bouchevique* na Rússia, essas normas de imposição e controle de uma ordem capitalista serviram, em tese, para por um freio nos movimentos revolucionários libertários em plena ebulição em vários lugares do mundo.

E a distinção e a desigualdade dos sexos por meio dos papéis sociais construídos no contexto do desenvolvimento capitalista, e até nas experiências socialistas, surgiam e atribuíam que “a vida do homem foi mais uma vez apresentada como uma contraposição entre momentos privados e momentos públicos e sociais: privado é tudo o que diz respeito ao sexo e à reprodução” (BAUER, 2001, p. 106).

Isso comprova a crítica das feministas de que o marxismo ortodoxo não incorporou as questões feministas, porque a transfor-

mação social se concretizaria a partir da luta de classes; ou seja, com a vitória das revoluções socialistas, alcançadas pelo proletariado, as mulheres adquiriam também sua libertação das amarras do mundo machista, patriarcal e capitalista.

## 2. O marco legal da proteção do trabalho da mulher no Brasil

No início do século XX, no Brasil, a indústria era incipiente, com algumas fábricas de sapatos, têxteis, gráficos, alimentos, etc., sendo o setor têxtil “na época o maior setor industrial” (LOPES, 1986, p. 12). Entre 1900 e 1920, o número de operariado cresceu de 4.579 para 17.823, junto com desenvolvimento econômico do país, mas “esse crescimento industrial era desordenado e em nada melhorava as condições de vida e trabalho do proletariado” (LOPES, 1986, p. 12-13). Por sua vez, Carvalho (2007, p. 58) apresenta outros dados e afirma que em todo o Brasil havia 275.512 operários industriais urbanos. Talvez o número apresentado por Lopes (1986) seja referente ao Rio de Janeiro e São Paulo, mas não especifica.

Como se não bastasse, “a exploração do trabalho da mulher e do menor era gravíssima, sendo inúmeros os casos de crianças de 10/12 anos maltratadas pelos chefes” (LOPES, 1986, p. 12-13).

É nesse contexto que surge a organização operária, decisivamente construída por líderes sindicais de coloração anarquista e socialista vindos da Europa, que, após se organizarem em sindicatos, passam a lutar, promover greves por direitos trabalhistas e sociais, posto que o Estado era inerte em relação a esses direitos em detrimento dos interesses da burguesia, como bem frisou Decca (1991, p. 9-10):

“O Estado brasileiro passou a incorporar cada vez mais o projeto político da fração industrial da burguesia brasileira, por força da ação e pressão desse grupo social. Particularmente a partir das décadas de 1920 e 1930 as deman-

das industriais passaram a ter peso tão importante quanto as dos setores agrários, comerciais e financeiros.”

Essa letargia e omissão do Estado brasileiro na regulamentação dos direitos dos trabalhadores contribuiu para um atraso na ratificação das convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de modo que as leis que começaram a surgir, objetos das conquistas do operariado brasileiro, deram-se de forma esparsa.

É a OIT que em 1919, influenciada pela normatização para mesmo trabalho igual salário para homens e mulheres da revolução zapatista e russa, recomenda a mesma garantia em nível dos países signatários das convenções.

O marco legal de proteção ao trabalho da mulher no Brasil aparece muito tardiamente, posto que, no período de 1919 a 1930, surgem leis esparsas estaduais tratando da redução da jornada de trabalho e férias. Nada específico sobre as mulheres.

Sob a égide das constituições brasileiras, a partir da Constituição do Império (1824), art. 179, inciso 14; da Constituição da República de 1891, art. 72, § 24; a Reforma Constitucional de 1926, art. 72, § 24; e da Constituição de 1934, art. 113, inciso 13; verifica-se em todas o destaque, nesses dispositivos, para a garantia e o direito ao livre exercício profissional (ALMEIDA, 1954). Mas não há nenhum dispositivo de proteção as relações de trabalho de gênero.

O capítulo IV da Constituição Federal de 1891, modificada pela Emenda Constitucional de 1926, que trata “das atribuições do Congresso” no art. 34, regulamentava a competência privativa do Congresso Nacional, entre elas de “legislar sobre o trabalho” (§ 28), também “sobre aposentadorias, licenças e reformas, não as podendo conceder, nem alterar, por leis especiais (§ 29)” (ALMEIDA, 1954, p. 184).

Vê-se que, enquanto no México, na Inglaterra, na França, na Alemanha e na Espanha há uma preocupação constante com as condições de trabalho da mulher, como dito

no item anterior, o Estado brasileiro se posicionou numa atitude que beira as raias da irresponsabilidade, mas há razão para isso:

“Durante a Primeira República, a presença do governo nas relações entre patrões e empregados se dava por meio da ingerência da polícia. Eram os chefes de polícia que interferiam em casos de conflito, e sua atuação não era exatamente equilibrada. Ficou famosa a afirmação de um candidato à presidência da República de que a questão social – nome genérico com que se designava o problema operário – era questão de polícia. Outra indicação dessa mentalidade foram as leis de expulsão de operários estrangeiros acusados de anarquismo e agitação política” (CARVALHO, 2007, p. 62-63).

Como se vê, as relações institucionais estabelecidas entre os operários e o Estado brasileiro, por parte deste, eram o controle e a repressão aos movimentos grevistas de 1906 e 1907, em prol da proteção da propriedade privada, impedindo a organização e a defesa de direitos de forma direta – greves – pelos trabalhadores. Assim é que chegou ao absurdo de editar o Decreto n. 1.641, de 1907, que expulsava os líderes sindicais de nacionalidade espanhola, portuguesa ou italiana para seus países de origem.

Em maio de 1932, é aprovada, no âmbito do Congresso Nacional, a primeira lei de proteção ao trabalho da mulher (Decreto n. 1.417/32), o que é, na realidade, um estatuto de direitos feministas do trabalho nas indústrias, minas e subsolos, proteção e auxílio à maternidade, creches, direito de amamentação, proibição do trabalho noturno (BRASIL, 1932).

Depois, na Constituição de 1934, primeiros anos do governo de Getúlio Vargas, é que são positivados dispositivos constitucionais que consagram a proteção ao trabalho da mulher, por exemplo, no art. 121, § 1º, alíneas “a”, “d” e “h”:

“Art. 121 – A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as con-

dições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º – A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (ALMEIDA, 1954, p. 304-305).”

É nesse contexto que, tardiamente, são constitucionalizados os primeiros institutos jurídicos de proteção ao trabalhador em geral e à mulher em particular.

### *3. Direitos humanos como norma principiológica na defesa dos direitos da mulher*

As mulheres sempre delimitaram o terreno de luta e reivindicações dos direitos civis, políticos, culturais e reprodutivos. Ocorre que a história escrita por homens sempre renegou tanto os movimentos quanto a organização das mulheres em torno de suas causas, aliás, em torno dos problemas e agravos sociais. Nesse sentido, aparecem na história mulheres extraordinárias que empregaram o melhor de sua intelectualidade para construir e legitimar um discurso feminista. Os exemplos são

tantos que seria injustiça citar umas e outras não.

Destaca-se dentro desse contexto histórico, social e político em busca desses direitos, por exemplo, o movimento sufragista, o direito de votar, no início do século XX, conquistado no Brasil em 1932.

Mas é na década de 1970 que as mulheres organizam a luta e a reivindicação da tese de que os direitos humanos devem ser também direitos humanos das mulheres. Isso se transforma numa plataforma das mulheres no plano internacional, influenciando decisivamente os tratados internacionais elaborados a partir de então, posto que, durante a Revolução Francesa, em 1789, momento em que se teve a oportunidade para consagrar os direitos das mulheres como direitos humanos, foram sufocados por discursos conservadores.

Assim, em 1975, na Cidade do México, acontece a I Conferência Mundial sobre a Mulher. O desdobramento desse encontro foi a elaboração da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979). O Brasil recebeu essa convenção com reservas, somente com a transição democrática que culminou com a Constituição Federal de 1988 é que, em 1994, foi incorporado na íntegra, sem reservas, por meio do Decreto n. 4.377/2002 (CUNHA; PINTO, 2007).

Após essa Convenção, foram emitidos pela Organização das Nações Unidas - ONU Pactos, Acordos, Tratados, Declarações, sempre visando regras de caráter universal para proteger os direitos humanos, combater a tortura, a discriminação e tantas outras mazelas que assolam a humanidade, sempre com foco na proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, em 1993 ocorreu a Conferência Internacional de Direitos Humanos, em que 163 países membros presentes aprovaram a Declaração e Programa de Ação, e declararam, no item 18, que:

*“Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem*

*parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional” (CONFERÊNCIA, [200-?], grifo nosso).*

É neste momento e nesta fase histórica que os direitos das mulheres são compreendidos e declarados, também, como direitos humanos.

A par desses avanços e conquistas dos direitos humanos das mulheres, outro documento internacional que também assume destaque é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará (BRASIL, 1994). Se aquela convenção abordava a questão da discriminação, esta conceitua, faz recomendações, explicita as violências contra a mulher e as condena.

Além de conceituar, para efeito de efetividade e tomada de decisões dos Estados-membros, que a violência contra a mulher é “[...] qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (BRASIL, 1994), recomendava que os Estados-membros implementassem mecanismos jurídicos de combate a essas violências.

No Brasil, a Lei n. 11.340/2006, mais conhecida como Maria da Penha, faz parte desse contexto político, histórico e jurídico das normas internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres. Com um agravante, resulta também da condenação do Brasil junto ao Comitê Interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - OEA, por ter negligenciado a tutela jurisdicional para condenar o agressor de Maria da Penha, vítima que deu nome à lei.

É razoável admitir e concluir que a Lei Maria da Penha é uma lei de proteção dos direitos humanos das mulheres ao atacar, especificamente, as diversas formas de violência contra a mulher, por exemplo, a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial; além de promover um “patamar civilizatório mínimo de direitos” (DELGADO, 2005, p. 1288). Exatamente, dentro dessas garantias mínimas, o direito decorre de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Tanto assim é que o Preâmbulo da Lei n. 11.340/2006 tem como fundamento as convenções para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Por ser a Lei Maria da Penha respaldada nos direitos humanos, protegidos por tratados internacionais, ela não é, nem deve ser considerada uma mera lei infraconstitucional. Ela deve ser tratada como uma norma cuja essência que a governa, que lhe dá validade são os princípios dos direitos humanos: a proteção à vida, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à igualdade, ao trabalho.

Portanto, o garantismo para manutenção do vínculo trabalhista durante os seis meses de afastamento do local de trabalho (art. 9º, § 2º, II) deve ser uma tutela dos direitos humanos, logo um princípio, e não se equipara à estabilidade do cipeiro, do dirigente sindical, da grávida, cuja estabilidade não decorre da condição vivida pela mulher ameaçada de morte ou vítima de violência doméstica e familiar. Nesse sentido, é uma estabilidade calcada e fundamentada nos direitos humanos, portanto, o Estado deve garantir uma estabilidade de longa duração, ou seja, enquanto perdurarem as condições objetivas de violência e ameaças de morte à mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Essa mesma condição de estabilidade deve ser elevada às vítimas ou testemunhas que denunciam membros do crime organi-

zado, corruptos, narcotraficantes; consequentemente, ao correrem risco de morte, podem ser enquadradas nos programas de proteção à testemunha, a ponto de saírem do local onde moram e ganharem outra identidade. Esse entendimento tem como fundamento os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados Internacionais.

E o principio maior é a proteção à vida.

### 3.1. A violência de gênero e trabalho

Tentar-se-á aqui construir uma breve análise da relação entre a violência de gênero e o trabalho. Como as relações de violência no espaço privado deslocam-se para o trabalho, pretende-se apresentar as repercussões da violência de gênero no local de trabalho da mulher.

Hoje, é notório que a questão da violência doméstica ou de gênero é uma questão de saúde pública no Brasil e no mundo, declarada pela Organização Mundial de Saúde - OMS (HEISE; PITANGUY; GERMAIN, 1994; CAMARGO, 2000).

Os dados apontam que a cada 4 minutos uma mulher sofre, de uma forma ou de outra, algum tipo de violência. Segundo Adeodato citado por Blay ([2005?], p. 5), “no Brasil, 23% das mulheres estão sujeitas à violência doméstica; a cada quatro minutos, uma mulher é agredida, sendo que, em 85,5% dos casos de violência física contra mulheres, os agressores são os parceiros”.

Ao longo do processo histórico de afirmação das lutas e reivindicações dos movimentos feministas, no Brasil e no mundo, as mulheres buscaram não só atuar, agir de forma direta nas questões que requeriam soluções imediatas, mas também qualificar política e cientificamente essas ações. De modo que, com essa preocupação, definiram várias questões, como foi o conceito de violência contra a mulher.

Assim, em 1979, no Rio de Janeiro, durante o Encontro Nacional de Mulheres, definiram que a violência contra a mulher é:

“[...] resultado das diferenças que se expressam nas relações de poder, de dominação e submissão existentes entre os sexos, ratificando os estudos acadêmicos e posições políticas em relação a gênero que se desenvolveram no contexto dos movimentos feministas e a partir destes. Tais relações entre os sexos são socialmente construídas, distribuindo de forma desigual o poder entre homens e mulheres. Enquanto construções sociais, são aprendidas no processo de socialização dos membros de uma sociedade, e se reproduzem de geração em geração” (GALINKIN, [2007?], p. 15).

Como se vê, essa declaração de como e por que a violência contra a mulher se estabelece traz o conceito de gênero, como bem frisa Gouveia e Camurça (1997, p. 8):

“[...] as relações de gênero produzem uma relação desigual de poder, autoridade e prestígio entre as pessoas de acordo com o seu sexo. É por isso que se diz que as relações de gênero são relações de poder.”

A violência contra a mulher ocorre geralmente no espaço doméstico, da moradia, no lugar do acolhimento, do sossego e, via de regra, os agressores são os próprios parentes, gente que tem alguma relação de afinidade, de intimidade ou:

“[...] consangüinidade ou de trabalho – pais, irmãos, tios, avós, sobrinhos, filhos, cunhados e patrão/patroa/empregados. [...] a violência de gênero/violência contra a mulher afeta a população feminina durante todas as fases do ciclo vital. E o fenômeno está presente em todas as nações e independe de raça, crença religiosa e grupo étnico. [...] Se o lar tem sido considerado como o espaço de poder e domínio feminino, é também nesta esfera que se registram, em maior número, casos de agressões física, sexual, psicológica e moral contra

mulheres. É ainda no lar onde ocorre o maior número de assassinatos de mulheres” (DINIZ; PONDAAG apud GALINKIN, [2007?], p. 17).

Isso traz alguns desdobramentos, um deles é a procura dos serviços de saúde, em decorrência das violências sofridas, mas isso não garante que a mulher seja vista como uma vítima da violência doméstica, por várias razões: a) o despreparo dos serviços de saúde (médico) para a abordagem e notificação do caso (SCHRAIBER; D’OLIVEIRA, 1999, p. 11-27); b) as repercussões no local de trabalho. Aqui, as mulheres chegam de olhos roxos, braços na tipóia, hematomas nas pernas, rosto inchado, cabelos cortados, arranhões e tantas outras manifestações; e, se perguntadas a respeito, as informações dadas pelas vítimas não remetem verdadeiramente a como os fatos ocorreram. Ou, simplesmente, não vão ao trabalho, recorrem a atestados médicos que autorizam licenças pelo tempo suficiente à recuperação da agressão.

Isso repercute na economia, pois representa, em termos de renda *per capita*, que o Brasil “é o País que mais sofre com a violência doméstica, perdendo 10,5% do seu PIB (ADEODATO, apud BLAY, [2005?], p. 5).

Além dessas perdas, quais as repercussões no trabalho? É certo que isso tem uma repercussão no labor, pois, segundo Galinkin, “as agressões resultam, ainda, em falta ao trabalho e pior desempenho nas atividades profissionais, o que tem implicações na avaliação de seu trabalho e reforçam o preconceito contra o trabalho feminino”. Diz ainda a autora que as mulheres que sofrem violência apresentam “[...] reações como choro, palpitações, tremores, sentimento de inutilidade, diminuição da libido, distúrbios digestivos, tonturas, falta de apetite [...]” (GALINKIN, [2007?], p. 19-20).

Esses sintomas decorrem do processo de violência sofrido pelas mulheres nas relações conjugais e não conjugais e repercutem no trabalho.

#### 4. A proteção ao contrato de trabalho da mulher em situação de violência à luz da Lei n. 11.340/2006

Ante o estado alarmante de violências contra a mulher que assola o país, foi promulgada como instrumento de combate a esse problema social, cultural e jurídico a Lei n. 11.340/2006, em decorrência também da pressão dos movimentos feministas e de organismos internacionais.

Além de tipificar as várias formas de violência contra a mulher, essa norma jurídica, que é um verdadeiro microssistema, trouxe um dispositivo que trata da proteção ao contrato de trabalho da mulher em situação de violência. É o art. 9º, § 2º, II; vejamos:

“Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso. § 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses” (BRASIL, 2006).

Precisamente, é o art. 9º, § 2º, II, da lei 11.340/2006 que visa proteger, por um período de seis meses, o vínculo empregatício da mulher vítima de violência, que precisa deslocar-se para outra região ou para outro local de trabalho até que cesse a violência, ameaça ou outras formas de agressão perpetrada por seu companheiro, esposo, namorado ou ex-.

Da breve análise de alguns artigos produzidos no calor da promulgação da nova lei, têm-se interpretações muito mais conservadoras do que progressistas e be-

néficas. Isto é, do ponto de vista da representação que esses juristas têm da norma, perpetuam um posicionamento patriarcal e machista (PORTO, 2008, p. 23-27). À altura do desenvolvimento civilizatório, sequer se aproximam dos direitos humanos (aliás, o que já seria um grande avanço), e tampouco dos avanços apregoados pela revolução zapatista no início do século XX, que esculpiu em sua Constituição normas de proteção ao trabalho da mulher.

Esses juristas, como Sumariva, Eduardo Câmara, apegam-se ao texto frio da lei e quedam em interpretações fundadas tão somente nos conceitos de suspensão e interrupção do contrato de trabalho, tal qual está na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e na interpretação doutrinária dos juslaboristas, de modo que não trazem nenhuma contribuição de peso ao novo ordenamento jurídico. Quanto à Lei 11.340/2006, por exemplo, Câmara (2007) defende que:

“Em uma análise simples, pode-se concluir que a proteção prevista no artigo 9º, § 2º, II, da Lei 11.340/2006 seria apenas a suspensão do contrato de emprego da mulher, pelo período de até 06 (seis) meses, quando houver necessidade de afastamento em decorrência de situação de violência doméstica ou familiar.”

Esse magistrado conclui dizendo “a lei em comento parece ter feito o mínimo no aspecto trabalhista, sendo necessária uma regulamentação extensiva de seus efeitos, de modo a garantir a eficácia que se pretende” (CÂMARA, 2007)

Parece-nos que posição mais progressista encontra-se em Carlos Eduardo Rios Amaral (2009, p. 1), ao defender que:

“A utilização da expressão ‘manutenção do vínculo trabalhista’ é completa e certa. A indicar que, além da suspensão temporária da prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador, será garantido à trabalhadora, vítima da violência, a pre-

servação da plena vigência e eficácia de todas as cláusulas proveitosas do contrato de trabalho, até quando se fizer necessário seu afastamento.”

Mas, mais adiante, em suas elucubrações teóricas se perde em exigir que a mulher prove a alegação de violência em sede de medida cautelar:

“Outro requisito para o êxito da manutenção cautelar do vínculo trabalhista, por evidente, será a demonstração pela mulher de que encontra-se em situação de violência doméstica e familiar. Não nos moldes exigidos pelo artigo 333 do CPC ou artigo 156 do Código de Processo Penal, para um juízo meritório definitivo e exauriente da lide, mas, sim, dentro dos limites estabelecidos para concessão das medidas cautelares em geral. Bastando à mulher a demonstração da probabilidade da existência do direito afirmado e o fundado receio de que sua integridade física e psicológica sofra dano irreparável ou de difícil reparação, por ato do agressor, e em razão da natural demora da solução do processo” (AMARAL, 2009).

Ora, ignora Amaral os estudos que provam que para algumas mulheres, quando vão denunciar, para romper com o ciclo de violência, que vêm sofrendo danos físicos e psicológicos, a violência já perdura por até dez anos ou mais: “Há mulheres que sofrem ou sofreram espancamentos por mais de 10 anos, ou mesmo durante toda a vida (4%, ambas)” (PORTAL, [200?]).

Essa tese da necessidade de um processo à parte, como uma medida cautelar, por exemplo, ou outra coisa que o valha, deve ser rechaçada, posto que o Judiciário é moroso e esperar por uma decisão de afastamento do emprego é decretar a pena de morte de uma mulher em situação de violência.

Mesmo que prevaleça aquela necessidade, a prova não parece algo impossível

de ser praticada; por exemplo, uma delas é a juntada nos autos de um laudo psicológico que detecta os sintomas do trauma pós-traumático, que constata os danos de natureza psicológica (PORTO; SANTOS; LEITE, 2008, p. 58-68; PORTO; COSTA, 2005).

O problema, embora, desviado um pouco para rebater essas posições conservadoras, remete-nos ao debate teórico sobre a natureza jurídica do garantismo à proteção ao trabalho da mulher em situação de violência, ou seja, o que está disciplinado no art. 9º, § 2º, inciso II, seria um caso de *suspensão* ou *interrupção* do contrato de trabalho?

A literatura justrabalhista é unânime em afirmar que:

“[...] há suspensão quando a empresa não está obrigada a pagar salários e contar o tempo de serviço, e interrupção quando há o dever legal de remunerar o afastamento do trabalhador e continuar, normalmente, a correr a sua antigüidade” (NASCIMENTO, 2007, p. 252).

Martins (2003, p. 317) detalha mais os dois conceitos:

“Haverá interrupção quando o empregado for remunerado normalmente, embora não preste serviços, contando também seu tempo de serviço, mostrando a existência de uma cessação provisória e parcial dos efeitos do contrato de trabalho. Na suspensão, o empregado fica afastado, não recebendo salário; nem conta-se seu tempo de serviço, havendo a cessação provisória e total dos efeitos do contrato de trabalho.”

Essa é a distinção básica desses dois institutos, ao qual a um deles a Lei 11.340/2006, art. 9º, § 2º, II se reporta. Esses conceitos têm seus desdobramentos e efeitos adequados, cada um, aos institutos a que se vinculam, de modo que tentaremos arrazoar algo sobre o inciso II do § 2º do art. 9º da lei 11.340/2006:

“Art. 9º (...)

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses” (BRASIL, 2006).

Alguns comentadores desse dispositivo sustentam que se trata de suspensão do contrato de trabalho: Câmara (2007), Amaral (2009), Campos e Corrêa (2008) e Porto (2007).

Analisando o texto de Campos e Corrêa (2007, p. 321-322), consideram que se trata de “[...] uma nova forma legal de garantia de estabilidade provisória no emprego, proibindo-se que o empregador demita a funcionária vítima de violência doméstica durante seis meses [...]”.

Mais adiante, explicitando suas posições aos desdobramentos ou efeitos dessa garantia, são taxativos:

“É difícil imaginar outra razão para o afastamento da vítima do trabalho que não seja a constatação de uma doença física, mental ou problema psicológico, mas, surgindo algo que justifique o afastamento da mulher, quem deve custear sua remuneração continua sendo a previdência social, a exemplo do que já ocorre, por exemplo, nos casos de licença-maternidade (CLT, art. 392), não sendo justo se imputar ao empregador tal ônus, nem se imaginar que a intenção do legislador fosse a de meramente garantir o emprego da vítima, sem o respectivo salário, já que isso não atenderia a finalidade de manter a independência financeira da vítima” (CAMPOS; CORRÊA, 2007, p. 322-323).

É de bom alvitre argumentar que as autoras minimizam o afastamento da mulher do local de trabalho numa situação de violência doméstica e familiar ou quando revela a vítima ter sofrido várias tentativas

de ameaça de morte. Isso é irrelevante, posto que dá prevalência ao afastamento da mulher quando constatada alguma doença: “É difícil imaginar outra razão para o afastamento da vítima do trabalho que não seja a constatação de uma doença física, mental ou problema psicológico [...]” (CAMPOS; CORRÊA, 2007, p. 322).

O equívoco das autoras é que a lei (§ 2º, do art. 9º) não hierarquiza a proteção à vida da mulher, em que a ameaça de morte, violências físicas de modo geral, sexual, se sobrepunham à violência psicológica ou esta àquela. Todos estão no mesmo nível, no mesmo patamar da proteção legal. Aliás, essas garantias assumem uma dimensão de superioridade à norma positivada, posto que, a violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos (Lei n. 11.340/2006, art. 6º), seguindo orientação do tratado internacional sobre direitos humanos *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* – CEDAW (Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) e de outros.

Arrematando o enquadramento sugerido pela autora, entre interrupção ou suspensão, defende ela que se trata de *suspensão*; não é caso de interrupção, pois a vítima continua percebendo os vencimentos, mas às expensas do Estado e não do empregador, uma vez que a vítima se vincula a esse benefício por uma questão de saúde.

Por sua vez, Porto (2007, p. 105) diz que o inciso II deve se enquadrar num dos dois institutos jurídicos: suspensão ou interrupção:

“[...] já que menciona ‘o afastamento do local de trabalho’, deixando claro que não haveria a prestação dos serviços. Por outro lado, em momento algum a lei obriga o empregador a pagar salários nesse período, o que seria imprescindível, já que ninguém está obrigado a fazer algo senão em virtude de lei. A omissão dessa obri-

gação, portanto, implica a hipótese de *suspensão do contrato de trabalho*, razão pela qual não haverá contagem do tempo de serviço, pagamento de salários, FGTS e nem recolhimento de contribuições para o INSS.”

E conclui seu arrazoado dizendo que impor ao empregador essa garantia do contrato de trabalho implica “[...] outra causa de discriminação contra mulher no trabalho, a exemplo do que já ocorreu com a licença-maternidade” (Porto, 2007, p. 105).

É impressionante que quem se aventura na interpretação da lei o faça de forma conservadora, positivista e desrespeitando os próprios avanços da lei. É do processo democrático e da responsabilidade do Estado e da sociedade assumir compromissos que permitam extirpar os gargalos que ameaçam os avanços sociais, políticos, culturais, enfim, que garantam os direitos civis na construção de um Estado que efetivamente cultue relações de paz. Quais os elementos que levam Porto a aferir a discriminação contra a mulher ao se beneficiar da lei? Que critérios e instrumentos de pesquisa levaram-no a essa conclusão? É um mero palpito, não é científico isso.

Cunha e Pinto (2007) não se distanciam em nada do que consideram os outros autores sobre as garantias da mulher em situação de violência, sobretudo se houver necessidade de afastar-se do trabalho. Para eles:

“Caso se trate de suspensão do contrato de trabalho, sofre a mulher grave consequência em sua situação, pois deixará de receber salário, quando, não raras vezes, já se encontra privada do auxílio do marido ou companheiro agressor. Imaginando-se, ao contrário, que o caso é de interrupção do contrato de trabalho, quem sofre é o empregador, posto que obrigado a pagar o salário da empregada sem que possa contar com a respectiva contraprestação. Ou seja, terá ele que pagar duas vezes: em prol

da empregada afastada e em favor daquela que a substituiu” (CUNHA; PINTO, 2007, p. 53-54).

Ora, esses autores veem prejuízos aos dois sujeitos da relação empregatícia, caso aplique um ou outro dos dois institutos jurídicos, ou seja, prejuízo ao empregador se se aplica a interrupção e prejuízo à mulher vítima de violência doméstica se se aplica a suspensão.

Há um impasse e qual a solução? A solução que todos encontraram, até então, é responsabilizar o Estado, leia-se: Previdência Social. Dias (2007, p. 96) comunga dessa solução, além de considerar que se trata de uma licença não remunerada.

Arrematando essa problematização pergunta-se: essa seria a única forma de proteção ao contrato de trabalho da mulher em situação de violência doméstica e familiar? Diante dos pressupostos teóricos apresentados, há unanimidade em não onerar o patronato brasileiro, porque o afastamento do trabalho previsto na lei não é uma hipótese de interrupção, mas se configura suspensão. Nesse caso, quem deve arcar com o ônus financeiro da empregada é a Previdência Social.

É um entendimento razoável, embora seja necessário que o patronato assumira também parte dessa responsabilidade, e garantir o emprego da mulher em situação de violência até que ausente esteja qualquer ameaça à mulher é uma atitude recomendável, independentemente do prazo estabelecido no art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006. Posto que, de acordo com o que dispõe o § 8º do art. 226 da Constituição Federal: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 2003). Nesse caso, a princípio a responsabilidade é do Estado, e o *caput* do art. 9º da Lei n. 11.340/2006 ratifica essa responsabilização; vejamos:

“Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e

familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso” (BRASIL, 2006).

Então, há razão suficiente para os teóricos que defendem que os custos do amparo à mulher em situação de violência, por ocasião em que necessite se afastar do local de trabalho por um período de seis meses, devem ficar, em função da previsão legal *supra*, sob às expensas do Estado. Isso pode ser corroborado com a determinação do § 1º do art. 9º: “O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal” (BRASIL, 2006).

Então, há na lei a especificação da pessoa jurídica que assume o ônus da manutenção da mulher em situação de violência.

##### 5. A estabilização do art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006 nos Tribunais Trabalhistas

Há um debate também sobre a competência da justiça que aplicará o disposto no art. 9º, § 2º; neste caso, é competente o Juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (DIAS, 2007, p. 95). Martins *apud* Dias (2007, p. 95), de outro modo, entende ser competente a Justiça do Trabalho por tratar-se de situação que envolve relação de trabalho (art. 114, I, CF/88), do que discorda Dias (2007, p. 95).

Outro aspecto que deve ser discutido é o desdobramento do vínculo empregatício após expirados os seis meses de afastamento e a mulher voltar ao seu posto de trabalho. O que deve o empregador fazer, além das garantias de lei que acodem ao contrato de trabalho? Mantê-la no emprego

ou demiti-la? E se, no momento em que o empregador receber a comunicação do Juiz de que a empregada está afastada do emprego por seis meses, até que cessem as ameaças, vier a demiti-la?

Dias (2007, p. 96), ao considerar uma “hipótese de licença não remunerada” quando do afastamento da mulher em situação de violência do seu posto de trabalho, diz ainda que “a garantia é assegurar a vigência do contrato de trabalho durante o afastamento e não depois desse período”; e Martins (2007), citado por Dias (2007, p. 97), defende que “a questão não é de manter o vínculo de emprego depois dos seis meses, mas de o contrato de trabalho não poder ser rescindido nos seis meses de afastamento”.

Há duas respostas para essas situações. Primeiro, durante o afastamento está-se diante de uma espécie de estabilidade provisória, sendo defesa a demissão. Posto que o que a lei prevê é a garantia da manutenção do emprego após expirado o período de afastamento.

Todavia, os dois teóricos citados acima defendem que, após os seis meses, não tem o empregador a obrigação de manter o contrato de trabalho da mulher vítima de violência doméstica e familiar quando retornar ao trabalho.

Segundo, não há obrigatoriedade de o empregador romper o vínculo empregatício, uma vez que este está protegido pelo princípio da continuidade da relação de emprego; se não configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 482 da CLT, está-se ferindo a Constituição Federal de 1988, art. 7º, *caput*, I, que protege o trabalho contra despedidas arbitrárias e sem justa causa.

Em apreço ao princípio da continuidade da relação de emprego, cabe ao empregador provar o motivo da despedida, o motivo pelo qual rompeu a relação de emprego, caso contrário, recusando-se manter o vínculo empregatício, deve ser condenado a danos morais.

Essa modalidade de estabilidade provisória (o afastamento da mulher em situação

de violência do trabalho) cai como uma luva no *caput* do art. 7º, CF/88, que disciplina os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, “além de outros que visem à melhoria da sua condição social” (BRASIL, 2003, p. 20). Ou seja, é esse afastamento *outro* direito que tem como objetivo, como finalidade a proteção da vida física e mental da mulher.

A mulher vítima de violência, coagida pelo empregador a deixar o emprego, e caso venha confirmar o afastamento, deve resistir a essa arbitrariedade e propor reclamatória trabalhista de reintegração ao emprego cumulada com tutela antecipada (art. 659, X, da CLT) e danos morais.

Um dos propósitos deste tópico seria estudar como os Tribunais Regionais do Trabalho estariam lidando, julgando esses casos, no sentido de dar ao art. 9º, § 2º, II, uma “função de estabilidade” (ALEXY, 2005, p. 258), mas a pesquisa realizada nos sites dos TRTs foi infrutífera, tendo em vista não se ter conseguido nenhum julgado sobre esse dispositivo.

Hipoteticamente, caso fosse encontrado, os tribunais aplicariam os mesmos fundamentos jurídicos e argumentações dados à estabilidade da gestante, do cipeiro, do dirigente sindical e outros, tendo em vista já consolidada uma “função de estabilidade” (ALEXY, 2005, p. 258) nessas modalidades de estabilidades.

## 6. Considerações finais

A busca por uma resposta de ordem jurídica na qual se vincula uma análise e discussão no campo do direito material e processual é, por demais, complexa. Nesse caso específico em que o foco é o direito material, a interpretação recai sobre este. Especificamente, o art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006.

O dispositivo se refere à proteção ao contrato de trabalho da mulher vítima de violência doméstica. A norma é recente e praticamente não há julgados dos tribunais tratando desse assunto; portanto, as inter-

pretações estão em nível teórico tal qual as que fazemos neste momento.

Com este estudo, constatou-se que há predominantemente uma posição conservadora e positivista dos juslaboristas brasileiros ao se alimentarem dos conceitos tradicionais do Direito do Trabalho – suspensão e interrupção do contrato de trabalho –, para firmarem posição em torno do instituto jurídico da suspensão. Ou seja, deve-se aplicar ao contrato de trabalho da mulher trabalhadora em situação de violência doméstica ou familiar a suspensão do contrato.

Nossa proposição foi mostrar que esse dispositivo por si só não responde e nem resolve a proteção ao contrato de trabalho da mulher vítima de violência. É preciso algo mais, e isso, significa elevar essa condição da mulher ao patamar da proteção dos direitos humanos.

O que se defende é que a violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos, portanto, é nessa dimensão jurídica e política que a proteção ao trabalho, ao contrato de trabalho, deve ser instituída e legitimada em nosso ordenamento jurídico, por duas razões: o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

A Lei n. 11.340/2006 está protegida e tem como razão fundante os tratados internacionais, tanto que, em seu preâmbulo, remete-se e vincula-se aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, uma legislação específica, de discriminação positiva. Nesse sentido, qualquer violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos.

A proteção do contrato de trabalho da mulher em situação de violência prevista na Lei n. 11.340/2006, explicitada no art. 9º, § 2º, II, deve ser uma proteção embasada nos direitos humanos das mulheres, de modo que é diferenciada das demais estabilidades provisórias. Assim, a proteção ao contrato de trabalho da mulher em situação de violência no contexto dos direitos humanos deve assumir um caráter

peculiar e *sui generis*, por tratar-se de uma ação de Estado para proteger a vida, a dignidade, o trabalho, a saúde física e mental das mulheres trabalhadoras, que por meio do trabalho rompem com a submissão patriarcal e machista.

### Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (Org.). *Constituições do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1954.
- AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Vítima de violência doméstica tem trabalho mantido*. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jan-27/fase-recuperacao-mulher-violentada-trabalho-mantido>>. Acesso em: 22 out. 2009.
- ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr, 2003.
- BARSTED, L. L.; HERMANN, J. *Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos: os direitos das mulheres são direitos humanos*. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001. v. 1.
- BAUER, Carlos. *Breve história da mulher no mundo ocidental*. São Paulo: Xamã: Pulsar, 2001.
- BLAY, Eva Alterman. A violência de gênero no âmbito familiar e suas repercussões na relação de trabalho. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE A MULHER, GÊNERO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO, 1., 2005, Goiânia. *Anais... [Goiânia]: [s.n.], [2005?]*. Disponível em: <<http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2005/mulher/anais/artigos/A04-EABlay.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 2006.
- BRASIL. Decreto nº 21.417/A, de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. *Coleções de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 257, 1932. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/Museu/Conteudo/Decreto21417\\_txt.asp](http://www.mte.gov.br/Museu/Conteudo/Decreto21417_txt.asp)>. Acesso em: 7 jan. 2010.
- CÂMARA, Eduardo. Lei Maria da Penha. João Pessoa: ESMAT, 2007. Disponível em: <[http://www.esmat13.com.br/art\\_normal.php?id.noticia=1055](http://www.esmat13.com.br/art_normal.php?id.noticia=1055)>. Acesso em: 14 jan. 2010.
- CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- CAMARGO, Márcia. Violência e saúde: ampliando políticas públicas. *Jornal da RedeSaúde*, São Paulo, n. 22, p. 10-15, 2000. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/Homepage/JornaldaRede/JR22/Jornal%20da%20Rede%20n%BA%2022.pdf>>.
- CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1., 1993, Viena. Declaração e Programa de Viena: 1993. Brasília: UNDIME, [200-?]. Disponível em: <<http://www.undime.org.br/htdocs/index.php?acao=biblioteca&publicacaoID=85>>. Acesso em: 12 jan. 2010.
- CONVENÇÃO de Belém do Pará (1994). *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. Belém, 1994. Disponível em: <<http://leimariadapenha.blogspot.com/2006/12/convencao-de-belm-do-par-1994.html>>. Acesso em: 12 jan. 2010.
- COSTA, Francisco Pereira (Org.). *Lei Maria da Penha: aplicação e eficácia no combate à violência de gênero*. Rio Branco: EDUFAC, 2008.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007.
- DECCA, Maria Auxiliadora Guzzo de. *Indústria, trabalho e cotidiano, Brasil – 1889 a 1930*. 4. ed. São Paulo: Atual, 1991.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência*

doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: RT, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução de Rosa Camargo Artigas e Reginaldo Forti. São Paulo: Global, 1985.

FACTORY Acts. In: 1902 ENCYCLOPEDIA: free online Encyclopedia Britannica. 9. ed. with added expert translations and commentaries. [Chicago]: Britannica, 2005-2011. Disponível em: <<http://www.1902encyclopedia.com/F/FAC/factory-acts.html>>. Acesso em: 4 jan. 2010.

GALINKIN, Ana Lúcia. Novas e velhas violências contra a mulher. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE A MULHER, GÊNERO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO, 2., 2007, Goiânia. *Anais...* [Goiânia]: [s.n.], [2007?]. p. 12-29. Disponível em: <[http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2007/mulher/anais/artigos/ana\\_lucia.pdf](http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2007/mulher/anais/artigos/ana_lucia.pdf)>. Acesso em: 9 jan. 2010.

GOUEIA, Taciana; CAMURÇA, Sílvia. *O que é gênero*. Recife: SOS Corpo, 1997.

HEISE, Loril; PITANGUY, Jacqueline; GERMAIN, Adrienne. *Violencia contra la mujer*: carga de salud oculta. Relatório preparado para o Banco Mundial (Mimeo). Violence Against Women: the hidden health burden. Washington, D.C: The World Bank, The international Bank for Reconstruction and Development, 1994. 22 p. (World Bank Discussion Papers; WDP255). Disponível em: <[http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/04/28/000009265\\_3970716144635/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/04/28/000009265_3970716144635/Rendered/PDF/multi0page.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2011.

LOPES, Carmen Lúcia Evangelho. *O que todo cidadão precisa saber sobre sindicatos no Brasil*. São Paulo: Global, 1986.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MÉXICO. Constitución (1917). *República de México: Constitución Federal de 1917*. In: BASE de datos políticos de las Américas = Political database of the Américas. Washington: Georgetown University, Center for Latin American Studies, 1995-2006. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

MINES act. In: HUTCHINSON encyclopedia. London: TalkTalk, 2011. Disponível em: <<http://www.talktalk.co.uk/reference/encyclopaedia/hutchinson/m0052816.html>>. Acesso em: 4 jan. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

PORTAL violência contra a mulher. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, [200?]. Disponível em: <[http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=82#A%20mulher%20brasileira%20nos%20espaços%20público%20e%20privado%20\(2001\)](http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=82#A%20mulher%20brasileira%20nos%20espaços%20público%20e%20privado%20(2001))>. Acesso em: 13 jan. 2010.

PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. Os direitos humanos das mulheres e os crimes sexuais: realidade e possibilidades da produção da prova para o pleno acesso à justiça. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, v. 42, p. 57-72, 2005.

PORTO, M.; SANTOS, M. L. G.; LEITE, M. F. A. Os crimes contra as mulheres e a perícia psicológica no contexto da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). In: COSTA, Francisco Pereira (Org.) *Lei Maria da Penha: aplicação e eficácia no combate à violência de gênero*. Rio Branco: Edufac, 2008. p. 58-68.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*: Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHRAIBER, Lília B.; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Lucas Pires. Violência contra a mulher: interfaces com a saúde. *Interface: comunicação, saúde, educação, Botucatu*, v. 3, n. 5, p. 11-26, ago. 1999. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fpdf%2Ficse%2Fv3n5%2F03.pdf&ei=yvBfTtn0DKe80AHp8--GLAw&usq=AFQjCNEES-XDCPfbgOeoEiGlxulDhfxjLg>>.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. O Direito do Trabalho e a Lei Maria da Penha. *Jus Vigilantibus*, [Vitória], 1 set. 2011. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/24472>>. Acesso em: 22 out. 2009.

SCOTT, Joan. Gênero: uma útil categoria de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 16, p. 5-23, jul./dez. 1990.

# Sociedade de propósito específico como meio de recuperação de empresas

Gabriel Luiz de Carvalho

## Sumário

1. Notas introdutórias. 2. SPE como meio: Análise de duas hipóteses. 2.1. SPE formada pelos próprios credores. 2.1.1. Escolha do tipo societário. 2.1.2. Negócio jurídico indireto. 2.1.3. Combinação com a emissão de valores mobiliários. 2.2. SPE formada pelo próprio devedor. 2.3. Principais diferenças entre as duas hipóteses. 3. Considerações finais.

### 1. Notas introdutórias

Cumpra esclarecer, de início, que a Lei n. 11.101/2005, em seu art. 50, trouxe uma lista exemplificativa de meios destinados à recuperação da atividade econômica. Os planos de recuperação poderão combinar dois ou mais meios, dependendo da complexidade do caso.

Quanto à escolha do mecanismo a ser utilizado na recuperação, é conferida ao intérprete legal certa liberdade. Porém, em relação ao fim, à função, prevalece a inflexibilidade, não restando opção que não seja a preservação da empresa.

Avaliar-se-á, neste artigo, a Sociedade de Propósito Específico (SPE) como meio de recuperação de empresas que se encontrem em estado de penúria. Dois casos de utilização da SPE como instrumento de reerguimento serão estudados. Primeiramente, a SPE formada pelos credores, hipótese do inciso XVI do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, deverá ser mais bem compreendida, em

Gabriel Luiz de Carvalho é Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), *campus* de Franca.

face não só de sua natureza jurídica e das formas societárias que poderão encobri-la, como também quanto à possível combinação com o meio representado pela emissão de valores mobiliários, caso das debêntures. Em seguida, a SPE criada pelo próprio devedor, opção, parece-nos, relativa ao inciso II do art. 50, receberá algumas explicações, ressaltando-se, desde já, que esse mecanismo de recuperação se baseia não em uma, mas em duas sociedades, sendo uma delas a SPE.

## 2. SPE como meio: análise de duas hipóteses

### 2.1. SPE formada pelos credores

Dois pilares servirão de base para a análise que se inicia, a saber: função e estrutura. Em outros termos, pode-se dizer que o objetivo é compreender a SPE (estrutura) como meio de recuperação (função) (ISFER, 2006, p. 288).

Quanto à estrutura, é importante, desde já, ressaltar que existem duas possibilidades: a SPE constituída por credores e a SPE constituída pelo próprio devedor (essa última foi o caminho seguido pelas Lojas Arapuã). Por ora, examinar-se-á a primeira hipótese, prevista pelo inciso XVI do art. 50 da Lei de Falências e Recuperações. Depois, discutir-se-á a segunda possibilidade.

A SPE do inciso XVI será formada pelos próprios credores, a fim de receberem os ativos do devedor, parcial ou totalmente, em adimplemento de seus respectivos créditos. Esse é o quadro. A SPE, segundo Manoel Alonso, adquirirá os bens que lhe cabem até o montante, o limite de seus haveres, de modo que o patrimônio remanescente continuará sob a titularidade do devedor, sendo desejável que os bens restantes sejam suficientes à satisfação de suas necessidades. Parece-nos que a adjudicação dos ativos do devedor poderá ser total ou parcial, embora o inciso XVI do art. 50 não tenha sido explícito nesse ponto. (ALONSO, 2005a, p. 266-267; ALONSO, 2005b, p. 297-298).

Antes de mais nada, cumpre explicar o que envolve a noção de adjudicação. Trata-se, a saber, de uma espécie de ato judicial por meio do qual o juiz confere a propriedade e a posse a certa pessoa de determinados bens que até então se encontravam no poder de outrem (SZTAJN, 2007, p. 246).

E como deverá ocorrer a adjudicação de bem onerado com garantia real? Para Manoel Alonso, a supressão dessa garantia ou mesmo sua substituição pressupõem, ambas, anuência prévia e expressa por parte do credor, detentor de tal garantia. Mostra-se recomendável todo esse rigor na desoneração do bem porque a intenção é não envolver “[...] desde logo a SPE em obrigações, que poderiam lhe subtrair a leveza no seu ‘cash-flow’” (ALONSO, 2005b, p. 298, grifo do autor).

O devedor, de um lado, verá reduzido o valor de seu ativo, seja ele fixo ou imobilizado, com a adjudicação à SPE de credores; de outro, porém, terá um passivo exigível menor, aumentando as chances de recuperação da empresa (ALONSO, 2005a, p. 267).

Essa possibilidade de formação de sociedade de ativos constitui uma novidade muito bem-vinda trazida pela Lei n. 11.101/2005, pois, além de possibilitar a liquidação do passivo, libera o resto dos bens para negociações diretas ou para aproveitamento mediante exploração própria (HENTZ, 2005, p. 52).

Os bens que compõem o ativo do empresário devedor lhe devem ter sido transferidos previamente, seja a título de integralização de capital social ou, então, venda e compra. Ou seja, esses bens já devem fazer parte do patrimônio do devedor para que possam ser adjudicados à SPE. Para Fábio Ulhoa Coelho (2004, p. 119), o meio previsto no inciso XVI do art. 50 representa mero “[...] desdobramento da medida representada pela dação em pagamento com a sofisticação da intermediação por uma nova sociedade constituída exclusivamente com a finalidade de servir à adjudicação”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Para Rachel Sztajn (2007, p. 246), no mesmo sentido, a entrega dos bens do devedor à SPE não foge do meio representado pela dação em pagamento.

O sucesso da medida, segundo o autor, está vinculado, em essência, à manutenção, no estabelecimento, dos bens considerados fundamentais para que o devedor continue exercendo sua atividade empresarial, possibilitando seu reerguimento.

No tocante à sociedade constituída pelos credores, duas situações precisam ser investigadas, a saber: a estrutura societária que será utilizada e a natureza do negócio jurídico feito pelos credores.

Em relação aos modelos empresariais, sabe-se que o direito societário brasileiro é de tipicidade fechada. Entretanto, em face dos não empresariais, é de tipicidade aberta. É sabido que as atividades de propósito específico podem ser praticadas por sociedades empresariais e não empresariais, sendo excluídas apenas as sociedades cooperativas. Na escolha da forma societária, Edson Isfer (2006, p. 293) auxilia declarando a existência de dois critérios fundamentais: a) a diferença de classificação entre os credores; e b) o objeto social a ser perseguido pela SPE.

Na SPE formada por credores, constituída para acolher os bens do devedor, certamente inexistirá a chamada *affectio societatis*. É provável que “[...] não haverá, entre os sócios, qualquer vínculo maior que o desejo de organizar uma sociedade para receberem seus créditos” (ISFER, 2006, p. 296). Deve obrigatoriamente existir, contudo, algum vínculo capaz de promover a sustentabilidade da sociedade, o qual é justamente a organização.

Em busca da conciliação dos interesses dos diversos credores, é de fundamental importância a apresentação de um plano de caráter isonômico, ou seja, tratando com igualdade os credores que estão na mesma classe e com a devida desigualdade aqueles que se encontram em classes distintas, tudo de forma a respeitar o princípio da isonomia. Essa distinção de tratamento deve haver não só antes da formação da SPE, mas também depois da outorga da personalidade jurídica, já no âmbito de sua atuação (ISFER, 2006, p. 294-296).

Afirma-se, por fim, que nenhum vínculo estabelecerá a SPE com o empresário devedor, sendo, portanto, uma sociedade autônoma e independente. O devedor, ao ver extintas suas obrigações na quantia correspondente ao valor dos bens que forem entregues à SPE de credores, continuará exercendo suas atividades, mas sem a sobrecarga que anteriormente pesava sobre seus ombros (ALONSO, 2005a, p. 267).

### 2.1.1. Escolha do tipo societário

Para examinar os tipos societários mais eficientes na adjudicação dos ativos do devedor, é necessário ter em mente estes dois fatores: a) as diferentes classificações de credores; e b) a imprescindibilidade das condições para que eles, credores, possam organizar a SPE desejada (ISFER, 2006, p. 297-298).

A escolha da forma societária eficaz para a execução do propósito específico (adjudicação dos bens do devedor) pressupõe a consideração de certos elementos. Um deles gira em torno da complexidade da estrutura, pois o tipo societário adotado pela SPE deve permitir a conciliação dos sócios distribuídos em mais de uma classe de direitos. Outro elemento corresponde precisamente à atividade que será exercida (ISFER, 2006, p. 298).

E qual será a atividade a ser desenvolvida pela SPE constituída pelos credores no contexto da recuperação judicial de empresas em crise? Tal SPE será especificamente criada para receber os bens do devedor, após sua expropriação. Ademais, defende-se que o propósito específico é imutável. Resolvido seu escopo, a SPE deverá ser dissolvida, pois não existe mais sua razão de ser (ISFER, 2006, p. 298-299).

Uma ressalva merece ser novamente reforçada: os ativos transferidos aos credores devem corresponder aos bens que não são necessários à continuidade da empresa do devedor. Ter-se-á, portanto, a entrega dos ativos dispensáveis ao exercício da empresa.

Cumpra aqui fazer uma importante diferenciação entre a SPE objeto de nosso estudo e a sociedade de credores prevista no rol do art. 50: na constituição da sociedade de credores, hipótese disposta no inciso X do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, diversamente da SPE do inciso XVI, poderá haver diversificação de atividades ou assunção das atividades antes exercidas pelo devedor. Na SPE, ao contrário, o objeto é único e imutável, reduzindo-se ao recebimento de bens (ISFER, 2006, p. 298-299, nota de rodapé n. 561).

Edson Isfer argumenta que a SPE a ser constituída pelos credores, conforme o já citado inciso XVI, não exercerá atividade empresarial. Eis seu raciocínio:

“A sociedade criada com o propósito específico de adjudicar ativos não tem atividade operacional. Sua existência é efêmera e visa, tão-somente, dar guarida a interesses que não seriam conciliáveis de forma isolada. Sua operação se resumirá aos atos necessários para adjudicar os bens, harmonizar os interesses e promover sua liquidação. Não há qualquer atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços (art. 966, CCB). Sendo assim, não será empresarial” (ISFER, 2006, p. 299, grifo do autor).

A atividade, como se viu, não é empresarial. Sendo assim, apenas duas formas societárias seriam possíveis, quais sejam: sociedade simples ou cooperativa. Excluímos de plano, no entanto, esse último tipo e alertamos para que a sociedade simples seja tratada como gênero, e não como espécie, à luz do art. 983 do Código Civil (CC) de 2002. A SPE formada pelos credores jamais será empresarial, podendo, a saber, assumir um dos modelos personificados previstos no atual CC, com a exclusão da sociedade cooperativa (ISFER, 2006, p. 300-301).

Passemos então à conjugação desses comentários com o estudo dos moldes societários, à luz da disponibilidade de meios para o exercício dos diferentes direitos dos sócios.

Edson Isfer (2006, p. 300-301) defende a tese – a princípio, estranha – de que a sociedade anônima atenderia perfeitamente a essa função, pois, para ele, tal tipo é empresário não em razão de sua atividade, mas por opção legal. De modo que, mesmo que a atividade não seja empresarial, o modelo pode ser o de uma anônima. Trata-se da denominada empresarialidade em função da forma.<sup>2</sup>

A comandita por ações serviria. Porém, a responsabilidade de alguns credores, em benefício de todos, não se coaduna com o objetivo visado.

A forma limitada, por sua vez, também tem estrutura condizente, sendo possível a divisão das quotas em espécies e classes. Para tanto, é necessário que o contrato social adote supletivamente a Lei n. 6.404/1976 – Lei das Sociedades por Ações (LSA) – e regre pormenorizadamente referida divisão.

Os tipos societários mais eficientes, portanto, ao desenvolvimento da atividade prevista no inciso XVI do art. 50 da Lei n. 11.101/2005 “[...] são a sociedade anônima e a sociedade simples, sob a forma de sociedade

<sup>2</sup>Para melhor compreender o entendimento de Edson Isfer sobre a sociedade anônima, leia-se o trecho que se segue: “Ressalta-se a questão de lógica do sistema, em face da contradição que poderia surgir, já que estaremos trabalhando com uma sociedade simples, no seu aspecto material, com opção expressa por um modelo que rege a sociedade empresarial por excelência (sociedade anônima), no seu aspecto formal. Entendemos que a este argumento poderiam ser contrapostos dois outros. De um lado, a opção por uma estrutura mais complexa não precisa compreender o sentido material da sociedade empresarial. Exemplo disso é o próprio Código que permitiu ao particular utilizar-se, para a atividade não empresarial, de qualquer das formas das sociedades empresariais. De outro, poderia ser pensado na condição de estabelecer regramentos específicos e não generalizantes, para determinadas parcelas da estrutura de que necessitasse o particular. Assim, poderia optar-se, por exemplo, por reger as espécies e classes de ações, o estabelecimento de conselho de administração, como forma de resolver o problema, sem cogitar de um amplo esquema de subsidiariedade da LSA. Esses dois argumentos, em nosso pensar, são suficientes para neutralizar aquele da falta de lógica do sistema” (ISFER, 2006, p. 302, nota de rodapé n. 570).

*limitada*, com cláusula expressa de que as omissões da lei serão supridas pela LSA” (ISFER, 2006, p. 303, grifo do autor).

De fato, na SPE em comento, tanto a limitada como a anônima outorgam aos sócios as ferramentas adequadas a fim de que eles possam organizar sua atividade com o menor risco possível.

A SPE criada pelos credores, em busca da entrega dos ativos do devedor, será, quanto à sua classificação, de capital. Em vista de sua estrutura econômica, todos os seus sócios terão responsabilidade limitada. E, por fim, no tocante à sua personificação, a SPE será dotada de autonomia patrimonial (ISFER, 2006, p. 303).

### 2.1.2. Negócio jurídico indireto

A SPE formada pelos credores constitui uma hipótese que parece estar relacionada ao negócio jurídico indireto, devido à atipicidade do meio (sociedade) para se atingir o fim (recebimento de créditos).

Há negócio jurídico indireto sempre que os contratantes recorrem a determinado negócio para, por meio dele, conquistar finalidades diversas das que, em regra, lhe são próprias. O fim não é típico do empreendimento realizado. É importante ressaltar que as partes agem assim consciente e consensualmente (ASCARELLI, 2001, p. 156).

Tal opção não é feita por acaso. Existe o intuito de os interessados se sujeitarem não apenas à forma, mas também à disciplina jurídica do negócio eleito, embora o escopo perseguido seja anormal em vista do meio utilizado (ASCARELLI, 2001, p. 156).

Ascarelli (2001, p. 156-157, 172) ensina que, no caso, se cuida de um velho negócio cuja potencialidade, em face de seu uso indireto, é elástica, servindo para a obtenção de novos objetivos. Em contraposição à rigidez da finalidade típica de cada negócio, surge a flexibilidade ou, então, a variabilidade de propósitos, a qual acaba por diversificar a configuração de certo mecanismo de modo a possibilitar a sua aplicação em outros contextos.

O negócio indireto caracteriza-se, assim, pela distinção entre o seu objetivo típico e os eventuais objetivos ulteriores visados, consensualmente, pelos participantes. Ou seja, um negócio pode servir, indiretamente, para a realização de funções que, em princípio e considerando a sua estrutura originária, não seriam por ele desenvolvidas (ASCARELLI, 2001, p. 172-174).

Cabe esclarecer que o negócio indireto se distingue da simulação. Nesta, há uma discordância entre a vontade e a declaração. O desejo das partes ou, em outros termos, a vontade real delas está em contraste com o que emana de suas manifestações. Existem, portanto, na simulação, a vontade real e a declaração aparente.

No negócio indireto, por sua vez, essa separação não ocorre. Na verdade, há correspondência entre a intenção dos contratantes e as suas declarações. O escopo último almejado não é escondido, inexistindo qualquer combinação para simular. Nada é subtraído do conhecimento de terceiros, ao contrário do que acontece com a simulação (ASCARELLI, 2001, p. 179-180; SALOMÃO FILHO, 1998, p. 121-122). Isso não quer dizer que todo negócio indireto seja válido. Todos aqueles cujos fins comuns sejam ilícitos são passíveis de anulação (ASCARELLI, 2001, p. 180-181).

Enfim, a caracterização do negócio jurídico indireto exige dois requisitos: a) correspondência entre a vontade declarada e a real, no sentido de que as partes realmente querem o negócio declarado; e b) existência de um fim indireto que não é típico do negócio adotado. Tal fim é o que estimula as partes.

Percebeu-se que, na SPE formada pelos credores, estes, quando manifestam sua aceitação acerca do plano de formar uma sociedade para receber bens do devedor, realmente querem constituí-la, colocando sua declaração em consonância com sua vontade real (um dos requisitos do negócio jurídico indireto). Há ainda um fim indireto que não é típico do negócio adotado, pois,

no fundo, o que os credores desejam é o recebimento de seus créditos, finalidade que não se coaduna, em princípio, com a constituição de uma sociedade (configuração do segundo requisito) (ISFER, 2006, p. 310).

Vale ressaltar que os bens do devedor serão adjudicados à SPE, sendo que os credores, sócios que são, passarão a ter, a partir da adjudicação, direitos patrimoniais sobre tais coisas.

E quais seriam as repercussões relacionadas ao entendimento que considera a SPE de ativos um negócio jurídico indireto? Observam-se três.

Uma delas diz respeito ao fato de que quem receberá judicialmente os bens não serão os credores, mas sim a SPE. Em rigor, ela não é a verdadeira credora. Porém, “[...] por força das disposições de vontade, emanadas do ato de recuperação de empresa aprovado, essa situação acaba sendo resolvida, pela *organização* adotada pelos sócios/credores” (ISFER, 2006, p. 311-312, grifo do autor).

Outra repercussão se dá com a imposição no sentido de que os credores desaprovedores do plano também participem da SPE, em respeito à decisão da maioria. Aceitando, o credor receberá os direitos patrimoniais derivados da adjudicação dos bens do devedor à SPE. No entanto, com base no aparato constitucional, entende-se que o credor dissidente do plano não pode ser compelido a participar, abrindo-se-lhe, com isso, duas alternativas pouco atraentes: ou abrir mão de seu respectivo crédito ou, então, recebê-lo após a satisfação dos demais credores.

Uma terceira consequência se refere ao problema do valor atribuído aos créditos, negativamente afetado pela crise do devedor, e ao risco de insolvência desse último. Isso porque os credores, na SPE por eles estruturada, integralizarão o capital social com seus créditos, permutando-os por participações societárias. Diante disso, eles, credores, assumem potencial responsabilidade, pois respondem tanto pela solvência

do devedor em face dos bens cedidos à SPE, como pela sua correta avaliação. Por isso, para evitar qualquer alegação de desconhecimento por parte de terceiros, deve ficar bem claro que a SPE está sendo criada para receber os ativos de certo devedor em crise (ISFER, 2006, p. 311-313).

Qualifica-se, assim, o ato de constituição da SPE formada pelos credores, cujo fim repousa na adjudicação dos ativos do devedor, como um negócio jurídico indireto, sendo essa, portanto, sua natureza jurídica (ISFER, 2006, p. 313).

### 2.1.3. Combinação com a emissão de valores mobiliários

Rachel Sztajn (2007, p. 245-246) propõe, como boa medida de política legislativa, a combinação dos incisos XV e XVI do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, afirmando que isso facilitaria a compreensão de ambas as autorizações. O inciso XV diz respeito à emissão de valores mobiliários, que, associada à criação de uma SPE, esclareceria a lógica econômica presente nas normas jurídicas.

Sabe-se que a SPE tem sido também utilizada no processo de securitização de créditos.

Frederico Viana Rodrigues (2004, p. 305-304) estabelece este *modus operandi* para o processo acima indicado: em primeiro lugar, o empresário, considerado como o originador da operação, cede seus créditos, de vencimento a médio ou longo prazo, a uma sociedade especificamente constituída para participar da securitização. Trata-se da SPE. Esta, em seguida, emite títulos cujo resgate está vinculado às datas de recebimento dos créditos que lhe foram concedidos pelo originador. Tais títulos são adquiridos pelos investidores, que pagam seus respectivos preços de subscrição à SPE. Esta sociedade, por meio dos valores recebidos decorrentes do pagamento da subscrição dos títulos, remunera o empresário originador pela cessão inicial dos créditos. Com o vencimento dos créditos, os devedores pagam à SPE as quantias correspondentes, que, por

sua vez, são utilizadas para o resgate dos títulos anteriormente emitidos.

Dois efeitos decorrem dessa operação, a saber: a) os créditos (também denominados contas a receber ou, então, recebíveis) são separados das dívidas titularizadas pela sociedade originadora, não estando mais sujeitos, dessa forma, aos resultados operacionais das atividades exercidas por ela; e b) tais créditos, estando integrados no ativo da SPE, permitem a emissão de outros títulos, as famosas *securities*, a exemplo das debêntures. Rachel Sztajn (2007, p. 245) explica que as debêntures fazem parte de um contrato de mútuo, de modo que a correspondente securitização de recebíveis mobiliza recursos cuja maturação é de médio ou longo prazo, por meio da pulverização da quantia total dos créditos sobre os quais se baseia toda a operação.

Mas como poderá ocorrer a junção dos meios de recuperação judicial previstos nos incisos XV e XVI do art. 50? Nota-se que a emissão de valores mobiliários possibilita a securitização com créditos da sociedade em crise, permitindo a obtenção imediata de recursos, o que, por sua vez, alivia o montante da dívida. É preciso que os credores participem desse esquema negocial, a fim de que suas pretensões sejam satisfeitas. Assim, a participação do devedor reduzir-se-á, inicialmente, ao repasse dos créditos de maturação diferida à SPE formada pelos credores, os quais, por sua vez, receberão os valores derivados do pagamento dos títulos pelos investidores. Com o vencimento dos créditos que estão na base da securitização, o que produzirá um levantamento de verbas, será possível o resgate dos títulos anteriormente emitidos.

A forma da sociedade originadora poderá ser qualquer uma, mas o tipo societário da SPE será o de uma anônima, para a qual será transferida certa quantia de créditos.

As SPEs, como regra, são sociedades de existência transitória. Nascem, em geral, para a execução de um único negócio apenas, de sorte a não existir interesse em

mantê-las depois do resgate das debêntures emitidas. Frederico Viana Rodrigues adverte no sentido de que o objeto social da SPE deve estar limitado ao recebimento de créditos e à emissão dos títulos correlatos. Cuida-se, segundo o autor, do fator que fornece segurança à operação, sendo, inclusive, sua característica mais proeminente: a participação em negócios jurídicos estranhos à securitização deve ser vedada à SPE, “[...] não lhe sendo possível, ademais, endividar-se além do estritamente necessário à aquisição e gestão dos créditos securitizados” (RODRIGUES, 2004, p. 303).

A SPE seria um esquema destinado à divisão de riscos, ou melhor, à separação de ativos, fornecendo segurança aos agentes econômicos, de forma a induzi-los à aceitação de operações de maior risco, caso da securitização de recebíveis.

## 2.2. SPE formada pelo próprio devedor

A SPE formada pelo próprio devedor não corresponde à hipótese prevista no inciso XVI do art. 50, estando relacionada ao inciso II desse mesmo artigo, referente às operações societárias e à constituição de subsidiária integral. Cuida-se de um instrumento amplamente utilizado na recuperação de devedores em crise, parecendo-nos ser um meio de origem anterior à Lei n. 11.101/2005 (ISFER, 2006, p. 314).

A SPE criada pelo devedor é, na verdade, uma estrutura funcional que se baseia em duas outras sociedades: uma subsidiária, que ficaria com seu estabelecimento empresarial, e a SPE, cujo objetivo seria adquirir os débitos do devedor, promovendo o alongamento e, eventualmente, a redução de sua dívida. No conceito de estabelecimento empresarial, não se incluem as dívidas do empresário (ISFER, 2006, p. 314).

Ricardo Tepedino (2002, p. 171) fala da criação de uma subsidiária cujo capital será detido, inteiramente ou quase que na sua totalidade, pela sociedade em crise. Nela, na subsidiária, será vertido o estabelecimento comercial – o que envolve os ativos

necessários à continuidade da empresa, bem como seu aviamento (ou *goodwill*) –, constituindo, segundo o autor, um meio de reorganização corporativa amplamente utilizado não só no Brasil, mas também em outros países. Trata-se de um mecanismo conhecido por *drop down*.

O esquema funcionaria da seguinte maneira: com o trespasse dos débitos à SPE, a subsidiária, receptora dos bens, passa a ter melhores condições de exercer suas atividades empresariais, já que não mais atinge, pelo menos não tão diretamente, os problemas derivados da crise por que estaria passando a sociedade originária. Dessa forma, a sociedade subsidiária adquire uma interessante oportunidade de resgatar sua capacidade de pagamento, além de recuperar seu crédito, pois ela não se encontra maculada, como acontecia com a sociedade sucedida, por problemas cadastrais, sem considerar que sua situação econômico-financeira é bem mais saudável. É justamente esse o objetivo do plano. Ademais, a finalidade inerente à constituição da SPE pelo devedor repousa na possibilidade de novação de seus débitos, havendo o alongamento do perfil e, às vezes, até a redução do montante. Importa saber que a SPE ficará com os encargos, não tendo, com isso, bons índices de demonstração financeira (ISFER, 2006, p. 315-316).

A subsidiária passa a desenvolver a atividade antes exercida pela sociedade sucedida, mas, agora, sem o passivo que a sufocava, o qual, por sua vez, se encontra isolado e – pormenor importante – garantido pelas ações ou quotas da sociedade subsidiária (TEPEDINO, 2002, p. 171).

Edson Isfer (2006, p. 316) esclarece a hipótese desta forma:

“Enquanto a sociedade receptora do estabelecimento empresarial terá atividade econômica organizada, com o mesmo direcionamento daquele da sociedade em crise, com as eventuais correções de método de atuação, a sociedade de propósito específico terá

atividade não empresarial, dedicada à aquisição do passivo da devedora, trocando-o por títulos resgatáveis. Naturalmente, essa permuta terá por objetivo alongar o prazo de vencimento das dívidas e, se possível, reduzir os montantes previstos nas obrigações estabelecidas entre credor e devedor em crise.”

Mas o *drop down* não poderia configurar verdadeira transferência de estabelecimento a terceiro, podendo, assim, dar ensejo à decretação de falência?<sup>3</sup> A resposta é simples: não. Isso se explica em vista do fato de que o exercício da empresa não é transferido a uma pessoa estranha à sociedade devedora. Como já foi dito, o capital da subsidiária lhe pertence, ou seja, é detido pela devedora integralmente ou na quase totalidade. Esse ponto é importante: a subsidiária funcionaria como uma espécie de *longa manus*, cujos bens ainda estão sob a titularidade – no caso, indireta – da sociedade em crise (TEPEDINO, 2002, p. 172).

Ressalta-se que essa hipótese de criação de subsidiária para dar continuidade à empresa antes desenvolvida pela sociedade insolvente é prevista inciso III do art. 6º da Lei n. 9.447/1997, relativa ao reerguimento de instituições financeiras em crise.

Constata-se que, no contexto de formação da SPE pelo próprio devedor, parece ocorrer a operação societária denominada cisão, talvez em sua modalidade parcial. A professora Rachel Sztajn ensina que a cisão corresponde à divisão do patrimônio com a alocação da(s) parcela(s) cindida(s) em nova(s) sociedade(s), havendo, por extensão, o desaparecimento da sociedade anterior. A cisão parcial, por sua vez, acontece no caso em que somente “[...]”

<sup>3</sup> Cf. o art. 94, III, c, da Lei n. 11.101/2005: “Será decretada a falência do devedor que: [...] III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: [...] c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; [...]”.

uma ou mais parcelas do patrimônio é (são) destacada(s) do patrimônio cindido, e vertida(s) em outra(s) sociedade(s), nova(s) ou existente(s), perdurando o remanescente da sociedade cindida que não desaparece” (SZTAJN, 2007, p. 233). Quando a parcela do patrimônio for absorvida por sociedade já existente, tem-se cisão-incorporação.

A sociedade que recebe o estabelecimento empresarial, como se vê, não é uma SPE. Trata-se de uma subsidiária, que não é, por sua vez, necessariamente uma subsidiária integral (detalhe importante), o que raramente acontece, em razão, quiçá, da formalidade exigida pelo art. 251 da LSA. A SPE ficará com a “parte doente” da sociedade originária, ao passo que a “parte saudável” caberá à sucessora (TEPEDINO, 2002, p. 171).

E se a sociedade sucessora for uma subsidiária integral? Quais são as vantagens e desvantagens decorrentes dessa opção? Primeiramente, importa compreender um pouco melhor essa sociedade. Ela compreende uma sociedade unipessoal prevista pela LSA, correspondendo a uma técnica que busca a separação de riscos ou, então, a imputação de riscos a diferentes pessoas jurídicas. Não equivale a um modelo de cisão, em que se dá o desmembramento de um patrimônio (em ativo e passivo), mas, sim, à transferência de bens do ativo em nova sociedade. A forma societária a ser adotada pela subsidiária integral, em razão de exigência legal, será sempre a de uma anônima, impondo certos custos e despesas inerentes ao modelo, tais como a publicação de balanços.

A vantagem relacionada à escolha de subsidiária integral repousa na possibilidade de venda de ações a terceiros. A desvantagem, por outro lado, reside na probabilidade de perda parcial da capacidade de exercício das atividades empresariais, derivada do trespasse de ativos de uma para outra sociedade (SZTAJN, 2007, p. 233-235).

Rachel Sztajn sugere que as ações da subsidiária integral devem ser, prioritaria-

mente, alienadas aos sócios ou acionistas da controladora. Por outro lado, a autora sustenta que, sendo mantida tal preferência, é mais razoável que eles, sócios ou acionistas, realizem o aporte de recursos a fim de que a sociedade em crise seja saneada. Vale ressaltar que a sociedade controladora não deve ser esvaziada, no sentido de serem beneficiados apenas “[...] seus sócios que ficarão com a denominada ‘banda boa’ enquanto a ‘podre’ se desfaz sem favorecimento dos credores” (SZTAJN, 2007, p. 235).

É necessário que a sociedade sucessora exerça atividade empresarial. Isso se deve a dois motivos: a sucessora deve substituir a sociedade sucedida no exercício de sua atividade, cuja natureza é certamente empresarial; e, para que haja recuperação da empresa, é fundamental dar continuidade à sua atividade (ISFER, 2006, p. 317-319).

E a primeira conclusão a que se pode chegar é exatamente esta: a sociedade subsidiária, ou sucessora, precisa ser empresarial, ou seja, dotada de uma estrutura calcada na denominada empresarialidade. Sendo assim, poderá abraçar qualquer dos tipos legalmente previstos no CC de 2002, com a exclusão da sociedade simples e da sociedade cooperativa. Se fosse não empresarial, a sucessora não teria condições de explorar a atividade exercida pela sucedida (ISFER, 2006, p. 317-319).

E quanto às formas societárias sem personalidade jurídica? Servem para revestir a sociedade sucessora? Para Edson Isfer (2006, p. 319), a resposta é negativa, pois, apenas com a aquisição de personalidade jurídica, a sociedade obtém autonomia patrimonial, podendo, desse modo, receber os ativos da sociedade que se encontre em dificuldades. A despersonalização, a exemplo da sociedade em comum ou da em conta de participação, impede que a sociedade receba, em seu próprio nome, os bens que lhe são destinados. Numa sociedade não personificada, não há separação patrimonial entre sócios e sociedade. Enfim,

a subsidiária tem que ser personificada, pois uma das finalidades do plano consiste justamente no repasse de ativos do devedor para a nova sociedade.

Trata-se de mais uma conclusão. A sucessora, a quem caberá o recebimento do estabelecimento empresarial e cuja missão será dar prosseguimento às atividades antes exercidas pela sucedida, poderá ser estruturada por meio das seguintes formas: anônima, limitada, nome coletivo, comandita simples ou comandita por ações. Caso a sociedade sucessora adote a forma de subsidiária integral, não lhe resta outra opção que não seja o tipo de sociedade anônima (ISFER, 2006, p. 320).

A outra face da operação se refere à SPE, cujo objetivo único é adquirir o passivo do devedor em crise. Tal aquisição pode acontecer de duas maneiras: ou pela troca da dívida por títulos de emissão da SPE ou pela troca da dívida por títulos que não concedam direito de crédito efetivo, caso das ações (ISFER, 2006, p. 320).

A atividade operacional da empresa é repassada à subsidiária, restando à SPE a assunção das obrigações, a responsabilidade pelo passivo. Ambas as sociedades serão constituídas sob regime de grupo, de fato ou de direito, havendo a necessidade de repasses financeiros entre elas, a fim de que o passivo seja regularizado. A ideia de grupo traz a de direção econômica unitária. Os recursos derivados da empresa exercida pela subsidiária serão, em parte, direcionados à SPE, de modo a permitir o pagamento dos credores. Se não fosse assim, haveria um caso de fraude contra credores, pois, de um lado, haveria “[...] uma sociedade que assumiria os ativos e desenvolveria a operação empresarial e, de outro, a SPE, que assumiria apenas os passivos, sem condições de saldá-lo” (ISFER, 2006, p. 321-322).

Entre a SPE e a sociedade sucessora, há vínculo obrigatório, necessário para que seja feita a migração de recursos. Isso se dá desta maneira: a detentora da atividade

empresarial, receptora, portanto, dos ganhos decorrentes do exercício dessa mesma atividade, repassa parte de seus lucros à sociedade responsável pelo passivo. A SPE, na posse desses valores, deverá saldar as dívidas originalmente contraídas, conforme os termos acordados com os credores (ISFER, 2006, p. 322).<sup>4</sup>

A fim de que não seja um mero artifício destinado a fraudar credores, os bens repassados à subsidiária, constituída quando já pairavam sobre a sociedade originária ares de crise, devem estar submetidos ao mesmo regime sob o qual estariam sujeitos caso ainda estivessem abaixo da titularidade direta da devedora. Ela, a subsidiária, não pode servir de base para a realização de atos ilícitos quanto aos bens sociais. Por outro lado, essa operação societária não pode ser considerada ilícita só porque existe a possibilidade de ser desvirtuada, pois tal risco circunda, praticamente, quase todos os institutos jurídicos (TEPEDINO, 2002, p. 172).

Ou seja, entre a sociedade de controle e a SPE, deve haver obrigação de transferência de recursos, já que, do contrário, poderá

<sup>4</sup> A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) reconheceu a existência desse vínculo na Instrução CVM n. 408, de 18 de agosto de 2004. Eis seu art. 1º: “Para fins do disposto na Instrução CVM n. 247, de 27 de março de 1996, as demonstrações contábeis consolidadas das companhias abertas deverão incluir, além das sociedades controladas, individualmente ou em conjunto, as entidades de propósito específico – EPE, quando a essência de sua relação com a companhia aberta indicar que as atividades dessas entidades são controladas, direta ou indiretamente, individualmente ou em conjunto, pela companhia aberta.” Em seguida, o parágrafo único desse artigo dispõe o seguinte: “Considera-se que existem indicadores de controle das atividades de uma EPE quando tais atividades forem conduzidas em nome da companhia aberta ou substancialmente em função das suas necessidades operacionais específicas, desde que, alternativamente, direta ou indiretamente: I – a companhia aberta tenha o poder de decisão ou os direitos suficientes à obtenção da maioria dos benefícios das atividades da EPE, podendo, em consequência, estar exposta aos riscos decorrentes dessas atividades; ou II – a companhia aberta esteja exposta à maioria dos riscos relacionados à propriedade da EPE ou de seus ativos” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2004, grifo nosso).

configurar-se verdadeira fraude contra credores, exceto se eles, credores, formalmente aceitarem promover a chamada novação subjetiva de seus créditos, sem qualquer relação com os bens da sociedade sucessora (ISFER, 2006, p. 323).

Se a modalidade contratual de assunção de obrigações pela SPE for regida pelo direito das obrigações (direito comum), qualquer forma societária poderá ser utilizada, com exclusão das cooperativas. A regra tem sido, no entanto, a adoção de mecanismos que possibilitem a negociação em massa, utilizando-se, por exemplo, da emissão de títulos ou valores mobiliários (especialmente debêntures). Sendo assim, a forma de sociedade anônima deve ser escolhida (ISFER, 2006, p. 323-324).

Edson Isfer (2006, p. 324-325), aproveitando-se das lições de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, explica que a emissão de títulos ou valores mobiliários será privada quando forem colocados entre um grupo determinado de pessoas. Por outro lado, tal emissão será pública quando envolver negociação em bolsa ou mercado de balcão. São indicadores da emissão pública: uso de folhetos, prospectos ou anúncios direcionados ao público; procura por subscritores por meio de agentes ou corretores; negociação em estabelecimento aberto ao público etc.

No mais, quanto às vantagens inerentes à criação dessas duas sociedades – a subsidiária e a SPE –, aproveitamo-nos de Ricardo Tepedino (2002, p. 171-172), para quem tal esquema traz os seguintes benefícios: a subsidiária terá, diríamos, uma melhor posição na celebração de negócios, pois não corre o risco de falir, mas somente o de pertencer a uma sociedade falida. Ademais, caso haja necessidade de alienação do estabelecimento comercial da devedora, seja no âmbito de uma recuperação ou, mesmo, no de uma inevitável liquidação, o fato de ele estar separado numa sociedade sem dívidas – a subsidiária – alargará as chances de venda, aumentando o preço e, por extensão, o patrimônio titularizado pela devedora. Essa

operação, além disso, não traz prejuízos aos credores. Pelo contrário, é favorável aos seus interesses, pois conserva o valor de uma sociedade em funcionamento, também chamado de *going concern value*. Afinal, mais vale, em princípio, uma sociedade operante do que o valor defluente da venda retalhada de seus ativos, num processo de liquidação.

Em síntese, pode-se dizer que a SPE, para explorar o propósito específico de adquirir os créditos necessários à quitação dos débitos, poderá assumir qualquer forma societária, a não ser que ela, SPE, utilize-se da emissão de valores mobiliários, quando, então, sua forma terá que ser de sociedade anônima (ISFER, 2006, p. 326).

Sua classificação estará vinculada, a saber, ao modelo adotado. Porém, considerando o tipo societário prioritário, qual seja, o de sociedade anônima, a SPE recebe o enquadramento que se segue: de capital, personificada, sendo que, em face das dívidas sociais, os sócios terão responsabilidade limitada. Um quesito, no entanto, segundo entendimento previamente analisado, jamais poderá variar: trata-se da autonomia patrimonial, porque não há conveniência, nem tampouco segurança, na hipótese de uma SPE desprovida de personalidade jurídica assumir o passivo de outra sociedade que se encontre em vias de recuperação (ISFER, 2006, p. 326).

### 2.3. Principais diferenças entre as duas hipóteses

Existem duas diferenças precípuas entre a SPE criada pelos credores e a SPE constituída pelo próprio devedor: a) quanto aos fundadores; e b) quanto ao objetivo, pois, na primeira, busca-se a adjudicação, em pagamento, dos ativos do devedor, enquanto, na SPE constituída pelo devedor, o propósito é a extinção das dívidas, por meio da novação.

A SPE formada pelo devedor não corresponde a um negócio jurídico indireto, porque inexistente vinculação entre o objeto diretamente realizado (constituição da sociedade) e o fim pretendido (extinção

dos débitos). Além do negócio societário (criação da sociedade), é necessária a realização de outro ato, de outro negócio jurídico típico (novação), para se obter o fim. Por isso, não se trata de negócio jurídico indireto. Para Edson Isfer, está-se diante de um negócio jurídico típico de formação de sociedade, de sorte que o ato constitutivo da SPE pelo próprio devedor tem a seguinte natureza jurídica: de contrato-organização. Sendo que o pagamento a ser realizado terá “[...] a condição de extinção das obrigações, de forma direta, entre novo devedor [SPE] e credores” (ISFER, 2006, p. 328).

De outro lado, conforme dissemos anteriormente, a SPE criada pelos credores corresponde, aí sim, a um negócio jurídico indireto, pois a manifestação de vontade ocorre na própria constituição do ente, existindo, como objetivo indireto, o recebimento de seu crédito, situação que se concretiza a despeito da realização de qualquer outro ato. (ISFER, 2006, p. 327-329).<sup>5</sup>

### 3. Considerações finais

A recuperação de empresas em crise poderá ser feita, portanto, por meio de duas formas, tendo por base a SPE: aquela

<sup>5</sup> Sobre a SPE como instrumento de recuperação judicial, veja o comunicado emitido pelo BNDES (2006, grifo nosso) a respeito da crise sofrida pela Varig: “Como parte dos esforços do Governo Federal na busca de soluções para a questão da Varig, o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – principal agência financeira da União, tendo em vista os relevantes aspectos econômicos e sociais envolvendo o processo de recuperação judicial da Varig e suas subsidiárias, vem respeitosamente propor o que se segue: a. a criação de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE com a finalidade de adquirir as ações representativas do capital das empresas VarigLog e VEM [ativos do devedor]; [...] d. os recursos concedidos pelo BNDES em favor dos controladores da SPE serão destinados à Varig para imediatamente pagar os lessors [credores]. Em contrapartida a esses recursos, a Varig transferirá para a SPE a titularidade de todas as ações, representativas do capital social da VarigLog e da VEM, livres e desembaraçadas; e. posteriormente, encontrada uma solução que permita a continuidade das atividades do Grupo Varig, os controladores da SPE poderão integrar o quadro societário da Varig migrando com seus ativos de VarigLog e VEM.”

formada pelos credores (hipótese expressamente prevista no inciso XVI do art. 50 da Lei n. 11.101/2005) e a constituída pelo próprio devedor (opção referente ao inciso II do mesmo art. 50).

A SPE do inciso XVI receberá os ativos do devedor até o limite dos haveres devidos aos credores, de maneira que o remanescente do patrimônio continuará sob a titularidade do devedor.

Trata-se, para o devedor, de uma operação de duas faces: de um lado, verá diminuído o valor total de seus ativos, pois parte deles será transferida à SPE formada pelos credores; mas, de outro, haverá também a redução do montante de suas dívidas, aumentando as chances de sucesso quanto ao soerguimento de sua empresa.

Descobriu-se ainda que a SPE dos credores estabelece forte relação com outro meio também destinado à recuperação judicial: é o caso da dação em pagamento. Nela, um ou mais credores concordam em receber bem diverso do contratado. Para tanto, é fundamental que o devedor conte em seu ativo com bens que atraiam o interesse dos credores, tanto em termos de utilidade como em valor econômico. Atendendo ao princípio da manutenção da empresa, os bens que estarão submetidos à dação em pagamento precisam ser dispensáveis ao exercício, por parte do devedor, de suas atividades. Caso contrário, esse meio não deverá ser utilizado.

Quanto ao tipo societário, notou-se que não há a realização de qualquer atividade operacional ou, em outros termos, a empresa não é desenvolvida, pois os atos da SPE de credores resumir-se-ão àqueles indispensáveis ao recebimento de bens, à harmonização dos interesses envolvidos e à sua posterior liquidação. Sendo assim, a forma societária dessa SPE jamais terá índole empresarial. A sociedade simples, sob o molde de sociedade limitada, e a sociedade anônima – cuja estrutura também pode ser usada para a exploração de atividades não empresárias, já que se considerou a

anônima como empresária não em razão de sua atividade, mas por opção legal – correspondem aos tipos mais eficientes ao desenvolvimento do meio disposto no inciso XVI do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, com a aplicação supletiva da LSA.

A SPE criada pelos credores pode ser assim entendida: de capital, quanto à sua classificação; de sócios limitadamente responsáveis; e patrimonialmente autônoma.

No tocante à sua natureza jurídica, essa SPE constitui um negócio jurídico indireto, por causa da existência dos dois requisitos que o caracterizam: a) correspondência entre a vontade declarada e a real, no sentido de que as partes realmente querem o negócio declarado; e b) existência de um fim indireto que não é típico do negócio adotado. De fato, os credores, quando manifestam seu desejo de constituir uma SPE para que lhe sejam entregues os ativos do devedor, realmente querem formá-la, não havendo discrepância entre a vontade real e a declarada. Ademais, existe um fim indireto, qual seja, o recebimento de seus créditos, objetivo que, em tese, não se liga à formação de uma sociedade (atipicidade do meio).

Comentou-se a combinação dos incisos XV e XVI do art. 50. Ocorreria, em síntese, da seguinte forma: parte dos ativos de determinada sociedade em crise é repassada a uma SPE, que, com lastro nesse montante, emitirá títulos que serão distribuídos junto ao mercado, possibilitando o levantamento de recursos, que, além de servirem ao pagamento dos credores, poderão ser aplicados no reerguimento da empresa que se encontra em dificuldades. Embora o modelo societário da sociedade originadora possa ser qualquer um, o da SPE será, necessariamente, uma anônima.

Com relação à SPE formada pelo próprio devedor, instrumento de recuperação relativo ao inciso II do já referido art. 50, explicou-se que ela está, na verdade, inserida numa estrutura funcional baseada em duas sociedades, fruto – parece-nos – de uma operação societária que se aproxima

da cisão: uma sucessora, responsável pelo estabelecimento empresarial da sociedade sucedida, e a SPE propriamente dita, em cujo seio serão colocados os débitos da sucedida devedora. Há, como se vê, verdadeiro desmembramento, depositando-se a parte “saudável” do devedor na sucessora e a “podre” na SPE, de forma a oferecer à sociedade sucessora melhores condições de exercício das atividades antes desempenhadas pela originária, o que aumenta a possibilidade de sua recuperação. A finalidade de constituição da SPE pelo devedor, por sua vez, reside na tentativa de promover a novação de suas dívidas, no sentido de alongar o perfil dos débitos e reduzir seu montante.

A sucessora certamente explorará atividade empresarial, em virtude de duas razões: uma delas advém do fato de que a atividade cuja realização será transferida à sucessora tem, provavelmente, natureza empresária; e o outro motivo, mais importante, decorre da percepção de que, para que haja recuperação, é preciso dar continuidade à sua empresa, a fim de que recursos entrem no caixa do devedor.

A forma societária da sucessora, desse modo, deverá estar baseada na empresarialidade. Os modelos despersonalizados, por sua vez, também deverão ser afastados, em vista da insegurança produzida pela ausência de autonomia patrimonial, impossibilitando o recebimento, em nome próprio, dos ativos pertencentes à sucedida devedora. Servem, afinal, para encapsular a sucessora os seguintes tipos: anônima, limitada, nome coletivo, comandita simples ou comandita por ações.

A SPE e a sucessora atuarão sob o regime de grupo, de modo a permitir repasses financeiros entre elas (da receptora do estabelecimento empresarial à responsável pelo passivo), a fim de que as obrigações assumidas pela SPE sejam regularmente adimplidas. Se não fosse assim, ter-se-ia, em princípio, verdadeira hipótese de fraude contra credores.

Quanto ao manto da SPE de dívidas, salientou-se a adoção de mecanismos que possibilitem a negociação em massa, hábeis a emitir títulos ou valores mobiliários (especialmente debêntures), caso da sociedade anônima. No mais, qualquer modelo poderá ser utilizado, salvo o cooperativo.

A classificação da SPE formada pelo próprio devedor variará conforme a estrutura societária adotada. Caso seja uma anônima, a SPE receberá esta definição: de capital, personificada e de sócios, em relação às dívidas sociais, limitadamente responsáveis. Uma característica jamais poderá ser descartada, a despeito do modelo assumido: cuida-se da autonomia patrimonial.

Após o estudo das duas hipóteses de utilização da SPE como meio de recuperação judicial de empresas, concluiu-se que ambas se diferenciam nestes quesitos: a) quanto aos fundadores; b) quanto à finalidade, pois, na SPE formada pelos credores, busca-se a adjudicação, em pagamento, dos ativos do devedor, enquanto, na SPE constituída pelo próprio devedor, o propósito é a extinção das dívidas; e c) quanto à natureza jurídica, pois, enquanto a SPE criada por credores corresponde a um negócio jurídico indireto, a SPE receptora de débitos constitui negócio jurídico típico de formação de sociedade (contrato-organização).

### Referências

ALONSO, Manoel. Comentários ao artigo 50. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005a.

\_\_\_\_\_. Meios de recuperação judicial da empresa em crise financeira no PLC n. 71/2003, que se transformou na atual Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005b.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Comunicado BNDES/Varig. *Notícias*, Rio de Janeiro, 10 maio 2006. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes\\_pt/Institucional/Sala\\_de\\_Imprensa/Noticias/2006/20060510\\_not060\\_06.html](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Sala_de_Imprensa/Noticias/2006/20060510_not060_06.html)>. Acesso em: 4 out. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações gerais sobre a recuperação judicial de empresas. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, n. 103, p. 109-123, 2004.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (Brasil). *Instrução nº 408, de 18 de agosto de 2004*: Dispõe sobre a inclusão de Entidades de Propósito Específico - EPE nas demonstrações contábeis consolidadas das companhias abertas. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiatio.asp?File=%5Cinst%5Cinst408.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2008.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Manual de falência e recuperação de empresas*: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ISFER, Edson. *Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresas*. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/3769/1/edson\\_final.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/3769/1/edson_final.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2008.

RODRIGUES, Frederico Viana. Securitização de créditos como meio de recuperação de empresas. *Repertório IOB de Jurisprudência*: civil, processual penal e comercial, São Paulo, n. 10, p. 306-302, 2. quin. maio 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SZTAJN, Rachel. Recuperação judicial: disposições gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005 - artigo por artigo. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/1945. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v.41, n. 128, p. 165-173, out./dez. 2002.

**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do Senado Federal**



# Sociabilidade autoritária

## Direito penal e imaginário social no Brasil

Tiago Ivo Odon

### Sumário

1. Introdução. 2. Direito penal no Brasil independente: papel privilegiado. 3. Os medos do Brasil imperial: o nascimento de um país sob uma guerra social. 4. A monopolização do exercício legítimo da força pelo Estado. 5. A montagem do aparato de dominação. 6. Escravidão e direito penal: sincronização. 7. Cidadania tutelada. 8. Sociabilidade autoritária. 9. Conclusão.

### 1. Introdução

O objetivo deste trabalho é propor um conceito, o de *sociabilidade autoritária*, para compreender a forma como a sociedade brasileira, por meio dos tribunais, olha hoje para uma pessoa acusada de ter praticado um crime comum, de massa, como furto, roubo ou homicídio. Para propor o conceito, este trabalho buscará subsídios num período histórico definido: o Brasil imperial.

Estudos feitos – como os de Roberto Kant de Lima (1993, 2002), Luiz Figueira (2005), entre outros – já apontaram para o fato de que vige uma presunção oficiosa de culpabilidade nas práticas judiciais criminais brasileiras, em oposição à presunção oficial de inocência, prevista na Constituição. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), no editorial de seu boletim de dezembro último, aponta para uma crise do Poder Judiciário no campo criminal:

Tiago Ivo Odon é Consultor Legislativo do Senado Federal, especialista em Direito Penal e Processual Penal, mestre em Direito e Políticas Públicas e doutorando em Sociologia.

alerta para o “uso abusivo da prisão” nas sentenças, para a necessidade mal colocada de “julgamentos sumários e superficiais”, em nome da “produtividade e da gestão eficiente”, e para a “falta de cuidado” e de “urbanidade” em relação à pessoa que se encontra no banco dos réus. Enfim, concluiu o editorial: “A Justiça que aí se apresenta é, por igual, uma não justiça. Máquina de moer gente” (CRISE..., 2010, p. 1).

O ator social que se encontra no banco dos réus não é visto como uma pessoa única e singular. Ele é uma ideia social. A pessoa que ali está é recusada em sua individualidade e em sua existência concreta. Ela ocupa um espaço simbólico, imaginado, ideado. A tendência de condenação e de encarcerização daquele que comete um crime de massa tem uma *significação cultural*, para usar expressão de Weber (2006).

Cultura, em Weber, é a arena significativa da realidade social, em que os homens atribuem valor ao que fazem. O processo criminal está inserido nesse mundo da cultura. O mundo da cultura é um campo de luta pela imposição do sentido, em que estão em jogo *ideias de valor*, que se referem ao modo como os homens percebem e pensam os valores nas ações a que se entregam no dia a dia (COHN, 2006). Ideias de valor rotinizadas criam uma ideação social, um quadro de referências normativas, modelos de agir, visões de mundo, que fazem da sociedade o que ela é. O que Weber chama de ideação social outros autores chamam de “imaginário social”. A sociedade é produzida a partir da referência a modelos, os quais dependem do imaginário social. A história pode nos fornecer algumas respostas sobre esse imaginário criado em torno daquele que ocupa o espaço simbólico e imaginado de acusado num tribunal.

## 2. Direito penal no Brasil independente: papel privilegiado

Inexistia no Brasil uma base normativa e consensual prévia à vinda da Coroa portu-

guesa em 1808. A situação brasileira nesse momento apontava para uma improvável força normativa de qualquer costume ou tradição, o que implicava que todo o direito e os deveres teriam de ser regulados por uma força coativa, garantida pelo aparelho estatal. Isso muito provavelmente deu, desde o início, uma importância decisiva à justiça, sua demanda específica e funcionamento. Os costumes em comum estavam para ser edificados, um *nomos* para ser enraizado, ou seja, uma sociedade esperava para ser construída.

O direito penal foi o primeiro ramo jurídico a ser organizado e sistematizado após a Independência do Brasil. Ele foi a linguagem por meio da qual o restante da ordem jurídica foi sendo gradativamente formada e por meio da qual o Poder Judiciário foi montado e estruturado.

O Brasil teve como primeiro código o Código Criminal, já em 1830, seis anos após a outorga da primeira Constituição. O segundo, o Código de Processo Criminal, é de 1832. O terceiro, o Código Comercial, só apareceria em 1850, e isso após uma reforma já ter sido feita no Código de Processo Criminal, em 1841. Na República, o primeiro código a ser elaborado também foi o criminal, já em 1890, menos de um ano após o fim do Império. O Brasil só conheceria um Código Civil em 1916, quase um século após a sua independência, quando o País já havia promulgado dois códigos criminais, um código de processo criminal e duas reformas a este último (1841 e 1871).

A Constituição de 1824 previa a elaboração de um Código Civil e de um Código Criminal em seu art. 179, inciso XVIII. Poucos anos depois, como colocado, o Brasil já tinha o Código Criminal, inclusive anterior ao Código Criminal português (que é de 1852), e o Código Civil só viria quase um século depois. A Assembleia Constituinte e Legislativa promulgara uma lei, em 20 de outubro de 1823, que mandou continuar, no Império, as leis portuguesas vigentes a 25 de abril de 1821. Assim, continuaram a ser

aplicadas para o campo cível as Ordenações Filipinas, de 1603! Vários anteprojetos de Código Civil foram elaborados no decorrer do século XIX (os textos de Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Visconde de Seabra, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues), mas sem sucesso – ora por falta de consenso nas duas Casas do Legislativo, ora por falta de receptividade por parte do Imperador (NADER, 2010).

A chamada “Lei da Boa Razão”, de 1769, permitia o uso do direito estrangeiro como subsidiário do direito lusitano quando houvesse lacunas. Assim, no campo comercial, o Código Comercial francês, de 1807, e, mais tarde, os Códigos Comerciais da Espanha (1829) e de Portugal (1833) passaram a constituir a verdadeira legislação mercantil brasileira (REQUIÃO, 2010). Só em 1850 o Brasil promulga seu próprio Código Comercial.

No campo trabalhista, poucas leis esparsas e pontuais da época do Império são citadas pela doutrina: em 1830, a lei que regulou o contrato sobre prestação de serviços dirigida a brasileiros e estrangeiros; em 1837, sobre contratos entre colonos dispondo sobre justas causas de ambas as partes; e, em 1850, alguns poucos dispositivos do Código Comercial sobre o aviso prévio. As leis sobre sindicalização e outros temas trabalhistas de maior relevância só começariam a despontar no século XX (BARROS, 2010).

O fato é que, exposto o quadro, nas primeiras décadas de existência do Brasil como Estado independente, o direito penal operou como verdadeiro regulador e intermediador das relações sociais. O Código Criminal tinha um alcance normativo muito maior do que as leis promulgadas após a Independência. A Constituição de 1824, carta política que deveria servir como a matriz das orientações gerais para o comportamento de todos os cidadãos, não contemplava em seus artigos o escravo ou o homem livre e pobre, mas apenas aqueles que, a partir de rendas estipuladas, teriam

acesso aos diferentes níveis de participação política. O Código Comercial de 1850 regulamentava, basicamente, as relações entre os proprietários de bens, e o escravo enquanto mercadoria. O Código Criminal era a única norma a abranger todos os segmentos da sociedade, dos mais ricos aos mais pobres, livres e escravos (NADER, 2000, p. 185).

O direito penal, na verdade, se tornou uma linguagem por meio da qual o Estado optou por lidar com os conflitos sociais. Tal direito foi escolhido como o regulador da vida social na transição gradativa de uma ordem de mão de obra escrava para uma ordem de mão de obra livre. Mais particularmente o direito processual penal. No Brasil, o Estado historicamente impôs o seu poder penal por meio do uso do processo penal, ramo jurídico em que as manipulações do poder político foram mais frequentes e notáveis. De 1831, quando o tráfico de escravos foi primeiramente proibido, até 1888, quando se dá a abolição final da escravidão, o direito processual penal foi usado para regular e sincronizar a ordem social em relação às sucessivas alterações jurídicas (tráfico, ventre livre, sexagenários etc.).

### *3. Os medos do Brasil imperial: o nascimento de um país sob uma guerra social*

O Brasil se tornou independente sob um medo constante: a insurgência do contingente africano. E tal medo deu o tom da política imperial até o fim do século XIX. Perguntas como “o que fazer com o negro quando a escravidão terminar?” ou “como impedir um final brusco da escravidão, deixando à solta e sem nenhuma regra uma imensa população de negros e mestiços pobres em um País regido por uma minoria de ricos proprietários brancos?” ecoaram durante as sete décadas imperiais do Brasil independente, e traduziam o sentimento do que ficou conhecido sob o nome de “medo branco” (AZEVEDO, 2004).

Em 1814, oito anos antes da Independência, o Corpo do Comércio de Salvador, entidade representante dos homens mais ricos da capital baiana, encaminhou ao príncipe regente D. João um documento informando que “há três ou quatro anos os negros tentam rebelar-se e matar todos os brancos” e que os ensaios feitos prognosticavam, a não ser que medidas mais sérias fossem tomadas, que um dia eles poderiam acertar e realizar inteiramente seu projeto, “sendo nós as vítimas da sua rebelião, e tirania” (GOMES, L., 2010, p. 249).

Em 1820, um coronel francês morador do Rio de Janeiro, Francisco Caillé de Geines, apresentou ao intendente-geral de polícia da corte um memorando de teor semelhante: “Toda revolução que se efetuará no Brasil será a sublevação dos escravos que, quebrando os seus ferros, incendiarão as cidades e as plantações, trucidarão os brancos” (GOMES, L., p. 250). Em 1821, começou a circular na cidade um panfleto com alerta para o risco de que se repetisse no Brasil o banho de sangue que ocorrera na ilha de São Domingos, em 1794, onde hoje se situam o Haiti e a República Dominicana, durante uma rebelião dos negros cativos. Os escravos, que eram a maioria da população, influenciados pela Revolução Francesa, rebelaram-se em 1791. Em 1794, os rebeldes conseguiram a abolição da escravidão.

No Brasil, de uma população estimada em 4 milhões de habitantes, em 1823, um milhão e duzentos mil eram escravos (SODRÉ, 1962). A sede da Coroa, a cidade do Rio de Janeiro, agregava em 1849 a maior concentração urbana de escravos existente no mundo desde o final do Império Romano: 110 mil escravos para 266 mil habitantes. Segundo Alencastro (1997, p. 25), tamanho volume de escravos dava à Corte características de uma “cidade meio africana”.

A ameaça de uma rebelião perambulou pelo imaginário brasileiro até a abolição final da escravidão em 1888. Joaquim Nabuco (2002, p. 35), em *O Abolicionismo*, mostrava preocupação com o tema e escreveu que

a “escravidão não há de ser suprimida no Brasil por uma guerra servil, muito menos por insurreições ou atentados locais”, mas “por uma lei”. Em 1870, o senador Nabuco fez uma advertência profética no discurso de 12 de julho, no Senado:

“Senhores, este negócio é muito grave; é a questão mais importante da sociedade brasileira, e é imprudência abandoná-la ao azar. Quereis saber as conseqüências? Hei de dizê-lo com toda a sinceridade, com toda a força das minhas convicções: o pouco serve hoje, e o mundo amanhã não basta. As coisas políticas têm por principal condição a oportunidade. As reformas por poucas que sejam valem muito na ocasião, não satisfazem depois, ainda que sejam amplas. Não quereis os meios graduais; pois bem, haveis de ter os meios simultâneos; não quereis as conseqüências de uma medida regulada por vós, pausadamente, haveis de ter a incerteza da imprevidência; não quereis ter os inconvenientes econômicos por que passaram as Antilhas inglesas e francesas, correis o risco de ter os horrores de São Domingos” (NABUCO, 2002, p. 58).

Osório Duque Estrada (2005, p. 237) registra que, durante o Segundo Reinado, as “ameaças da lavoura” infundiam de “pavor” o Imperador. Foi justamente esse pavor da insurreição que levou, derradeiramente, à abolição da escravidão em 1888.

Os mais variados grupos sociais – monarquistas e republicanos, liberais e conservadores, comerciantes e senhores de engenho, civis e militares – tinham consciência de que o grande fosso de desigualdade aberto nos três séculos anteriores de exploração da mão de obra escrava poderia se revelar um perigo para o País recém-independente se as novas ideias libertárias que chegavam da Europa e dos Estados Unidos inspirassem os cativos a se rebelarem contra seus senhores, como

acontecera na ilha de São Domingos. O Brasil já contava em seu histórico com a longa resistência de Palmares, no século XVII. Diante de uma ameaça maior, a sublevação escrava, conservadores e liberais convergiram em torno do Imperador para preservar seus interesses, e o Parlamento aprovou em poucos anos um Código Criminal e um Código de Processo Criminal, os primeiros códigos do Brasil independente.

Velasco, na sua análise dos processos criminais em municípios mineiros no século XIX, percebe um aumento da criminalidade coletiva escrava nas décadas de 1820 e 1830. Os dados colhidos por Velasco (2004, p. 296) apontam que “grande parte dos esforços do aparato de controle estariam mobilizados pela tentativa de contenção da população escrava e da ameaça constante de insurreições e levantes que punham em alerta os efetivos de repressão do Estado”. Os escravos ganharam um crime só para eles no Código Criminal de 1830 - o crime de insurreição (art. 113). Joaquim Nabuco, escrevendo já no final do século, mostra-nos que não teria ocorrido mudança significativa nesse padrão. Tratava-se de um Estado que empregava “os seus juizes, a sua polícia, se preciso for o seu exército e a sua armada, para forçar homens, mulheres e crianças a trabalhar noite e dia sem salário” (NABUCO, 2002, p. 87-88).

Em 1835 era instituída a pena de morte para punir escravos que matassem, ferissem ou cometessem qualquer ofensa física contra seus senhores, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morassem, ou a administrador, feitor e às suas mulheres, que com eles vivessem.

Os escravos não são citados na Constituição de 1824. Em 1855 o Governo encarregou o jurista Teixeira de Freitas para consolidar a legislação civil pátria, que recebeu três edições até o fim do Império, e nela não existe qualquer artigo referente a escravos (NABUCO, 2002, p. 88). Mas os escravos estavam nominalmente citados na lei penal.

O direito penal foi o instrumento privilegiado de garantia de permanência de práticas sociais estabelecidas e de seleção e invenção dos inimigos internos, a serem combatidos em defesa da sociedade. Os escravos eram, conforme observou José Bonifácio de Andrada e Silva em representação à Assembleia Constituinte, em novembro de 1823, os “objetos da legislação penal”, os “inimigos domésticos”, quando também deveriam se tornar objetos da “proteção civil” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 24). Mas um Código Civil iria esperar ainda muito tempo, quase um século.

Não apenas os escravos foram o objeto da legislação penal, como também a massa livre revoltosa. Outro medo logo despontou para o jovem País: o do desmembramento de seu território. Já em 1824, irrompeu a Confederação do Equador (Pernambuco, Ceará, Rio Grande do Norte e Paraíba) e, no ano seguinte, o mesmo ocorreu nas Províncias Cisplatina e do Rio Grande do Sul. Era preciso “ocupar” essa massa livre, e a lei penal forneceria o caminho para isso.

Um forte aparato burocrático racional-legal centralizador foi construído nas décadas seguintes para conter esses movimentos populares. Na medida em que os levantes foram se tornando menos frequentes, toda a atenção do aparato burocrático-legal se voltaria para o que, nas palavras de Nabuco, era “a questão mais importante da sociedade brasileira”: a escravidão.

No estudo sobre o bacharelismo jurídico brasileiro, Adorno (1998) mostra que, na sociedade brasileira, desde as lutas pela libertação do colonialismo e durante o curso dos principais movimentos populares que atravessaram toda a vida monárquica, o imaginário social que as elites fomentaram acerca das reivindicações populares era produto de sua associação ao radicalismo, à destruição da ordem pública e à liquidação da propriedade privada. Segundo ele, foi formado no Brasil um tipo de jurista que repudiava a revolução, que cultivava o

amor à liberdade acima de qualquer outro princípio e que encontrava no contrato os fundamentos da obediência política. Ao privilegiar a autonomia da ação individual em relação à ação coletiva, a primazia do princípio da liberdade em relação ao da igualdade, e, no centro de gravitação do agir e do pensar a coisa pública, posicionar o indivíduo no lugar do grupo social, projetou-se um tipo de político profissional “forjado para privatizar conflitos sociais, jamais para admitir a representação coletiva” (ADORNO, 1998, p. 239-240). O medo de revoltas populares e de convulsões sociais caminhou par a par com as estratégias políticas desses políticos profissionais, o que culminaria com a reforma do Código de Processo Criminal em 1841, “instauradora do mais absoluto policialismo judiciário”. Washington Luís, o último presidente brasileiro da República Velha, diria anos à frente que os movimentos sociais seriam mais de interesse da ordem pública do que da ordem social, dando a entender que seriam caso de polícia.

O direito penal assumiu, no Brasil, a missão de controlar e vigiar, num primeiro momento, a massa populacional escrava e os movimentos populares rebeldes, e, depois, a massa dos escravos libertos. Foi o instrumento normativo escolhido para preservar a ordem recém-instituída. No País que nascia, o direito começou a ser construído para conter a sociedade.

O contexto de guerra social no qual o Brasil se tornou independente e começou a montar sua estrutura institucional é um ponto importante e lança luzes sobre o tipo de sociabilidade que seria alimentado pelo aparato racional-legal. Consideramos aqui guerra social o conjunto de ações de repressão, vigilância e controle rotineiros dirigido contra um grupo social indicável, os pobres ociosos, fundado no medo de levantes, revoltas ou ondas de crimes coletivos que poderiam pôr em risco a integridade e segurança do Estado e da ordem social estabelecida.

#### 4. *A monopolização do exercício legítimo da força pelo Estado*

Após a Independência, a administração da justiça deixa progressivamente de ser realizada diretamente pela sociedade, na medida em que o monopólio da repressão vai sendo deslocado para o âmbito do Estado. A montagem da burocracia judiciária no Império, no qual se incluía as funções de polícia, foi fator extremamente importante nesse sentido, pois aí localizou-se o ponto nodal da construção e consolidação do poder estatal.

Antes da Independência, a forma de organização e controle da ilegalidade estava próxima de uma sociedade de justiça privada. Os escravos fugidos eram perseguidos por uma “polícia privada” – os capitães do mato –, paga para essa missão específica, e os senhores tinham direito de castigar seus escravos privativamente, em nome do rei. Preocupado com os levantes de escravos na época, e, portanto, com o ressurgimento de uma resistência palmarina, uma das primeiras medidas do governo após a Independência foi tentar controlar tais punições, determinando que os senhores só poderiam castigar seus escravos no pelourinho público da cidade, vila ou arraial, mediante licença do juiz de paz, que passaria a determinar o castigo considerando a natureza do delito (SOLAZZI, 2007).

A monopolização do uso legítimo da força física pelo Estado foi condição importante de pacificação social no Brasil, inclusive para tirar dos indivíduos (senhores e escravos) legitimidade para buscarem exercer privativamente suas próprias razões.

A máquina da justiça, em comparação com as demais instituições do poder público, expandia-se e se capilarizava pelo território nacional mais rapidamente, e se fazia funcionar. Uma das razões para isso consistia no fato de que todos os que trabalhavam na máquina, juizes, escrivães e meirinhos, obtinham boa parte de suas rendas dos processos instaurados e em an-

damento (por exemplo, os juizes ordinários recebiam 100 réis por sentença e, em Minas Gerais, segundo Vellasco (2004, p. 96,107), os escrivães recebiam 6 réis por cada linha de trinta letras. Assim, de um lado, a justiça precisava operar em limites de produtividade satisfatórios, do ponto de vista dos interesses de ganhos pecuniários daqueles que a moviam (esticando o andamento dos processos), e, por outro, atraindo clientela com serviços efetivos, para garantir o ingresso de novas demandas.

A justiça ao mesmo tempo em que representou um espaço de efetivação de certos aspectos da cidadania e apresentou-se como a face visível e tangível do Estado para as camadas mais baixas da sociedade, desempenhou papel importante na ampliação e consolidação da base social de sustentação do Estado Imperial. Ela foi uma das engrenagens na montagem do campo de legitimação do poder imperial.

### *5. A montagem do aparato de dominação*

O sistema judiciário foi montado no Brasil a partir da legislação penal. Foi o Código de Processo Criminal de 1832 que estruturou a administração da justiça no Brasil recém-independente. O direito penal não foi apenas a linguagem escolhida pelo Estado para intermediar as relações com a sociedade, mas foi também a linguagem por meio da qual o Poder Judiciário foi montado.

Antes dos dois Códigos (Criminal, de 16 de dezembro de 1830, e de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832), a lei de 15 de outubro de 1827 já criava o juiz de paz eletivo em todas as freguesias e capelas filiais. A criação do juiz de paz marcava uma mudança importante na configuração do poder judiciário e criava um personagem que marcaria as décadas seguintes, alterando profundamente o cotidiano da justiça. Com atribuições administrativas, policiais e judiciais, o juiz de paz, eleito, acumulava

amplios poderes, até então distribuídos por diferentes autoridades (juizes ordinários, almocatés, juizes de vintena) ou reservados aos juizes letrados e profissionais, os juizes de fora (tais como julgamento de pequenas demandas, feitura do corpo de delito, formação de culpa, prisão etc.). O exercício do juiz de paz envolvia a justiça conciliatória e o julgamento de causas cujo valor e/ou pena não ultrapassasse certo limite, a lavratura do corpo de delito, a formação da culpa para os crimes de competência do júri, a manutenção da ordem pública e emprego da força pública, a imposição de termos de bem viver e termos de segurança, vigiar o cumprimento de posturas municipais, a condução das eleições, enfim, funções administrativas, judiciais e policiais as mais amplas. Não por outro motivo essa figura histórica é chamada de “juiz policial” por vários autores.

A promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 trouxe profunda mudança na estrutura da administração judiciária no Império. O Código Criminal aposentara o Livro V das Ordenações Filipinas. O Código de Processo Criminal aposenta os Livros I e III – que regulavam todo o processo judicial no período colonial –, e é desenhado no Brasil um novo modelo de justiça. Os cargos que ainda sobreviviam do período colonial (ouvidores, juizes de fora e ordinários) são extintos e, em seu lugar, surge o juiz de direito, em número máximo de três por comarca e nomeados pelo Imperador entre bacharéis formados em lei, o juiz municipal e o promotor público, um por termo, nomeados pela Corte e presidentes de província, por indicação de lista tríplice das câmaras municipais, preferencialmente graduados em direito. Criava-se o cargo decorativo de chefe de polícia, sem quaisquer especificações de função ou poderes. As atribuições equivalentes, na verdade, estavam nas mãos dos juizes de paz. As atribuições dos chefes de polícia se limitavam, na prática, a transmitir notícias aos juizes de paz (VELLASCO, 2004).

A primeira Constituição do Brasil, de 1824, já informava o norte valorativo do novo aparato racional-legal: “Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública” (art. 179, II). A lei não deveria se ocupar com o que é justo, mas com o que é útil. Assim, as propostas legislativas da época separariam dois tipos de súditos: os “cidadãos úteis e morigerados”, de um lado, e os “cidadãos mesclados”, “homens de cor” e demais grupos de “brutos e imorais”, de outro (SOLAZZI, 2007, p. 107). Ao mesmo tempo em que o castigo do corpo passaria a ser realizado pela justiça pública, observada a “justa medida do castigo”, a atividade de “combate” a atores sociais marcados e nomeados pela lei (o vadio, o mendigo, o turbulento, a prostituta, o escravo e o liberto sem trabalho certo), ou seja, a inadequação do comportamento individual às necessidades da sociedade, seria gradativamente convertida em atividade estatal de policiamento coercitivo e preventivo.

As instaurações criminais iriam determinar, sobre a matriz escravista, um sistema de imposição de trabalho para a população livre. As penas de prisão com trabalho foram eleitas o norte ideal pelo Código Criminal de 1830. Enquanto não se estabelecessem as prisões com as “commodidades e arranjos necessários para o trabalho dos réus”, as penas de prisão com trabalho seriam substituídas pela prisão simples, sem trabalho. Contudo, nesse caso, acrescentando-se 1/6 de tempo de pena (art. 49). Tal era o rigor que, conforme entendimento jurisprudencial da época, o juiz não tinha competência para fazer a conversão da pena de prisão com trabalho em prisão simples (TINÓCO, 2003, p. 79).

Na letra da lei, havia discrepâncias visíveis na aplicação diferenciada segundo a qualidade do delinquente. As penas de prisão simples, degredo e multa praticamente só atingiriam os funcionários públicos pelo mau cumprimento de seus deveres e eram, geralmente, leves. Já os escravos receberiam as punições mais rigorosas: morte, galés e

çoites. Se ao escravo fosse cominada judicialmente uma pena diferente dessas, esta deveria ser comutada para a de açoites (art. 60). As mutilações e castigos corporais das Ordenações Filipinas foram todos suprimidos, com apenas uma exceção: o açoite, destinado exclusivamente aos escravos (NEDER, 2000, p. 193).

Na ausência de um Código Civil, o Código Criminal de 1830 tratava da satisfação do dano, matéria civil por natureza. O art. 21 previa que o “delinqüente” satisfaria o dano que causasse com o delito, e o art. 32 previa que, não tendo o delinquente meios para a satisfação do dano em oito dias após a condenação, seria condenado à prisão com trabalho “pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação”. Outro claro dispositivo disciplinar de obrigatoriedade ao trabalho.

No mesmo Código, temos todo um capítulo (o Capítulo IV da Parte Quarta) dedicado aos “vadios e mendigos”: “Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta e útil de que possa subsistir, depois de advertida pelo juiz de paz, não tendo renda suficiente. Penas: Maximo – 24 dias de prisão com trabalho. [...]” (art. 295). O art. 296 era dedicado aos que mendigassem e aos que sustentassem mendigos.

Tais crimes eram chamados no Código de “crimes policiais”. Também eram de preocupação prioritária da polícia as sociedades secretas (Capítulo II) e os ajuntamentos ilícitos (Capítulo III). No caso de ajuntamento de mais de vinte pessoas, o juiz policial se deslocaria até o local pessoalmente para admoestar os reunidos a se retirarem (art. 289). No caso de resistência violenta, a pena poderia variar de 2 a 6 anos de prisão com trabalho (art. 294).

Na ordem estabelecida, qualquer indivíduo desocupado ou amontoado com outros era suspeito. O Código Criminal de 1830 atendia às táticas de controle da população. Numa sociedade claramente segmentada, a persecução policial exercia-se sobre os “desenraizados do sistema político, social,

econômico e de valores”, colocou Solazzi (2007).

O Código de Processo Criminal, de 1832, fechava o cerco prevendo o seguinte em seu art. 12:

“Art. 12. Aos Juizes de Paz compete: §1º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh’o requererem.

§2º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, tranqüillidade publica, e a paz das famílias.

§3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e três mezes de Casa de Correção, ou Officinas Publicas. [...]”

Os “passaportes”, os “termos de bem viver” (que prescindiam de acusação formal) e os “termos de segurança” foram os instrumentos processuais de controle da população suspeita durante as primeiras décadas de vida do Brasil. O §3º do art. 12, como se pode observar, disponibilizava meios coercitivos que determinavam o trabalho obrigatório (casas de correção) de libertos, vadios e mendigos, prostitutas, turbulentos e ébrios ou os “legalmente suspeitos”.

A acumulação de funções e a influência política nas indicações dos juizes de paz passou, com o tempo, a se traduzir em debilidade dessa função, com sérias dificuldades em implementar ações corriqueiras das autoridades e cumprir ordens superiores simples. No seu estudo sobre Minas Gerais, Vellasco (2004) noticia a incapacidade do aparato de justiça em conter e inibir a prá-

tica da violência em municípios mineiros, além das frequentes absolvições e excessiva leniência das penas, estas resultantes de falhas processuais provocadas pelo despreparo dos juizes de paz. No município de São José, por exemplo, cita que escravos perambulavam armados, libertavam presos e enfrentavam os pedestres com o apoio de seus proprietários. Com a possibilidade de intervir e influenciar nas escolhas dos ocupantes dos postos de juiz de direito e juizes municipais, e elegendo seus melhores representantes para o juizado de paz, os grupos dominantes locais perpetuavam o controle e garantiam sua reprodução, uma vez que era esse sistema que controlava o processo eleitoral e seus resultados. O modelo judiciário, na forma como modelado em 1832, era bastante sensível às variações e conjunturas locais (VELLASCO, 2004, p. 126-130).

Buscando a centralização, a lei de 3 de dezembro de 1841 reformaria radicalmente a estrutura judiciária, redefinindo poderes e atribuições, alterando aspectos processuais importantes e centralizando seu controle nas mãos do Ministério da Justiça. Os poderes do juiz de paz passaram a pertencer, em sua quase totalidade, às figuras do delegado e subdelegado de polícia, ambos submetidos ao chefe de polícia provincial, recrutado entre os juizes de direito e diretamente ligado ao Ministério. Os juizes passaram a ser nomeados pelo Imperador e, na prática, todos os cargos e indicações ficaram nas mãos do ministro da Justiça.

Aos amplos poderes outrora dos juizes de paz somavam-se, nas mãos dos delegados e subdelegados de polícia, a competência para conceder fiança aos réus que pronunciassem ou prendessem, o poder de expedir mandado de busca sem a necessidade de testemunhas, bastando “veementes indícios ou fundada probabilidade”, e expedir e fazer cumprir mandado de busca e apreensão em outra jurisdição sem comunicação prévia às autoridades competentes do lugar.

Com a reforma judicial de 1841, todo o sistema policial e judicial foi conjugado para uma aplicação sumária. Os funcionários da polícia, herdando dos juizes de paz a autoridade para julgar e sentenciar as pequenas infrações nos distritos e conduzindo os infratores das ruas para a prisão sem a intervenção direta da justiça criminal, esvaziaram em grande medida a ação de advogados, promotores e autoridades judiciais superiores. A alteração teve resultados práticos. Vellasco (2004), analisando processos criminais de municípios mineiros, constatou que o tempo decorrido do início ao fim de um processo, em média, cai de 954 dias, aproximadamente três anos, no período de 1808-1841, para 345 dias, menos de um ano, no período de 1842-1889.

Segundo o levantamento feito por Vellasco (2004, p. 214) em Minas Gerais, a ação condenatória era ampliada progressivamente à medida que descia em direção aos grupos de menos posses, recaindo de forma mais intensa sobre os estratos sociais mais baixos. Era entre os escravos que se verificava o maior índice de condenações.

Com a reforma de 1841, os chefes de polícia passaram a processar os “termos de bem viver” e os “termos de segurança”, antes produzidos e controlados pelos juizes de paz. Todas as atribuições legais antes reservadas aos juizes de paz em relação às sociedades secretas e aos ajuntamentos ilícitos passaram para a competência policial. Destacavam-se nesse novo aparato policial não só a incumbência de “vigiar e providenciar, na fórmula da lei, sobre tudo o que pertencer á prevenção dos delictos e a manutenção da segurança e tranqüilidade publica”, como também a de requisitar providências das câmaras municipais acerca dos “objectos de Policia”, conceder mandados de busca e inspecionar teatros e espetáculos públicos e as prisões provinciais (art. 4º da Lei nº 261, de 1841).

O Regulamento nº 120, de 1842, criou a distinção entre a polícia administrativa -

responsável pelos passaportes, termos de bem-viver e termos de segurança e pela fiscalização das reuniões das sociedades secretas e dos ajuntamentos ilícitos, entre outras atribuições - e a polícia judiciária - responsável pelos autos de corpo de delito, pela prisão dos culpados, concessão de mandados de busca e de julgamento de certos crimes (arts. 2º e 3º).

O Brasil contava já em 1842, portanto, com uma estrutura burocrático-legal que concedia à polícia um papel jurisdicional, ainda que limitado, um controle livresco da emissão de passaportes e dos termos assinados, o que permitia o controle dos pobres ociosos, dos estrangeiros, dos novos habitantes de distritos e cidades. Essas funções permitiam um rígido controle da população escravizada, do contingente estrangeiro e dos viajantes, que, mesmo sem portar passaporte, estavam sujeitos às indagações policiais. O regime de policiamento intensivo do quarteirão à vila, do distrito à comarca, do município à província, estabeleceu uma verificação compulsória e rotineira da população transeunte.

Com a reforma, a polícia passou a estar presente nos municípios e em cada província, com seus delegados e subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, e passou a concorrer com os juizes nas cortes municipais. O fortalecimento do aparato policial repressivo foi uma resposta à época de crise na sociedade, agravada por rebeliões provinciais com ampla base popular que agitaram o País com a abdicação do primeiro Imperador em 1831 (Cabanagem, Sabinada, Balaiada, Guerra dos Farrapos). Nascia a polícia judiciária brasileira, com o objetivo de possibilitar ao governo imperial impor a sua autoridade em todos os quadrantes do território nacional.

O Brasil construiu suas instituições jurídicas, nos seus primeiros anos de vida, num contexto de guerra social, e tais instituições foram moldadas para conter e normalizar a população.

Na medida em que os levantes foram se tornando menos frequentes, toda a atenção do aparato racional-legal voltar-se-ia para o que, nas palavras de Nabuco, era “a questão mais importante da sociedade brasileira”: a escravidão. A lei penal passou a responder às mudanças que ocorriam nesse campo.

#### 6. *Escravidão e direito penal: sincronização*

A concentração do monopólio do exercício legítimo da força e da administração da justiça no Estado (dominação racional-legal) sofria a resistência da ordem privada vigente até então (dominação tradicional). A classe senhorial resistiu a deixar a lei positiva invadir o terreno do favor. Os senhores se opunham a conceder ao escravo o direito de redimir-se do cativeiro mediante a apresentação de seu valor de mercado. Na ótica escravista, qualquer direito desse tipo minaria a base do sistema de domínio, ao restringir a vontade senhorial. Era necessário que a alforria pudesse ser representada pelo senhor sempre como concessão ou dádiva, mesmo quando a “graça” cruzava com dinheiro na outra mão. Pelas mesmas razões, recusava-se o direito à liberdade à escrava amancebada com o senhor ou ao parente cativo do mesmo (SLENES, 1997).

Na ausência de uma fronteira racial absoluta entre escravidão e liberdade, os fatos jurídicos, que conformavam a condição livre ou cativa, decorriam de relações costumeiras, as quais eram sempre tributárias das relações de poder pessoal e de seu equilíbrio. Para que um descendente de africano fosse escravo ou livre, era preciso que ele assim se reconhecesse e fosse reconhecido como tal (CASTRO, 1997, p. 343).

A força política dos senhores ainda era, e continuaria a ser por bastante tempo, uma barreira forte contra uma reforma na área. Nas vésperas da abolição, Joaquim Nabuco já noticiava que os senhores ainda mantinham seu poder de punição aos escravos, apesar das limitações impostas pela lei,

pois dificilmente a justiça adentrava seus feudos. O *locus* da polícia era o espaço público da rua, onde circulavam os inimigos internos da ordem pública.

A abolição formal da escravatura no Brasil ocorreu de forma lenta e gradual. O receio em relação a uma abolição rápida e pontual é bem ilustrado no discurso do Senador Christiano Ottoni, de 1883. No discurso, o Senador se preocupava com “a invasão repentina de 1 milhão de bárbaros” se os escravos fossem libertos. Segundo ele, a “onda negra” colocaria em risco “a paz e a segurança públicas”, pois tais “bárbaros” “julgam o trabalho uma ignominia”, e ao serem libertados se julgariam no “direito de não trabalhar”, pois não compreendiam a “dignidade da posição do homem que vive do suor de seu rosto”. Assim, o fim da escravidão, segundo o Senador, significaria “ociosidade”, “vadiação” e “vagabundagem” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 619-620).

A abolição oficial só se daria, portanto, após a edição de diversas leis. São elas: *Lei Diogo de Feijó*, de 7 de novembro de 1831, que abolia o tráfico de escravos em território e portos do Brasil; *Lei Eusébio de Queiroz*, de 4 de setembro de 1850, que previa a apreensão de embarcações com escravos traficados ilegalmente; Decreto 1303, de 28 de dezembro de 1853, que emancipou os africanos livres com 14 anos de serviço; Decreto 3310, de 24 de setembro de 1864, que libertou os africanos que trabalhavam em estabelecimentos públicos após findo o prazo de trabalho, num sistema de liberdade vigiada; *Lei Nabuco de Araujo*, de 5 de junho de 1854, que intensificou a repressão ao tráfico negreiro ilegal; *Lei do Ventre Livre*, de 28 de setembro de 1871, que concedeu liberdade para os filhos de mulher escrava que nascessem a partir da promulgação da lei; *Lei dos Sexagenários*, de 28 de setembro de 1885, que concedeu liberdade aos escravos a partir de 60 anos de idade; e, por fim, a *Lei Áurea*, de 13 de maio de 1888, que declarou oficialmente extinta a escravidão no Brasil.

O fim do tráfico africano para o Brasil foi de difícil materialização. Em 1826, o Brasil assinou com a Inglaterra uma convenção em que ficou estipulada entre as duas nações a abolição do tráfico africano, consagrando-se, ao mesmo tempo, o direito recíproco de visita aos navios ingleses e brasileiros. Sob pressão internacional, inclusive a ameaça do Primeiro-Ministro britânico, W. Gladstone, de uma guerra, o Brasil decretou a lei de 7 de novembro de 1831, ratificando o compromisso assumido cinco anos antes e pondo fim ao tráfico africano.

A lei e seu respectivo regulamento declararam expressamente que “são livres todos os africanos importados daquela data em diante”, o que exigia do governo a obrigação de verificar os títulos dos senhores e proceder ao respectivo processo criminal em caso de escravatura introduzida pelo contrabando. O que aconteceu foi o movimento inverso: foi aprovado um ano depois um Código de Processo Criminal em que, como já visto, os “vadios”, “mendigos”, “bêbados”, “prostitutas”, “turbulentos” e os rotineiramente “suspeitos” seriam o objeto do controle diuturno do juiz policial.

A lei de 1831 ficou apenas no papel. Até o final do século, o tráfico prosseguiu ilegalmente. Osório Duque Estrada contabilizou cerca de um milhão o número de africanos introduzidos em desafio à lei de 7 de novembro de 1831. A norma não conseguiu interromper uma prática de três séculos, a ponto de se apresentar no Senado, em 1837, um projeto cujo artigo 13, denominado na época de “o artigo monstro”, pretendia conceder completo indulto aos piratas (ESTRADA, 2005, p. 33).

Uma redução significativa no tráfico só seria obtida a partir de 1850, com a lei de Eusébio de Queiróz. Seu art. 1º dispunha que as embarcações brasileiras, encontradas em qualquer parte, tendo a bordo escravos, seriam apreendidas, e o art. 4º considerava crime de pirataria a importação de escravos. Em resposta à lei, os traficantes deixaram de desembarcar os africanos nas

costas do litoral e passaram a adentrar atalhos desconhecidos pelo interior do País.

O Decreto nº 1303, de 1853, ao mesmo tempo em que emancipou os africanos livres com 14 anos de serviço, obrigou-os a manter seus domicílios e a exercer uma ocupação laboral mediante contrato, que seria registrado na polícia. O Decreto nº 3310, de 1864, que libertou os africanos que trabalhavam em estabelecimentos públicos findo o prazo de trabalho, obrigou o registro das cartas de emancipação pelos chefes de polícia em livros específicos.

Uma mudança importante no regime escravista viria em 1871. A Lei do Ventre Livre não apenas libertava os “ingênuos” (filhos de escravos), mas também previa que seriam anualmente libertados em cada província do Império tantos escravos quantos correspondessem à quota anualmente disponível do fundo destinado para a emancipação, que pagava as indenizações do valor dos escravos aos senhores que, por qualquer razão, não se interessavam mais em manter certa quantidade de escravos em determinados negócios (art. 3º). Determinava que os escravos da nação (os “crioulos”, nascidos no Brasil), os escravos em usufruto da Coroa, os abandonados ou provenientes de heranças vagas seriam colocados, após a libertação, sob inspeção governamental por 5 anos, para que se evitasse a vadiagem, obrigando-os ao trabalho em estabelecimentos públicos.

O art. 8º da Lei do Ventre Livre, por sua vez, previa um rigoroso controle dessa população liberta: “O Governô mandará proceder à matrícula especial de todos os escravos existentes do Império, com declaração do nome, sexo, estado, aptidão para o trabalho e filiação de cada um, se fôr conhecida.”

No mesmo mês em que foi promulgada a Lei do Ventre Livre, foi também promulgada uma nova reforma na lei processual penal do Brasil (Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871). A organização judiciária foi profundamente alterada e dividida em 2 instâncias. Mas o mais importante foi o fim dado à confusão entre as responsabilidades

policiais e judiciais. A reforma distinguiu as funções do juiz municipal das funções da autoridade policial local – aqueles passaram a responder pelo julgamento das infrações dos termos de bem-viver e dos termos de segurança. Ao acabar com a jurisdição múltipla, a reforma de 1871 retirou dos chefes de polícia, delegados e subdelegados o poder de julgar infrações, processar e pronunciar quem quer que fosse em crimes comuns. Ou seja, o fim da jurisdição múltipla permitiu que a polícia se concentrasse na tarefa administrativa de controle da população. Foi criado formalmente o inquérito policial. É essa configuração que perdura até nossos dias.

Enquanto o Parlamento discutia, sem chegar a um consenso, por anos e anos, vários anteprojetos de Código Civil, havia uma ação constante de atualização do ordenamento jurídico penal. Em 1871, sincronizaram-se as mudanças na estrutura de regulação penal – particularmente processual penal – com o regime de libertação dos filhos de “ventre livre”, redimensionando o controle policial sobre a população livre, liberta, escrava ou estrangeira, passível de oferecer perigos e sedições por meio do questionamento da ordem pública.

Em 1885 veio a Lei dos Sexagenários (Lei nº 3270, de 28 de setembro de 1885). Para se evitar a dispersão e facilitar o controle, a Lei nº 3270 determinou que o domicílio do escravo liberto seria, obrigatoriamente, por 5 anos, o local de sua alforria, excetuando-se as capitais. Ao liberto sem ocupação seria imposto um prazo pela polícia para arranjar trabalho, que, caso não obedecido, poderia levá-lo a cumprir pena de prisão com trabalho (art. 3º). Isso seria controlado por um novo regime de matrícula dos escravos, previsto já no art. 1º da Lei, “com declaração do nome, nacionalidade, sexo, filiação, se for conhecida, ocupação ou serviço em que for empregado, idade e valor calculado” do escravo liberto.

Conforme Solazzi (2007), a partir das discussões acerca da libertação dos filhos de

escravos entre 1870 e 1871 se pôde perceber uma avalanche de memoriais, debates e pareceres que tiveram na análise demográfica seus principais argumentos. Toda e qualquer proposta de cerceamento do escravismo estava confrontada a estatísticas, previsões e cálculos acerca do contingente escravizado. Avaliações demográficas constantes acompanharam as demais discussões acerca da viabilidade de libertação de grupos específicos de escravizados. Os últimos anos do escravismo foram marcados por um conhecimento preciso da população escravizada cujas atividades tornaram-se alvo de uma regulação policial, pois até os registros de contratos de prestação de serviços eram função dos chefes de polícia. Assim, o processo de abolição configurou-se numa estratégia política de coação para o trabalho através de um regime de registro policial de libertos e dos escravizados, estabelecendo tanto um regime de caderneta, registro e fiscalização policial da população empregada, quanto outro, de punições corretivas e disciplinares realizadas mediante internação com trabalho obrigatório.

Logo em seguida surgiu a chamada “matrícula dos escravos brancos”. Pretendia-se o controle policial urbano da população que, oculta no ambiente familiar, não se submetia ao controle de registros profissionais determinados pelas legislações sobre os escravos libertos. Assim, escondidos na ambiência doméstica, escapavam ao controle policial. Conforme discurso do Senador José Bonifácio, “o Moço”, de 11 de agosto de 1886, essa matrícula apareceu na província de São Paulo:

“Sr. Presidente, eu compreendo o alcance quase infinito da instituição maldita; agora mesmo, sob a influência disfarçada do seu mágico poderio, criou-se uma espécie de nova matrícula servil na minha província, digna de melhor sorte – a matrícula dos brancos negros.

É a matrícula dos pobres; é o recenseamento do trabalho sob as penas de

prisão e multa; é o privilégio dos que têm sobre os que não têm, e acima de tudo isso é a violação dos princípios constitucionais, das leis civis, das leis criminais e das leis do processo. [...] Mas, definir como criado de servir toda pessoa de condição livre que, mediante salário convencionado, tiver ou quiser ter ocupação de moço de hotel ou casa de pasto, cozinheiro, copeiro, hortelão, de ama-de-leite, ama-seca, engomadeira ou costureira, e em geral qualquer serviço doméstico...e sujeitar toda essa massa do trabalho ao imposto de matrícula pela prisão e multas, com infração das leis gerais, é o que não se concebe. Porém, ir mais longe ainda, decretando, por meio de postura municipal, aprovada por lei provincial, que ninguém poderá tomar a seu serviço criado não inscrito no registro de polícia é monstruosidade tanto maior quanto o criado infrator da prescrição regulamentar ficar sujeito à prisão e multa [...]” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 963-964).

A obrigatoriedade do registro policial para a contratação de empregados domésticos permitia à polícia um controle efetivo da população empregada e, conseqüentemente, a identificação precisa do contingente ocioso que deveria ser exportado para regiões fronteiriças imperiais, onde seriam novamente utilizados em trabalhos compulsórios, públicos e privados, estabelecidos com disciplina militar, ou então inscritos na Marinha e Exército imperiais (SOLAZZI, 2007, p. 166).

Depois de quase quatro séculos de exploração escravista, libertos ou livres de ascendência africana, indígena e/ou viajantes e estrangeiros não portugueses eram policiados como população preguiçosa, indolente, concupiscente, devendo ser compelida ao trabalho por meio de registros policiais de suas atividades.

Em 1888, o aparato burocrático-legal já deixava o Brasil pronto para a abolição da

escravatura. Nesse ano, a Fala do Trono já anunciava a abolição como uma “aspiração nacional”. Na abertura da Terceira Sessão da 20ª Legislatura da Assembleia Geral, em 3 de maio de 1888, nas vésperas da lei da abolição total, a Princesa Isabel expõe a necessidade de se reformar novamente a legislação penal e dar mais força à polícia em razão das novas mudanças na ordem pública:

“A ordem e tranqüilidade publica não soffreram alteração. Alguns tumultos locais, de origem restricta e fortuita, foram immediatamente apaziguados. Espero de vossa sabedoria providencias que melhorem a condição dos juizes e tornem mais efectiva a sua responsabilidade. A organização do ministério publico é de indeclinável urgência, como também a reforma do processo e julgamento dos delictos sujeitos a penas leves [...] A força policial da capital do Império carece de augmento e de organização mais adaptada ás funcções que lhe são proprias. Muito importa á segurança publica aperfeioar a nossa legislação repressiva da ociosidade, no intuito de promover pelo trabalho a educação moral” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 1041).

Só então a Coroa fala da necessidade de um Código Civil, considerando que grande contingente de pessoas passaria a ter personalidade jurídica, cidadania, deixando de ser “coisas”: “O governo renovará esforços para dotar a nossa Pátria com o Código Civil fundado nas solidas bases da justiça e equidade”. Mesmo assim, um Código Civil ainda levaria quase 30 anos para aparecer no ordenamento jurídico brasileiro.

### 7. Cidadania tutelada

Para Sérgio Buarque de Holanda, foi a falta do princípio racionalizador da vida que vinculou o mérito e a responsabilidade individual que se tornou o maior óbice para

a organização espontânea da sociedade colonial brasileira. “Nas nações ibéricas, à falta dessa racionalização da vida, que tão cedo experimentaram algumas terras protestantes, o princípio unificador foi sempre representado pelos governos”. Como consequência, nelas predominou “o tipo de organização política artificialmente mantida por uma força exterior”. Uma “digna ociosidade sempre pareceu mais excelente, e até mais nobilitante, a um bom português, ou a um espanhol, do que a luta insana pelo pão de cada dia” (HOLANDA, 1995, p. 37-38).

Ângela de Castro Gomes (1994, p. 25) cita matéria veiculada no jornal *O Artista*, em 4 de dezembro de 1870, que dizia que a escravidão tornou o trabalho manual um “símbolo de degradação” e fixou a ideia de que só o estrangeiro podia “exercer as artes e auferir as vantagens da indústria”. O brasileiro, segundo o jornal, “fecha a porta da rua para que não o vejam, se as circunstâncias o forçam a um serviço manual”.

Após o fim da escravidão, o tema do trabalho e dos trabalhadores livres se impôs ao País. Conforme Gomes, entendia-se claramente que era preciso criar novos valores e medidas que obrigassem os indivíduos ao trabalho, quer fossem ex-escravos ou imigrantes. A “preocupação com o ócio e a desordem era muito grande, e ‘educar’ um indivíduo pobre era principalmente criar nele o ‘hábito’ do trabalho” (GOMES, A., 1994, p. 9). Isso estava claro na já citada Fala do Trono de 3 de maio de 1888. “Ou seja”, prossegue a autora, “era obrigá-lo ao trabalho via repressão e também via valorização do próprio trabalho como atividade moralizadora e saneadora socialmente. O ‘pobre’ ocioso era indubitavelmente um perigo para a ordem política e social segundo esta perspectiva” (GOMES, A., 1994, p. 9). Mas não era uma preocupação que despontou apenas depois do fim da escravidão. Como visto, essa perspectiva já era alimentada pelo poder público desde a formulação das primeiras leis penais. Após a escravidão,

com uma “onda negra” de “indolentes e preguiçosos” ou de “bárbaros” jogados nas ruas, para usar expressões de parlamentares da época, o tema se tornou ainda mais urgente.

A visão imperial foi a de conceber o trabalho como instrumento de saneamento moral. O trabalhador manual ocioso no espaço público da rua era suspeito. A ociosidade fazia parte do mundo dos ricos, da nobreza. O pobre ocioso, ao contrário, no imaginário hierárquico ibérico, era inimigo interno, objeto de polícia (conforme positivou a Parte Quarta do Código Criminal imperial). Era ele o escravo fora da lavoura, fora do domínio de seu senhor, o escravo liberto, o imigrante, o viajante desconhecido, o mendigo, o bêbado, o turbulento, o vadio. Contra esses sujeitos se voltou o aparato burocrático-legal. A ideia de ocupação laboral foi o que deu identidade social e política ao homem brasileiro, fato materializado pela criação dos termos de bem viver e de ocupação, pelo controle policial dos contratos de trabalho, pela definição da vadiagem como crime e, no século XX, pela criação da carteira de trabalho. O perigo para a ordem pública sempre foi um só: o pobre ocioso, historicamente tratado na legislação como caso de polícia.

Tanto nas leis de 1871, 1885 como na de 1888, os libertos ficavam sujeitos a uma legislação de exceção, principalmente processual penal, especialmente no que se referia à obrigatoriedade de fazer contrato de trabalho, que continuava a distingui-los dos nascidos livres, os “cidadãos brasileiros”.

A polícia, portanto, marcava o diferente. Vivia-se um ambiente de guerra social, em que o Estado buscava manter escravos ocupados nas lavouras e libertos ocupados em ofícios regulares. O fundamento jurídico da pena estava vinculado no Brasil aos fundamentos de uma guerra social, e a pena era uma arma de guerra defensiva.

Por toda política emancipacionista imperial, à exceção da lei de maio de 1888, manteve-se a tutela estatal ou privada sobre

os libertos, desde os africanos livres pela extinção do tráfico em 1831 até os ingênuos (1871), sexagenários (1885) e libertos, por alforria ou pelo fundo de emancipação, privando-os da “cidadania brasileira”, conforme era reconhecida aos nascidos livres.

A incorporação do inimigo interno – o trabalhador manual visto como ocioso no espaço público da rua – à ordem política só se daria sob tutela do Estado, o eterno “princípio unificador” entre Apolo e Dioniso, a “força exterior”, e de forma lenta, a partir da República – o que Wanderley Guilherme dos Santos (1979) chama de “cidadania regulada” e Murilo de Carvalho (2001) de “estadania”. Passo inicial deu a Constituição republicana, de 1891. Pelo texto, teriam direitos políticos – ou seja, seriam plenos cidadãos – todos aqueles maiores de 21 anos que fossem alfabetizados. Eliminava-se o requisito da renda, mas mantinha-se a distinção social com o saber ler e escrever, o que eliminava grande parte dos trabalhadores mecânicos.

Com o Código Criminal da República, vieram os “termos de ocupação”, previstos no Livro III, Capítulo XIII. Em complemento aos instrumentos de vigilância de ex-escravos, suspeitos e estrangeiros que deveriam assinar termos de bem-viver e/ou termos de segurança imperiais, ou portar “passaportes” emitidos pelas autoridades policiais, estabeleceram-se os “termos de tomar ocupação” republicanos para vadios, vagabundos e capoeiras.

Outro ponto importante é perceber que, a partir da República, inicia-se um processo de crescente desproporcionalidade penal entre os crimes contra a vida e os crimes contra o patrimônio. Após o Estado inventar um inimigo interno, e isso se estabelecer e se rotinizar como ideação social, as leis penais começaram a punir com mais rigor os crimes contra o patrimônio em relação aos crimes contra a vida. Isso aponta para uma mudança de valores sociais, para a implementação de um novo quadro de referências normativas de regulação das trocas sociais, de um

novo *nomos*, construído durante o Império, o que resultou na conseqüente necessidade de adaptação da lei à nova realidade social.

A desproporção sistêmica entre as penas é gritante no Código republicano em relação ao Código imperial. O Código Penal de 1940, até hoje em vigor, traria o mesmo vício, o que levou Silva Franco a concluir, dado o que chamou de “hipervalorização” dos crimes patrimoniais, que a legislação penal de 1940 expressava uma identificação quase perfeita entre o delinquente e o marginalizado.

Há razões históricas para a valorização do patrimônio como bem jurídico penal no Código Penal da República. A partir de meados do século XIX, houve um *boom* da economia cafeeira, a terra passou a ser uma mercadoria e símbolo do poder econômico (Lei das Terras) – solidificando a separação entre grandes e pequenos produtores, entre proprietários e força de trabalho (imigrantes) –, a formação de uma classe média urbana, com uma ideologia de valorização socioeconômica do trabalho não manual, como forma de diferenciação do trabalho escravo, e a abolição da escravatura, que jogou muitos ex-escravos desempregados no mercado. Todos esses fatores criaram um clima propício para o incremento da proteção à propriedade.

## 8. Sociabilidade autoritária

A sociedade escravista brasileira é retratada de forma bastante esquemática em sua estrutura econômica e social em várias obras. A polaridade senhores/escravos é tomada como sendo o único aspecto significativo de uma organização social constituída sobre a base econômica da monocultura atrelada aos interesses comerciais da metrópole. No topo, a classe formada pelos proprietários de terra e senhores de escravos; na base, uma imensa massa formada pelos escravos; entre esses dois extremos, uma camada social indefinida, desclassificada e sem maiores ressonâncias

na vida social – “desclassificados [...] inúteis e inadaptados; indivíduos de ocupações mais ou menos incertas e aleatórias ou sem ocupação alguma”, escreveu Caio Prado Júnior, em *Formação do Brasil Contemporâneo* (2002, p. 1373).

Não obstante, apesar da simplicidade do esquema, criticado em outras obras, ele aparece reproduzido em vários discursos parlamentares da época imperial. O que nos interessa aqui é justamente a “visão da elite”, grupo que configurava e ideava – e, portanto, criava – o universo social por meio do sistema judiciário e da legislação penal. É a visão da elite sobre o mundo da desordem, dos cidadãos não ativos, dos “desclassificados” ou da “ralé” – essa “massa enorme de homens ferozes, sem moral, sem religião e sem instrução alguma”, nas palavras de Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, ministro da Justiça em 1840 e senador em 1849 (VELLASCO, 2004, p. 163) – que aparece teorizada num modelo que explicava a sociedade tal como vista a partir de cima. É um discurso ordenador e configurador, garantido pela lei penal no século XIX.

A justiça desempenha funções sociais claras: a) punição e contenção de condutas indesejáveis, desafiadoras da ordem, com base em expectativas normativas de comportamentos recíprocos; b) normalização da população, com a pedagogia da exemplaridade da punição, reconduzindo o ritmo da vida aos trilhos desejáveis; e c) afirmação do poder público. Ao fazer isso, a justiça, na sua ação rotinizada, reproduz ideias, molda a ação social, reafirma a ordem vigente, faz emergir o valor e o não valor, demarca as fronteiras entre o “bom” e o “mau”, o “proibido” e o “permitido”, o “verdadeiro” e o “falso”, instituindo padrões de sociabilidade e tornando evidentes as relações de poder e as condições de possibilidade de existência da própria sociedade. Enfim, a justiça cria e reproduz um mundo social, e, com ele, um mundo moral. Conforme Garland (1990, p. 58,

tradução nossa), as “rotinas da punição impõem uma educação prática no sentimento moral das pessoas”.

A questão central da ordem era a contenção dos elementos disruptivos – notadamente os escravos e a ralé “desraçada” – e a implementação de um quadro de referências normativas que regulasse as trocas sociais e permitisse ao poder obter aquilo sem o qual ele inexistia: probabilidade de obediência e aquiescência necessária, conforme Weber (2009).

O aparato racional-legal converteu desigualdade em diferença. A lei institucionalizou uma ordem estruturando o social em termos de diferenciação e hierarquização, e os diferentes precisavam ser contidos e normalizados. Conforme Misse (2008, p. 22), é a *distância social* o princípio operador da passagem da mera acusação social à incriminação do sujeito pelo aparato burocrático-legal e à sujeição criminal, como a composição do tipo social cujo caráter é socialmente considerado “propenso a cometer um crime”.

“[...] a distância social é um indicador de como se pratica, se opera e se representam as relações de poder numa determinada sociedade. [...] A distância social mínima, a identificação excessiva com o outro, tensiona o autocontrole das paixões e a distância social máxima, a indiferença excessiva pelo outro, mobiliza a desnormalização pelo interesse egoísta” (MISSE, 2008, p. 22).

A regulação moderna da distância social constituiu-se, completa Misse, como o principal eixo do processo de normalização e de generalização das formas de autocontrole nas relações sociais, de universalização das demandas de respeito, que passam a conotar demandas de distância social regulada, de respeito aos direitos civis, de desierarquização. Por outro lado, distância social desregulada e práticas criminais recorrentes constituirão o principal núcleo da mobilização para a incriminação dos

indivíduos acusados e para a sujeição criminal na modernidade (MISSE, 2008, p. 22-23). Era o caso do Brasil imperial.

Propomos aqui o conceito de *sociabilidade autoritária*, inspirado nos trabalhos de Luiz Antonio Machado da Silva (2004, 2008) sobre a ideia por ele proposta de “sociabilidade violenta”, mas que, importante ressaltar, não falam da mesma coisa. Enquanto na maioria dos países europeus a organização do Estado foi posterior à existência de uma sociedade mais ou menos organizada, no Brasil sucedeu o contrário. A construção do Estado se deu à frente da construção da nação. A ideia de sociabilidade autoritária que propomos define um código moral ou padrão de sociabilidade imposto e rotinizado *pela autoridade*, de cima para baixo, por meio do uso do direito penal como veículo privilegiado de regulação das relações sociais. Nesse tipo de sociabilidade, portanto, o princípio que estrutura as relações sociais é a *autoridade*.

Conforme Montesquieu (1995, p. 186, grifo nosso): “Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer *o que se deve querer* e em não ser constrangido a fazer *o que não se deve desejar*”. Por meio do direito penal, o Estado impôs um código moral de utilidade pública, um código do que “se deve querer” e do que “não se deve desejar”. Impôs uma ideia de sociedade. Conforme Weber, as ideias são fundamentais para os processos de conservação e mudança da sociedade, pois formam o agente e definem quais fins, ao serem perseguidos, expressarão seus interesses. Introjetam-se ideias morais que geram o “tônus existencial” necessário para o convívio social satisfatório, cria-se um padrão de sociabilidade (SANTOS, 2008). A sociedade é produzida a partir da referência a modelos, os quais dependem da ideação social, do imaginário social. E tais modelos foram fornecidos pelas instituições públicas – o aparato burocrático-legal – montadas a partir da Independência.

## 9. Conclusão

A sociedade brasileira, por meio dos tribunais, marginaliza a diferença. É o que a ideia de sociabilidade autoritária ajuda a compreender após a análise da relação entre imaginário social e direito penal no Brasil imperial. O princípio que estrutura as relações sociais é historicamente a autoridade, e a forma de estruturação dessas relações pela autoridade (dominação racional-legal) é historicamente a diferença e a hierarquia. A lei e as instituições marcaram e nomearam os eleitos como diferentes e inferiores. Na lei, o ator violento é sempre aquele que não foi corretamente normalizado/socializado, e o direito penal brasileiro sempre o tratou como inimigo. Assim, conforme já colocou Coelho (2005, p. 285, grifo do autor), “determinados papéis sociais são roteiros típicos que se fazem acompanhar da atribuição, a certas classes de comportamento, da probabilidade de que sejam desempenhadas por tipos particulares de atores sociais”.

No Brasil, o Código Penal operou como o ponto *inicial* de referência de uma sociedade que se organizou após a instauração do poder imperial. A sociedade era incapaz de organizar-se por si mesma; nessa falta, a tarefa competia ao Estado, e o direito foi construído contra a sociedade no Brasil, como instrumento de contenção e coesão social – enfim, como instrumento de restituição de ordem, de preservação do *status quo*, de resolução do conflito.

Guillebaud já escreveu que a “penalização da sociedade”, definida por ele como a “prevalência da sanção penal como instrumento último de regulamentação social”, é um dos efeitos perversos do individualismo contemporâneo. “O direito penal, por força das coisas, substitui o vínculo social ou político faltante” (GUILLEBAUD, 2003, p. 259). No Brasil, o direito penal, desde o início, atuou como o garantidor do vínculo social – não como instrumento último de regulamentação social, mas como instrumento primeiro.

A justiça criminal é uma instância legítima de produção de culpados. Há uma demanda social pelo preenchimento desses espaços ideados, simbólicos, imaginados. O Judiciário e a polícia são pressionados pela sociedade para darem resposta à demanda social por punição, à sua sede de vingança, à sua necessidade de ver os inimigos internos da ordem separados e isolados.

### Referências

- A ABOLIÇÃO no parlamento: 65 anos de luta : 1823-1888. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Arquivo. 1988. 2 v.
- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe. Vida privada e ordem privada no Império. In: \_\_\_\_\_; NOVAIS, Fernando A. (Coord.). *História da vida privada no Brasil, 2: Império : a Corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 11-94.
- AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo; LIMA, Roberto Kant de. Os juizados especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 40, out./dez. 2002.
- AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites, século XIX*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania, estadania e apatia. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 8, 24 jun. 2001.
- CASTRO, Hebe M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe; NOVAIS, Fernando A. (Coord.). *História da vida privada no Brasil: Império*. São Paulo: Cia das Letras, 1997. p. 337-384.
- COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- COHN, Gabriel. O sentido da ciência. In: WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. São Paulo: Ática, 2006. p. 7-12.
- CRISE do Poder Judiciário: editorial. *Boletim IBIC-CRIM*, São Paulo, v. 18, n. 217, p. 1, dez. 2010.
- ESTRADA, Osório Duque. *A abolição*. Brasília: Senado Federal, 2005.
- FIGUEIRA, Luiz. *Produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras: uma perspectiva antropológica de um processo criminal*. Niterói: EdUFF; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- GOMES, Angêla de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- GUILLEBAUD, Jean-Claude. *A reinvenção do mundo: um adeus ao século XX*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- LIMA, Roberto Kant de. Verdade ou mentira? Uma perspectiva comparada do processo (Brasil/EUA). *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 60-73, 1993.
- MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Acusados e Acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 13-32.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995.
- NABUCO, Joaquim. O Abolicionismo. In: SANTIAGO, Silvano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 1. p. 1-167.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. In: SANTIAGO, Silvano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 3. p. 1123-1488.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Eurico A. Gonzalez Cursino dos. As idéias e a dinâmica social na sociologia das religiões de Max Weber. In: RIBEIRO, Adelia Maria Miglievich et al (Org.). *A modernidade como desafio teórico*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008. p. 167-186.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SILVA, Luiz Antonio Machado da. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Sociedade e Estado*, Brasília, v.19, n.1, jan./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Violência urbana, sociabilidade violenta e agenda pública. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Vida sob cerco: violência e rotina nas favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 35-45.

SLENES, Robert W. Senhores e subalternos no Oeste paulista. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe; NOVAIS, Fernando A. (Coord.). *História da vida privada no Brasil, 2: a Corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 233-290.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Quem é o povo no Brasil?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962.

SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário; Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2007.

TINÓCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

VELLASCO, Ivan de Andrade. *As seduções da ordem: violência, criminalidade e administração da justiça: Minas Gerais, século 19*. Bauru: Edusc; São Paulo: Anpocs, 2004.

WEBER, Max. A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais. São Paulo: Ática, 2006.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. v. 1.