

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica



Volume 21 - Número 1 - 2005

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

Dom Bruno Gamberini

MAGNÍFICO REITOR

Prof. Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR

Prof. Pe. Wilson Denadai

Pró-Reitoria de Graduação

Prof. Marco Antonio Carnio

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profa. Vera Sílvia Marão Beraquet

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Profa. Carmen Cecília de Campos Lavras

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Prof. Antonio Sergio Cella

DIRETOR DO CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS

Prof. Pe. Paulo Sérgio Lopes Gonçalves

DIRETORA ADJUNTA DO CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS

Profa. Maria Salete Zulzke Trujillo

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Jamil Miguel

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Prof. Renan Severo Teixeira da Cunha

Prof. Heitor Regina

Prof. Valdeci dos Santos

Prof. André Nicolau Heinemann Filho

Prof. Jorge Luiz de Almeida

Editora responsável - Vera de Arruda Roza Cury

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 3735-5899 ou 3735-5816

CEP 13020-904 ou Caixa Postal 317 - CEP 13012-970 - Campinas, SP

E-mail: pos.direito@puc-campinas.edu.br

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica

Revista Jurídica	Campinas	v. 21	Nº 1	p. 1-88	2005
------------------	----------	-------	------	---------	------

ARTIGOS

Parte incontroversa da demanda

Jorge Luiz de Almeida	5
-----------------------------	---

Direitos da personalidade

Artur Marques da Silva Filho	9
------------------------------------	---

A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços - um enfoque multidisciplinar

Henrique Macedo Hinz	15
----------------------------	----

Ensino - a determinação constitucional e legal para a aplicação no município. Dos órgãos fiscalizadores sobre a atuação do gestor público

Wilson Roberto Mateus	25
-----------------------------	----

A presença da coação no direito

Wellington Soares da Costa	41
----------------------------------	----

Princípio da função social e ambiental da propriedade

Lidia Elizabeth Penaloza Jaramillo Gama	47
---	----

Tutela Antecipada

Adriana Jesus Guilhen	57
-----------------------------	----

Biodireito

João Marcos de Araújo Braga Júnior	63
--	----

Existência de pressupostos no estado democrático de direito

Maria Helena Campos de Carvalho	71
---------------------------------------	----

RESENHAS

Direito, política e justiça na contemporaneidade

André Luís Firmino Cardoso	79
----------------------------------	----

A condição pós-moderna

Wilson Levy	85
-------------------	----

Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant

Fernando Augusto da Fonseca Alecrim	87
---	----

PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

Jorge Luiz de ALMEIDA¹

A lei 10.444/02 introduziu no art. 273 CPC o parágrafo 6º assim redigido:

“A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”

O novo preceito não deve ser interpretado como somente tendo acrescentado aos itens I e II art.273CPC mais uma hipótese para concessão da tutela antecipada. Já era admissível este entendimento, quando inválida a defesa por evidenciado seu abuso (art.17 CPC). Por não ter produzido eficácia o ato, sendo a defesa processual nula, privado o ato de efeito, resta configurada a situação de pedido incontroverso. Isto é, entender o parágrafo 6º comentado como hábil só para concessão da tutela antecipada, só confirma o que antes já era admitido no ordenamento jurídico.

A inovação deve ser recebida com maior alcance. O interprete deve ter o espírito aberto aos reclamos sociais, em favor de processo prático e célere.

Se a hipótese é de ausência de controvérsia, o resultado em termos de cognição, não é superficial. Resta evidenciado o direito, ante a postura negativa de contrariedade. O caso é de “julgamento antecipado”: “se o julgamento ocorre quando não faltam provas para elucidação da matéria fática, não há juízo de probabilidade, mas sim juízo capaz de permitir a declaração da existência do direito e conseqüentemente produz coisa julgada”.²

O processo, como instrumento da jurisdição, com função teleológica de dar direito a quem tem, pacificando conflito, ou como “procedimento sob regime de contenciosidade” (Fazzalari), não tem cumprido a promessa constitucional (art.5º XXXV C.F.) de dar acesso efetivo à justiça a quem pede.

Na linha deste objetivo inúmeras alterações tem acolhido o código de processo civil. A inovação comentada deve ser recebida, com este sentido, instituindo a hipótese de julgamento antecipado da parte do processo sem lide.

A “tutela antecipada” é informada pelos requisitos do “perigo” e da “aparência do direito”, como figura gêmea da liminar cautelar.

A “antecipação de tutela” se afasta desses requisitos. Apóia-se na idéia de encurtamento temporal do processo, com base em cognição plena e completa ante a ausência de conflito. É o caso do parágrafo 6º art.273 CPC.

Este preceito não disciplina situação de socorro, ante o perigo a direito aparente. Está ele informado pela idéia prática de entregar solução célere à parte do processo, onde não há conflito e não há necessidade de produção de prova.

A inovação não se caracteriza como medida instrumental de salvaguarda de direito, instrumento de instrumento, ou expressão de exercício de “função administrativa” do juiz na condução do processo (como ligam alguns doutrinadores a tutela de urgência ao sistema de interditos do direito romano). Instituiu-se, no preceito comentado, solução definitiva e prática ante direito, não em perigo e nem aparente sim incontroverso que serve à cognição exauriente.

Distante está a fase processual do misticismo, assentado na invocação da palavra símbolo, quando não

⁽¹⁾ Desembargador aposentado. Doutor em Direito pela USP. Professor da Pós-graduação - UNIMEP.

⁽²⁾ Luiz Guilherme Marinoni, tutela Antecipatória, p. 152: R.T. 1997.

seria cabível solução senão a de conceder efeitos à tutela da palavra declinada. Vivemos fase evolutiva da ciência processual. Ultrapassada está a fase do apego à palavra, do processo sob concepção religiosa, do próprio período “formular” romano. O valor sacramental do termo guiava o processo pelo deus a que se ligava o termo declinado.

A fase sucessiva da história do processo, a do “conceitualismo”, deu a ele desenvolvimento científico.

Mas a vida em seu evoluir incessante, no transformar coisas e conceitos, e até verdades, fez despertar, para o processo, novos valores, como destacados pelas notórias lições de Cappelletti e Vitório Denti. É o que nos guia atualmente. A idéia de “processo de resultado”, de processo como instrumento de “acesso efetivo à justiça”. É o generalizado reclamo social:

“Sem bons e efetivos resultados o sistema processual não se legitima”.³

Com idéias do tempo em que se vive, ensina o mestre Dinamarco:

“... é preciso implantar um novo método de pensamento, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar às novas soluções”.⁴

O novo preceito estudado é comparado à solução de extinção do processo com conhecimento do mérito, referida pelo art. 269 II e III CPC. Há extinção do processo se não há controvérsia.

Estes preceitos se referem ao “julgamento” do mérito, estando as partes de acordo. Na realidade não há julgamento de lide, pois as partes põem fim a ela. Semelhante é a situação prevista no parágrafo 6º art. 273 CPC, onde a pretensão de um não tem resistência do outro.

Nas duas hipóteses as próprias partes dispõem sobre direito, não há lide e o processo se encerra.

Frente ao parágrafo 6º art. 273 aparente dificuldade surge para a adoção de igual solução. É que

neste caso o processo não pode se extinguir por inteiro. Isto é, em decorrência do principio chiovendiano, “della unità e unicità della decisione”, seria inviável a extinção de “meio” processo.

É dificuldade assentada em idéias de processo “conceitualista” onde a sentença põe termo ao processo (art. 162 parágrafo 1º CPC), é que estaria a impedir duas sentenças no mesmo processo.

Boa doutrina resiste, é certo, à quebra da unidade de julgamento, à “sentenza parziale di merito”⁵. Afasta-se, contudo, pela razão conceitualista, do resultado prático, das necessidades da vida presente.

O parágrafo 6º art. 273 CPC se inspirou no art. 423 CPC Italiano:

“Il giudice, su istanza di parte, in ogni stato del giudizio, dispone con ordinanza (134, 186 bis) il pagamento delle somme non contestate (364 C.3)”.

No parágrafo terceiro dispõem o citado artigo:

“le ordinanze di cui ai commi precedenti costituiscono titolo esecutivo (474)”.

E no parágrafo terceiro se dispõem que a decisão judicial constitui título executivo. E finalmente, o parágrafo quarto prescreve:

“L’ordinanza di cui al secondo comma è revocabile con la sentenza che decide la causa”

Este último parágrafo prevê a revogação da decisão referida pelo segundo parágrafo, não pelo primeiro, que por não ser revogável tem sentido de sentença definitiva. Em outros termos, o direito que inspirou o Código do Processo e o parágrafo 6º art. 273, evoluiu se distanciou da lição chiovendiana “della unità e unicità della decisione”.

O direito italiano leva a compreensão de, atualmente, admitir sentença de condenação parcial, com base em prova dos autos:

“im altre parole qui la cognizione del giudice è piena e completa sia per cio che attiene la sussistenza del diritto (an debeatur), sia per la quantità per cui si ritene già raggiunta la prova, quantità che costituisce poi la misura della provisionale”⁶

⁽³⁾ Candido Rangel Dinamarco - *Fundamentos do processo civil moderno*, p.318 e p.759; ed. Molheiros.

⁽⁴⁾ Candido Rangel Dinamarco - *A lustramentalidade*, p.271; 3ª ed., Molheiros.

⁽⁵⁾ Athos Gusmão Carneiro - *Da antecipação da tutela*, p. 58; forense.

⁽⁶⁾ Frederico Carpi, Ver. *Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, XXI, p.620, guiffre.

Em outros termos:

“o direito Italiano autoriza a antecipação de uma parte do julgamento sempre que houver uma parte do pedido já comprovada e existir outra ainda necessitando de instrução”⁷

Em resumo, o parágrafo 6º art. 273 CPC não dispõem só sobre “tutela antecipada”:

“Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive a ficar imune com a coisa julgada material. E,

por ser definitiva, descarrega-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado”⁸

Em conclusão, o parágrafo 6º art. 273 CPC deve ser compreendido com espírito aberto às necessidades atuais de ordem processual, simplicidade, celeridade e praticidade como formula de admissão de “sentenza parziale di mérito”, capaz de produzir coisa julgada material.

⁷ Rogéria Dotti Dória, a tutela antecipada- 2ª ed., p.121, ed. R.T.

⁸ José Henrique de Araújo, Ver. Proc.116/217; ed. R.T.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Artur Marques da SILVA FILHO¹

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade ganharam expressão constitucional a partir de 1988.

Com efeito, a Constituição, nesta época, de forma inovadora, eis que as precedentes Constituições não trataram da matéria, assegurou o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (artigo 5º, inciso V). E, no mesmo artigo 5º, prescreveu a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-lhes, por violação, indenização por dano material e moral (inciso X).

O Código Civil – Lei Federal nº 12.406, de 10 de janeiro de 2002, também, expressamente, dedicou o Capítulo II, do Livro I, aos Direitos da Personalidade (artigos 11 a 21). Estabeleceu, na linha constitucional, salvaguardas específicas ao nome e à imagem, e até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Previu, ainda, no art. 52, a aplicação dos direitos da personalidade, no que couber, às pessoas jurídicas. O STJ já consagrou essa exegese, na Súmula 207, assim emendada: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

O direito positivo nacional acabou consagrando o que o direito natural já assegurava e o que a jurisprudência e a doutrina já reconhecia. Diga-se, de passagem, que o artigo 76, do Código Civil de 1916 (Lei Federal nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916) abria ensanchas à compreensão de tutela ao legítimo interesse econômico ou moral, permitindo reconhecer-se, no plano da responsabilidade civil, indenizações por dano moral. O Supremo Tribunal Federal confirmou, em época precedente à Constituição de 1988, inúmeras decisões que reconheceram o direito à imagem. (RT 558/230; 568/215; 570/177 e 604/365).

ASPECTOS HISTÓRICOS

Na antiguidade, não se conheceram os direitos da personalidade, embora existisse o respeito e a proteção da vida e da integridade física. Estes bens eram considerados inatos e da essência dos seres humanos. O respeito estava restrito àqueles que, por uma qualidade estranha, gozavam de proteção de sua vida, como por exemplo os integrantes da polis grega, do cidadão de Roma.

Esta doutrina tradicional é atribuída aos romanos, isto é, “a personalidade, conjunto de atributos jurídicos ou aptidões, no Direito Romano e em todas as civilizações antigas, não era atributo de todo ser humano. A personalidade era privilégio que exigia certas condições” (VENOSA, 2004, p.138). A expressão “personalidade”, no Direito Romano, restringia-se aos indivíduos que reunissem os três status: *libertatis, civitatis e familiae*. Na atualidade, o Estado compreende, com relação à pessoa natural, os mesmos três aspectos com conteúdo significante diverso.

A Carta Magna de João Sem Terra, no século XIII, prescreveu o reconhecimento de direitos próprios da pessoa ante o Rei.

No medievo, a consolidação do Cristianismo produz mudança no pensamento e na legislação positiva, assentada na idéia de dignidade da pessoa humana. E, vai desenrolar, alguns séculos mais tarde, no reconhecimento dos direitos da personalidade a partir do dogma da igualdade essencial a todos os homens. A pessoa, o homem, é o fim que impulsiona o próprio direito. São, os ensinamentos cristãos de igualdade e fraternidade de todos os homens, de todos os povos, que serviu de fundamento e foi desenvolvida juridicamente a Escola de Direito Natural.

⁽¹⁾ Desembargador do TJ-SP e Professor Livre-Docente da UNESP e de Direito Civil da PUC-Campinas.

Assim, foi consagrada a preexistência do homem à organização social, ao Estado, estabelecendo-se a existência do Direito Natural, originário e perene, acima do Direito Positivo, o qual deve informar.

Descrevem Jorge Córdoba e Júlio Sánches Torres que o pensamento jus-naturalista clássico contribuiu para romper as barreiras do feudalismo, consolidando a classe burguesa cuja dinâmica vai gerar a revolução industrial (1996, p.20).

Gilberto Haddad Jubur, também, participa de idêntica opinião, quando sustenta que o Cristianismo foi responsável pelos fortes alicerces morais, sobre os quais se edificaram os direitos que derivam da individualidade, da própria personalidade humana (2000, p. 34).

A doutrina clássica se expande, proclamando a igualdade e a liberdade dos homens sem distinções, influenciando os movimentos revolucionários do final do século XVIII e começo do século XIX, que culminaram na Revolução Francesa e na conseqüente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de proteção universal. Deve ser esclarecido que não haviam, em essência, sido reconhecidos os direitos da personalidade, eis que a matéria se situava no âmbito do direito público, como liberdades públicas que repercutiram, a partir do Código de Napoleão (1804), mas de forma nebulosa. Contudo, como esclareceu Carlos Alberto Bittar, “a jurisprudência dividiu, na fórmula (artigo 166, do Código Napoleônico), direitos tais como: o da vítima em acidente corporal, para demandar indenização; e o do devedor, para a revisão ou supressão de pensão alimentícia” (1989, p.21).

CONCEITO

Não há uniformidade na terminologia e nem na conceituação dos direitos da personalidade. Esta categoria de direitos, na visão de Rui Stoco, foi definida por juristas alemães na segunda metade do século XIX. Gareis e Köhler os chamou “*Individualsrechte*” ou “*Personalitätsrechte*”, respectivamente, “direitos individuais” e “direitos da personalidade”. Utilizaram-se, ainda, no dizer de Rui Stoco, as expressões “*Individualitätsrechte*” – “direitos da individualidade” e “*Personlichkeitsrechte*” – “direitos sobre a própria pessoa” (2004, p.1612).

Elimar Szaniawski, ao cuidar da designação dessa categoria de direitos da personalidade, informa que não há unanimidade na doutrina e nem na jurisprudência

apontando as inúmeras controvérsias sobre a natureza desses direitos (1993, p. 16). Descreve que, apesar de predominante a denominação de direitos da personalidade, consagrada por Gierke, Windscheid e Campogrande denominam-os de direitos sobre a própria pessoa; Koehler de direitos individuais; Rotondi de direitos personalíssimos; Gangi e De Cupis de direitos essenciais da pessoa ou fundamentais da pessoa (1993, p. 36).

Para Sílvia Rodrigues, os direitos da personalidade estão incluídos dentre os direitos subjetivos: “são inerentes à pessoa humana e, portanto, ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber em indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele creê ser sua honra” (2002, p.61).

Limongi França prefere o termo “direitos privados da personalidade” (1975, p. 404).

Carlos Alberto Bittar entendeu que os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: “a) os próprios da pessoa em si (originários), existentes por sua natureza, como ente humano, como nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior” (1989, p. 10).

Embora não haja uniformidade na terminologia e na conceituação dos direitos da personalidade, desenvolveu-se, entre nós, a idéia ampla de proteção à pessoa humana.

O direito positivo nacional não conceitua o que seja “direitos da personalidade”, mas as disposições constitucionais e, principalmente, o atual Código Civil reconhecem a existência destes direitos, traçando os principais aspectos de seu regime jurídico peculiar. Isto é, no artigo 12, ao excepcionar os casos expressos em lei, preconizou que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação involuntária.

NATUREZA JURÍDICA

Não há uniformidade sobre a natureza jurídica dos direitos da personalidade.

A divergência se instaura a partir da própria concepção que se tem do direito subjetivo (SOUZA, 1995, p. 607). Não se pode deixar de mencionar que, de início, negou-se a existência dos direitos de personalidade, como direitos subjetivos, como

Ennecerus, Von Thur, Cabral de Moncada e Alberto Orgáz (Jorge Córdoba e Julio Sánchez Torres, 1996, p. 22). A sustentação básica dos adeptos desta teoria negativista é de que não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, porque isto, “justificaria o suicídio” (BITTAR, 1989, p. 4). A compreensão que se tem é de que os direitos subjetivos, na sua estrutura, contam com um sujeito e um objeto. Nos direitos da personalidade, identifica-se o sujeito com o objeto.

No entanto, os direitos subjetivos surgem sempre que houver lesão aos direitos da personalidade, mas não é direito subjetivo a vida, a integridade física, senão um direito subjetivo da vítima em perseguir a reparação civil (ORGÁZ, 1946, p. 130). Parece haver confusão entre faculdade com direitos como observou Santos Cifuentes (1999, p. 49), esclarecendo que o objetivo dos direitos da personalidade esta intimamente ligado à pessoa, mas não se confunde com ela.

Por isso, De Cupis, Tobeñas e Campogrande sustentam que a pessoa é um todo e dela se destacam manifestações que a sociedade admite e apóia, como a liberdade, o corpo, a saúde, a honra. São poderes que a pessoa exerce sobre si, embora sob variadas modalidades.

Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que o objeto dos direitos da personalidade são inatos, ínsitos à pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral que o Direito não pode desconsiderar.

REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A construção ideológica dos direitos da personalidade encontra no Direito Romano, no Direito Canônico nos princípios cristãos e nos termos revolucionários do final do século XIX os seus fundamentos.

O avanço na consagração jurídica desses direitos é resultado típico de reação ao despotismo estatal.

A influência do direito das individualidades (pessoais) e de formas de reações jurídicas, surgem nas primeiras Constituições. Todavia, já se observava precedentes instrumentos que postulavam “sagração legislativa”, como disse Carlos Alberto Bittar (1989, p. 19). E, traz à colação a Magna Carta de 1215 e o “Bill of Rights” para acentuar as restrições que foram impostas à Coroa e reforço ao Parlamento.

A declaração do “Bom Povo de Virgínia” demonstra que a sua causa foi a opressão absoluta. Votada em 12/06/1776, serviu de modelo para as demais colônias da América do Norte, embora a mais conhecida e influente seja a dos “Direitos do Homem e do Cidadão”, editada em 1789 pela Revolução Francesa (FERRAZ, FERREIRA FILHO E GRINOVER, 1978, p. 110).

O reconhecimento dos direitos naturais e intangíveis tem sentido individualista. Visavam defender o indivíduo contra o Estado e encontram nas Constituições do século XIX e das editadas até a I Guerra Mundial. São, por isso, consideradas “liberdades públicas”, mas observou-se a inserção de certos direitos econômicos, sociais e políticos, dada a crescente intervenção do Estado.

A partir do advento do Código de Napoleão (1804), a jurisprudência francesa desencadeou ampla proteção jurídica às pessoas e aos “direitos da personalidade”, partindo de incipiente previsão abstrata.

Ao se reconhecer que as liberdades públicas são direitos reconhecidos aos homens, nas suas relações com o Estado, distinguiu-se estes mesmos direitos no plano das relações entre particulares, cuja denominação acabou sendo propagada com “direitos da personalidade”. A partir daí desenvolveu-se a teoria dos direitos da personalidade que influenciou os Códigos Civis para reconhecer a existência dos direitos de natureza extrapatrimonial (BITTAR, 1989, p.23).

Edmond Picard, em 1877, teve a audácia de propor um quarto termo à divisão clássica dos romanos, sob o rótulo “Direitos Intelectuais” (1951, p. 116). Esta sua teoria acabou sendo adotada como base absoluta na Lei Belga de 1886 sobre direitos do autor, evitando-se a palavra “propriedade” para designar a plenitude do direito sobre uma produção da inteligência.

Os “direitos da personalidade” acabaram ingressando nos Códigos Civis, principalmente após o advento do Código Civil Italiano de 1942.

Do regime jurídico se apanham as seguintes características: são direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios. São oponíveis “erga omnes” e transcendem o próprio ordenamento jurídico. Existem originalmente com a própria vida da pessoa, a partir da nidação.

Os direitos da personalidade admitem certas mitigações, pois podem ser disponíveis, na via

contratual. Esta compreensão pode ser facilmente compreendida através das várias manifestações físicas e intelectuais que permitem o aproveitamento racional e econômico da própria pessoa. São exemplos: os direitos patrimoniais resultantes da criação intelectual (Direito de autor – obras artísticas, literárias, científicas e utilitárias). Podem ser, ainda, transmitidas: a racional utilização da voz, imagem, nome. Há possibilidade de disposição de partes renováveis do corpo e até os órgãos do cadáver pelos seus herdeiros.

O regime jurídico dos direitos da personalidade é “*sui generis*” e só pode ser compreendido segundo a sua natureza típica, na expressão de ampla proteção da dignidade da pessoa humana.

DIREITO BRASILEIRO

A doutrina e a jurisprudência muito contribuíram e contribuem para a edificação da teoria dos direitos da personalidade.

Teixeira de Freitas, em seu Esboço, foi pioneiro a tratar do assunto no Brasil, como assinala Carlos Alberto Bittar, arrolando autores e suas respectivas obras para demonstrar a importância do tema entre nós (1989, p. 35).

A jurisprudência brasileira, também, admitia certa a proteção jurídica aos direitos das pessoas, sobretudo nas ações de indenização por dano moral, em matéria de direito autoral e de imagem (SZANIAWSKI, 1993, p. 77).

Em época precedente à Constituição de 1988 e ao Código Civil de 2002, não havia uma específica estruturação jurídica dos direitos da personalidade. Contudo, diversos diplomas legais se preocuparam com os direitos da pessoa e criaram mecanismos protetivos, dentre os quais pode-se destacar o Código de Menores, a Lei de Direitos Autorais, a Lei de Imprensa.

O anteprojeto do Código Civil de Orlando Gomes (1963), introduziu um capítulo sob a rubrica “Direitos da Personalidade” (artigos 29 a 77). Esta matéria foi retomada no anteprojeto da comissão presidida por Miguel Reale, que culminou por se inserir no Código Civil atual. Porém, não se pode deixar de enfatizar que a Constituição de 1988, por certo, influenciou a consagração dos direitos da personalidade na legislação infra-constitucional.

A Constituição de 1988, na linha da modernidade, inspirada em valores democráticos,

acolheu as linhas mestras das liberdades públicas, buscando ampla proteção às pessoas (aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país). Não os nominou de “direitos da personalidade” porque como já se asseverou, são compreendidos como liberdades públicas.

Carlos Alberto Menezes de Direito, a propósito, agrupa os direitos da personalidade na visão que tem da Constituição, em direitos à integridade física e direitos à integridade moral (2003, p. 153). E, traça uma distinção entre direitos subjetivos públicos (artigo 5º, IV, VI, IX, XII, XX e XXIX) e os direitos subjetivos privados (artigo 5º, V e X).

Os dois dispositivos que mais interessam, referem-se aos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição Federal. O primeiro deles, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, e a indenização pelo dano moral, material ou à imagem. Este dispositivo constitucional reúne elementos preciosos para permitir que a pessoa física ou jurídica possa responder, defender-se de qualquer inverdade, de notícia capciosa, incorreta, atentatória da dignidade, em qualquer meio de comunicação ou entidade, assembléia etc. Enfim, a justificativa repousa no respeito de todos os valores éticos e sociais da pessoa agravada.

O direito de resposta, todavia, deve ser proporcional ao agravo. É reserva da garantia assegurar que a resposta tenha o mesmo nível e espaço do agravo.

O direito de resposta não afasta a indenização por dano material, na compreensão mais ampla que se tem: danos emergentes e lucros cessantes. E, a indenização pode ser cumulativa com o dano moral, na esteira da jurisprudência calcada na teoria geral da responsabilidade civil (RT 463/244; 466/68). A Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça, já fixou exegese sobre a cumulatividade do dano material e moral pelo mesmo fato. O dano à imagem, também, enseja indenização que não se confunde, como adverte Uadi Lommêgo Bulos com imagem física (2000, p. 96).

O segundo dispositivo constitucional – artigo 5º, inciso X, dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. São nítidas as mais variadas formas de manifestações dos direitos da personalidade, como descreve Paulo José da Costa Jr. (1970, p. 49). Este mesmo autor, demonstra os dois modos de agressão à intimidade: “Ou ela é invadida mediante processo tecnológico ou qualquer outro meio, impedindo o recato sobre o fato, imagem, escrito ou

palavra que alguém pretende manter na esfera da vida privada; ou alguém indevidamente propala ou divulga imagem, escrito, palavra ou fato, ainda que deles tenha participado (1997, p. 57).

A jurisprudência, em matéria de responsabilidade civil, tem assegurado indenizações por dano material e moral, baseando-se nos incisos V e X, do artigo 5º da Constituição Federal, quando ocorrem violações (RJTJ 119/474; 116/216; 122/303; RJTJSP 134/152).

No plano da legislação infra-constitucional, esperava-se que os “direitos da personalidade” fossem amplamente cuidados, em face dos avanços do legislador constituinte de 1988. Porém, os artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 cuidam desses direitos, assegurando a sua aplicação, no que couber, às pessoas jurídicas, sem a amplitude esperada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 9ª edição, 1994.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ALVES, João Luiz. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Saraiva Cia Editores, 2ª ed. 1936.
- BEVILÁQUA, Clóvis – **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, Edição Histórica, Rio de Janeiro, Ed. Rio 1979.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**, 2ª edição, Forense Universitária, 1955.
- _____. **Reparação Civil por danos morais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 2ª edição.
- _____. & Carlos Alberto Bittar Filho. **Tutela dos Direitos da personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- CAHALI, Yussef Said, **Dano e indenização**, São Paulo, 1980.
- _____. **Responsabilidade Civil do Estado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. **Dano Moral**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- CALDAS, Pedro Frederico. **Vida Privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V.A. **O Direito Geral de Personalidade**, Coimbra Editora, 1995.
- CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: J. Bushatsky, 1972.
- CÓRDOBA, Jorge E.; TORRES, Julio S. Sánchez. **Derechos Personalísimos**. Córdoba, Argentina: Alveroni Ediciones, 1996.
- COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo, Saraiva, 1988.
- _____. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. **Agressão à intimidade: O episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1982.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes de. **Os direitos da personalidade e a liberdade de informação**. In: *Direito Processual: Inovações e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo, Saraiva, 1988.
- FARIA, Anacleto de Oliveira – **Do princípio da igualdade jurídica** – São Paulo, Revista dos tribunais, 1973.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et alli. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos privados da personalidade**. Revista dos Tribunais, 370/07.
- _____. **Do nome civil das pessoas naturais**. São Paulo: 2ª Edição, Revista dos Tribunais, 1964.
- GABBA, Carlos Francesco. **Teoria della personalità**. 3ª edição. Torino, Torinese, 1987.v.II.
- JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LINDON, Raymond. **Les droits de la personnalité**. Paris: Dalloz, 1974.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado** - 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- PELINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene, 1972.

PICARD, Edmond. **O Direito Puro**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951.

RODRIGUES, Silvio – **Responsabilidade Civil** – São Paulo, Saraiva, 1977

_____. **Curso de Direito Civil** – Parte Geral. 32ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de – **Instituições de Direito Civil**, São Paulo, Saraiva, 1979.

SANTOS, Cifuentes. **Elementos de Derecho Civil** – Parte General, 4ª Ed.. Buenos Aires: Editora Astrea.

SANTOS, J.M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, 12 ed. Livraria Freitas Bastos.

SILVA, Wilson Melo da – **Responsabilidade sem culpa**, São Paulo, Saraiva, 1974

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª Edição Rev. Atual. e Ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1993.

TOBENAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Editorial, Reus, 1952.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Curso de Direito Civil** – Parte Geral. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E AS RESPONSABILIDADES DO FORNECEDOR E DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - UM ENFOQUE MULTIDICIDPLINAR

Henrique Macedo HINZ¹

INTRODUÇÃO

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”. Este aforismo de *Henri de Page* é bastante oportuno quando se trata de analisar qualquer instituto de direito do trabalho. Este ramo do direito, ao tratar do trabalho nos moldes previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, não deve se restringir apenas aos seus aspectos formais, mas principalmente ter em vista a *realidade* que visa regular.

Da mesma forma como o bom profissional do direito tributário é necessariamente um bom conhecedor de contabilidade, o bom profissional do direito do trabalho precisa ter bons conhecimentos sobre o *locus* onde o trabalho é prestado e comprado. Se assim não fizer, os raciocínios lógicos que fará partirão, provavelmente, de premissas falsas, levando fatalmente a conclusões igualmente incorretas, se não injustas.

Embora muito já se tenha dito e escrito a respeito da terceirização trabalhista, é possível se verificar nas petições processuais, nos despachos e decisões judiciais, nos trabalhos acadêmicos e mesmo na imprensa alguns pontos divergentes sobre o assunto.

Mesmo nas sentenças prolatadas em autos de reclamações trabalhistas é muito comum assistirmos a esforços hercúleos dos juízes prolatadores para lidar com este mecanismo e, no mais das vezes, face à ausência de uma legislação específica, elaborarem por meio de raciocínios analógicos, formas de responsabilização do tomador da mão de obra face à falência ou simplesmente desaparecimento do fornecedor da mesma².

A utilização deste instrumento de administração só tende a aumentar no meio empresarial, face à realidade ali vivida, com imediatos reflexos na ordem jurídica, visto que os conflitos de interesses neste campo são usuais. Nos arriscaremos a aqui abordar o tema de forma mais pragmática, numa visão interdisciplinar - tanto no âmbito jurídico quanto no econômico - para assim lançar novos pontos de vista e levantar novos questionamentos.

Como a seguir se verá neste ensaio, a terceirização é uma realidade presente, e tende a se generalizar cada vez mais, gostem os operadores do direito - em especial os do direito do trabalho - ou não. Assim, há de se conhecer as origens, os propósitos e as responsabilidades desse modo de organização das empresas e de seus trabalhadores.

⁽¹⁾ Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Doutorando em Economia Aplicada - UNICAMP. Professor-Doutor concursado do Departamento de Teoria Econômica do Instituto de Economia da UNICAMP e da Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

⁽²⁾ Neste ponto chamamos a atenção para o problema de muitos discursos em defesa do papel *político* a ser exercido pelo juiz quando da prolação da sentença, visto que, no mais das vezes, essa atividade é mais restrita do que se pretende. Afinal, a divisão de poderes ainda se encontra vigente na Constituição Federal. Mais que isso, a formação e forma de recrutamento desses agentes estatais não lhes possibilita, ou mesmo permite, que se arvorem na atividade de legisladores por analogia, criando direitos ou responsabilidades não previstas em lei, mormente em se considerando o constitucional princípio da *legalidade*. É o que ocorre com muitas teses que pretendem fazer a aplicação analógica da Lei 6.019/74 aos casos de terceirização lícita, com vistas a responsabilização solidária entre fornecedor e tomador de mão de obra em face dos créditos do trabalhador.

O TRABALHO HUMANO E O LOCAL DE SEU EXERCÍCIO

É oportuno fazer, inicialmente, uma pequena digressão a respeito do local onde o trabalho é prestado pelo trabalhador à quem dele necessita, pois que relevante ao objeto do presente estudo.

Na passagem do feudalismo para o capitalismo o trabalho era prestado a domicílio, não só pelo trabalhador mas provavelmente por todos da família que tivessem condições de o auxiliar. O produtor contratava as peças que já esperava vender, enquanto que as pessoas trabalhavam com o fito de garantir seu sustento. Não havia aí se instalado a noção do “quanto mais melhor”, mas prevalecia a do “isso me basta”.

Quando a produção em massa se instala³, e se desenvolve o sistema de produção com a utilização de máquinas, surge a necessidade de se trazer todos os trabalhadores para dentro de um mesmo local - a fábrica - vez que ali a qualidade e o ritmo de seu trabalho serão de forma bastante rígida controlados pelo empregador⁴.

Este modelo de organização do trabalho acaba por se tornar hegemônico no regime capitalista até início dos anos 80, quando surge o modelo de produção em rede, onde a produção dos vários itens componentes de um determinado produto é realizada por empresas diferentes. E, nestes tempos de globalização, essa mesma produção pode ser realizada em qualquer país no mundo.

Ocorre que com o desenvolvimento do contrato como instrumento jurídico de responsabilização dos contratantes e da informática como elemento que possibilita o controle das atividades em qualquer lugar do planeta, os capitalistas descobriram que poderiam obter de terceiros produtos e serviços tão bons, ou mesmo melhores, que aqueles que seriam produzidos por seus próprios empregados.

Assim, liberando os empregados de trabalhar para o empregador, este deixa de assumir custos com o próprio *local de trabalho*, que envolve crescentes valores decorrentes da valorização dos imóveis. E o contrato celebrado com o fornecedor terceirizado garante a qualidade e tempestividade da entrega do objeto do contrato. Dito de outro modo, o contrato jurídico e a informática permitem ao capitalista dispensar o trabalho que até então era realizado sob sua visão e controle,

sendo que doravante este poderá ser realizado em qualquer local do planeta.

Mais que importante alteração com relação ao *local* onde o trabalho é realizado, nos dias atuais cada vez menos se contrata o trabalho humano, e mais se busca tão somente o seu resultado.

CAUSAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Uma análise rápida das origens do direito do trabalho nos mostra que o mesmo surge no início do século XX de forma mais ampla, sendo que os direitos trabalhistas mais se desenvolveram no período compreendido entre o pós II Guerra e o fim dos anos 70. Foi aí que, no mundo ocidental capitalista, a economia viveu seus “30 Anos Gloriosos”, num círculo virtuoso que aliava o crescimento econômico com o incremento do Estado do Bem Estar Social, não só nos países centrais quanto nos da periferia. Aliás, não são poucos os autores que defendem a idéia de que os direitos dos trabalhadores só se desenvolveram no pós guerra para fazer frente às promessas do comunismo, já instalado na extinta União Soviética desde 1917; desaparecendo a utopia do socialismo, desapareceu a necessidade de se “mimar” os trabalhadores, começando o ataque desenfreado às suas conquistas quase que simultaneamente com a paradigmática queda do Muro de Berlim.

De qualquer forma, neste cenário econômico caracterizado por forte crescimento econômico (os citados 30 Anos Gloriosos), e dentro de uma visão microeconômica, as empresas não têm tanta preocupação com relação aos seus custos, visto que estão mais interessadas em ampliar seus mercados, dentro e fora do país. Os lucros gerados por este aumento nas vendas compensam eventuais perdas com custos desnecessários. A organização do trabalho, nesta época, se fundava no padrão *fordista*, verticalizado, onde a maioria das atividades necessárias é realizada dentro da própria empresa (incluindo aí suas filiais ou empresas coligadas).

Quando na década de 70 ocorre a crise do petróleo (embora a crise econômica mundial não tenha sido causada apenas pela subida dos preços desta *commodity* pelos países produtores), a oportunidade de ganho pela ampliação de mercados desaparece, e as

⁽³⁾ Essa passagem é magistralmente apresentada por Max Weber em seu “Ética Protestante e Espírito do Capitalismo”.

⁽⁴⁾ Em seu filme “Tempos Modernos”, Charles Chaplin demonstra como a linha de produção, com máquinas movidas a eletricidade, retiram do trabalhador a possibilidade de controlar seu ritmo de trabalho, agora deixado nas mãos do empregador.

empresas passam a ter de alterar seu modo de administração, tendo agora uma grande preocupação com seus custos de fabricação e de funcionamento.

Esta nova realidade administrativa fez com que as empresas alterassem o modo de organização do trabalho⁵, pelo que adotaram o método *toyotista* de produção, segundo o qual a verticalização da produção passou a ser substituída pela horizontalização da mesma, criando uma rede de produtores e fornecedores.

Com este sistema, as empresas não mais precisariam se preocupar tanto com os detalhes de produção de suas matérias primas ou itens utilizados nas suas linhas de produção, pois que esta preocupação seria transferida ao seu fornecedor. Assim, por exemplo, a administração de uma indústria não precisaria se preocupar com as variações de seus estoques, pois que poderia comprar de seu fornecedor apenas aquilo que ela necessitasse para o atendimento de seus pedidos em carteira. Ou seja, deixam de se preocupar com as *oscilações da demanda*. A redução - ou mesmo eliminação - de estoques reduz os custos com capital imobilizado.

Deve-se atentar para o fato de que a aquisição de insumos junto a terceiros sempre existiu, mesmo à época do *fordismo*, afinal, não era comum que uma indústria automobilística, por exemplo, produzisse os pneus e os vidros utilizados em seus carros. O que se alterou foi que, dentro da nova técnica de administração das empresas, a delegação a terceiros da responsabilidade pela produção de um ou mais itens necessários ao seu funcionamento se tornou hegemônica, comum.

Neste sentido, estudiosos do setor automotivo demonstram que nas indústrias mais avançadas a quase totalidade da produção, atualmente, está delegada a terceiros, para não dizer a própria montagem, cabendo à montadora propriamente dita apenas os setores de *marketing*, projetos e financeiro.

Mas, diferentemente do que entendem muitos, a terceirização não visa a especialização ou qualificação dos bens ou produtos oferecidos - isso já é exigível em face do contrato celebrado entre comprador e fornecedor! A vantagem da terceirização é que as *oscilações* na demanda por produtos ou serviços não será mais arcada pelo tomador, mas sim por quem fornece, de forma terceirizada, os bens ou serviços.

O desenvolvimento de produtos é muito custoso, só sendo viável às grandes empresas, o que

leva muitas à simplesmente *copiar* o que já se desenvolveu. Para fugir desta concorrência desleal as empresas líderes estão sempre *sucateando* seus produtos, colocando outros novos no mercado, mais "sofisticados", tendo a propaganda comercial o papel de induzir ao consumo destes mesmos bens.

Ou seja, a rapidez exigida para a colocação de um produto no mercado e a curta vida útil do mesmo demanda dos produtores uma *flexibilidade* ímpar que o modelo anterior de organização do trabalho jamais poderia garantir. Assim, o capitalista pode agora, quando necessitar, comprar o quê e quanto quiser, enquanto isso lhe for interessante.

Resumindo, mais importante que a especialização (com conseqüente aumento de qualidade do produto) decorrente da produção em rede, ou horizontalizada, está o benefício para quem desse método se utiliza de alcançar uma flexibilidade de fornecimento, redução ou mesmo a supressão de estoques e eliminação de gastos com o local de trabalho. A vantagem daí decorrente está em que os valores que seriam imobilizados em estoques e imóveis poderem ser usados no desenvolvimento de outros produtos, repasse de dividendos aos acionistas ou, principalmente, sua aplicação no mercado de capitais.

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Todo o raciocínio que até aqui se apresentou com relação à terceirização na *produção* pode ser usado para a terceirização de *serviços*.

Dentro do propósito de apenas adquirir aquilo que em dado momento seja necessário, as empresas passaram a terceirizar, também, os serviços por elas utilizados em suas atividades. Exemplos mais clássicos desta tendência foram a contratação de empresas de fornecimento de alimentação, de prestação de serviços de segurança e mesmo de assessoria jurídica. Nestes casos não foram raras as contratações dos próprios ex-empregados, agora na qualidade de empresários da área de serviços.

Se para os *tomadores* dos serviços terceirizados a vantagem deste mecanismo está em se livrarem eles da responsabilidade da administração dos mesmos (já se fala há algum tempo em *quarteirização* - empresas que administram as empresas terceirizadas), para os

⁽⁵⁾ Entendida aqui não como aquele prestado por um trabalhador a um capitalista, mas sim como forma de organizar a suas atividades.

fornecedores destes mesmos serviços a liberdade de escolha pode não ser tão ampla assim. Dito de outra forma, se para os que contratam os serviços terceirizados há uma vantagem financeira (caso contrário não o fariam), a opção pelo *fornecimento* desses mesmos serviços pode não se fundar nesta mesma racionalidade, mas sim na pura e simples necessidade, por absoluta falta de alternativa.

Muitos estudiosos do direito se detêm nessa realidade para combater a terceirização, sem notar se tratar de uma nova e irrecusável realidade econômica. Pretender que todo o trabalho seja realizado dentro e sob a responsabilidade e risco do tomador dos serviços é pretender fazer girar ao contrário a roda da história. Nem se pode pretender que o retorno ao cenário econômico vigente entre 1945 e 1970 faria desaparecer esta tendência, vez que, certamente, os ganhos decorrentes do aumento da produção seriam canalizados para o mercado financeiro, jamais para arcar com os custos da *internalização* de todo o espectro produtivo.

Já estamos, assim, há mais de 20 anos, dentro de um processo de mudança de paradigmas, que traz em si todas as dores sociais dele decorrentes. Os livros de história, aliás, nos mostram que as mesmas dificuldades ocorreram com a substituição do sistema feudal pelo capitalista, e dentro deste com o desaparecimento dos artesãos para a hegemonia do trabalho assalariado.

Dentro dessa condição *ideal*, a terceirização nada tem de ilícito. Muito ao contrário, encontra ela seu fundamento legal no artigo 170, § único da Constituição Federal e 594 do Código Civil!

Mas, lamentavelmente, sobretudo em nosso país, a terceirização de serviços tem sido instrumento para se burlar direitos dos trabalhadores, o que gera a imperiosa necessidade de se diferenciar a terceirização *lícita* da *ilícita*, bem como as hipóteses de responsabilização - ou não - do tomador dos serviços terceirizados.

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

Costuma a doutrina mais autorizada classificar a terceirização como sendo *lícita* ou *ilícita*, sendo que na primeira a terceirização se daria nas atividades *meio*, gerando a responsabilidade subsidiária do tomador por eventuais créditos do trabalhador não saldados pelo fornecedor dos serviços, e na segunda - a terceirização ilícita, realizada nas atividades *fim* - tornaria nulo o liame jurídico entre o trabalhador e o fornecedor de seus

serviços, gerando o vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador e o tomador de seus serviços. É este o entendimento jurisprudencial cristalizado no Enunciado 331 do C. TST.

Ocorre, porém, que na prática é muito difícil se diferenciar a atividade meio da atividade fim de uma empresa, a começar que o exercício de uma atividade econômica traz em si tantas atividades acessórias que, face à sua relevância, podem se confundir com a atividade principal. Há ainda a questão de que, tendo o contrato social a função de fixar o *objeto* da pessoa jurídica, nem sempre será ele claro neste sentido.

Na maioria dos casos esta classificação chega a ser impossível. Para exemplificar podemos pensar na movimentação de cargas dentro de uma fábrica de pneus: será a atividade do emplilhadeirista uma atividade *meio* (mas os pneus - ou qualquer outra mercadoria - não circulam sozinhos dentro da empresa) ou *fim* (mas se trata de uma indústria de pneus, e não de uma empresa de prestação de serviços de movimentação de carga)?

Dada a impossibilidade de se limitar a terceirização de serviços dentro de uma atividade econômica - o seu uso tende ao infinito - tem-se que o enquadramento de uma atividade como sendo *meio* ou *fim* é impossível, e ainda que não o fosse, seria insuficiente para caracterizá-la como *lícita* ou *ilícita*, com as consequências jurídicas acima citadas e de todas já conhecidas.

Aliás, chama a atenção o fato de que o poder amplo que se dá ao intérprete da norma para classificar uma terceirização como lícita ou ilícita, sem que o mesmo tenha a mais simples noção fática do que se trata, tem levado a situações de extrema injustiça, eis que a terceirização de uma atividade meio pode ser fraudulenta, e uma realizada na atividade fim não o ser, partindo-se sempre do princípio (inviável) de que essa classificação seria possível.

Não se pode presumir que toda e qualquer terceirização seja ilícita. Trata-se de negócio jurídico e, desde que atendidos os requisitos legais de validade do contrato celebrado, válida ela será, mormente em face do disposto no artigo 5º, XXVI da Constituição Federal, que garante o ato jurídico perfeito e os retos citados artigos 170, § único da mesma Carta Maior e 594 do CCB.

Dentro do setor secundário da economia - atividade industrial - não se tem notícia de fraudes aos trabalhadores em face de terceirização realizada pelos

capitalistas⁶. A questão está, justamente, na terceirização realizada no setor terciário - prestação de serviços - da economia, posto que envolve a contratação de trabalho humano, e não de produtos, como é o caso da terceirização no setor secundário. Doravante será considerado no presente trabalho a terceirização na prestação de serviços.

De forma bastante sintética, pode-se dizer que a terceirização ilícita ocorrerá quando o tomador, pretendendo reduzir custos e responsabilidades, contratar trabalhadores por empresa interposta (a *marchandage* do direito francês).

Aqui duas observações são oportunas. Primeira, o fato de pretender reduzir custos não traz em si qualquer ilegalidade, pelo contrário, faz parte do mecanismo de funcionamento do mercado dentro de um regime capitalista de produção. Muitos doutrinadores, ao que parece preocupados em dar uma aparência menos materialista a este mecanismo de administração, o justificam como sendo em busca de um aperfeiçoamento nos serviços a serem prestados. Salvo melhor juízo, não há como dizer que o serviço de vigilância, limpeza, etc. possa ser melhor realizado por uma empresa terceirizada do que por funcionários da própria tomadora. Muito ao contrário! Segundo, não se pode crer que alguém, deliberadamente, vise apenas e tão somente prejudicar seus empregados, sem se importar com os ganhos financeiros daí advindos. O contrário é o que se dá: em busca de ganhos financeiros desconsidera-se os direitos dos trabalhadores.

Ocorre, porém, e em se pensando em atividades específicas, como serviços jurídicos, assessorias econômicas, serviços e projetos de engenharia, etc., esta especialização efetivamente se faça presente. Mas aí ter-se-á o trato com *profissionais liberais* que dificilmente pretendiam ser empregados da tomadora. Inobstante a inexistência de estatísticas a respeito, é fato que o grosso dos processos de terceirização - e onde mais ocorrem violações aos direitos dos trabalhadores - se dá nas terceirizações de pouca especialização profissional dos trabalhadores.

Feitas estas considerações, e retornando já para a questão da terceirização ilícita, decorrente da intermediação de mão de obra, a doutrina e a jurisprudência já solucionaram a questão, havendo, para tanto,

previsão legal específica: para a caracterização do vínculo empregatício diretamente com o tomador basta, na relação fática existente, o preenchimento dos cinco requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, quais sejam: ser o trabalhador pessoa física⁷, exercendo seus serviços com pessoalidade, subordinação, de forma não eventual e mediante remuneração; presentes estes requisitos em sua totalidade, o disposto no artigo 9º da CLT será o fundamento jurídico para a declaração de nulidade do contrato formal de prestação de serviços e declaração do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador.

Os casos de terceirização ilícita ocorrem com grande frequência com as pseudo cooperativas de prestação de serviços, serviços de segurança e vigilância, sendo que os tribunais trabalhistas têm sido bastante rígidos na responsabilização dos envolvidos, não raras vezes atingindo aspectos criminais.

A RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A terceirização de serviços, como espécie de ato jurídico que é, gera aos contratantes direitos e obrigações. Em especial aos tomadores dos serviços gera, também, responsabilidades.

Na terceirização lícita se verifica uma relação jurídica entre o trabalhador e a empresa que o contrata - a *fornecedora* dos serviços - relação esta normalmente de natureza trabalhista. Há, ainda, a relação entre esta empresa fornecedora dos serviços e aquela que a contrata - a tomadora dos serviços - relação esta de natureza comercial.

Na relação entre o trabalhador e a empresa fornecedora de seus serviços se aplicam as normas heterônomas e autônomas que regem as relações empregatícias. Ou seja, enquanto empregadora, esta empresa deve se responsabilizar pelo cumprimento de todas as suas obrigações decorrentes da relação empregatícia havida com o trabalhador.

No que se refere à relação entre a fornecedora e a tomadora dos serviços, os direitos e obrigações das partes contratantes decorrerá das disposições contratuais e das disposições legais aplicáveis à esta mesma relação contratual.

⁽⁶⁾ Para repetir o exemplo já dado anteriormente, seria aqui a hipótese de uma montadora de automóveis terceirizar o fornecimento de pneus, vidros ou mesmo o sistema de transmissão dos veículos por ela produzidos.

⁽⁷⁾ O simples fato de o trabalhador prestar serviços através de uma pessoa jurídica, ainda que seja ele próprio o titular da mesma, não descaracterizará o vínculo empregatício, desde que se verifique a *fraude* no uso da mesma, aliada à presença dos demais requisitos.

Mas haverá alguma responsabilidade do tomador dos serviços para com o trabalhador, vez que entre eles não há uma relação contratual direta, mas intermediada pela fornecedora dos serviços?

É sabido que no direito pátrio não há regulamentação jurídica específica sobre a terceirização. O que há, em verdade, são construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, vigendo, na atualidade, o enunciado nº 331 do C. TST, que em seu item IV dispõe, *verbis*:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto à aquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.”

Dado que, em face do disposto no artigo 5º, II da Constituição Federal, tal enunciado não gera qualquer obrigação direta, mas sinaliza o entendimento jurisprudencial dominante⁸, é de se indagar qual seria o fundamento jurídico para a responsabilização *subsidiária* do tomador dos serviços em face de eventuais créditos do empregado não saldados pelo fornecedor dos serviços. E a resposta se encontra no artigo 186 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E do ato ilícito surge a obrigação de indenizar o ofendido, conforme disposição do artigo 927 do mesmo Código Civil.

Mas aqui se deve retornar à questão inicialmente posta: de onde surge a responsabilidade do tomador? Pratica ele ato *ilícito* ao celebrar um contrato de natureza comercial com a empresa fornecedora de serviços?

Mais ainda, a doutrina e a jurisprudência costumam fundar a responsabilidade nas culpas *in eligendo* e *in vigilando* do tomador dos serviços, partindo-se do pressuposto que agiu ele com culpa ao contratar a empresa fornecedora dos serviços que violou os direitos dos trabalhadores (*culpa in eligendo*) e por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas daquela para com estes (*culpa in vigilando*).

Contra estes argumentos, e mais especificamente contra a alegada culpa *in eligendo*, poderia ser considerado que, dentro de um regime capitalista, é *óbvio* que a tomadora irá contratar os serviços da empresa que oferecer melhores preços e condições, afinal, é esta a finalidade maior da terceirização, como anteriormente já analisado. Nada há de ilegal na contratação de quem ofereça um determinado bem ou serviço nas melhores condições, dentro de um regime de concorrência, fato aliás comum em nosso dia a dia enquanto consumidores!

Contra a culpa *in vigilando* caberia o argumento segundo o qual a tomadora dos serviços não tem competência fiscalizatória, não pode exigir da fornecedora, a qualquer tempo, a exibição de seus livros e registros fiscais, pois que tal competência só é dada às autoridades estatais. E se estas não constatarem, em tempo, o descumprimento das obrigações da fornecedora para com o trabalhador, como exigí-lo da tomadora? Como então fundar a responsabilidade da tomadora em elementos dos quais ela não pode se utilizar? Não seria, então, o Estado o efetivo responsável pelos atos da fornecedora?

Tais contradições são apenas aparentes, e não se sustentam à uma análise mais cuidadosa das relações havidas entre as partes.

Em primeiro lugar há de se considerar o aspecto *teleológico* do direito do trabalho, que tem em vista, sempre, a melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores (Constituição Federal, 7º, *in fine*).

Mas importa especialmente à questão ora posta o disposto no artigo 421 do Código Civil, segundo o qual: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato”. (grifo nosso).

Quer dizer, se dentro do aspecto *organizacional* de sua empresa pode o tomador de serviços decidir, ou não, pela contratação de empresas de prestação de serviços para o desempenho de atividades que, de outra forma, seriam de sua própria responsabilidade, deverá ele ter em mente não só o aspecto econômico aí envolvido, mas também os aspectos sociais relacionados a esta operação.

Neste sentido, é necessário se abordar novamente os elementos que a doutrina e a jurisprudência utilizam para a responsabilização do tomador pelos créditos trabalhistas do trabalhador não saldados pela

⁽⁸⁾ Não se pretende minimizar o papel de fonte de direito das súmulas de jurisprudência, mas apenas considerar-se a necessidade de fundamentação jurídica específica da responsabilidade subsidiária nos casos de terceirização em vista do Princípio da Legalidade previsto no citado artigo 5º, II da Constituição Federal.

fornecedora de seus serviços, quais sejam, as culpas *in eligendo* e *in vigilando*.

No que se refere à primeira delas - culpa *in eligendo* - é interessante se retomar as considerações de ordem microeconômicas, mais precisamente a questão do acesso às informações. A capacidade e facilidade do capitalista às informações necessárias ao desenvolvimento de suas atividades (custos, encargos fiscais, preços praticados pela concorrência, etc.) são consideradas como instrumentos de sua atuação. Quanto maior o acesso às informações relativas ao seu negócio, maior a possibilidade de o empresário ser bem sucedido em relação aos concorrentes que não tenham acesso às mesmas.

E se, para contratarem, o tomador e o fornecedor podem e devem lançar mão da busca do maior número de informações acerca de seu futuro parceiro contratual, em relação aos trabalhadores tal não se dá. Na terceirização de serviços, sobretudo naquelas onde ocorrem os maiores casos de violação a direitos trabalhistas, os empregados costumam ser de baixa qualificação e pouca instrução, o que, aliado ao seu grau de necessidade de obterem uma fonte de renda, torna inviável se esperar dos mesmos qualquer consideração desta natureza a respeito de quem os contrata. Mais que isso, não se pode esperar dos trabalhadores uma preocupação quanto à higidez financeira de quem os pretende contratar, quando se sabe do grave quadro de desemprego que assola nosso país.

Pois bem, no que se refere à capacidade de obtenção de informações, é indiscutível que o tomador de serviços terceirizados pode, e deveria, ser extremamente criterioso ao contratar uma empresa fornecedora de serviços terceirizados. Não se trata apenas de pesquisar perante as Juntas Comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de considerações de ordem matemática-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acréscimo dos encargos sociais e lucro desta!

Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se esta terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre o mesmo incidentes, os encargos tributários decorrentes

do exercício da atividade da fornecedora, bem como sua eventual margem de lucro. Com estas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e o fisco, ou não.

Como se diz popularmente, *ninguém faz milagre, ou quando a esmola é muita, o santo deve desconfiar*. Desta forma, se as contas não fecharem, deverá o tomador evitar a contratação, pois que ali se tem fortes indícios de violações a direitos de terceiros perpetrados pela fornecedora, com os quais a tomadora não pode compactuar.

Assim, reside aí a eventual culpa *in eligendo* do tomador dos serviços terceirizados.

Por sua vez, e no que se refere à culpa *in vigilando* da tomadora, é de se ver que, em âmbito contratual, poderá ela verificar se os cálculos aproximados procedidos para a isenção de sua culpa *in eligendo* estão se realizando na prática. Para tanto, é interessante que faça constar no contrato a ser celebrado com a fornecedora de serviços a obrigatoriedade de esta fornecer mensalmente, sob condição de não pagamento do preço acordado, a relação dos empregados que lhe tenham prestado serviços, os cartões de ponto e recibos de pagamento de salários dos mesmos, além das guias de recolhimento de FGTS, INSS e demais encargos e obrigações trabalhistas exigíveis daquela.

É importante neste ponto recordar que na maior parte das vezes as condenações atribuídas às tomadoras de serviços terceirizados é grande porque em audiência se deu a revelia da fornecedora dos serviços, e não tem a tomadora a possibilidade de comprovação de cumprimento de parte das obrigações por parte daquela.

Se a tomadora condiciona o pagamento pelos serviços prestados à entrega em cópia simples destes documentos, e efetivamente tal ocorrendo, não se poderá atribuir à mesma a culpa *in vigilando* decorrente da relação contratual havida com a empresa de serviços terceirizados, sem, com isso, caracterizar-se exercício de funções estatais.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A RELAÇÃO PROCESSUAL

Se tudo o que se expôs até aqui tem natureza de direito material, é de se analisar também quando nas situações de terceirização ocorrem conflitos de interesses que sejam submetido ao Judiciário Trabalhista.

Neste aspecto será necessário, antes de mais nada, verificar se se trata de terceirização lícita ou ilícita, ou seja, se se discutirá a responsabilidade subsidiária do tomador ou, no caso da terceirização ilícita, o vínculo empregatício direto entre este e o trabalhador.

Assim, quando se constatar que, em verdade, o trabalhador era empregado do tomador de seus serviços, eis que presentes os requisitos para a caracterização deste vínculo (subordinação, onerosidade, não eventualidade e, principalmente a pessoalidade), dever-se-á postular a *nulidade* do contrato de trabalho entre o trabalhador e a empresa fornecedora de mão de obra, ante o disposto no artigo 9º da CLT, e a declaração do vínculo empregatício entre o agora Reclamante e a Reclamada-tomadora dos serviços. Poderá a fornecedora de mão de obra (formal empregadora do trabalhador) constar, também do pólo passivo do feito para que não se alegue, posteriormente, cerceamento de defesa, embora a discussão principal seja, efetivamente, entre o trabalhador e a tomadora, bem como para que não surjam incidentes frente a eventual pedido de intervenção de terceiros a ser solicitado pela tomadora. O melhor, todavia, é que se apresentem pedidos *sucessivos*, o primeiro postulado o vínculo empregatício diretamente com a tomadora; caso o mesmo seja julgado improcedente, postula-se a condenação da prestadora de serviços e a responsabilidade subsidiária da tomadora.

Por sua vez, se não caracterizado o vínculo empregatício entre a tomadora e o trabalhador, eis que a terceirização foi lícita, deverão ambas as empresas figurar no pólo passivo do feito, a fornecedora de mão de obra como devedora principal e a tomadora como subsidiária. E como há a possibilidade de o trabalhador prestar serviços para vários tomadores, deverá se atentar para o arrolamento de todos os tomadores, especificando cuidadosamente o período trabalhado para cada um deles, vez que a eventual responsabilidade subsidiária se restringirá ao período em que o Reclamante para cada uma trabalhou.

Expostos os fatos, deverá se postular, no rol de pedidos, a condenação da Reclamada fornecedora no pagamento das verbas postuladas e a responsabilidade subsidiária da tomadora caso aquela se mostre inadimplente quanto aos direitos do Reclamante.

Caso uma ou mais tomadoras negue o trabalho do Reclamante no período citado na exordial, caberá a este provar ter laborado para a mesma, caso contrário será da Reclamada o ônus de provar que todos os direitos do Reclamante foram quitados à época em que o mesmo para ela trabalhou - daí a importância do quanto se

disse a respeito da exigência contratual de fornecimento pela fornecedora à tomadora dos documentos comprobatórios.

É de se notar que, ante eventual alegação da tomadora de total quitação dos direitos do Reclamante - o que transmitiria a este o ônus probatório - pode o juiz devolver o ônus probatório à Reclamada ante o disposto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho ante a previsão do artigo 769 da CLT.

Por sua vez, comprovado que o Reclamante trabalhou para a tomadora no período declinado na petição inicial, a responsabilidade subsidiária se restringe a este período, não se podendo responsabilizá-la pelo que venha a ocorrer na relação fornecedora-trabalhador após a rescisão contratual entre aquela e a tomadora. Dito de outra forma, a responsabilidade *subsidiária* da tomadora da mão de obra se restringe ao período em que manteve relação contratual com a fornecedora. Se algum empregado desta vier a ser dispensado neste período, só haverá responsabilidade daquela se o trabalhador tiver para ela trabalhado. Por sua vez, se após rescindido o contrato entre as empresas, vier a fornecedora algum tempo depois a falir, não poderá a tomadora ser responsabilizada pelas *verbas rescisórias* dos trabalhadores, ainda que tenham trabalhado para a tomadora, vez que neste momento não tem ela qualquer responsabilidade para com a fornecedora ou com o trabalhador.

Com relação à falência da fornecedora de serviços terceirizados (terceirização lícita), tem-se que a responsabilização da tomadora, de natureza subsidiária dependerá da extinção do processo falimentar sem a quitação dos direitos do trabalhador, salvo se se tratar de fornecimento de trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/74, quando a responsabilidade da tomadora será solidária com a fornecedora, ante o disposto no artigo 16 da mesma. Discordamos, assim, dos que fazem aplicação *analgógica* do referido artigo para os casos em que a prestação de serviços não tem caráter temporário, mas por tempo indeterminado, por falta de previsão legal específica.

No que diz respeito à contestação das rés, há de se atentar para a natureza do pedido formulado na inicial. Assim, se o autor considera que a terceirização foi ilícita, e postula o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a tomadora, deverá esta, a par de eventuais questões preliminares, de natureza processual, discutir o mérito do feito, ou seja, a inexistência do vínculo empregatício pretendido, demonstrando que não

se encontram presentes um ou mais dos requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT.

Mas se o autor entende lícita a terceirização, fazendo figurar no pólo passivo do feito ambas as empresas envolvidas - fornecedora e tomadora da mão de obra - deverá a primeira discutir o mérito dos pedidos, impugnando-os se for o caso, ao passo que à segunda caberá discutir a sua responsabilidade, principalmente com relação ao período em que o Reclamante eventualmente tenha efetivamente trabalhado para ela.

Em audiência deverá a tomadora, quando demandada na qualidade de subsidiariamente responsável, fazer provas quanto ao trabalho prestado pelo trabalhador à ela, ainda que tenha havido a revelia da primeira Reclamada/fornecedora de serviços. Afinal, a confissão ficta abrange tão somente a empresa revel, e não aquela que se fizer presente e apresentar sua defesa. Note-se, neste ponto, que em possuindo a tomadora os documentos relativos à relação entre fornecedora e trabalhador/Reclamante, poderá fazer prova da quitação de verbas eventualmente pagas, bem como fazer instrução acerca das matérias fáticas cabíveis, dado que seu interesse processual repousa na possibilidade de se ver condenada por conta da revelia da fornecedora.

Por fim, a execução da empresa tomadora que na sentença trânsito teve a sua responsabilidade subsidiária declarada só poderá ocorrer após a certidão de inexistência de bens executáveis da fornecedora dos serviços, pois que só aí inicia a sua responsabilidade.

CONCLUSÃO

Muitas das dificuldades encontradas atualmente pelos operadores do direito do trabalho se fundam na incapacidade dos mesmos compreenderem a nova *realidade* que este ramo jurídico visa regular. Buscam o uso de tipos jurídicos aos quais os fatos já não mais se subsumem.

A terceirização, enquanto modelo de organização do trabalho num regime capitalista de produção é fenômeno atual e irreversível, e sua utilização, que já é grande, tende certamente a aumentar, no Brasil e no mundo. Aliás, muito do que se diz acerca da globalização tem a ver, em parte, com o fenômeno de se delegar a terceiros a realização de atividades que outrora eram realizadas pela própria empresa "terceirizante".

Se de um lado a demanda por serviços terceirizados é promovida por empresas médias e

grandes que optam por dispensar seus empregados para delegar a terceiros (quando não estes mesmos empregados, agora na qualidade de empresários) a realização de suas atividades, a oferta por serviços terceirizados muitas vezes é garantida pelo enorme número de trabalhadores dispensados, criando um círculo nem sempre virtuoso.

Levados os conflitos de interesses à arbitragem estatal, deverão os operadores jurídicos bem tipificarem a relação fática havida: verdadeira relação de emprego maquiada de terceirização, que levará a caracterização do vínculo empregatício entre o tomador e o trabalhador, ou típica situação de terceirização de mão de obra, quando surgirá para o tomador a responsabilidade subsidiária pelos créditos devidos àquele que lhe prestou serviços, não saldados pela fornecedora destes mesmos serviços.

Na relação processual, dever-se-á atentar para o tipo de tutela pretendida - declaração do vínculo empregatício diretamente entre tomador e trabalhador ou condenação da fornecedora de mão de obra pelos créditos de seu empregado, com responsabilidade *subsidiária* da tomadora, a qual se restringirá ao período em que houve relação jurídica entre elas, e desde que o empregado tenha prestado serviços para esta tomadora.

Há de se ter em mente que a terceirização não é, *per si*, ilegal, como não se pode pretender que o tomador ou fornecedor da mão de obra terceirizada estará sempre visando prejudicar os trabalhadores. Trata-se de nova forma de organização empresarial, sendo que no mais das vezes o fornecedor da mão de obra é um ex-empregado que, dispensado, nada mais tinha a oferecer ao mercado que seu trabalho, agora organizado numa empresa de trabalho terceirizado.

Verifica-se, assim, que é muito grande a responsabilidade do operador do direito no trato desta matéria, pois que o descuido na análise da situação fática que lhe for eventualmente apresentada poderá, com grande facilidade, criar grandes injustiças ou mesmo inviabilizar o sustento de inúmeras famílias, num mundo onde o trabalho tende a ser cada vez menos necessário.

Por seu lado, os que tomam serviços de mão de obra terceirizada devem ter em mente que o contrato a ser celebrado não envolve apenas seus interesses e da empresa fornecedora, mas traz consigo o sustento de muitas pessoas, daí a noção que se deve ter de caráter social do contrato. Se é lícito que busque sempre o incremento de seus ganhos, deverá atentar para que, para obtê-lo, outros não sejam prejudicados. E para

tanto poderá lançar mão de instrumentos já hoje plenamente acessíveis, sob pena de responder por eventual inadimplência dos fornecedores de serviços.

E, para concluir, deverão os operadores do direito do trabalho buscar compreender cada vez mais a realidade fática onde o trabalho se desenvolve, deixando de lado

seus conceitos prévios, suas convicções e suas ideologias, para entender o *modus operandi* vigente, para só então tipificá-lo como lícito ou ilícito, buscando a responsabilização no segundo caso, tudo para que, mais que a mera aplicação do direito, se faça a verdadeira *Justiça*.

ENSINO - A DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL PARA A APLICAÇÃO NO MUNICÍPIO. DOS ÓRGÃOS FISCALIZADORES SOBRE A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO¹

*“Se enxerguei mais longe, foi porque subi em ombros de gigantes”
Sir Isaac Newton*

Wilson Roberto MATEUS²

INTRODUÇÃO

No que tange à Administração, em especial a Municipal, o Ensino, ou a Educação, é sem dúvida alguma, uma das maiores preocupações para os gestores públicos, seja pela cobrança efetiva da população, ou simplesmente, porque há uma série de normas constitucionais e infraconstitucionais para cumprir.

Não seria necessário dizer, o que já foi repetido à exaustão, que a Educação, após maciços investimentos, fez a diferença para o crescimento dos *Tigres Asiáticos*, ou para a importância que têm os países europeus no contexto mundial.

Na verdade, a Educação é imperiosa para promover a ascensão social, e em exemplo mais próximo e modesto, podemos afirmar com toda a certeza, pôde fazer a diferença na vida de quem escreve, e de quem lê, este trabalho.

A Educação, a rigor, diminui as diferenças sociais, avança o progresso e tende a eliminar a corrupção, na medida em que promove a vontade de servir e o desejo de fiscalizar.

A bem da verdade, o tema *Educação* sempre foi de grande importância e interesse, sendo por demais complexo, e sobre o qual tentaremos lançar algumas considerações, em especial, porque entre outras coisas, se encaixa como *princípio constitucional sensível*, e bem assim, é abundante a jurisprudência do E.TCESP, no sentido de que a falta de aplicação de recursos definida pelo Legislador Constituinte enseja a reprovação das contas anuais do Administrador Público.

Contudo, não obstante o arsenal jurídico que impele o Poder Público a promover a Educação, na vida dura e concreta, longe das discussões acadêmicas, o que se mostra é uma grande deficiência da oferta, e em especial, de qualidade.

Ora, o que dizer das infames filas que perduram por dias a fio nas porta de algumas escolas públicas, nas quais se vêem pais zelosos, em corpos exaustos, esperançosos de conseguir uma vaga para seus filhos? É notório que mesmo em cidades desenvolvidas seja alto o déficit de vagas, em especial para o ensino infantil, o que obriga vez por outra a zelosa Promotoria de Justiça³, na qualidade de curadora dos direitos difusos,

⁽¹⁾ Palavras-chave / Key-words= ensino, público, gestor.

⁽²⁾ O Autor é Responsável por Equipe Técnica do E.TCESP – Regional Campinas, Especialista em Direito Constitucional, Advogado, Professor das Faculdade Comunitária de Campinas, de Direito Constitucional das Faculdades de Valinhos e do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da PUC-Campinas.

⁽³⁾ **Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente** – Art. 208. Regem-se pelas disposições desta lei das ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes, ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório; II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; (...) VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

coletivos e individuais homogêneos, a propor ações para compelir o Poder Público à oferta de vagas.

E o que dizer da angustiante e apertada concorrência ao vestibular para Universidades Estaduais e Federais, e mesmo a colégios técnicos de igual estirpe? Vale dizer que nestas *ilhas*, tidas por excelência de ensino, invariavelmente a aprovação e ingresso pertencem a filhos da classe média, mercê de anos a fio de esforços financeiros para mantê-los em escolas privadas, professores particulares e/ou cursinhos, searas longínquas da grande maioria da população brasileira.

Tal situação é notória e constitui verdadeiro paradoxo, pois aqueles, em tenra idade, que precisam do ensino público terão dificuldades em alçar vôos mais altos e, no futuro, restar-lhes-ão a escola privada, acaso possam suportar seus custos; ao revés, estudantes que conseguem ser mantidos em escolas privadas, estando seus pais a fazer um verdadeiro (e caro!) investimento, terão maiores chances de ingressar em uma universidade (ou colégio técnico) pública(o) e de qualidade. Quanto aos alunos que ainda têm a felicidade de ingressar em faculdades privadas (e que podem pagar por elas) diga-se de passagem, não será preciso fazer muito esforço para imaginar que os seus futuros professores terão sobre os ombros um trabalho ainda maior para formá-los, eis que, não raramente, lhes falta o mais comezinho conhecimento.

Mais, parecendo que a idéia da Educação fazer a diferença no futuro do indivíduo, talvez explique a razão pela qual, mesmo em situações de dificuldade financeira, as famílias resistam a cortar a escola particular de seus rebentos, vindo antes o lazer, o plano de saúde e, até algum luxo com a alimentação, relutando em transferir seus filhos para escolas públicas. Ao contrário, ao menor sinal de melhora financeira, a primeira providência dos pais é remeter seus filhos a escolas particulares (o que também não é, muitas vezes, garantia de qualidade).

Outra situação interessante, que está na mesma linha de nosso raciocínio, é a recente decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – SEL 2004.04.01.054675-8/PR⁴, acerca da autorização para que a Universidade Federal do Paraná pudesse reservar vagas (cotas) para *afro-descendentes* e alunos do ensino público.

Longe de entrar na seara da polêmica, mas com o fito de alimentar nossa argumentação, têm-se a notícia de que fora suspensa a liminar, pelo Tribunal que impedia a UFPR da reserva administrativa de cotas, sob o argumento de que *“A Carta Magna persegue também a redução das desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III) e a igualdade de condições para acesso e permanência na escola (artigo 206, inciso I”, e que “uma das maiores aspirações da sociedade brasileira atualmente é a igualdade de oportunidade a todos”.* (grifamos)

Na v. decisão, após ser citado que o jornal Zero Hora, de Porto Alegre, ter noticiado sobre o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), no que tange a diferença entre os alunos de escolas públicas e particulares, fora proferido:

“É inegável que o ensino público básico é ineficiente e por isso os que buscam as universidades públicas e têm sucesso, na maioria dos casos, são egressos de escolas particulares e, conseqüentemente, de classe social mais alta... Basta visitar os estacionamentos que abrigam os carros dos estudantes das universidades públicas, federais ou estaduais” (gs. ns.)

Ressaltamos, apenas após a evolução para um Estado Democrático de Direito é que pudemos observar o Estado (juiz) criticar a ação do próprio Estado (Executivo); contudo, é chocante o reconhecimento oficial, em especial porque **a grande maioria dos indivíduos em idade escolar está matriculada em escolas públicas**, o que vale dizer, ao término desse ciclo, poderão estar despreparados para o Ensino Superior, e por extensão, para o trabalho⁵ e para a vida.

Na monumental obra do Prof. José Afonso da Silva também há menção à discussão sobre a manutenção de alunos carentes fora de universidades públicas.

“...certas correntes de educadores e de publicistas ainda insistem em condenar a tradição e a evolução, assim como o sentido das normas constitucionais, postulando o ensino pago como “uma forma de praticar a justiça social”, pois que, segundo essa tese, há profunda

⁽⁴⁾ “Sistema de cotas - Justiça autoriza UFPR a reservar vagas para negros” www.conjur.uol.com.br/textos/251369/, pesquisa em 14.12.04

⁽⁵⁾ Lei de Diretrizes Básicas da Educação – Lei nº 9394/96 Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

desigualdade “entre a situação de alunos pobres, obrigados a pagar anuidades em estabelecimentos particulares, e alunos ricos, dispensados de fazê-lo em estabelecimentos oficiais. De acordo com esse ponto de vista, a “exigência de pagamento corrigiria o acesso e a manutenção de maior número de estudantes carentes”⁶.

Sob a angústia do questionamento, arremata magistralmente o insigne mestre:

“Há, ainda, a freqüente afirmativa de que as escolas oficiais gratuitas são de alcance muito mais fácil pelos alunos ricos, porque dispõem de condições mais favoráveis para superar as provas de ingresso, especialmente, nas Universidades, que podem pagar “cursinhos” caros para se prepararem, enquanto os pobres não o podem. Mas é aí que se situa a injustiça e a desigualdade de tratamento, pois compete ao Poder Público, desde a pré-escola, ou até antes, proporcionar, aos alunos carentes, condições de igualização, para que possam concorrer com os abastados em igualdade de situação”⁷. (gs. ns.)

Também deve ser destacado que na tentativa de manter o jovem na escola, fora editada a Emenda Constitucional nº 20/98, elevando a idade mínima de capacidade para o trabalho a 16 (dezesesseis) anos, procurando evitar a prematura entrada do jovem no mercado, o que prejudicaria sua formação acadêmica.

Enfim, neste breve trabalho, temos a pretensão de expor algumas das determinações constitucionais e infraconstitucionais que pesam sobre o Gestor, especificamente o Municipal, sem olvidar destas reflexões, situando-nos ao lado de um inconformismo geral e manifesto, pela necessidade de aprimoramento real da qualidade de ensino, ainda que a neste tocante, a discussão deva ser reservada para os peritos da área, a exemplo de professores, pedagogos, diretores e

secretários da educação, mas especialmente para os maiores interessados, pais e estudantes.

I - DAS DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DO ENSINO

O Estado existe com o objetivo de proporcionar o bem comum⁸.

De tal sorte, o Estado não vaga ao sabor do arbítrio de sua classe dirigente, mas sob o império de uma Constituição, aprovada legitimamente por Poder Constituinte, cujo Texto deve traçar os limites do poder e estabelecer os direitos e garantias dos indivíduos.

Para nós, é certo também que nossa atual Carta, promulgada em 05.10.88, é analítica, ou dirigente, vindo a estabelecer diretrizes de ação do Poder Público.

Nota-se a clara intenção do Constituinte em determinar a perseguição da justiça social ao definir:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste sentido, no que tange à Educação, incorporando o espírito da antiga Lei Calmon (Lei 7348/85), e de tal sorte, da Emenda 1/83⁹, a atual Constituição Federal impôs ao Administrador Público uma aplicação mínima anual, sobre os recursos provenientes da arrecadação e transferência de impostos.

Reza o Art. 212 da Carta:

⁽⁶⁾ José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 2000, p.817.

⁽⁷⁾ Obra citada, p.817.

⁽⁸⁾ “Procedendo-se a uma síntese de todas essas idéias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Dalmo de Abreu Dallari. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.107.

⁽⁹⁾ Conforme quadro elaborado no Manual Básico 2004 – Aplicação de Recursos no Ensino – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, disponível no site www.tce.sp.gov.br, pode ser observado que em diversas oportunidades houve determinação constitucional para aplicação mínima no Ensino: CF-1934, CF-1946, EC-1969, EC-1983, CF-1988.

*Art.212 - A União aplicará, **anualmente**, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.*

Evidente, que o **mínimo** a ser aplicado é de 25%, certo que nada impede que Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais possam estabelecer percentual ainda maior¹⁰.

Frise-se que não são todos os tributos que entram no cálculo, ficando de fora as taxas, as contribuições e as contribuições de melhoria.

Também deve ser frisado que no cômputo do valor mínimo a ser aplicado, deve ser somada à arrecadação no período, o montante recebido a título da Dívida Ativa (de impostos), incluindo juros e correção, em louvor à máxima de que *o acessório segue o principal*. Neste tocante, em função da sistemática da Contabilidade Pública adotar o regime de caixa para a contabilização das receitas, pouco importa o período da inscrição da Dívida, mas sim, o do efetivo recebimento do imposto e encargos.

É importante dizer-se, que embora estejam interligados à Educação, *lato sensu*, a Cultura e o Desporto, inclusive situando-se *geograficamente* no mesmo capítulo constitucional, é evidente que não se confundem para fins de aplicação de investimentos, valendo dizer que os gastos que não sejam estritamente vinculados ao Ensino, ainda que contabilizados como tal, devem ser desconsiderados, podendo inclusive, vir a contaminar a aplicação mínima anual obrigatória.

Na busca do aperfeiçoamento, posteriormente à edição da Constituição Federal (05.10.88), fora promulgada a importante Emenda Constitucional nº 14, de 13.09.96, e na sua esteira, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação - Lei 9394/96.

Neste sentido, a Emenda determinou a mudança no Texto Constitucional, para ficar constando que:

- a não aplicação do mínimo no Ensino pelo Estado torna-se motivo de intervenção;
- o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive aos que não tiveram acesso na idade própria, e progressiva universalização do ensino médio;
- a união organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.
- os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.
- os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

A Emenda 14/96, em especial, determinou que do montante mínimo a ser aplicado no Ensino, nada menos do que 60% (sessenta por cento), ou seja, 15% (quinze por cento) do que é arrecadado com impostos, seja aplicado exclusivamente no Ensino Fundamental por Estados e Municípios, além de criar o FUNDEF, com o intuito de equilibrar as diferenças regionais.

II – A EDUCAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL

A Educação é um direito fundamental¹¹.

Dessa forma, a Educação é direito de todos, além de constituir um dever do Estado e da família.

É o que está prescrito na Carta Magna:

Art.205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,

⁽¹⁰⁾ "Importante ressaltar que os Estados e Municípios podem estabelecer limites mínimos superiores aos 25% fixados na Constituição. Neste caso, por óbvio, o Estado ou Município deverá respeitar o limite estabelecido em sua Constituição ou Lei Orgânica e o Tribunal fica atento para isto, pois se trata de um programa de governo". Antonio Roque Citadini. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e os Gastos com Educação, disponível em <http://www.citadini.com.br/artigos/licitar0004.htm>, pesquisa em 18.01.05

⁽¹¹⁾ **Constituição Federal/88**

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art.206 - *O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:*

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

(...)

Art.208 - *O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - *O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.*

§ 2º - *O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.*

§ 3º - *Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.*

Art.209 - *O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:*

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Art.210 - *Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.*

§ 1º - *O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.*

§ 2º - *O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.*

No que tange à família, em tese, o desleixo dos pais em relação a educação de filhos com tenra idade, é passível de incorrer no crime tipificado como abandono intelectual¹². Contudo, o que mais nos interessa aqui, é a ação do Estado.

⁽¹²⁾ Código Penal

Art.246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Não bastasse o Texto transcrito determinar que na oferta do ensino haja **garantia de padrão de qualidade** (Art.206,VII), também é princípio determinante que a Administração Pública haja com **eficiência e eficácia** (Art.37, caput, c/c Art.74 II, da CF/88).

Desta feita, as ações afetas à Educação devem ser planejadas¹³ e principalmente, trazer resultados satisfatórios.

Evidentemente, a oferta de Ensino e, com qualidade, à população de um país-continente, como é o nosso, sem olvidar das questões regionais, é uma tarefa hercúlea...porém, não intransponível, em face do montante de recursos que lhe é destinada anualmente.

Vê-se que a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (LDBE), ratificando os termos da Carta, destaca como princípios e fins da Educação:

Art. 2º- A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - valorização do profissional da educação escolar;

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX - garantia de padrão de qualidade;

X - valorização da experiência extra-escolar;

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

A LDBE distingue ainda a **educação básica**, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, da **educação superior**.

Define a LDBE que a **educação básica** tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

De forma mais específica, quanto à educação básica:

- **A educação infantil**, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade;
- **O ensino fundamental**, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:
 - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;
 - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;
 - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

⁽¹³⁾ **Lei Complementar 101/00 - Lei de Responsabilidade Fiscal**

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal...

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

- o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.
- O **ensino médio**, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:
- I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;
- a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;
- o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;
- a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

Na verdade, a LDBE prima pela importância do Ensino Fundamental, e define bem a separação de competências e responsabilidades de cada ente da Federação, quais sejam:

- **União** – entre outras coisas, autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino, o que reconhecemos através do MEC – Ministério da Educação e Cultura;
- **Estado** – entre outras coisas, definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público e assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio.

- **Município** – entre outras coisas, oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Assim, fixando a preocupação com relação ao Ensino no Município, vê-se que a sua responsabilidade restringe-se prioritariamente ao ensino fundamental, sem deixar de oferecer, no entanto, a educação infantil. Vale dizer que os recursos serão destinados, no mínimo de 60% (sessenta por cento) dos 25% (vinte e cinco por cento) obrigatórios ao Ensino Fundamental, conquanto no Ensino Infantil, no máximo 40% (quarenta por cento) daqueles.

Destarte, nada impede que o Município proceda o atendimento do Ensino Médio e/ou Superior, desde que, antes tenha cumprido seu dever com relação ao Ensino Fundamental e Infantil. Também é possível aplicar-se um volume ainda maior no Ensino Infantil, desde que esteja garantida a aplicação mínima constitucional no Fundamental, o que ensejaria uma aplicação global acima de 25% do resultado da arrecadação de impostos.

E mais, a EC14/96 e a LDBE, na preocupação de fincar o pé na qualidade de ensino, instaurou o que chamou de “**Década da Educação**”, determinando a obrigatoriedade de que todas as crianças a partir de 07 (sete) anos fossem matriculadas em escolas, além de determinar que os profissionais de educação tivessem formação superior, à exceção daqueles formados no Normal, ministrando ensino para crianças do infantil e nas primeiras séries do fundamental.

“Com a edição da Emenda Constitucional nº 14/96 iniciou-se a década da erradicação do analfabetismo em nosso País e da Valorização dos Profissionais do Magistério do Ensino Fundamental. Criou-se, então, o fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, cujo objetivo é garantir que num prazo de dez anos 15% (quinze por cento) dos principais impostos sejam aplicados no Ensino Fundamental”¹⁴

⁽¹⁴⁾ Guia de Orientação aos Membros do Conselho do FUNDEF – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2004, p. 6/7.

III - A EDUCAÇÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL SENSÍVEL

O Brasil é uma República Federativa, onde a União, os 26 (vinte e seis) Estados, o Distrito Federal, e os mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) Municípios possuem a chamada autonomia¹⁵.

Assim, entende-se que todos estes Entes possuem autonomia para legislar (auto-organização), escolher seus próprios dirigentes (autogoverno) e dirigirem seus interesses no limite de suas competências (auto-administração).

Destarte, a regra geral é a não intervenção da União sobre os Estados, ou destes sobre os Municípios, valendo dizer que não há supremacia de uns sobre os outros, mas distribuição de competências constitucionais.

Em exceção, a Carta Magna propôs para situações delicadas, a possibilidade de ocorrer a intervenção, quais sejam:

Art.34 - A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art.35 - O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Assim, conforme a melhor doutrina, temos os princípios constitucionais estabelecidos, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais sensíveis¹⁶; os primeiros são aqueles limitadores da autonomia organizatória dos Estados, os segundos constituem as normas comuns a todos os entes, e os últimos, como aqueles em que há possibilidade de reação a uma transgressão, inerente aos artigos em comento.

“O termo sensíveis está aí no sentido daquilo que é facilmente percebido pelos sentidos, daquilo que se faz perceber claramente, evidente, visível, manifesto; portanto, princípios sensíveis são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, os apontados, enumerados.

⁽¹⁵⁾ **Constituição Federal/88**

“Art.18 - A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

⁽¹⁶⁾ Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, 9ª Edição, São Paulo: Atlas, p. 259.

São sensíveis em outro sentido, como coisa dotada de sensibilidade, que em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso é a intervenção nos Estados, exatamente para assegurar sua observância¹⁷”.

Ainda sobre a possibilidade de intervenção, leciona o Prof. Alexandre de Moraes¹⁸,

“A intervenção estadual nos municípios tem a mesma característica de excepcionalidade já estudada na intervenção federal, pois a regra é a autonomia do município e a exceção a intervenção em sua autonomia política, somente nos casos taxativamente previstos na Constituição Federal (CF, art.35), sem qualquer possibilidade de ampliação pelo legislador constituinte estadual”.

Portanto, em relação ao Ensino, fica clara a preocupação do Legislador Constituinte ao conferir uma posição de ênfase, de excepcional destaque.

Pelo que se vê, a regra geral da autonomia perde a importância ante a obrigação constitucional, eis que tem a dimensão de propor o desenvolvimento dos indivíduos, e por extensão, da nação.

Apenas argumentando, como é sabido, os Gestores Públicos devem prestar contas da administração dos bens e valores, sendo ofertadas todas as informações e documentos aos órgãos de controle externo (Tribunal de Contas, Poder Legislativo e Ministério Público), ou mesmo aos órgãos de controle interno; contudo, tamanha é a importância dada pelo Legislador ao Ensino, que a própria Lei de Diretrizes Básicas da Educação – LDBE (Lei 9394/96), determina que seja prioritária a análise da documentação de sua despesa¹⁹.

Outra questão importante é que os demonstrativos contábeis sobre a aplicação no Ensino, invariavelmente, indicam que os Municípios bem fizeram seu dever, aplicando regularmente os recursos. Por extensão, em cumprimento ao princípio da publicidade, tais demonstrativos são publicados regularmente, a fim de que todos os interessados possam ter-lhes ciência.

O problema, no entanto, é que por vezes tais peças não resistem a uma análise mais acurada.

Como é sabido, há regramento próprio para a despesa pública, e em especial, há atos do administrador que se revestem de mecanismos dos quais não os pode prescindir, notadamente nos atos vinculados.

Frise-se assim, há regras próprias para a aplicação dos recursos destinados ao Ensino.

A própria LDBE estabelece quais são as despesas passíveis de consideração e as de descarte em relação ao Ensino:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas,

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

⁽¹⁷⁾ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª Edição, São Paulo: Malheiros, p. 596

⁽¹⁸⁾ *Obra citada*, p. 298.

⁽¹⁹⁾ **Lei 9394/96 - LDBE**

“Art. 73. Os órgãos fiscalizadores examinarão, prioritariamente, na prestação de contas de recursos públicos, o cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e na legislação concernente”.

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;

VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Chamamos a atenção para o caso da não aceitação das despesas com suplementação alimentar. É notório que em regiões carentes, as crianças busquem a escola com o fito único de ter, talvez, a melhor alimentação do dia. Evidente que a escola tem outra finalidade, que é a pedagógica, e é neste sentido que a Lei fez tal distinção.

A bem da verdade, não obstante meras questões formais, já tive oportunidade, na qualidade de Auditor, de manusear um processo administrativo em que havia sido lícitada, contratada e paga uma quadra de esportes para acomodar as aulas de educação física de uma escola. Contudo, ao visitar o local, do projeto que constava nos autos, havia sido entregue tão somente um quadrante de terra batida.

De tal sorte já verifiquei por inúmeras vezes computadores e impressoras, adquiridos com recursos do Ensino, mas efetivamente servindo os demais departamentos de Prefeituras, a exemplo dos Setores Jurídico ou de Finanças, notoriamente estranhos à Educação.

Portanto, é necessário dizer que os órgãos de controle interno, os Tribunais de Contas, o Poder

Legislativo, o Ministério Público, os Conselhos Municipais, e em especial, a população são os grandes fiscais da aplicação do dinheiro público.

IV - DOS ÓRGÃOS QUE ATUAM SOBRE A APLICAÇÃO DE RECURSOS NO ENSINO

a) Controle Interno

Antes de tudo, a Administração deve desejar ardentemente que o fruto do investimento público dê resultados concretos.

Neste sentido, o Administrador está preso a um Orçamento, no qual constará a previsão de recursos a entrar no caixa durante o Exercício e, em contrapartida, a sua aplicação nas despesas definidas pela vontade do Legislador.

Modernamente, espera-se que a Administração deva ser eficiente e eficaz, e suas ações devam ter efetividade.

“Eficiência significa realizar metas a um menor custo possível... Supondo certo Município que, em determinado ano, tenha atendido 5.000 pacientes em sua rede de saúde: A eficácia perguntaria: essa foi, mesmo a meta física antes proposta (5.000 pacientes) / A eficiência perguntaria: para atender esses 5.000 pacientes não se poderia gastar menos? A Efetividade perguntaria: essa ação alcançou, de fato, os anseios da coletividade?”²⁰ (gs. ns.)

A Administração Pública deve também, por determinação constitucional, agir sob a estrita moralidade, ou seja, de forma que **“a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence - princípios de Direito Natural, lapidados pelos jurisconsultos romanos”²¹.**

Neste sentido, a Constituição previu para o Poder Público a obrigatória criação e manutenção de um controle interno (Art.74), a fim de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

⁽²⁰⁾ Flávio C. de TOLEDO Jr. e Sérgio Ciquera ROSSI. *Lei de Responsabilidade Fiscal - comentada artigo por artigo*, São Paulo: Editora NDJ, 1ª Edição, P.38.

⁽²¹⁾ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2000, p.85.

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Destarte, fica claro que o Administrador tem a obrigação constitucional de, não somente pelo aspecto formal, mas de forma substancial proceder efetivamente para que os recursos investidos na Educação tragam frutos junto à clientela atendida.

b) Tribunal de Contas

Dada a importância da matéria, o E.TCESP editou normas específicas para acompanhamento e análise da aplicação no Ensino Municipal, consubstanciadas nas Instruções nº 22.

É certo que, via de regra, as inspeções ordinárias são realizadas anualmente, sempre após o término do Exercício fiscal; contudo, no caso do Ensino, as Instruções determinam que os demonstrativos pertinentes sejam enviados trimestralmente para acompanhamento contemporâneo.

Aplicação no Ensino traduz um efetivo acompanhamento pelo Gestor e, o seu sucesso, está intimamente ligado ao planejamento.

Não se pode pensar no Ensino sem o efetivo acompanhamento do comportamento da receita, atrelado ao cronograma de aplicação de recursos.

Apenas para argumentar, ao passo que nos limites próprios da Lei de Responsabilidade Fiscal se deseja que ao fim do período haja um salto na receita, o que traria o afastamento de índices indesejáveis em relação à despesa (especialmente a de pessoal), no tocante ao Ensino, a entrada abrupta de recursos, sem a

contrapartida da devida previsão e aplicação de gastos, traria o desconforto de não se atingir o percentual mínimo de aplicação.

Tal situação, aparentemente contraditória, indica a possível dificuldade quando a peça orçamentária não é confiável, o que somente pode ser eliminado ante ao efetivo planejamento, calcado em estimativas bem elaboradas e rigoroso controle de entrada e saída de recursos.

Pasmem, não é raro que alguns municípios procedam a despesas no final do Exercício Fiscal, no afogadilho, sem qualquer vínculo com um prévio programa de trabalho, com o fito único de conformar os índices do Ensino.

Destarte, via de regra, o Município deve aplicar 25% (vinte e cinco por cento) do montante de impostos arrecadados e transferidos, e deste, aplicar 60% (sessenta por cento) com o Ensino Fundamental. E ainda, no caso de Municípios que perceberam recursos do FUNDEF, destes, dever-se-á aplicar pelo menos 60% (sessenta por cento) com o pagamento dos professores do Ensino Fundamental em efetivo exercício no magistério.

Neste sentido, pode-se imaginar o departamento de finanças de uma prefeitura apressando-se a empenhar despesas no final do Exercício, adquirindo bens e/ou serviços de discutível valia ou utilidade naquela etapa do ano.

Tal preocupação é forte, e se reveste pelo que a não aplicação dos percentuais mínimos no ensino enseja a reprovação das contas do gestor.

Anualmente as contas serão analisadas pelo Tribunal de Contas do Estado (ou do Município, onde houver) sendo emitido um parecer prévio, o qual servirá de base para o julgamento efetivo, levado a efeito pelo Legislativo. Lembramos ainda, que o parecer do Tribunal de Contas somente poderá ser rejeitado pelo Legislativo, mediante quorum qualificado de dois terços dos seus membros²³.

⁽²²⁾ Disponíveis no site www.tce.sp.gov.br

⁽²³⁾ **Constituição Federal/88**

Art.31 - A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º - O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Por consequência, prevalecendo a reprovação das contas, o prejuízo mais imediato ao Gestor é a sua inelegibilidade, conforme dispõe a Lei Complementar nº 64/90²⁴.

Também é necessário dizer-se que o Tribunal de Contas procede a um “*juízo*” técnico na emissão de seu parecer, conquanto o Legislativo a um julgamento político. De tal sorte, é possível que seja revertida uma posição desfavorável de rejeição de contas – afastando a inelegibilidade –, contudo, no que tange à não aplicação dos percentuais mínimos no Ensino, tal situação persistirá.

Conclui-se que, pela sistemática constitucional adotada, a tarefa do Tribunal de Contas se esgota na emissão do parecer, mas absolutamente nada impedirá, ainda que o Legislativo aprove as contas, que seja proposta ação interventiva contra o Município, de competência do Procurador-Geral da Justiça do Estado, pela incidência em descumprimento de princípio constitucional sensível.

A despeito do trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Contas, notadamente pelo E.TCESP, é forçoso reconhecer-se que a preocupação com a reprovação de contas fomentou a idéia de que o Administrador tenha mais cuidado com os gastos aplicados na Educação.

“Na área do ensino, especificamente, mercê da atuação firme de nosso Tribunal, tem-se alcançado resultados significativos, visto que em retrospectiva que abrange o período 1999/2001, tivemos, respectivamente, 152, 165 e 62 Prefeituras que não cumpriram com o mínimo constitucional de gastos com educação, em demonstração cabal de que a pregação profilática e a emissão de parecer desfavorável e aplicação de penalidade terapêuticas têm cumprido com suas finalidades”²⁵.

c) Poder Legislativo

O Legislativo, além de sua função legiferante, possui a missão de fiscalizar o Executivo, sendo órgão de controle externo por excelência.

A rigor, o Legislativo pode promover a abertura das chamadas Comissões Processantes, a fim de verificar as infrações político-administrativas cometidas pelo Chefe do Executivo.

O instrumento jurídico adequado, bastante drástico para a situação é o Decreto-Lei 201/67, tendo a seguinte incidência no ponto que estamos enfocando:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

(...)

Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

(...)

VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro,

VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou emitir-se na sua prática;

Não é comum, *mas arriscamo-nos a afirmar*, que em tese, a falta de aplicação devida no Ensino pode, de maneira rápida, por meio da instalação de uma Comissão Processante, onde sejam observados os princípios decorrentes do *due process of law*, a exemplo da ampla defesa e do contraditório, abreviar a gestão do Administrador Municipal.

⁽²⁴⁾ L.C.64/90

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

⁽²⁵⁾ Guia de Orientação aos Membros do Conselho do FUNDEF – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2004, p. 6.

d) Ministério Público

De forma bastante breve, mas com o intuito de afirmar a destacada posição do Ministério Público na observância aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao Ensino, discriminamos que sua atuação poderá ser originariamente no juízo de primeiro ou segundo grau, conforme o caso.

A rigor, o Ministério Público é o curador dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e por excelência, um dos controles externos da Administração.

Assim, conforme já dissemos anteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de que o *parquet* promova ação própria, inclusive com pedido de antecipação da tutela, a fim de fazer valer os direitos protegidos quanto a Educação. Frise-se que tais ações são verdadeiras armas de instrumento da Democracia, pois o pedido formulado pode vir a ter efeito antecipado da tutela judicial²⁶.

E mais, em sede de discussão sobre improbidade administrativa, compete ao juízo local o conhecimento da ação²⁷, o que induz a dizer, estando próximo aos fatos, o representante do Ministério Público ao perceber que houve incidência na tipificação exposta pela Lei 8492/92, em especial por desvio de verbas pertencentes ao Ensino, deverá por dever de ofício, propor a ação competente.

Frise-se, no entanto, o ensinamento do jovem mestre Alexandre de Moraes, para quem:

"A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção. A finalidade do combate constitucional à

improbidade administrativa é evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado"²⁸

No tocante à possibilidade de intervenção no Município, pela falta de observância a princípio constitucional sensível, a competência para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva é do Chefe do Ministério Público, ou seja, do Procurador-Geral da Justiça.

Determina a Lei Orgânica do Ministério Público Paulista – LC 734/93:

Art. 116. Além de outras previstas em normas constitucionais ou legais, são atribuições processuais do Procurador-Geral de Justiça:

(...)

VII - propor representação para fins de intervenção do Estado nos Municípios para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição do Estado, bem como para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial;

Neste sentido, determina o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Art. 177. Compete ao Órgão Especial processar e julgar originariamente:

(...)

VI - a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face da Constituição do Estado, o pedido de intervenção em município e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito da Constituição Estadual;

⁽²⁶⁾ **Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente – Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.**

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

⁽²⁷⁾ *"Assim, apesar da Constituição Federal prever a competência originária do Tribunal de Justiça para os feitos criminais envolvendo os prefeitos municipais (art. 29, X e 83, XI, b, da CE), em relação às demais ações propostas, entre as quais, as ações populares, ações civis públicas e ações por ato de improbidade, carece a Corte Estadual de competência, por falta de previsão específica na Constituição Federal e na do Estado (art. 125, § 1º, da CF)".* Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Ação Civil Pública n. 2003.002338-0, de Barra Velha. -Relator: Des. Cesar Abreu.

⁽²⁸⁾ Alexandre de Moraes. *Princípio do Juiz Natural como Garantia Constitucional*. Disponível em www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=76

(...)

Art. 178. *Compete, também, ao Órgão Especial:*

(...)

II - requisitar a intervenção do Estado em Município, nas hipóteses previstas em lei;

Ainda conforme o Prof. Alexandre de Moraes, agora falando da correlata ação proposta perante o STF:

“O Procurador-Geral, no exercício de suas atribuições e com base na independência funcional do Ministério Público, não está obrigado nem poderá ser compelido a ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal, a citada ação, tornando-se, como lembra Celso de Mello, “perfeitamente lícito ao PGR determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida. O PGR atua discricionariamente....A decretação da intervenção federal será sempre realizada pelo Presidente da República (CF, art.84, X), porém na presente hipótese dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal...Trata-se, portanto, de espécie de intervenção provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não deverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo”.

Assim, guardadas as devidas proporções, a intervenção requisitada pelo Tribunal de Justiça será decretada pelo Governador do Estado.

Pessoalmente, em que pese a sistemática adotada, entendemos, com a devida vênia, que há barreiras de ordem prática a ser transpostas.

Primeiramente, imaginemos que seja determinada a intervenção em um dado município pela não aplicação dos recursos pertinentes no Ensino. Ora, evidentemente que a verba não aplicada, em hipótese alguma estará repousando nos Cofres, ao contrário, terá sido utilizada de forma diversa – aliás, motivo da intervenção. Assim, para corrigir a situação, com o devido emprego da verba pertinente, será necessário o aporte de recursos vindos, naturalmente, de novo Exercício Financeiro. Naturalmente, neste momento, outras ações governamentais

deverão ser sacrificadas, prejudicando este novo Exercício.

De outro modo, é possível que a intervenção sobrevenha em momento que o Administrador negligente já tenha deixado a Administração e, neste sentido, o Decreto viria a punir o novo Prefeito, que nenhuma responsabilidade teve sobre o assunto.

Quiçá tais questões expliquem a falta de abundância de ações do gênero.

e) Conselhos Municipais

A Constituição Federal previu a participação popular direta ou indireta na condução do Estado, pois *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (Art.1º Parágrafo único, CF/88)*, inclusive, prevendo a que a *soberania popular* poderia ser exercida pelo voto, pelo plebiscito, pelo referendo ou pela iniciativa popular (Art. 14, CF/88).

Neste sentido, é inegável que aqueles que têm a maior facilidade, pela proximidade natural, para cobrar as ações da Autoridade, são as pessoas que moram no próprio Município.

É a consagração do Princípio da Participação Popular, eis que *a gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito*²⁹.

Diversas leis infra-constitucionais consagram o princípio, e a respeito do Ensino, a participação popular se dá por apego à idéia da *gestão democrática do ensino público*, nos termos do Art.206, VI, da Constituição Federal.

São instrumentos de controle pela participação popular, entre outros, o direito à informação, a proposição de ação popular e a denúncia de irregularidades ao Tribunal de Contas³⁰.

Desta feita, a Lei 9424/96, que criou o FUNDEF, determinou que o acompanhamento e o controle social sobre a repartição, a transferência e a aplicação dos recursos do Fundo serão exercidos, junto aos respectivos governos, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio de Conselhos.

O E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a fim de facilitar a compreensão do trabalho dos membros do Conselho do FUNDEF, editou Guia de Orientação³¹, no qual expõem-se como atribuições básicas:

⁽²⁹⁾ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2001, p.205.

⁽³⁰⁾ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Obra citada*, p.505.

⁽³¹⁾ Obra citada, p.18/19.

Do Conselho –

- “Acompanhar e controlar a repartição, transferência e aplicação dos recursos do Fundo, principalmente em relação à utilização da parcela de recursos destinada ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério (mínimo de 60%);
- Exigir a elaboração e o fiel cumprimento do Plano de Carreira e Remuneração do Magistério;
- Examinar, periodicamente, os demonstrativos de aplicação dos recursos do fundo, confrontando-os com os respectivos avios de crédito e/ou extratos bancários da conta específica;
- Manifestar-se sobre os quadros e demonstrativos a serem encaminhados ao Tribunal de contas que contenham informações relativas ao FUNDEF;
- Supervisionar o Censo Escolar anual, atentando para o cumprimento de prazos e promoção de eventuais retificações; e
- Acompanhar e controlar a aplicação do programa RECOMEÇO (Educação de Jovens e Adultos)”

Dos Membros do Conselho –

- “Participar da elaboração do orçamento do Município”;
- Acompanhar e controlar a execução orçamentária e financeira referente ao FUNDEF;
- No caso de irregularidades na utilização dos recursos do Fundo o conselho deve reunir os elementos comprobatórios e proceder de maneira que as mesmas sejam sanadas no âmbito do próprio Poder Executivo responsável; caso não seja possível, as irregularidades devem ser comunicadas ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao Ministério Público, ou mesmo ao Ministério da Educação”.

Frisa, ainda, o belíssimo trabalho destacado, que os Membros do Conselho não tem função executiva sobre a gestão dos recursos, a qual pertence ao Chefe do Poder Executivo e ao Secretário da Educação³².

CONCLUSÃO

Em breves linhas não tínhamos a menor pretensão de esgotar assunto tão importante.

Na verdade, o cidadão não há que se conformar com as diferenças sociais, especialmente, porque paga, através de seu trabalho, com o recolhimento de tributos, e especificamente de impostos, para que o Poder Público promova a inclusão social.

Ora, quando tenho descontado em folha de pagamento o tributo – imposto de renda, e ainda, proporcionando aos meus filhos uma escola particular, porque não deveria desejar que a vaga aberta e o imposto recolhido não tenham bom proveito para outros jovens, ainda que não os conheça pelo nome?

Não é possível haver conformação com a situação em que os jovens ficam entregues. É notória a sua baixa estima, e talvez explique o porquê de tantas escolas públicas pichadas e maltratadas pela própria clientela.

Por seu turno, a preocupação para que sejam destinadas vagas a estudantes de escolas públicas nos parece um pedido de desculpas do Poder Público, paliativa, e que não vem a colaborar com a problemática da falta de qualidade do ensino fundamental.

De tal sorte, também parece equivocada a idéia de privatizar-se totalmente o Ensino Superior, ainda que a realidade demonstre que hoje está destinado a quem possa suportar tais custos.

Na verdade, apenas tivemos aqui, a intenção de fazer lembrar parte do arsenal jurídico à disposição da sociedade para fazer valer aquilo que lhe é mais sagrado: o direito de sonhar...

Sonhar com dias melhores para nossos filhos, para os filhos de nossos vizinhos e, para os filhos de pais de todas as cores e de todas as classes sociais.

Quando pudermos superar as diferenças sociais, serão dias de abundância e riqueza, quando nosso imenso e tolerante país poderá acordar de seu berço esplêndido, e através de nossos jovens, tomar posse de tudo que é seu por direito, em especial, a paz.

BIBLIOGRAFIA

1. CITADINI, Antonio Roque. *O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e os Gastos com Educação*,

⁽³²⁾ Obra citada, p.18.

- disponível em <http://www.citadini.com.br/artigos/licitar0004.htm>
2. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva, 2003,
 3. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2000.
 4. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2000.
 5. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 9ª Edição, São Paulo: Atlas.
 6. _____. **Princípio do Juiz Natural como Garantia Constitucional**. Disponível em www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=76
 7. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2001.
 8. TOLEDO JR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. **Lei de Responsabilidade Fiscal - comentada artigo por artigo**, São Paulo: Editora NDJ, 1ª Edição.
 9. Guia de Orientação aos Membros do Conselho do FUNDEF – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2004.
 10. Manual Básico 2004 – Aplicação de Recursos no Ensino – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, disponível no site www.tce.sp.gov.br
 11. Instruções nº 2 – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – disponível em www.tce.sp.gov.br
 12. www.conjur.uol.com.br/textos/251369/

A PRESENÇA DA COAÇÃO NO DIREITO

Wellington Soares da COSTA*

RESUMO

Este artigo discorre sobre a presença da coação no Direito, demonstrando que a coação é um importante instrumento utilizado pelo Direito mas não integra a sua essência.

Palavras-chave: Coercitividade - Coercibilidade

ABSTRACT

This article discourses on the presence of the coercion in the Law, demonstrating that the coercion is an important instrument utilized by Law but does not integrate its essence.

O sentido da palavra coação, empregada neste artigo, não é o de vício do negócio jurídico, mas o de força mediante a qual a sociedade é levada a observar a lei, a obedecer aos ditames legais.

Segundo Levi-Strauss *apud* Reale (1994, p. 6):

“o senso de ordem, longe de ser uma conquista racional no plano da evolução da espécie humana, já é uma qualidade imanente no pensamento de todo ser humano, [...]. O Direito, assevero-o desde logo, é a máxima expressão desse imperativo de ordem, expresso na ordenada razão de ser das estruturas jurídicas.”

Partindo-se desse pensamento e tendo-se em vista, ainda, que toda estrutura guarda em si uma “unidade orgânica” (REALE, 1994, p. 5), fácil é de se constatar a necessidade imperiosa de se fazer presente o elemento coação no Direito, de sorte que este mantenha a *ordem* (à parte as avaliações político-sociológicas do que se entende por *ordem*).

A coação integra a substância mesma do Direito ou se lhe apresenta como instrumento para a sua eficácia? Eis a questão que é tratada neste artigo.

A doutrina coercitiva do direito, também denominada teoria da coação, é uma das defesas feitas pelos juspositivistas, proclamando que a coação ou coerção é elemento intrínseco ao Direito, portanto, dele sendo inafastável por integrar a sua essência. Cabe ao Estado o desiderato de deter a força constante de direcionamento das condutas humanas neste ou naquele sentido, de maneira exclusiva, através do jurídico, pois a justiça privada, com a formação da entidade estatal, é substituída pela justiça do Estado, não podendo mais os homens fazer justiça com as próprias mãos, mas por intermédio da organização estatal – Reale (1999) alude a isso, quando diz que “a História do Direito nos mostra uma passagem gradativa da solução dos *conflitos individuais*, do plano da força bruta para o plano da força ética” (REALE, 1999, p. 679), sendo o Estado “a organização da coação social” (REALE, 1999, p. 674).

* Pós-Graduado em “Gestão e Desenvolvimento de Seres Humanos”, Servidor Público do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Tal concepção surgiu com o Estado de Direito¹, e, segundo os positivistas, a força de que se fala mostra-se não em potencialidade, porém, presente de forma ininterrupta, isto é, o Direito não se utiliza da coerção apenas nas hipóteses de descumprimento do ordenamento jurídico, seja efetivo ou iminente tal descumprimento, contudo, lança mão da coercitividade em todo o período de vigência desse ordenamento, evitando, na medida do possível, até mesmo a infração potencial dos dispositivos legais, ou seja, os indivíduos são forçados à observação da lei, ao cumprimento dos mandamentos legais, face à penalização existente para os casos de inobservância do jurídico.

Bobbio (1995, p. 155) alinha que uma das objeções feitas pelos oponentes da corrente da coercitividade do direito é que, em se tratando do direito internacional, muitos autores negam-lhe o caráter jurídico e os meios de seus preceitos se fazerem valer. Entretanto, tal argumento se acha sem fundamentação na atualidade. A propósito, no que pertine ao direito internacional, Mello (2001) posiciona-se no sentido contrário à doutrina kelseniana, que entende ser o direito a própria coação:

"A sanção não é da essência da norma jurídica, mas o 'seu complemento normal' (E. Giraud)." (2) (MELLO, op. cit., p. 1391)

"a sanção não é um elemento inerente à norma jurídica. Ela 'é um simples elemento de sua execução' (Francine Demichel)." (MELLO, op. cit., p. 74)

Ao citar Leon Raucent, Mello (*op. cit.*, p. 78) diz: "a regra não é jurídica porque é sancionada, mas sancionada porque é considerada pela ideologia dominante como devendo ser obrigatória para todos..."

Mello (*op. cit.*, p. 79) lembra a tautologia à qual incorrem os estudiosos que confundem direito com sanção. Essa é uma observação muito pertinente.

Reale (1999, p. 679), dentre as objeções elencadas à teoria da coação, cita:

"Assevera-se, também, que se a coação fosse elemento essencial ao Direito, seria necessário

negar a juridicidade do Direito Internacional, até hoje fundada no consenso espontâneo das Nações. Essa objeção, no entanto, procedente com relação à teoria da coercitividade, nada influi na da coercibilidade [afinal de contas, a coerção também existe nesse âmbito jurídico]."

É o impositivo marcante de levar ininterruptamente as pessoas ao cumprimento da lei, tendo em vista a sanção a ser imposta aos transgressores, que caracteriza a coerção consoante a doutrina do positivismo jurídico. Fala-se aqui da indissolubilidade entre direito e coação, segundo o positivismo, até mesmo levando-se em consideração a heteronomia presente no direito²: o poder do direito está na coação. Excetuam-se os casos de *direito sem coação* e *coação sem direito* (Kant *apud* BOBBIO, 1995, p. 152), sendo exemplos a equidade (a justiça para o caso concreto), na primeira hipótese, e o cometimento de delito em estado de necessidade, na segunda hipótese.

Tradicionalmente, atribui-se a Christian Thomasius³, um dos maiores pensadores do jusnaturalismo racionalista, a definição da substância coercitiva do direito nos moldes de que ora se trata (ponto de vista do positivismo jurídico). Para esse autor, o direito é composto somente por normas caracteristicamente *jus perfectum*, as quais, consubstanciando imperativos que facultam ao favorecido tanto a faculdade quanto o poder de exigir da outra parte da relação jurídica o cumprimento do dever, revestem-se de **coercitividade**, afastando do âmbito jurídico as normas *jus imperfectum*, que estabelecem deveres sem os concomitantes poder e faculdade da parte favorecida, já citados, insertas as normas *jus imperfectum*, por conseguinte, na esfera estritamente ética, na qual a tônica é a apreciação do dever a ser cumprido, apreciação essa sem a presença do poder coercitivo estatal.

Nesse aspecto, pode-se fazer uma correspondência entre o pensamento de Thomasius e o de Grocio *apud* Bobbio (1995, p. 148): para Grocio, têm-se *justitia attributrix* (justiça atribuidora) e *justitia expletrix* (justiça executora), correspondendo, respectivamente, a *jus imperfectum* e *jus perfectum*.

⁽¹⁾ O Estado de Direito pressupõe a sujeição de todos à lei, ao Direito institucionalizado pelo Estado. Psicologicamente falando, todos são coagidos ao acatamento dos ditames da lei, que representa o Estado. É uma unanimidade tácita a obrigação de se submeter a esse Direito – parafraseando Rousseau, é um "contrato social".

⁽²⁾ Conforme Reale (1994, p. 18), a regra jurídica "só adquire a virtude de obrigar ao se pôr como expressão heterônoma de uma objetiva forma de querer".

⁽³⁾ Bobbio (1995, p. 148, faz referência ao principal livro de Christian Thomasius, intitulado "*Fundamenta juris naturae et gentium*".

Em referência à exposição de Thomasius, acrescenta-se que, para esse doutrinador, o direito, formado por normas *jus perfectum*, atém-se às ações externas intersubjetivas, não abarcando a vida humana exclusivamente interior, que pertence somente à ética no que esta não guarda intersecção com o direito.

Reale (1999, p. 655), ao fazer alusão ao posicionamento de Thomasius, que, segundo a interpretação de Reale, defende a **coercibilidade**, interpreta-o de forma diversa da de Bobbio (1995), afirmando que, para Thomasius, “a coação é um elemento virtual da juridicidade, podendo existir ou não: o Direito é de tal natureza que, quando se realiza a interferência da força, esta não afeta a natureza mesma do Direito”, não integrando a coação, assim, a essencialidade do Direito.

Os indivíduos aderem espontaneamente a inúmeras normas jurídicas, muito embora a outras, não. Fica a pergunta: é possível a existência de um ordenamento jurídico que exclua totalmente o uso da força? A resposta a esse questionamento pode configurar a solução de tema tão controverso quanto palpitante, qual seja, do papel da coação no direito. Negar a presença da coerção na ordem jurídica, conforme o que expõem os positivistas, não é confundir o direito com a moral? Não é inseri-lo no mesmo terreno que esta, deixando ao livre arbítrio humano observar ou não os preceitos jurídicos? E, em tal suposição, ainda há de se falar em jurídico, ao menos de conformidade ao que, até então, se entende por Direito e Estado de Direito? A coerção do Estado de Direito pode tecer a distinção entre Moral e Direito, dentre os demais itens que os diferenciam? Qual a importância e as implicações dessa discussão? O estudo desse tema faz remissão à certeza e à segurança jurídicas?

Esses são alguns dos questionamentos que podem ser levantados quando se discorre acerca do assunto do qual trata o presente artigo. Além disso, registra-se que nem tudo que é jurídico está voltado para o agir humano, porque normas jurídicas há que se voltam estritamente para a organização do funcionamento da máquina estatal.

Até aqui, tem sido abordada a visão clássica positivista sobre a coação enquanto elemento intrínseco ao direito. Todavia, dois outros expoentes entendem que o direito se confunde com a coerção, não sendo esta o meio de aquele se fazer valer. Noutras palavras, o direito se impõe não devido à instrumentalização que a coação lhe permite, todavia, em razão de o direito ser a própria coação ou esta integrar a essência da norma

jurídica. Nesse sentido, expressa-se o pensamento de Kelsen e Ross.

Assevera Kelsen *apud* Bobbio (1995, p. 157):

“ [...] Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque dispõe uma sanção. O problema da coerção (coação, sanção) não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o problema do conteúdo das regras [...]’.”

Segundo Ross *apud* Bobbio (1999, p. 68), “Devemos insistir sobre o fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que elas dizem respeito à aplicação da força e não em que são protegidas por meio da força”.

Nader (1999) fala da instrumentalidade da coação para o Direito, tendo em vista a natureza humana, que é imperfeita, transgredir as regras que objetivam o atingimento da ordem social. Em razão de o Direito ser “necessidade imperiosa e não mera conveniência, não devendo ficar ao alvedrio de seus destinatários” (NADER, *op. cit.*, p.59), faz-se mister a presença da coação. A fixação dos limites impostos ao exercício da coerção também cabe ao ordenamento jurídico, pois coação é “a *força disciplinada*, exercida nos limites legitimados pela tutela necessária de bens da convivência” (REALE, 1999, p. 673) – procede a afirmação de Giuseppe Lumia *apud* Nader (*op. cit.*, p. 61) quanto à relação inversamente proporcional entre *força e consenso*: este prepondera nos regimes democráticos; aquela, nos autoritários.

A dimensão ética no Direito também é lembrada por NADER (*op. cit.*, p. 59-60) no que se refere à coação. Para esse autor:

“[...] não basta que o sistema jurídico possua ampla previsão coativa, pois é indispensável que a força seja apenas o complemento de uma sólida estrutura ética, a fim de que o Direito Positivo se imponha legitimamente nas relações sociais. [...] Não é suficiente [...] o teor ético das normas para se obter a observância da lei; é indispensável que o ordenamento jurídico se utilize dos estímulos extras da coação, sanção e garantia jurídica [...]’.”

A respeito da garantia jurídica, aproveita-se o ensejo para a citação de Reale (1999, p. 683), segundo o qual a coação se equipara à “segunda instância de

garantia”, levando-se a crer que a valoratividade presente no Direito e aceita pela sociedade é o que realmente faz com que os preceitos jurídicos de inter-relacionamento dos indivíduos sejam observados no cotidiano.

Nader (*op. cit.*, p. 61) assevera que, “Enquanto a coação é a força em ato, a coercibilidade é em potência”. Dá-se esporadicamente a coação, ao passo que a coercibilidade é uma constante no ordenamento jurídico, tanto que a transgressão dos dispositivos legais não é a regra, mas a exceção da prática social⁴, e nem todos os preceitos do Direito dizem respeito à conduta humana no mundo de relações. Daí falar-se em “reserva de força do Direito” (NADER, *op. cit.*, p. 62) quando o assunto é coação, registrando-se a contingência de seu uso (NADER, *op. cit.*, p. 44) – no mesmo sentido, posicionam-se Goffredo Telles Júnior e Edgar Godói da Mata-Machado, ambos citados por Nader (*op. cit.*, p. 65 e 288, respectivamente).

Conforme Rudolf Von Jhering *apud* Nader (*op. cit.*, p. 64), “uma norma jurídica sem cogência é uma contradição em si mesma; um fogo que não queima, uma luz que não ilumina”. Essa é uma constatação muito coerente, e a sua aceitação não significa, necessariamente, que se está filiando à corrente do positivismo jurídico, desde que a aceitação seja no sentido de compreender coação como coercibilidade, coação como força em potência.

Reale (1999, p. 708) diz que:

“A coercibilidade não assinala simples conformidade lógica entre Direito e coação, mas também uma exigência axiológica: a coação liga-se ao dever ser do Direito, pois, quando a norma jurídica primária, que contém o preceito de conduta, não é espontaneamente cumprida, impõe-se o advento de dadas consequências (...)”

Consoante Pekelis *apud* Reale (1999, p. 676), “O termo *coação* só deve ser juridicamente empregado no sentido de uma ‘ação que modifica forçadamente uma situação de fato’”. Essa situação fática é a que vai de encontro ao ordenamento jurídico, para a qual este

comina determinada sanção, que é dirigida ao agente transgressor. A ação modificadora só se faz sentir em tal circunstância. Daí falar-se que a coercitividade é a coação atual, ao passo que coercibilidade é a coação virtual, potencial, suposta, hipotética, que pode se concretizar. Nesse mesmo sentido, Reale (1999, p. 672) afirma: “a *possibilidade da coação* [coercibilidade] é mero corolário da nota que, esta sim, é essencial ao Direito: a bilateralidade atributiva”.

Uma das críticas que Reale (1999, p. 680) faz à corrente da coercitividade é a de que sempre há uma norma determinando a coação nos casos que especifica, pois, caso contrário, se a coação integrasse a essência do Direito, não haveria subordinação de normas a outras do mesmo ordenamento jurídico, sabendo-se que, efetivamente, existe essa hierarquia entre as normas, destacando-se as que se inserem na Constituição Federal e, portanto, ocupam o ápice da pirâmide hierárquica.

A coação nem sempre se mostra efetiva, porque, apesar de exercida (eficaz), às vezes (ou muitas vezes) não surte os efeitos normalmente esperados de sua aplicação⁵. Nesse aspecto, o problema da efetividade da sanção no Direito Penal pátrio atual é deveras ilustrativo, sendo inúmeros os estudiosos que apontam essa *crise*⁶.

Reale (1999, p. 683) também arrola como crítica feita à doutrina da coercitividade (teoria da coação) a constatação de que o Direito continua a ser Direito mesmo que impunemente violado. Além disso, esse autor põe em relevância o seguinte, referindo-se ao pensamento de René Capitant: um Direito cujo elemento coativo é ininterruptamente chamado à atuação é um Direito morto, ao passo que vivo é o *Direito* realmente observado pela sociedade (no caso, um Direito não-estatal), porque, nessa última hipótese, a dimensão axiológica legítima se apresenta com toda a força de que se reveste (e essa é uma dimensão que não deve ser esquecida quando a discussão se dá em torno do jurídico).

Bobbio (1999, p. 70) vê a força, ínsita no Direito, como instrumento para fazer valer o ordenamento jurídico, e afirma: “O objetivo de todo

⁽⁴⁾ Nader (*op. cit.*, p. 73) consigna que um dos fatores propiciadores da efetividade do Direito é a coercibilidade, entendida a efetividade como “o fenômeno social de obediência às normas jurídicas”.

⁽⁵⁾ Aqui, o vocábulo *efetividade* é empregado em outro sentido que não o de que fala Nader (*op. cit.*, p. 73), já citado.

⁽⁶⁾ As doutrinas abolicionistas no terreno do direito penal fazem-se presentes, assim chamadas porque propugnam abolir o sistema penal vigente em razão de sua profunda falta de efetividade (não se previnem os crimes, não se ressocializam os apenados, fomentam-se a escola do crime e a estigmatização dos ex-carcerários, garante-se a dominação malfazeja de uma classe sobre as outras). A coerção, tal como se apresenta, é inócua. São doutrinas abolicionistas a ideologia *verde* ou *ecológica*, de Hulsman, e a dos socialistas extremados.

legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*”.

Reale (1994, p. 59-60) deixa consignado:

“[...] as normas jurídicas e, por conseguinte, os modelos jurídicos são dotados de coação. São, porém, antes coercíveis, suscetíveis de legitimar a interferência coercitiva do Estado.

“Por mais que se tenha prevenção contra a participação coercitiva do Estado na ordem jurídica, parece-me que sem coercibilidade não se realiza o Direito como autônoma forma de vida, nem ele pode ser distinto das regras morais ou consuetudinárias. A coação virtual, consequência inevitável da prescrição, é elemento ou critério distintivo da experiência jurídica [...]”

Sobre a presença da coação no Direito, cita-se Vasconcelos (1998, p. 15):

“Que existe coação no mundo jurídico, ninguém o nega absolutamente. A questão é identificar, aí, o lugar onde ela se encontra, facilmente identificável ao se verificar o exato momento em que ela é chamada a atuar. Para isso, torna-se necessário pensar a partir do par de categorias essência/existência, as quais constituem a única possibilidade de enquadrá-la satisfatoriamente. Ou a coação integrará a essência, ou participará da existência do Direito, excluída qualquer outra alternativa.”

A essência é una e permanente. Assim, se a coerção está sempre presente em tudo que diz respeito ao Direito, ela a este se liga de forma inescapável, pois toma parte em sua essência; do contrário, ou seja, não integrando o Direito, da existência deste participa a coação em momentos de excepcionalidade. É exatamente a segunda hipótese que se constata no cotidiano dos juristas – em relação à primeira, Vasconcelos (*op. cit.*,

p. 15) argumenta que, em sendo verdadeira, é forçoso concluir que “todo ato executado sem o uso da força – que é precisamente o que significa coação – não seria ato jurídico”.

A partir do exposto neste artigo, a conclusão é no sentido de que não é possível a um ordenamento jurídico a existência com a exclusão total da força que se denomina coação, haja vista tal força ser o instrumental de que se vale o Direito para que suas normas sejam acatadas na sociedade à qual se destina. Realmente, é imprescindível a coercibilidade e não há que se falar em coercitividade, porque a coerção jamais integra a essência do Direito. A coação, inclusive, é um dos pontos diferenciadores entre Moral e Direito – este apenas se arma do elemento *coação*, o que não deixa de se referir à certeza do cumprimento da lei e à consequente segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1995) BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, Ed. Ícone, São Paulo.
- (1999) BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**, Ed. da UnB, Brasília.
- (2001) MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque, **Curso de direito internacional público**, 13. ed., Ed. Renovar, Rio de Janeiro.
- (1999) NADER, Paulo, **Filosofia do direito**, 7. ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- (1999) REALE, Miguel, **Filosofia do direito**, 19. ed., Ed. Saraiva, São Paulo.
- (1994) REALE, Miguel, **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**, Ed. Saraiva, São Paulo.
- (1998) VASCONCELOS, Arnaldo, **Direito, humanismo e democracia**, Ed. Malheiros, São Paulo.

PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Lidia Elizabeth Penaloza Jaramillo GAMA*

INTRODUÇÃO

Com a advinda do século XXI, realidades como o crescimento populacional e o empobrecimento geral das nações¹, tem sido mais sentidas. E vemos que o conceito clássico de propriedade vêm sofrendo alterações caminhando na direção da procura da função social e ambiental.

A Constituição de 1988 incluiu o princípio da função social da propriedade no art. 5º, XXIII, constituindo hoje uma cláusula pétrea, deixando claro que a propriedade privada que cumpra a sua função social, gozará de proteção jurídica.

A função ambiental da propriedade, muitas vezes mencionada também como função ecológica por alguns autores é complementar da função social, assim, Roxana Cardoso Borges afirma ao respeito: “ao se tentar demonstrar o conteúdo da função ambiental da propriedade, esta é considerada como um elemento da função social da propriedade, que é um conceito anterior e de alcance mais amplo que a função atribuída àquele instituto advinda da necessidade de manutenção de um meio ambiente equilibrado. Embora estas duas categorias não sejam antagônicas – ao contrário, são complementares – tem-se a função ambiental da propriedade como uma característica marcante da Constituição de 1988, que considera a problemática ambiental parte da social e vice-versa”.²

Assim, objetivamos com este breve estudo, abordar o conteúdo do conceito de propriedade de

acordo com momentos históricos diferentes para poder entender e verificar como foi surgindo a preocupação com a função social e ambiental da propriedade, mencionando também a sua localização na Constituição Federal, já que para nós, operadores do Direito, o Direito Constitucional constitui parte integrante do exercício da nossa profissão e a função jurisdicional configurada por Santi Romano constitui “um tronco de cujas raízes se alimentam os vários ramos do ordenamento público; e enquanto o direito constitucional é o princípio de todo o direito do Estado, os outros ramos o pressupõem e são por ele gerados e sustentados”³, posteriormente, nos ocuparemos dos aspectos da função ambiental da propriedade e apontaremos também algumas limitações de caráter ambiental da propriedade existentes na Constituição Federal, no Direito Civil e nas leis esparsas.

ESCORÇO HISTÓRICO

A compreensão e extensão do conteúdo do conceito de propriedade é influenciado pelos povos e pelo momento histórico, desde a antiguidade. A história da propriedade é decorrência direta da organização política.

A propriedade imobiliária individual não era considerada pelas sociedades primitivas, somente existia propriedade para coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca e armas. O solo pertencia a

(*) Advogada e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP.

(1) A título de exemplo, vejamos a posição de Carlos Ayres Britto sobre o Brasil: “a propriedade é o grande divisor de águas da sociedade, que, no caso brasileiro, se marca por uma microminoria de proprietários e uma macromajoria de não-proprietários (os 20% mais pobres da nossa população detêm apenas 2% da riqueza nacional, enquanto os 20% mais ricos abocanharam 66% dessa riqueza)”. (Direito de Propriedade, p. 45).

(2) Função Ambiental da Propriedade, p. 315.

(3) *Apud* Ada Pellegrini Grinover, As Garantias Constitucionais do Direito de Ação, p. 8.

toda a coletividade, a todos os membros dos clãs ou tribos, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa.

Ainda hoje sobrevivem alguns povos primitivos que vivem distantes do contato com o homem civilizado, estes vivem da caça, da pesca e de frutos silvestres. Admitindo-se ainda somente a propriedade coletiva e não dividida.

Não existem registros sobre o momento exato em que surge, na sociedade romana, a primeira forma de propriedade imobiliária individual. No primeiro período do Direito Romano, a propriedade pertencia à *gens* e o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva e não dividida. Lentamente, surge o costume de conceder sempre a mesma porção de terra às mesmas pessoas é assim que, o *pater familias* instala-se com a sua família, escravos e animais, num determinado espaço e é ele que detém todo o poder de decisão sobre o patrimônio da *gens*. Assim paulatinamente, arraiga-se no espírito romano a idéia de propriedade individualmente considerada. Neste período também afirma Francisco Eyder Maranhão Pinto Filho: “a propriedade estava estruturalmente ligada à posse, sem a qual todo o direito à coisa desaparecia”.⁴

Com a Lei das XII Tábuas a noção jurídica do direito de propriedade é consolidada de forma absoluta com o *ius utendi, fruendi et abutendi*, ou seja, o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito da coisa, inclusive destruindo-a, além destes direitos sobre a propriedade ela era isenta de impostos e o direito recaía sobre tudo o que se encontra acima e abaixo do solo. Nesta época a função social da propriedade é ignorada totalmente.

A concepção absoluta e sem limites do direito de propriedade sofre atenuações na época clássica do Direito Romano admitindo a existência de uso abusivo do direito de propriedade e é com o Digesto que surgem limitações de ordem individual, principalmente relacionados aos direitos de vizinhança, uma dessas

limitações é citada por Francisco Eyder Maranhão Pinto Filho, nos seguintes termos: “o proprietário que não cultivou seu terreno perde a propriedade sobre ele em favor de quem o cultivou por mais de dois anos”.⁵

Na Idade Média, o regime social, político e econômico é o feudalismo, os vassallos⁶ serviam ao senhor e não eram proprietários do solo. Os servos faziam parte da propriedade acompanhando-a quando mudava o proprietário. Os conceitos jurídicos de propriedade como eram entendidos pelo Direito Romano modificam-se com as diferentes culturas bárbaras. O território, constitui símbolo de poder, o proprietário pode cobrar tributos, fazer guerra ou celebrar a paz.

A igreja traz as suas contribuições sobre a função social da propriedade através do *Direito Canônico*, inculcando a idéia de que o homem está legitimado a adquirir bens, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual. No entanto, por influência de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino⁷, ensina-se que a propriedade privada é imanente à própria natureza do homem que, no entanto, a propriedade tem uma função social a ser cumprida.

No século XVIII, fica bastante evidente a polêmica da propriedade envolvendo dois aspectos: a propriedade: razão de ser da sociedade e a propriedade: origem da desigualdade e dos males sociais, a escola do direito natural passa a reclamar normas objetivas que definam a propriedade. E Manoel Gonçalves F. Filho afirma ao respeito: “para Locke, o estado de natureza seria nem bom nem mau: seria suportável. Mas, segundo ele, de três coisas os homens sentiriam falta, nesse estado de natureza. Em primeiro lugar, de leis objetivas, que discriminassem o que era de um e o que era de outro, vale dizer, regulassem a propriedade. Sentiria falta, em segundo lugar, de árbitros ou juízes imparciais que decidissem os conflitos sobre o que é de um e o que é de outro, sobre a propriedade. Em terceiro lugar, faltaria aos homens no estado de natureza uma força organizada que, coercitivamente, impusesse as decisões dos árbitros e, em consequência, fizesse valer as leis que atribuem e

⁽⁴⁾ Concepções Filosóficas sobre a Propriedade, p. 6.

⁽⁵⁾ Concepções Filosóficas sobre a Propriedade, p. 8.

⁽⁶⁾ O proprietário do imóvel era quem detinha o domínio direto sobre o solo ou a terra, o vassalo apenas podia explorá-la, ou seja o cultivador da terra não era o dono.

⁽⁷⁾ “São Tomás de Aquino conceitua a propriedade privada em três planos distintos na ordem de valores. Em primeiro lugar, o homem: em razão de sua natureza específica (animal racional), tem direito ao apossamento dos bens materiais. Num segundo contempla o problema da apropriação de bens, a qual resulta, em última instância, no direito de propriedade propriamente dito. Por fim, num terceiro plano, permite o condicionamento da propriedade ao momento histórico de cada povo, desde que não se chegue ao extremo de negá-la”. (Concepções Filosóficas sobre a Propriedade de Francisco Eyder Maranhão Pinto Filho, p. 13)

discriminam a propriedade”.⁸ Tanto para Locke⁹ como para outros filósofos a propriedade encontrava seu fundamento na liberdade humana.

Neste mesmo diapasão a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789 estipula no seu art. 2º “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais imprescritíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” e no seu art. 17 estipula o seguinte: “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém, pode dela ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exija e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

Também o Código Civil francês de 1804 de Napoleão recepcionando a idéia romana traça a conhecida concepção extremamente individualista prevista no art. 544: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”. A propriedade individual é colocada como núcleo do ordenamento jurídico¹⁰. O Código Civil de Napoleão e as idéias da Revolução Francesa repercutiram em muitos ordenamentos jurídicos do século XIX.

Esse individualismo preconizado pelo Código de Napoleão, perde força no século XIX com o advento do desenvolvimento industrial e com as doutrinas socializantes. Passa a ser buscada a construção de uma sociedade fundada em valores de bem estar e que a propriedade cumpra uma função social.

ASPECTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Este novo século terá sem dúvida, como alguns dos desafios, situar devidamente a utilização social e ambiental da propriedade.

Tanto o positivismo como a Igreja contribuíram para definir a função social da propriedade assim, para o autor Manoel Gonçalves F. Filho “quem por primeiro mencionou a expressão “função social”, ligando-o à propriedade, foi o criador do positivismo, Augusto Comte, ao afirmar que: “em todo estado normal da humanidade, qualquer cidadão constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições mais ou menos definidas determinam a um tempo as obrigações e as pretensões. Este princípio universal deve certamente se estender à propriedade, em que o positivismo vê principalmente uma indispensável função social, destinada a formar e a administrar os capitais nos quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte. Sabiamente concebida esta apreciação normal enobrece sua posse, sem restringir sua justa liberdade e mesmo fazendo-a melhor respeitar”.¹¹

A Igreja através da Encíclica *Mater Et Magistra* do Papa João XXIII, de 1961, ensina que a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com a função social¹², não só em proveito do titular, mas também em benefício da coletividade. Esta Encíclica também da à propriedade *status* de garantia de liberdade e de dignidade humana. Assim no parágrafo 116 estipula: “mas os nossos predecessores nunca deixaram igualmente de ensinar que no direito de propriedade privada está incluída a função social”.

Todas as Constituições brasileiras trazem dispositivos sobre o direito de propriedade e a Constituição de 1988 diferenciando-se das outras, além de dispor sobre a propriedade, dispõe sobre a função social da propriedade, assim, no seu art. 5º garante o direito de propriedade em seu *caput* e no inciso XXI, destaca que “a propriedade atenderá a sua função social (XXIII)”. O art. 170 da Carta, ao tratar da ordem econômica, dando valor ao trabalho e à livre iniciativa,

⁽⁸⁾ A Propriedade e sua Função Social, p. 31.

⁽⁹⁾ Na lição de Francisco Eyder Maranhão Pinto Filho, “Locke procura o fundamento do direito de propriedade na própria liberdade humana. O homem é livre, inclusive para aplicar o seu trabalho e o seu esforço na produção de alguma coisa, é justo que detenha para si a coisa. Assim, a aplicação da liberdade leva à propriedade. Esta é posta como uma decorrência, uma expressão, o reflexo da própria liberdade humana”. (Concepções Filosóficas sobre a Propriedade, p. 12).

⁽¹⁰⁾ Para Francisco Eyder Maranhão Pinto Filho: “este é um grande marco no Direito mundial, especialmente quanto à regulamentação amplamente liberal que se deu à propriedade. Resultado jurídico das idéias econômicas do início do século XIX, e ainda fruto da reestruturação política da Revolução Francesa, representante importante ponto na história do conceito de propriedade privada e individual. Com o conceito trazido do Direito Romano, cada coisa tem apenas um dono de direito e de fato”. (Concepções Filosóficas sobre a Propriedade, pp. 10-11).

⁽¹¹⁾ A Propriedade e sua Função Social, p. 33.

⁽¹²⁾ Manoel Gonçalves F. Filho ao comentar a Encíclica de Leão XII, que é anterior à Encíclica *Mater Et Magistra* do Papa João XXIII afirma que a doutrina da Igreja “insiste também em ter a propriedade uma função social. Quer dizer, a propriedade não se destina apenas a satisfazer os interesses do proprietário, a trazer-lhe benefícios, significa, também, uma maneira de atender as necessidades de toda a sociedade, o proprietário – se valer a comparação – é uma espécie de procurador da sociedade, para gerir os bens que são seus, no seu interesse, mas também no interesse da sociedade, levando ao entendimento das necessidades sociais”. (A Propriedade e sua Função Social, p. 32).

conforme os ditames da justiça social, garante o princípio da “função social da propriedade” (inciso III), após referir-se ao princípio da propriedade privada em si mesma (inciso II).

São evidentes as diferenças entre a propriedade urbana e a propriedade rural e com fundamento nestas diferenças a Constituição trata sobre a função destas propriedades, em artigos diferentes, assim, ao tratar da política urbana, no art. 182, § 1º determina que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. E o art. 186 mesma Carta Constitucional cuida da função social da propriedade rural, impondo obrigações ao proprietário que consistem no aproveitamento racional e adequado da propriedade, na produção, tendo porém em conta sempre, a preservação de um ambiente ecologicamente equilibrado. Aqui vemos claramente que a Constituição cuidou da função econômica, social e ambiental da propriedade.

O novo Código Civil no art. 1228, § 4º, traz matéria correlata, dispondo: “o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

No art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) temos também o seguinte dispositivo: “as áreas urbanas com mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

Na propriedade encontramos dois interesses, o individual que é exclusivo do proprietário e o coletivo que vai atender os anseios da sociedade, isto vai ter repercussões jurídicas diretas, assim, o juiz deste início de século, a cada decisão, deve fazer um balanceamento de valores, os quais são indicados pela ética como: o valor da pessoa humana, o valor da liberdade, o valor da igualdade, o valor da justiça, o valor do bem comum, o valor ecológico dentre outros, tendo em conta que nenhum destes valores é absoluto isoladamente. A

propriedade, como entidade social e jurídica, não pode ser analisada no sentido puramente individual. A justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual. Isso nem sempre é alcançado pelas leis, já que algumas vezes constituem normas abstratas e frias, ora envelhecidas pelo tempo.

A disposição da propriedade de forma absoluta encontrada no art. 544 do Código de Napoleão já não encontrou correspondência no Código Civil atual francês, que no seu art. 187, enuncia regra específica quanto ao abuso do direito de propriedade: “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”, e comentando a expressão “absoluto” contida no art. 544 Francisco Eyder Maranhão Pinto Filho assevera: “esse conceito sofreu, e ainda sofre, críticas pelo fato de graduar a noção de absoluto – tendo-se o absoluto, nada mais poderia superá-lo. Considerou-se assim a propriedade um direito natural, inalienável e imprescritível, que ombreava com as liberdades antepostas ao poder público, emprestando-se-lhe valorização exagerada, condizente, embora, com as garantias de que necessitava como instrumento da expansão irresistível das forças produtivas libertadas definitivamente pela Revolução Industrial”.¹³

Toda propriedade, respeitando o direito do proprietário, deve cumprir uma função econômica, social e ambiental.

Os princípios que atualmente norteiam a propriedade se encontram afastados do individualismo histórico que não somente buscam coibir o uso abusivo da propriedade, como também procuram inseri-la no contexto de utilização para o bem comum. A função social da propriedade faz parte da sua atual estrutura.

A função social da propriedade abrange a função ambiental que será estudada no tópico seguinte.

ASPECTOS DA FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Para poder demonstrar o conteúdo da função ambiental da propriedade cremos ser necessário primeiramente tratar de como surge na nossa sociedade a preocupação com ter um ambiente ecologicamente equilibrado.

⁽¹³⁾ Concepções Filosóficas sobre a Propriedade, p. 11.

Em outras épocas já existiam leis ambientais porém não com a preocupação específica de proteger o ambiente ecologicamente equilibrado, mas com o intuito de preservar alguns recursos naturais para a Coroa, assim segundo Roberto Santos “uma das manifestações modernas do que chamamos hoje de Direito Ambiental foi a Lei Negra de 1723, de George I da Inglaterra. Essa lei arrolava mais de cinquenta crimes ambientais, que punia com pena de morte. Ao fazê-lo, deixava implícito um grau de conhecimento conservacionista razoavelmente adiantado em relação à postura antiga. Não é que os governos monárquicos encarassem a natureza como um patrimônio da humanidade a preservar para as futuras gerações. Tratava-se apenas de manter abundantes a caça e a pesca para sua Majestade, dos coelhos aos gamos, dos lagos aos rios. Portanto, correspondendo à consciência ecológica da época, a medida não ultrapassava a defesa patrimonialista e utilitária dos bens da Coroa”.¹⁴

A consciência ecológica também fazia parte das Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas onde existem disposições semelhantes, porém em menor número. Esta consciência ecológica sofreu uma ruptura a qual é descrita por Roberto Santos da seguinte forma: “a ruptura da consciência ecológica aconteceu no momento da chamada “recepção” do Direito português pela colônia. No início do século XVI, Portugal já não tinha condições de viabilizar a exploração econômica de suas novas terras. Esgotado pelas guerras e desfalcado de mão-de-obra em quantidade suficiente, o Reino logo esqueceu na colônia os cuidados que prescrevia na metrópole, abandonando toda preocupação conservacionista. A predação, em vez do uso, e a destruição, em vez da exploração, tornaram-se prática corrente”.¹⁵

Desse modo a consciência ecológica esteve por muitos e muitos anos adormecida e esta teve que ser retomada de maneira trágica após a explosão experimental da primeira bomba H no Deserto de Los Álamos (EUA) e posteriormente a explosão de bombas atômicas que destruíram as cidades de Nagasaki e Hiroshima, o mundo ficou perplexo, com a repercussão destes atos que até hoje são sentidos.

Em 1972 realizou-se em Estocolmo a “Primeira Conferência da Nações Unidas sobre o Meio Ambiente” e no mesmo ano a MIT Massachusetts Institute of Technology, convoca aos cidadãos para participarem da problemática ecológica.

É iniciada desta maneira a “ecologização” das sociedades movida em parte por um “grande medo planetário”, o qual é descrito por Regis de Moraes nos seguintes termos: “o medo é um ser bifronte como Jano: tem um lado negativo e enfermizante, mas tem outro lado provocador de devidos despertamentos. Nosso temor ecológico tem trazido sofrimento e desencanto para as novas gerações; mas tem oferecido também o surgimento de Educação Ambiental e Direito Ambiental, como apenas dois exemplos grandemente positivos”.¹⁶

Resulta iniludivelmente comprovada hoje a “ecologização” das sociedades, e com esta, a preocupação em dar uma função ambiental à propriedade.

No Brasil, legislação ambiental esparsa¹⁷, já trazia dispositivos sobre a função ambiental da propriedade e com o advento da Constituição Federal de 1988 esta matéria é tratada no seu bojo, no Capítulo I do Título II (dos direitos e deveres individuais e coletivos), no Capítulo I do Título VII (dos princípios gerais da atividade econômica), no Capítulo II do Título VII (da política agrícola e fundiária e da reforma agrária) e do Capítulo VI do Título VII (do meio ambiente), garantindo a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no *caput* do art. 225.

Ainda, e sob o mesmo diapasão, o § 1º do art. 1228 do novo Código Civil, dispõe: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Para Luís Roberto Gomes “pelo princípio do direito humano fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi estatuído à categoria de

⁽¹⁴⁾ Ética Ambiental e Funções do Direito Ambiental, p. 246.

⁽¹⁵⁾ Ética Ambiental e Funções do Direito Ambiental, p. 247.

⁽¹⁶⁾ “Ecologização” das Sociedades e o Direito Ambiental, p. 95.

⁽¹⁷⁾ Ordenamentos jurídicos de outros países também legislam sobre a função ambiental da propriedade, assim o jurista Enrique Ulate Chacón da Costa Rica afirma ao respeito: “la Ley Forestal de 1961 también impuso importantes limitaciones a la propiedad agraria En efecto, a partir de la promulgación de dicha Ley comienza a manifestarse con mayor profundidad la función ambiental de la propiedad. Se contemplan políticas de conservación, forestación y reforestación de los bosques y terrenos, y de promoción, por medio de incentivos, a la actividad forestal”. (La Función Económico-Social y Ambiental de la Propiedad, p. 28).

direito fundamental da pessoa humana, essencial à qualidade de vida. E, ao atribuir ao bem ambiental natureza pública, dizendo-o pertencente à coletividade e voltado a uma finalidade pública, a tutela de seus interesses, conseqüentemente, passou a prevalecer quando em confronto com a dos interesses privados, entre estes o direito de propriedade, até porque indispensável à própria existência da vida em sociedade”.¹⁸

A função ambiental do direito de propriedade decorre de outra função não menos importante, estamos a nos referir à função social, assim Luís Roberto Gomes assevera ao respeito: “podemos afirmar que a propriedade, de seu turno, diante de nossa constituição ambiental, teve radicalmente alterada sua estrutura. Além de incorporar em seu conteúdo a função social da propriedade, uniu-se em vínculo placentário com a tutela ambiental. E isto porque, na esfera da função social da propriedade, e estendendo seu conteúdo, estão contidos os princípios constitucionais de proteção ambiental. Por outras palavras, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que deve ser conservado para as futuras gerações, constitui premissa básica para o atendimento da função social da propriedade, mormente quando diretamente relacionado à proteção da vida humana”.¹⁹

Ainda sobre a função ambiental da propriedade Roxana Cardoso Borges afirma: “é garantido constitucionalmente o direito de propriedade, mas sob a condição de que seja atendida sua função ambiental. Uma vez não cumprida a função social, deslegitima-se esse direito, autorizando a Constituição Federal a que se proceda à desapropriação-sanção”.²⁰

Quando o direito de propriedade recai sobre recursos naturais o proprietário deverá preservar as suas características ecológicas respeitando a função ambiental da propriedade, assim Cristiane Derani afirma ao respeito: “impõe-se ao detentor de recursos ambientais – parcela do meio ambiente – o atendimento à função ambiental da propriedade, posto que esses bens apropriados e a manutenção de suas características

ecológicas são indispensáveis à realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.²¹

A temática da função ambiental da propriedade está dentre as mais relevantes para atingir um meio ambiente sadio.

LIMITAÇÕES AMBIENTAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Diante da preocupação de se garantir a proteção do meio ambiente, o conceito clássico do direito de propriedade de poder ser exercido de forma absoluta e sem limites sofreu claramente alterações²², para que o exercício deste direito seja compatível com a proteção ambiental.

A direito à propriedade privada tem limitações, obrigações e ônus, neste tópico vamos tratar somente das limitações ambientais.

As limitações impostas ao direito de propriedade não significam não reconhecer o direito de propriedade e sim alcançar o cumprimento de fins superiores e mais importantes que o direito exclusivamente individual. Estes fins superiores constituem os direitos da coletividade e os direitos das futuras gerações. Havendo conflito entre o interesse privado e o interesse público vai prevalecer este último.

São muitas e cada vez mais numerosas as leis que interferem na propriedade. A exigência de limitação decorre do equacionamento do individual e do social, assim Luís Roberto Gomes afirma ao respeito: “há portanto, disposição específica na Constituição estabelecendo condições limitantes ao seu uso. Na medida em que o proprietário queira fazer dela uso anti-social, encontrará vedação na ordem constitucional”.²³

Com a Constituição de 1988 o direito de propriedade deixa de ter sua regulamentação exclusivamente privatista, baseada no Código Civil, e passa a ser um direito privado de interesse público, sendo possível

⁽¹⁸⁾ O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental, p. 161.

⁽¹⁹⁾ O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental, p. 170.

⁽²⁰⁾ Função Ambiental da Propriedade, p. 323.

⁽²¹⁾ A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”, p. 67.

⁽²²⁾ Hely Lopes Meirelles discorrendo sobre o assunto afirma: “a propriedade, de há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário, para se transformar na função social do detentor da riqueza, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade”. (Direito Administrativo Brasileiro, p. 497).

⁽²³⁾ O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental, p. 164.

hoje ser analisado e estudado pelo Direito Público e pelo Direito Privado. O processo de publicização do direito de propriedade permite a implementação da legislação referente à proteção do meio ambiente, que impõe limites ao exercício daquele direito. A concepção privatista do direito de propriedade é transformada aos poucos num direito-dever.

As limitações de ordem ambiental impostas ao direito de propriedade tem como objetivo conservar adequadamente os recursos naturais que restam na natureza e que foram atingidos por um uso abusivo e desordenado.

Destarte, são inúmeras as limitações impostas ao direito de propriedade, e estas estão contidas na Constituição Federal, com o intuito de proteger o patrimônio histórico, a fauna, a flora, o equilíbrio ecológico etc. Há leis especiais que cuidam expressamente das limitações direcionadas à propriedade urbana e rural, dentre elas: o Código Florestal (Lei n. 4.717/65), a Lei n. 6.902/81, o Decreto n. 99.274/90, o Decreto n. 89.336/84, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), o novo Código Civil estipula as limitações nos seus artigos 1228 e 1229, e nos artigos 1277 a 1281 trata sobre as limitações decorrentes dos Direitos de Vizinhança.

Além das limitações impostas ao direito de propriedade temos a obrigação de recompor os danos causados, assim Álvaro Luiz Mirra, afirma ao respeito, “a função social e ambiental não constitui um simples limite ao exercício de direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício do seu direito, fazer tudo que não prejudique a coletividade e o meio ambiente. Diversamente, a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício de seu direito, para que a sua propriedade concretamente se adeque à preservação do meio ambiente”.²⁴

A terminologia “limitações” impostas à propriedade não é unânime entre os juristas, tendo alguns que preferem empregar a terminologia “delimitações”, assim: Roxana Cardoso Borges afirma

ao respeito: “esta delimitação do direito de propriedade (que pode vir em forma de limitações, embora a função ambiental não seja propriamente uma limitação, mas a própria estrutura do direito) é condição legal para sua legitimidade e, em consequência, para sua proteção. As especificidades que a legislação ambiental traz ao exercício deste direito, e que formam a sua função, são inerentes à propriedade”.²⁵

O autor José Carlos Moreira Alves não compartilha com a idéia de que a propriedade sofre limitações²⁶ e afirma ao respeito: “na verdade, não nos parece conveniente falar-se em limitações ao direito de propriedade. Limitar-se-á o direito de propriedade em relação a quê? Em relação à feição que o instituto tinha há um século? Parece-nos, pois, mais conveniente falar-se em elementos que participam do delinear dos contornos do direito de propriedade, do traçar o seu perfil, tal, qual, hoje se apresenta. Aliás, na realidade, em rigor, o que se “limitou, ou seja, o que se tem concebido de forma diversa, não é a essência do direito de propriedade, mas a extensão da expressão prática dos poderes afetados ao “dominus”, preponderante”.²⁷

Para os juristas argentinos “limitações” correspondem a restrições assim Guillermo Andrés Muñoz afirma ao respeito: “las restricciones al dominio – decía Bielsa em 1923 – definen su contenido normal, y son inherentes a la propiedad como confines del ejercicio de tal derecho. Por ello, agregaba, hasta se les niega el nombre de limitaciones y se las considera condiciones legales del derecho de propiedad. No son sacrificios, sino condiciones de su ejercicio”.²⁸

Assim vemos que as “limitações” impostas à propriedade expressa-se de várias outras maneiras, cujo significado quer-nos parecer o mesmo, concluímos que, estabelecer limites, ou delimitações ou restrições ao uso da propriedade no âmbito econômico, social e ambiental é fundamental para o desenvolvimento sustentável da nossa sociedade.

CONCLUSÃO

Através deste estudo constatamos que o conteúdo do conceito de propriedade desde o início da

⁽²⁴⁾ Princípios Fundamentais do Direito Ambiental, p. 59.

⁽²⁵⁾ Função Ambiental da Propriedade, p. 322.

⁽²⁶⁾ Neste sentido, Cristiane Derani diz ao respeito: “não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas conformar seus elementos e seus fins dirigindo-a ao entendimento de determinações de políticas públicas de bem-estar coletivo. Esse comportamento decorre do entendimento de que propriedade é uma relação com resultados individuais e sociais simultaneamente”. (A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”, p. 63).

⁽²⁷⁾ Posse e Propriedade. Doutrina e Jurisprudência, p. 54.

⁽²⁸⁾ Derecho de Propiedad, Urbanismo y Principio de Legalidad, p. 18.

civilização até os dias atuais sofreu uma modificação substancial. Constituinte o direito de propriedade um direito dinâmico o qual vai-se adaptando às necessidades da nossa sociedade.

Os homens muitas vezes gostam de pensar em termos de pólos opostos entre os quais não reconhecem possibilidades intermediárias, estamos a nos referir à propriedade analisada como direito individual e como direito social ou coletivo, pensamos que deve ser sempre buscado um ponto de equilíbrio entre estes dois direitos, já que a propriedade analisada como direito individual tem a sua devida importância também, já que como afirma Carlos Ayres Britto: “todos vivem da propriedade, de uma forma direta e indireta.... da propriedade jorra, as relações trabalhistas, profissionais e as mercantis em geral”.²⁹

Um balanceamento de valores deve anteceder as decisões do Ministério Público e da Justiça quando está em tela a função social e ambiental da propriedade, assistindo integral razão a Miguel Reale quando assevera: “não é demais salientar que, segundo suas disposições, o valor ecológico não é considerado absoluto, ao qual todos os demais devam se subordinar, uma vez que a natureza não é tutelada apenas em si e por si, mas também para assegurar à pessoa humana os meios essenciais ao desenvolvimento de uma vida condigna”.³⁰

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA, Kátia Magalhães. **A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana**, in Revista de Informação Legislativa n. 132. Brasília: Informação Legislativa, 1996.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função Ambiental da Propriedade**, in Ciência Jurídica, Belo Horizonte: Jurisbras, 1998.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Direito de propriedade (O novo e sempre velho perfil constitucional da propriedade)**, in Revista de Direito Público n. 91. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- CAHALI, Yussef. (Org.). **Posse e Propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CHACÓN, Enrique Ulate. **La Función Económico-Social y Ambiental de la Propiedad**, in Revista de Direito Agrário n. 13, 1º Semestre/2000. Brasília: Ed. do INCRA, 2000.
- DERANI, Cristiane. **A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “Função Social”** in Revista de Direito Ambiental n. 27. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas**. Vol. 4º. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estado, Posse e Propriedade: Do Espaço Privado à Função Social**, in Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Vol. VI Ano XI. Curitiba: Ed. da Procuradoria, 1997.
- GOMES, Luís Roberto. **O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental**, in Revista de Direito Ambiental n. 17. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- GONÇALVES F. FILHO, Manoel. **A propriedade e sua Função Social**, in Revista de Direito Agrário n. 8, 2º Semestre de 1982. Brasília: Ed. do INCRA, 1982.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Ed. RT, 1973.
- LEONETTI, Carlos Araújo. **O IPTU e a Função Social da Propriedade**, in Revista da Faculdade de Direito da UFSC Vol 1. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998.
- LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade Civil por Dano Ecológico**, in Revista dos Tribunais n. 700. São Paulo: Ed. RT, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais do Direito Ambiental**, in Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- MORAIS, Regis de. **“Ecologização” das Sociedades e o Direito Ambiental**, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da PUCCAMP. Vol. 18 – n. 2. Campinas: Ed. da PUCAMP, 2002.
- MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Derecho de Propriedad, urbanismo y principio de legalidad**, in Revista de Direito Público. São Paulo: Ed. RT, 1989.

⁽²⁹⁾ Direito de Propriedade, p. 45.

⁽³⁰⁾ A Ecologia na Legislação Brasileira, p. 6.

PINTO FILHO, Francisco Eyder Maranhão. **Concepções Filosóficas sobre a Propriedade**, in Revista de Direito Agrário n. 14 2º Semestre/2000. Brasília: Ed. do INCRA, 2000.

REALE, Miguel. **Ecologia na Legislação Brasileira**, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da PUCAMP Vol. 19 n. 1. Campinas: Ed. da PUCAMP, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Direito das Coisas. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Roberto. **Ética Ambiental e Funções do Direito Ambiental**, in Revista de Direito Ambiental n. 18. São Paulo: Ed. RT, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. Vol. V. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

VITUCCI, Paolo. **Proprietà Colletive, Diritti dell'utente, Autonomia Statutaria**, in Rivista di Diritto Civile n. 4 Luglio-Agosto. Ano XLVIII. Padova: Cedam, 2002.

TUTELA ANTECIPADA

Adriana Jesus GUILHEN*

HISTÓRICO

A partir do momento que o Estado proibiu a autotutela, como contrapartida ele assumiu a responsabilidade de proporcionar a adequada tutela jurisdicional, consubstanciada pelo princípio da inafastabilidade, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como instrumento desta prestação jurisdicional é utilizado o processo, porém, quando este é realizado através de seu procedimento ordinário, pode não se apresentar com a efetividade e a eficácia necessárias.

Assim, para obtenção de um instrumento efetivo e eficaz surgiu a tutela antecipatória, para que o autor não tenha que suportar o ônus ocasionado pelo tempo do processo, vez que, não pode o autor que tenha razão ser prejudicado pela demora do processo.

Antes de 1.994 a tutela antecipada tinha sua ocorrência apenas como liminar em alguns processo como, por exemplo, nas ações possessórias, na busca e apreensão (Decreto Lei nº 911 de 01.10.69), na cautelar de busca de apreensão de menores, na ação de despejo (Lei nº 8.245, de 18.10.91, art. 59, § 1º), no mandado de segurança, na ação declaratória de inconstitucionalidade, na ação civil pública, entre outras.

A partir do ano de 1.994, com a reforma realizada no Código de Processo Civil, a antecipação da tutela passou a constituir um novo instituto como aplicação de regra geral, inserido nos artigos 273 e 461, do Código de Processo Civil, através da Lei nº 8.952, de 31 de dezembro de 1.994.

No ano passado, com o advento da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2.002, houve uma ampliação da

aplicação do instituto da tutela antecipada, com a modificação no art. 273, § 3º e acréscimo dos §§ 6º e 7º.

CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Encontramos na doutrina uma discussão quanto à inconstitucionalidade da tutela antecipada, com a alegação de que como é possível a sua concessão antes da parte contrária valer-se do seu direito de defesa, haveria uma restrição ao princípio da ampla defesa.

Porém, não há como falarmos em inconstitucionalidade devido às características de revogabilidade (art. 273, § 4º) e provisoriedade ou reversibilidade (art. 273, § 2º) da tutela antecipada, além de ser proporcionada à parte a oportunidade de ser ouvida posteriormente, inclusive com direito a interpor recurso contra a liminar que concedeu a antecipação da tutela.

Ademais, a tutela antecipada pode, até mesmo, ser considerada um fenômeno processual de natureza constitucional, pois possibilita a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da C.F.). E ainda para que este princípio seja devidamente realizado é necessária a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz, que muitas vezes só é atingida com a antecipação da tutela, diante do longo e moroso procedimento ordinário.

OBJETIVO

A tutela antecipada, como tutela jurisdicional diferenciada, tem por finalidade evitar a ordinarização do processo civil, tornando a prestação jurisdicional

* Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP). Advogada. Professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP).

efetiva e eficaz, como contrapartida que ao Estado deve dar por proibir a autotutela privada.

Além do que, é maior o risco de injustiças devido a uma resposta jurisdicional tardia, intempestiva, do que o risco de injustiças por uma incorreta antecipação da tutela, desde que esta seja estabelecida conforme as determinações legais.

Por outro lado, a necessidade constante da concessão da tutela sumária satisfativa, a fim de obter-se a efetividade e a eficácia da atividade jurisdicional, é a confissão da falência, da insuficiência do sistema jurisdicional brasileiro, especialmente de seu procedimento ordinário.

DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A MEDIDA CAUTELAR

Diferenças

A tutela antecipada pressupõe direito aparentemente evidente, possibilitando a antecipação dos efeitos da sentença de mérito, enquanto que a medida cautelar visa evitar ou minimizar o risco de ineficácia do provimento final, dando respaldo à ação principal; porém, nem sempre a providência da medida cautelar coincide com a que será outorgada pelo provimento final no processo principal.

A medida cautelar exige, além do requisito do *periculum in mora*, que é o risco de ineficácia da concessão da tutela, se esta ocorrer tardiamente; também o *fumus boni iuris*, ou seja, a tutela é concedida com a realização de uma cognição não exauriente, com a aparência do bom direito. Por sua vez a tutela antecipada não exige como requisito o *periculum in mora*.

Por fim, enquanto a antecipação da tutela tem como função tornar a prestação jurisdicional efetiva, adiantando, no todo ou em parte, o provimento final almejado no processo principal; a medida cautelar tem como função gerar tutela jurisdicional eficaz, ou seja, possibilitar um processo principal eficaz.

Semelhanças

A tutela antecipada e a medida cautelar são tutelas jurisdicionais diferenciadas, possuem caráter de urgência, são de cognição sumária, incompleta, permanecendo no campo da mera plausibilidade; são

provisórias, revogáveis, reversíveis e concedidas através de decisões interlocutórias.

CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada possui as seguintes espécies:

a) Mista: tem como pressuposto o *periculum in mora*, ou seja, o risco da ineficácia do provimento final, se concedida tardiamente, que é característica tipicamente cautelar, adiantando os efeitos da própria tutela; é o caso de concessão de antecipação da tutela quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I).

b) Pura: tem como requisito o *fumus boni iuris*, mas não há necessidade do *periculum in mora*; é o caso, por exemplo, da concessão da tutela antecipada quando “fique caracterizado o abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II).

c) Satisfativa: é a situação da concessão de tutela antecipada quando o direito concedido na liminar coincide com o pleito principal, embora reversível e provisório, por exemplo, na busca e apreensão de menores.

REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

a) a requerimento da parte (art. 273, caput): para que seja concedida a antecipação da tutela deve haver requerimento da parte, vez que pela interpretação do art. 811, que aplica o princípio da responsabilidade objetiva, o requerente responde por eventuais prejuízos causados ao requerido, pela concessão da antecipação da tutela.

b) Prova inequívoca da verossimilhança das alegações (art. 273, caput): não há prova inequívoca no sentido de incontestável, mas prova que apresente alto grau de convencimento, afastada qualquer dúvida razoável. A junção de “prova inequívoca” e “verossimilhança” leva-nos a compreender que não basta uma prova aparente, mas uma prova que possibilite uma convincente fundamentação do magistrado, porém, sem a necessidade de uma certeza absoluta.

c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I): neste caso devemos observar a existência de perigo ou grande risco de ineficácia da decisão final, se a medida antecipatória não for concedida, sendo insuficientes os simples inconvenientes da morosidade do processo.

d) abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II): é o abuso de defesa ou utilização pelo réu de expedientes escusos e subalternos para protelar o término do processo, buscando beneficiar-se pela manutenção do *statu quo*, não sendo imprescindível a comprovação da má-fé do réu. Como exemplo, podemos mencionar a apresentação de defesas antagônicas em processos diferentes, a não ser com o devido fundamento, a apresentação de defesa contra ato incontroverso ou uma defesa sem consistência, a alegação tardia de fato relevante, a interposição de recurso incabível, entre outros casos.

e) decisão fundamentada (art. 273, § 1º): a decisão que concede a antecipação da tutela deve ser fundamentada de modo claro e preciso. Todavia este parágrafo é até mesmo desnecessário, pois a fundamentação de decisão é exigência constitucional, constante no art. 93, IX, da Constituição Federal. Porém, na concessão da tutela antecipada, não basta o juiz fundamentar de forma clara e precisa a sua decisão, deve, também, explicitar a incidência e a aplicação do princípio da proporcionalidade aos interesses em conflito, bem como justificar a razão pela qual optou por aquele risco.

MOMENTO E MEIO PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada pode ser concedida antes da citação, após oitiva da parte contrária, durante ou após a audiência preliminar ou de instrução e julgamento, ao ser proferida a sentença e na apelação. Ainda, na ação rescisória, no caso do réu com endereço certo ser citado por edital, nos recursos especial ou extraordinário, no caso de tutela concedida de ofício ou no processo de execução.

Referente ao meio de concessão, a antecipação da tutela deve ser concedida através de uma decisão interlocutória, cabendo contra esta decisão o agravo de instrumento, que deve ser interposto no prazo de dez dias, diretamente perante o Tribunal.

No caso da antecipação da tutela não é viável o agravo retido, pois quando do seu julgamento pelo Tribunal, o seu pronunciamento provavelmente não terá mais utilidade, devido ao caráter emergencial do instituto da tutela antecipada.

Quando a tutela antecipada for concedida em sentença, juntamente com a decisão terminativa, poderá

ser interposto o agravo de instrumento ou a apelação, devido à aplicação do princípio da fungibilidade, sendo que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo e não no efeito suspensivo (art. 520, VII), possibilitando, quanto a tutela antecipada.

CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA

Reversibilidade (art. 273, § 2º)

O § 2º do art. 273, determina que a tutela antecipada deve ser reversível, ou seja, deve haver possibilidade de a coisa ser reposta ao estado anterior ao da providência ou, ao menos, possibilidade de indenização e que a parte seja capaz efetivamente de compensar o dano sofrido.

Para se verificar a possibilidade de reversibilidade devemos aplicar o princípio da proporcionalidade, necessitando haver a ponderação dos valores em questão, a fim de se solucionar o confronto: rapidez X segurança.

Efetivação (art. 273, § 3º)

Para efetivação da tutela antecipada, conforme estabelece o § 3º do art. 273, devem ser aplicadas as regras do art. 588, porém sem a necessidade de um processo executivo, pois normalmente o provimento antecipatório tem força mandamental ou executiva *lato sensu*, sendo efetivado no próprio processo em que foi proferido.

Todavia, como o provimento antecipatório não se restringe apenas a ações mandamentais ou executivas *lato sensu*, podendo ser concedido em todas as espécies de ações, conseqüentemente, as decisões poderão ser diversas, conforme abaixo enumeradas.

Modalidades de ações/decisões:

a) declaratória: podem ser antecipados os efeitos práticos da certeza jurídica objetivada na ação, por exemplo, na ação declaratória de paternidade quanto aos alimentos, no caso de cumulação dos pedidos; no pleito de sustação de protesto na ação declaratória de inexistência de débito; na autorização para o sócio participar da assembléia enquanto se discute seu direito de participar da sociedade.

b) (des)constitutiva: são passíveis de adiantamento os efeitos de natureza executiva ou mandamental da futura sentença, por exemplo, no pedido de exclusão do nome do cadastro de inadimplentes (Serasa/SPC); exclusão do pagamento de despesas condominiais em caso de discussão para anulação da assembléia.

c) condenatórias: são passíveis de adiantamento as prestações de dar, fazer, não fazer ou pagar, através de medidas de imediato cumprimento de ordens executivas lato sensu ou mandamentais, por exemplo, quanto a concessão de alimentos para sustento e moradia em casos de catástrofes e acidentes de trânsito.

d) mandamental: há antecipação da eficácia social da sentença, mas não de sua eficácia jurídico-formal, efetivada através de uma ordem contra quem a tutela foi antecipada, inclusive com imposição de multa, estabelecida no art. 461, § 5º.

e) executiva lato sensu: neste caso, também há antecipação da eficácia social da sentença, não de sua eficácia jurídico-formal, sendo que para sua efetivação pode ocorrer a substituição da conduta da parte contra quem a qual a tutela foi antecipada, pela ação do auxiliar da justiça no caso de resistência, e até mesmo a imposição de multa constante do art. 461, § 5º.

Assim, devemos entender a execução provisória como a possibilidade de serem desfeitas as providências concretas realizadas antecipadamente, se o provimento final do processo for contrário à tutela antecipada, valendo-nos para sua efetividade das regras constantes dos arts. 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

Este já era o entendimento jurisprudencial e doutrinário, confirmado pela nova redação dada ao art. 273, § 3º, pela Lei nº 10.444/02, devido à necessidade de comunicação entre a tutela antecipada como poder geral concedido ao juiz pelo art. 273, e a tutela específica contida nos arts. 461 e 461-A, possibilitando ao magistrado a aplicação de multa a fim de coagir o obrigado a cumprir a tutela antecipada, assim como a realização de outras medidas necessárias à consumação dos resultados pretendidos com a antecipação da tutela.

Há, ainda, a necessidade de aplicação do art. 811, devido à responsabilidade objetiva no caso de o requerente que obteve a liminar perder a ação, responder por eventuais prejuízos causados ao requerido, pela concessão da antecipação da tutela, se a decisão final for desfavorável.

Revogabilidade (art. 273, § 4º)

De acordo com o § 4º, do art. 273, é possível que a decisão que concedeu ou negou a antecipação da tutela seja alterada pelo juiz a qualquer tempo, em decisão fundamentada, desde que ocorra modificação na situação de fato e/ou do quadro instrutório, desaparecendo ou surgindo os pressupostos necessários para concessão ou não da tutela antecipada.

Aliás, na verdade não ocorre a alteração da decisão, mas uma nova decisão para uma nova situação, pois, enquanto a causa de pedir identifica o pedido, a razão de decidir identifica a decisão.

CONTINUIDADE DO PROCESSO ATÉ FINAL JULGAMENTO (ART. 273, § 5º)

A regra do § 5º, do art. 273, é que, iniciado o processo, concedida ou não a antecipação da tutela pleiteada, este deve prosseguir até o seu final julgamento. Ocorre que, como na antecipação da tutela não há uma decisão definitiva, de mérito, diferentemente do que ocorre no julgamento antecipado da lide, necessariamente o processo onde ela foi concedida deve prosseguir até a decisão final, com a realização de uma cognição exauriente.

INCONTROVÉRSIA E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (ART. 273, § 6º)

O § 6º, do art. 273, estabelece que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Quanto aos pedidos, a regra deste parágrafo deve ser aplicada quando houve apenas um pedido ou pedidos cumulados, apesar de sua leitura dar a falsa impressão de que ele deveria ser aplicado apenas nos casos de cumulação de pedidos.

Referente à incontrovérsia, esta é a ausência de confronto das afirmações realizadas pelo autor, quanto ao fato alegado, ou seja, a ausência de impugnação por parte do réu ou qualquer outra prova contrária.

Porém, há necessidade de analisarmos se a incontrovérsia é sobre todos os fatos ou apenas sobre parte destes. Quando a incontrovérsia for sobre todos os pontos, todos os fatos necessários para o

convencimento do juiz, há o julgamento antecipado da lide. Por outro lado, quando a incontrovérsia for sobre apenas parte dos fatos não há a possibilidade do julgamento antecipado da lide, mas é possível a antecipação da tutela jurisdicional quanto a parte incontroversa, desde que seja suficiente para a concessão da tutela antecipada.

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE (ART. 273, § 7º)

Como já visto, a antecipação da tutela como conceito distinto da tutela cautelar é recente, tendo sido incluída no nosso direito em 1994, com a reforma do CPC.

Apesar da sua introdução na nossa legislação há uma discussão quanto a diferença entre a tutela antecipada e a medida cautelar, tendo sido classificadas pela doutrina classificando-as como dois conceitos distintos, quando, na verdade, ambas são medidas urgentes, ou seja, “são categorias de um gênero só”¹.

Esta dificuldade de diferenciação provavelmente ocorre pelo fato de que, para a antecipação da tutela há em nosso ordenamento processual apenas um artigo (art. 273), enquanto que para a medida cautelar há todo um livro, com 93 artigos (Livro III – arts. 796 a 889).

Ocorre que, no livro relativo ao processo cautelar há toda uma disciplina sobre a tutela jurisdicional de urgência que deve ser aplicada para a tutela antecipada, vez que ambas são medidas urgentes.

O § 7º, do art. 273, ao possibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade entre a medida cautelar e a tutela antecipada, vem amenizar estas dificuldades de compreensão, em proveito de uma melhor efetividade da tutela jurisdicional, especialmente com redução de tempo para concessão destas tutelas jurisdicionais diferenciadas, além de possibilitar a união das teorias das medidas urgentes.

Ademais, para aplicação do princípio da fungibilidade, deve ser observado o seu caráter objetivo, ou seja, a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial sobre as matérias onde ele está sendo aplicado. E, ainda, deve-se aplicar o duplo sentido da fungibilidade, ou seja, o seu duplo sentido vetorial,

podendo ser concedida uma medida cautelar quando requerida a antecipação de tutela, bem como podendo ser concedida a antecipação de tutela quando requerida a cautelar, por exemplo, no caso do pleito de sustação de protesto.

Por fim, na análise do pedido de antecipação da tutela, cabe ao juiz observar o princípio da substanciação, não devendo o julgador vincular-se às qualificações jurídicas apresentadas pelo autor, mas aos fatos narrados e ao pedido realizado, pois, “inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial”²

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação da Tutela**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da Nova Reforma do CPC**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 33ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 1., 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

⁽¹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 90.

⁽²⁾ Cfr. STJ, 3ª T., Resp 1.844, j. 10.04.1990, rel. Eduardo Ribeiro, v.u., DJU 7.5.1990, p. 3.830, apud Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 11 ao art. 282, p. 371, 2ª col.

BIODIREITO

RECORRÊNCIAS HISTÓRICAS DE IMPLICAÇÕES FILOSÓFICAS E MODERNIDADE DE QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

João Marcos de Araújo BRAGA JÚNIOR¹

RESUMO

Este artigo versa sobre a emergência nos meios doutrinários e legais de novo âmbito do Direito, incidente sobre as mais recentes práticas científicas e tecnológicas no trato com a vida humana, procurando elucidar seus objetivos e efeitos diretos no corpo social, tendo em vista a organização da sociedade contemporânea e a genealogia do conceito de homem através da História.

ABSTRACT

This article deals with the emergency of a new site in the theoretical and legal structures of Right, concerning to the most recent scientific and technological practices upon human life care, in order to understand its objectives and direct effects in community, in regard to contemporary society's organization and to the genealogy of human being's concept throughout History.

...uma nova verdade científica não triunfa convencendo seus oponentes e fazendo com que vejam a luz, mas porque seus oponentes finalmente morrem e uma nova geração cresce familiarizada com ela.

Max Planck, in Scientific Autobiography

A complexidade tecnológica das questões sociais modernas avulta e exaspera as comunidades burocráticas, tecno-científicas e tecno-políticas, ensejando o desenfrear de pareceres e afirmativos, formal e ritualmente prescritos, cujo teor e objetivo direciona reflexivamente o desdobramento ainda mais imbricado de produções artificiais, a partir das quais se intenta, dentro do próprio tecnicismo, a solução direta, ou quase

lógica, planificada e consumativa de problematizações por vezes anteriores ou exteriores ao universo técnico, e por vezes engendradas pela mesma atmosfera mecânico-estrutural. Assim, uma infinidade de diagnósticos médicos, de doutrinações jurídicas, de exortações éticas e prescrições religiosas reverbera ditames procedimentais que visam convencer e conduzir a massa humana no circuito carrilhado do melhor

⁽¹⁾ Bacharel em Direito pela PUC-Campinas (2002); mestrando em Filosofia pela mesma Universidade.

desenvolvimento e aproveitamento das capacidades produtivas de poder, no condicionamento dos termos de socialização e modo de vida.

As emergências mais atuais norteiam a ramificação de novos patamares de classificação para a lida estratificada, especializada, destes meios culturais de conhecimento, disseminando e aprimorando respectivamente novas e conhecidas práticas e saberes, métodos e teorizações principiologicais, cunhados e moldados para a abordagem dos problemas surgidos e/ou fabricados. O envolvimento do mundo dos saberes com o universo político é largamente deflagrado já há considerável tempo, como bem expõe a genealogia crítica de Michel Foucault, a partir da qual se observa a produção dos saberes como que simultaneamente possibilitada e voltada para a construção e gestão das relações de poder.² Outra análise de destaque se deve a Thomas Kuhn, ao reconhecer na evolução do progresso científico uma dependência dos empenhos teóricos e movimentações práticas que logram constituir um campo diferenciado e restrito das ciências aos indicativos histórico-culturais que regem as circunstâncias presentes ao limiar de uma revolução científica.³ A mudança de *paradigma* teria então um direcionamento traçado pela necessidade premente de rearticulação dos impasses científicos constantes da imprecisão técnica *tendo em vista* as inclinações valorativas, ou seja, culturais, morais, de crença e convicção, por fim, formadoras históricas do sujeito de conhecimento operador e destinatário do saber científico.

Neste sentido, torna-se possível perscrutar com outra perspectiva a erupção de todo discurso alusivo a dilemas ético-científicos, surgidos da atualidade mais objetiva dos avanços tecnológicos, e procurar analisar em que medida os questionamentos inseridos atendem a uma inaudita problemática, fruto genuíno de características da modernidade, ou apenas reproduzem as mesmas implicações filosóficas aparecidas em tempos distantes e que vêm comandar o processo histórico da civilização ocidental.

Consta que as diretrizes éticas ocidentais remontam aos escritos médicos, em especial textos hipocráticos, cujo fundamento servira de base ao florescimento das teorias políticas e sociais gregas e romanas, sobretudo aos trabalhos referidos a Plutarco

(os *Moralia*, *De Curiositate*, *De Garrulitate*, etc.), por sua vez, responsável pela orientação filosófica política e ética dos séculos XVI e XVII de nossa era. Sem, no entanto, destrinchar os caminhos percorridos pela Ética como um todo, o advento da Ética médica, das preocupações com o trato da vida humana, determinou a especificação de um campo de estudos nominado *Bioética*. A ambientação histórica para a sua focalização se configurou com o fim da Segunda Guerra Mundial, em que se descobriu (e se apropriou de) uma série de pesquisas científicas levadas a efeito por médicos alemães a partir de cobaias não-arianas, nas quais se perpetrava a prática científica sem comedimentos e apreensões sobre a vontade e a integridade dos subjugados. Com a condenação – e nisto, a expressão discursiva da corporificação dos ditames valorativos que viriam a compô-la – dos envolvidos e sua prática no Tribunal de Nuremberg, estabeleceu-se uma formalização jurídica, jurisprudencial até, destes ditames ou enunciados que haveriam de ser trabalhados para a constituição da doutrina bioética, entre eles a repetição do princípio outrora proferido pelo jurista americano Justice Cardozo: *Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his on body*.⁴

A Bioética, então consagrada posteriormente, viria a contemplar três princípios basilares, atinentes a uma respeitabilidade do ser humano, nos seguintes termos:

- a) princípio da autonomia: *fundamento clara-mente iluminista, em que se fulcra a observância à vontade do indivíduo, nela subentendendo a gama de crenças e valores sociais em que sua personalidade esteja imersa;*
- b) princípio da beneficência: *objetivando-se o interesse do paciente, pela seleção de tratamentos em face de sua necessidade e utilidade;*
- c) princípio da justiça: *primando-se pela equidade na distribuição de bens e benefícios, na medicina e nos resultados de pesquisa científica*.⁵

Sua incidência recairia sobre considerações pontuais, que em conjunto delineariam a organização de estudos sobre a conduta humana enquadrada no

(2) FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5.ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

(3) KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

(4) CREMASCO, João Aender Campos; SAHEKY, Lina. *Bioética*. Departamento de Direito/UFES. Disponível em: <http://www.direito.ufes.br/bioetica/>. Acesso em 21 set. 2002.

(5) Idem, ibidem.

exercício da ciência e sua influência nos institutos da vida e da saúde. Atingindo as práticas de vanguarda, referentes ao *início* da vida, com a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial heteróloga, a clonagem, a maternidade de substituição a partir dos contratos de gestação e a seleção pré-concepção de características genéticas; sua *duração*, impulsionada pela medicina preditiva, de diagnóstico genético, o transplante de órgãos cultivados por células-tronco, o congelamento de seres humanos, o retardamento do processo de envelhecimento; e seu *término*, representado nas técnicas de abortamento provocado, de eutanásia, e ortotanásia. Outras questões diretamente ligadas à saúde humana, como o ambientalismo e a produção alimentar quer por parâmetros naturalistas, quer pela larga produção com recursos hormonais e genéticos de cultura e conservação, também são abrangidas pela racionalidade bioética.

Sua instauração, porém, como âmbito reflexivo não logrou satisfazer as necessidades regulatórias destas aplicações médico-científicas, em virtude do efeito conseguido por elas em sua recepção na sociedade, pelas modificações previstas nos quadrantes e estamentos sociais quando da propagação de sua utilização e da notícia de seus resultados. Dada a evidente afetação de cânones sociais qualitativos da ordem, as práticas biomédicas foram apontadas como objeto de imprescindível normatização por parte do Estado de Direito, tendo em vista a possibilidade de desdém ou fácil superação do questionamento ético de utilidade e ganho *versus* dissolução moral das estruturas comunitárias, próprio das convicções liberais hegemônicas do tempo presente. Um possível (para muitos, provável, até inevitável) desequilíbrio deste cálculo constitui para os que bradam defender a sociedade uma ameaça iminente aos alicerces definidos pelas codificações das sociedades políticas, em dito resguardo a princípios *naturais*, *universais* e irrenunciáveis, dos quais não se pode dispor ou adulterar.

É lançada, neste ínterim, a discussão sobre o *Biodireito*, emparelhada com as proclamações bioéticas, no intuito de prover a cogência faltante às posições deste campo de discursos pouco mais firmado, abrindo discussões já tecnicistas, próprias de um discurso já calcado em precedentes argumentativos, buscando-se de fato a coerente adequação do recente domínio de ações e conseqüências inauguradas pelos grupos científicos às determinações e categorias da ordem jurídica vigente. O valor 'segurança jurídica', indicado

neste empreendimento como *biossegurança*, é elencado como fator de primazia, denunciando-se o *perigo* que a falta de controle mais detido oferece à manutenção pública:

... a intervenção do Direito visa esclarecer práticas que permaneceram muito tempo alijadas do processo jurídico e que precisam, mais do que nunca, do reconhecimento da ordem jurídica, não só pela garantia que este reconhecimento gera, mas e sobretudo porque legitimadas pelo Direito refletem valores dominantes da sociedade; porque o homem precisa de limites para administrar sua própria liberdade (grifo nosso).⁶

Com efeito, discute-se que a fiscalização e regularização destas atividades resta ainda ao discernimento de associações ou segmentos a estas diretamente relacionados, cujas prescrições se acham reunidas em códigos de deontologia profissional, regulamentos e regimentos internos impostos, regras de conduta conferidas por instituições particulares e orientações estabelecidas por comitês de ética. Semelhantes ordenamentos ou focos de normatividade são alvo de críticas impetradas quanto a sua ineficiência em conferir obrigatoriedade a seus mandamentos, tornando-os flexíveis ou contornáveis, além de restringirem o raio de sua vigilância e o peso de sua retributividade ao espaço separado de seus membros e às sanções correspondentes ao grau de comprometimento disciplinar, sem a universalidade e a observância dos valores mais amplos do pacto social mais abrangente que, todavia, sofre o impacto imediato de suas não condicionadas atuações; o que faculta também, a especulação sobre a parcialidade velada sob a particularidade destes ordenamentos, porquanto estejam atrelados a valores oriundos ou pertencentes a uma classe (corpo médico ou meio científico), por isso destinados hierarquicamente ao benefício desta.

Enquanto mola propulsora dos deslocamentos e qualificações jurídicas, a doutrina vem concorrendo para o levante das formulações bioéticas e para o enfoque dos eventos tipificáveis, visando o patrocínio legiferante a partir de conceituações mais adaptadas ao discurso jurídico. Trabalhos concernentes à definição da natureza jurídica do embrião, ou ao patenteamento de genes e de seres vivos desenvolvidos em laboratório são alguns exemplos de sua ocupação. Mais acertadamente, os

⁽⁶⁾ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito, as Ciências e as Leis Bioéticas in Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Maria Celeste C. L. Santos (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 119.

esforços empreendidos em situar e encaixar os problemas bioéticos na doutrina jurídica deram oportunidade à corporificação do Biodireito enquanto ramo doutrinário devidamente inserido na estrutura da Teoria Geral do Direito, compreendendo a parcela mais verde dos direitos humanos, divididos em gerações, segundo o reconhecimento histórico nas constituições dos Estados. Os direitos designados de primeira geração reuniriam os direitos políticos, civis, atinentes às garantias da individualidade e consagrados pelas clássicas legislações, remontando desde a Magna Carta às declarações iluministas do século XVIII, e mantidos solidamente pelas constituições democráticas desde então; os direitos fundamentais de segunda geração, surgidos no início do século XX – em decorrência das aflitivas condições causadas pela Revolução Industrial terem chegado à insustentabilidade – diriam respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, concebendo a dimensão comunitária do ser humano; a terceira geração dos direitos humanos, misto de novas preocupações relativas às duas outras gerações, compreende a proteção ao meio ambiente, à paz e ao consumidor, dentre outros. O Biodireito, por sua vez, poderia ser classificado como o reduto dos *direitos humanos de quarta geração*⁷, pensados e assegurados em razão da evolução tecnológica em torno das possibilidades biológicas de tratamento e pesquisa científica.

Para a adequada inserção, em nosso país, postula-se a fundamentação do Biodireito na raiz jurídica, na Constituição Federal, exaltando-se a *dignidade da pessoa humana* enquanto pilar da estrutura democrática (art. 1º, inciso III) e a garantia de *inviolabilidade do direito à vida*, prevista no art. 5º. Com base nestes princípios é que se intenta, em dias de hoje, desdobrar mais uma gama de preceitos legais para a normatização jurídica destas novas práticas. E, no entanto, é de se perguntar pela real necessidade de tais investimentos legislativos, no âmbito formal do Direito, ou antes por seus objetivos e funções ocultas (ou não explicitadas), bem como pela constatação histórica do desenvolvimento de suas justificativas éticas. De início, a promoção desenfreada de previsões legais para circunstâncias pontuadas levanta a polêmica antiga sobre o excesso legislativo como medida exorbitante e ineficiente para os fins a que se pretende; a segurança jurídica visada adviria menos por uma especificação contundente, precisa, das leis – que, por concepção, subentendem-se genéricas – do que por uma observância maior dos correlatos sistemas de regulamentação das

atividades científicas e de saúde, alimentação, etc., que guardem vínculos diretos com o ser humano-cidadão, tutelado pelo Estado. Mesmo envolvendo produção legislativa, por motivos práticos e locais, dirigidos a uma imediata eficácia, uma política de controle, desempenhada por órgãos de fiscalização gerais, a exemplo do que ocorre nos tempos atuais para a disposição de serviços públicos essenciais (água, energia, telecomunicações) talvez cumprisse mais nitidamente a meta de garantia aos chamados direitos fundamentais. A exegese, ademais, faria a devida subsunção, nos casos de prevenção e reparação de danos, e na defesa de institutos e bens jurídicos já previamente descritos e amparados no aparato legal, desmerecendo repetições fracionadas.

Dois aspectos desse levante sobre o Biodireito ressaltam, porém, uma preocupação singular, aparentemente para além do excesso de leis: a formulação de novos institutos jurídicos e as modificações inevitáveis de antigos, exigindo natureza jurídica outra, destacada. Conquanto sejam tidos como acontecimentos inovadores, sua premência estimula a criação doutrinária e a ação legisladora, e a *vida* como elemento juridicamente objetivado passa a ser dimensionada em fragmentos, servindo de veículo de difusão da preocupação de tutela jurídica, agora extensível a órgãos humanos, a seqüências genéticas, operando sensível modificação nas relações com a instituição do *sujeito de direitos*, cuja integridade se quer manter a todo custo. O cidadão, o súdito, começa por ser observado não apenas indistintamente como povo, massa, nem tampouco como indivíduo; ocorre uma ampliação da perspectiva de análise e reflexão sobre o homem, que é, a partir de cogitações bioéticas, considerado, para fins jurídicos, biologicamente, ou seja, como *espécie*.

Cumpra, todavia, conferir mais detidamente o paralelo entre esta viragem epistemológica do estudo do homem e a prática política que reclama o controle técnico/jurídico das medidas experimentais que deram causa a esta mudança. Em virtude das alegações de defesa à dignidade da pessoa e da inviolabilidade da vida (do indivíduo) em face do receio de que novas experiências e procedimentos possam alterar e até destruir o conceito de ser humano visto como unidade indivisa e completa, detentora de direitos próprios unicamente por sua inteireza, é atitude coerente tomar em termos históricos a construção deste homem unitário e as ações de proteção ou ameaça perpetradas em relação a ele, quer por agentes

⁽⁷⁾ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

à margem, quer pelo próprio Estado soberano. Neste sentido, deve-se ter em mente que a constituição do instituto *indivíduo*, para o qual são arregimentadas as garantias e os bens jurídicos que se diz estarem ameaçados pelas novas técnicas, atende a uma condição histórica, a partir da qual se firmaram as bases do Estado contemporâneo, do qual, por sua vez, se servem os estamentos de poder para a gestão de suas relações de domínio. O discurso racional, humanista, fundador dessa forma característica de associação, apresenta o ser humano como dado naturalmente, possuidor nato de capacidades, faculdades tais e tais, e que, por conta desta compleição natural, necessita da específica atenção do aparelho estatal para a conservação de suas características. Entretanto, o humanismo em boa monta cuida da tarefa dita pedagógica de transformação do homem, de desembrutecimento, de eliminação dos impulsos bárbaros e desenvolvimento das qualidades culturais num reconhecido artificio. Tem-se então um ser humano que é preciso educar, humanizar de fato, tornar dócil; de maneira que a doutrina filosófico-política em si mesma – para alguns, mais uma maneira de caracterizar um movimento político de enaltecimento do homem, disposto em diversas épocas e com variados matizes – chamada humanismo, ao menos a que contribuiu para o estabelecimento do Estado moderno, admite uma intervenção nas condições naturais de ser do homem, prevista para fins de melhora, segundo tendências valorativas determinadas. Diz Rousseau:

Quem ousa empreender a instituição de um povo deve sentir-se capaz de mudar, por assim dizer, a natureza humana; de transformar cada indivíduo que, por, si mesmo, é um todo perfeito e solidário em parte de um todo maior; do qual esse indivíduo recebe, de certa forma, sua vida e seu ser; de alterar a constituição do homem para fortalecê-la; de substituir por uma existência parcial e moral a existência física e independente que todos recebemos da natureza. Deve, numa palavra, arrebatá-lo ao homem suas próprias forças para lhe dar outras que lhe sejam estranhas e das quais não possa fazer uso sem o auxílio de outrem.[...] De sorte que, quando cada cidadão nada é e nada pode senão com todos os outros, e quando a força adquirida pelo todo é igual ou superior à soma das forças naturais de todos os indivíduos, pode dizer-se

que a legislação está no mais alto grau de perfeição a que pode chegar.⁸

O processo histórico de hominização indica igualmente demarcada transformação que remonta à antropológica mudança para a vida sedentária e, com ela, o início do caminho civilizacional. Envolve também, neste ínterim, o relacionamento com animais e, na mescla de desenvolvimentos, eis que emergem práticas correlatas de modificação do comportamento humano e de adestramento e *criação* de demais seres vivos animados, compreendendo um projeto correlato de *domesticação*. Genealogicamente, na operação conjunta de treinamento dos animais, desdobrou-se a educação do homem, resguardada, na modernidade, à sombra do discurso humanista de formação escolar. Friedrich Nietzsche empreende singular crítica ao humanismo, divisando em *Assim Falou Zaratustra* a tese do ser humano criador de seres humanos, além de um horizonte sombrio de lutas travadas neste compasso de domesticação que a princípio aparenta a inocuidade e o *dever-ser* típicos de uma doutrina estabilizada. O personagem Zaratustra, ao atravessar a cidade em que tudo ficou menor, constata que:

Os homens conseguiram...com ajuda de uma hábil combinação de ética e genética, criar-se a si mesmos para serem menores. Eles próprios se submeteram à domesticação e puseram em prática sobre si mesmos uma seleção direcionada para produzir uma sociabilidade à maneira de animais domésticos.⁹

A desconfiança nietzscheana recai, então, sobre esta relação de domesticação, à primeira vista absolutamente voluntária, do gênero humano, pretendendo nomear os detentores do monopólio de criação e identificando inusitado conflito entre criadores diferentes e seus respectivos projetos de criação. Semelhante suspeita põe em cheque as propaladas intenções de proteção por parte da ordem constituída a respeito do indivíduo, construído historicamente. No mesmo esteio, aproxima ambas as posturas: de apascentamento do cidadão, sujeito de direitos criado e conduzido, de um lado, e das tentativas de modificação das condições atuais de pastoreio (tutela) de outro, tendo estas interesses cognatos, obedecendo esta oposição a uma lógica de disputa política. Ora, a meditação sobre estes processos de instituição de entes

⁽⁸⁾ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 50.

⁽⁹⁾ SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 40.

jurídicos deixa entrever a possibilidade de a segurança não residir na preservação intangível da integridade *destes* entes instaurados, e sim na consideração dos valores que se querem protegidos destinados ao amparo de novas relações de direito entre sujeitos talvez novos da mesma forma, em metamorfose contínua através das eras. Mostra-se patente, por esta via, o mecanismo de cristalização e torneamento dos súditos com a massificação de valores e a imposição de modelos jurídicos como existências prévias, imutáveis. O nacional-socialismo, a seu turno, em suas atrocidades, cuja exorbitância desencadeou um novo florescimento de ideais humanistas que culminaram na arquitetura da Bioética e do Biodireito, não destruíu ou afrontava o conceito de indivíduo, pregando uma dissolução do instituto, mas antes, por meio de outras instaurações politico-sociais, promovia a imposição de sua ordem, pela subjugação e exclusão manifesta de seus contrários:

A morte social é um status formal....É ao mesmo tempo uma concepção culturalmente compartilhada sobre pessoas socialmente mortas e um quadro de práticas em relação a elas. Ambos são interligados e mutuamente dependentes. Membros de uma sociedade vêm os seres socialmente mortos como destituídos de certos atributos humanos básicos e não merecedores das salvaguardas sociais, civis e legais[...]Na Alemanha, durante o período nazista, os judeus eram julgados pessoas socialmente mortas – violentamente dominados, alienados pelo nascimento e considerados incapazes de se comportar com honra – e desconsiderados como membros da raça humana, virtualmente sem valor utilitário.¹⁰

A proteção de formas jurídicas conjura, desta feita, a pretensão estatal veiculada nos discursos doutrinários, levando ao entabular, com efeito, de duas conclusões interpenetradas. A primeira diz respeito ao sujeito de conhecimento tomado enquanto corpo submetido ao jogo político (nesta acepção de corpo, incluída a alma). Pelas incursões do poder político observadas na submissão pedagógica do ser humano no correr da história, é lícito tomar em relevo a hipótese de ser este sujeito talhado pelas práticas disciplinares e discursivas do poder dominante para figurar como sujeito

de direitos, devidamente adequado aos imperativos de dominação e reformulado unicamente segundo esta particular necessidade de legitimação constante do controle político – e não um sujeito naturalmente dado, de forma extática, ou dotado de um desenvolvimento predeterminado dentro do qual a intervenção artificial viesse tão somente a coadjuvar no sentido de se atingir a excelência social, segundo parâmetros universais e imorredouros.¹¹

A segunda conclusão denuncia a perspectiva estatal de regulamentação legal das práticas científicas de ponta, ou seja, a expansão da malha jurídica pela ramificação do Biodireito, como subterfúgio técnico de realocação da estrutura almejada de homem – estrutura ameaçada pelos avanços tecnológicos que podem desconstituir seu universo de valores e dependências sociais, abalando a sujeição estabelecida – pelos sistemas de controle politico-científicos adstritos ao poder dominante. Inserida na disputa política, esta tentativa consubstanciaria tática eficaz de gestão, oposta às estratégias lançadas por grupos menores com base numa supostamente proveitosa utilização destas inovações no campo do saber sobre a vida. O ser humano socialmente visualizado é uma *cultura* que resta a meio caminho, na definição de sua *natureza*, entre um direito e um produto científico.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim de Moraes. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GOLDHAGEN, Daniel Jonah. **Os Carrascos Voluntários de Hitler: o povo alemão e o Holocausto**. Trad. Luís Sérgio Roizman. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

⁽¹⁰⁾ GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Os Carrascos Voluntários de Hitler: o povo alemão e o Holocausto*. Trad. Luís Sérgio Roizman. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 182 e 183.

⁽¹¹⁾ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim de Moraes. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999. pp. 10 e 11.

LEITE, Eduardo de Oliveira *et al.* **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** Org. Maria Celeste C. L. Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo.** Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

CREMASCO, João Aender Campos; SAHEKY, Lina. **Bioética.** Departamento de Direito/UFES. Disponível em: <http://www.direito.ufes.br/bioetica/>. Acesso em 21 set. 2002.

EXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Maria Helena Campos de CARVALHO¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade efetuar uma breve análise dos princípios ou premissas do Estado Democrático de Direito, questão esta apontada no início dos cursos de direito constitucional e à qual constantemente deve-se retornar, na expectativa de definirmos os princípios vetoriais de todo e qualquer espécie de procedimento, além de podermos refletir sobre a situação atual dos Estados modernos.

Dentre os princípios constitucionais, destacam-se o devido processo legal que, de *per si*, merece um estudo em apartado. Igualmente encontraremos, com não menor importância, o princípio da moralidade administrativa, o da impessoalidade, insculpidos no artigo 37 da Carta Magna.

A questão que ora se coloca é se estes princípios são obrigatórios a todo Estado Democrático de Direito, independentemente de constarem expressamente da Constituição ou não. Ou, de outra forma, poder-se-ia afirmar que para o reconhecimento da existência de um Estado Democrático de Direito é mister que se tenha como válidos e obrigatórios determinados princípios?!

Os princípios acima mencionados foram pinçados dentre outros, apenas com o escopo de ilustrar o presente ensaio. A restrição da discussão terá por parâmetro dois princípios basilares: o devido processo legal e o princípio da moralidade. O intuito cinge-se apenas em aprofundar o tema proposto, não implicando numa escolha ou seleção dentre os princípios existentes. Tal se impõe apenas como medida acautelatória, evitando desta forma que o estudo desborde tornando-se superficial e inconclusivo.

Face à problemática atual e a história recente do país, torna-se importante a discussão sobre o Estado

Democrático de Direito da maneira como proposta, sobretudo em matérias atinentes ao direito público. É imperioso bem conhecer o princípio da moralidade administrativa e o *due process of law*.

A abordagem metodológica do objeto proposto partirá da definição e das distinções entre Estado Democrático e Estado de Direito, os princípios apontados e sua incidência na esfera jurídica quando se tratar de processos envolvendo o Poder Público, para então concluirmos sobre a validade ou não da assertiva proposta, qual seja, a existência de princípios que são pressupostos do Estado Democrático de Direito e obrigam, quanto à sua aplicabilidade, independentemente de serem ou não reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Não se pode confundir Estado Democrático com Estado de Direito, muito embora se utilizem os leigos desta terminologia como se fora sinônimo. O que não corresponde à realidade.

Para se falar em Estado Democrático, por óbvio há que se avaliar o conceito de democracia, e sua mutabilidade no tempo. Existem inúmeras teorias definidoras de democracia, desde a democracia representativa à democracia participativa. Analisá-las implica num acompanhamento do processo histórico em seu sentido mais amplo, conglomerando não apenas as mudanças sociais, como também a evolução das idéias.

A teoria pluralista da democracia determina que o processo de formação da vontade democrática não assenta “nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstrato da teoria

⁽¹⁾ Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

liberal, mas sim em grupos definidos através da frequência de interações sociais. As decisões estaduais constituiriam, assim, os *inputs* veiculadores das idéias, interesses e exigências dos grupos.” (in CANOTILHO, J.J.Gomes - Direito Constitucional, Ed. Almedina, pág. 403) Chega-se desta forma, ao conceito de estado social.

Importante ressaltar que as Constituições vieram a consagrar a democracia como um princípio constitucional, deixando claro no entanto que, ao fazê-lo, não está a Constituição optando por quaisquer das inúmeras teorias democráticas existentes. O que se procura é refletir uma dada realidade histórica ou um objetivo a ser alcançado. Por estas razões torna-se perigosa qualquer redução do princípio democrático, que possui tanto dimensões materiais como organizativo-procedimentais.

Torna-se evidente que o Estado Democrático hoje, possui alguns pressupostos que permitam o seu reconhecimento. E estes pressupostos são comuns a todos os Estados que se pretendam democráticos.

Os princípios do Estado de direito e Estado democrático estão umbilicalmente ligados, conforme ensina o ilustre professor Canotilho, *verbis*:

“O Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência.” (CANOTILHO, J.J. Gomes - “Fundamentos da Constituição”, Coimbra Editora, 1991, pág.85)

Desta forma, temos hoje uma inter-relação, que não chega a ser uma interdependência entre os dois conceitos. O princípio democrático não é um princípio político, mas aponta metas, objetivos a realizar e se encontra constitucionalmente conformado. Neste diapasão, é um princípio jurídico normativo, não como se poderia pensar, um modelo ou uma teoria abstrata.

Alguns doutrinadores entendem o hoje Estado democrático de direito como sendo uma nova categoria e não simplesmente a reunião de dois conceitos antigos: o estado democrático e o estado de direito.

Assim, consoante preleciona o professor José Afonso da Silva, *verbis*:

“O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora

um componente revolucionário de transformação do *status quo*.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, pág.103)

O Estado democrático tem por fundamento básico o princípio da soberania popular, impondo-se desta forma, a efetiva participação do povo, funcionando ainda como garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Neste ponto ganha em importância outro princípio consagrado expressamente em nosso texto constitucional: o da dignidade da pessoa humana.

Para o professor Celso Ribeiro Bastos, “no entendimento de Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem.” (in *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, pág. 147) E entende este mestre ser o Estado democrático de direito um conceito híbrido, e não a mera fusão dos dois conceitos em separado.

DO ESTADO DE DIREITO

A expressão Estado de Direito pode ser utilizada com conteúdos diversos, como aponta o professor Jacques Chevallier em seu livro “L’État de droit”, onde ao mesmo tempo em que constitui a união do direito ao estado, o ponto em que as duas noções aderem uma à outra, pressupondo-se reciprocamente, formando um par indissociável; ao mesmo tempo esta expressão é ainda utilizada para qualificar uma forma singular da construção estatal.

Não podemos olvidar que a teoria do Estado de direito, que apareceu no fim do século XIX na doutrina jurídica alemã, teve por exigência um fortalecimento do direito público, instituindo num primeiro momento a hierarquia das normas. Com o tempo foi abrangendo outros princípios que passaram a integrá-lo, como o caso do *due process of law*. Não é pois um conceito fechado em si mesmo. Tem igualmente pressupostos e conotações diferenciadas.

O termo Estado de direito é a tradução literal da palavra “Rechtsstaat”, que foi utilizada correntemente na doutrina jurídica alemã na segunda metade do século XIX. Esta teoria que se iniciou com Stahl e Von Mohl, foi definitivamente estruturada e incorporada na doutrina pelos escritos de Gerber, Ihering, Jellinek, dentre outros. O objetivo então era limitar o poder do Estado pelo direito.

Hoje, para o professor Chevallier, o Estado de direito retrata um culto do direito mesmo, *ex vi*:

"L'État de droit implique une confiance absolue placée dans le droit, la croyance dans les vertus de la dogmatique juridique pour atteindre les objectifs que l'on s'assigne, faire prévaloir les valeurs auxquelles on est attaché: c'est par la transformation en droits subjectifs que seront préservées les libertés individuelles; c'est par la proclamation de la souveraineté nationale que sera garanti le principe démocratique; c'est par l'affirmation de la liberté du commerce et de l'industrie que sera protégée la société civile des risques d'ingérence étatique. L'Etat de droit repose ainsi sur le fétichisme de la règle: la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce; et le passage par la forme juridique en vient à constituer la garantie suprême."(op. cit., pág.64)

Isto implica em aceitarmos a necessidade de valores ou princípios básicos que atestem ou pressuponham o Estado de Direito. Embora não acredite no culto ao direito como exposto, certo é que as dependências demonstradas no texto acima realmente existem, ou seja, exemplificativamente, é para a proclamação da soberania nacional que será garantido o princípio democrático.

Atualmente o Estado de Direito não evoca simplesmente a existência de uma ordem jurídica hierarquizada, mas também um conjunto de dispositivos que garantem os direitos e liberdades individuais. Neste sentido assistimos hoje a um processo de constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Pode-se pois concluir que Estado de Direito não é um conceito fechado, tendo sido alterado no tempo com as mudanças sociais, econômicas e políticas pelas quais passou o mundo ocidental - local onde se aplica o conceito em tela.

A crise do Estado providência fez com que fosse retomado o tema do Estado de direito, que passou a ser sinônimo de garantidor da ordem e da justiça. O processo de jurisdicação crescente a que assistimos é outra consequência da retomada do Estado de Direito, posto que implica na confiança no direito, e, portanto, na ampliação das garantias jurídicas o que implica, por seu turno no alargamento incessante do campo jurídico. Logo, toda a ordem social já terá sido objeto de direito.

Isto explica, em certa medida, o alto índice inflacionário jurídico a que assistimos. As leis são feitas e mudadas com uma rapidez que inviabiliza o estudo aprofundado das mesmas, o que, paradoxalmente,

conduzirá a uma banalização do direito. Querendo legislar sobre todos os temas, para melhor garantir o cidadão, acabará por deixá-lo a descoberto, mesmo porque a qualidade das normas editadas está numa linha decrescente. O cidadão que deveria estar garantido no Estado de Direito, em função também da crescente jurisdicação, ficará inseguro. E sua liberdade, valor absoluto, estará indelevelmente limitada e comprometida.

Em seu Dicionário de Política, preleciona o professor Norberto Bobbio sobre o Estado De Direito que, *ex vi*:

"Nenhuma coisa é mais válida do que a doutrina do Estado de Direito tornada doutrina oficial do Direito público europeu durante quase um século, pelos juristas da Restauração até à República de Weimar, para sintetizar plasticamente o processo da estatização do Direito e de juridificação do Estado, que acompanha a formação do Estado moderno. Dessa doutrina podem dar-se duas interpretações, uma teórica e outra ideológica. Teoricamente, ela exprime, como já o acentuou Kelsen, a exigência meramente científica de descrever o Estado como um ordenamento jurídico, e ficaria ainda para provar que uma teoria não ideológica do Estado pudesse ser construída sem ser como teoria jurídica. Ideologicamente, a doutrina referida exprime o ideal do moderno constitucionalismo, ou seja, o ideal do Estado limitado pelo Direito, cujos poderes agem no âmbito do Direito e cuja legitimidade depende do fato da sua ação se desenvolver dentro dos limites de regras preconstituídas."(grifo nosso)

(Dicionário de Política, vol. I, Ed. UnB, Brasília, 1994, pág.353)

De se notar que apenas aparentemente a assertiva acima se oporia ao que foi proposto, uma vez que ao falar em limites dados pelas regras preconstituídas, deixou de se analisar a possibilidade de existência de princípios (regras em sentido lato) não expressos, mas que se imporiam necessariamente como parâmetros. Não se contrapõe o Estado de Direito à idéia de princípios pressupostos. Mesmo porque o direito não se cinge à lei.

É possível a existência de um Estado de Direito sem democracia, o que, por seu turno, já demonstra a enorme distância dos dois conceitos. Por ser possível a existência de Estado de Direito sem Democracia,

concluem doutrinadores como Canotilho, que o princípio do Estado de Direito tem uma hierarquia superior à democracia, ou melhor, ao princípio democrático.

Ainda consoante o ensinamento de Canotilho, temos que, *verbis*:

“Há uma democracia do Estado de Direito e um Estado de direito democrático. Daqui se infere já a posição sobre a “barganha” política que se desenvolve em torno do princípio democrático e da sua superioridade sobre a constituição. Esta visão não é, em geral, um índice de crença no princípio democrático mas uma expressão do pensamento decisionista. Neste sentido se deve interpretar, segundo cremos, a afirmação de Hesse sobre a prevalência da constituição. Ao proibir rupturas constitucionais e a dissolução dos direitos fundamentais e ao restringir as alterações constitucionais, a constituição reafirma a sua supremacia mesmo em face do princípio da soberania popular. O sentido prático deste princípio da prevalência da constituição traduzir-se-ia, sobretudo, na exclusão de modificações da constituição que eliminassem os seus próprios fundamentos. Fora estes casos, o princípio democrático e o princípio do Estado de direito contribuem ambos para a conformação e a racionalização da vida da comunidade e são ambos instrumentos contra abusos do poder.” (op.cit., pág.460)

Verifica-se pois, a coexistência pacífica destas duas “formas” de Estado, estando ambos contemplados em nossa Constituição. A partir do instante em que assumimos a postura de um Estado democrático e de direito, nos obrigamos a cumprir e fazer valer alguns princípios basilares, sem os quais, o Estado pretendido não passaria de uma declaração.

Dentre estes pressupostos, destaca-se o princípio do “due process of law”, que agora se encontra disciplinado na carta magna. Mas, o que se questiona é e antes? Quando demonstramos a intenção de sermos um Estado de direito e democrático, muito embora não constasse expressamente da Constituição, seria exigível este princípio? Ou reduziremos o Estado de direito ao estado positivado, dependente exclusivamente das normas postas?!

Parece claro que a resposta mais coerente é a que aponta para a admissão de pressupostos do Estado democrático e de direito, o que equivaleria a afirmarmos a existência de princípios exigíveis, mesmo que não

expressamente declarados. Para facilitar a análise da questão, abordemos o *due process of law*.

DUE PROCESS OF LAW

O instituto do devido processo legal deve ser tratado com uma largueza sistêmica e interdisciplinar para que se produza uma abordagem teórica satisfatória sobre esta cláusula constitucional.

Esta cláusula foi utilizada pela primeira vez, em latim, na Magna Carta inglesa, datada de 1215, sob a fórmula original: *law of the land*. Com o tempo foi transformada na locução *due process of law*, cláusula esta que só veio a ser consagrada no direito norte-americano.

Fato digno de menção é que esta declaração de direitos, escrita em latim, assim permaneceu por pelo menos duzentos anos, com a finalidade única de não permitir aos cidadãos que tivessem conhecimento de seus direitos, evitando assim pudessem invocá-los.

A jurisprudência alargou o sentido desta cláusula que hoje se divide em: processual - *procedural due process*; e substantiva - *substantive due process*.

A análise das emendas n.º 5ª e 14ª da Constituição norte-americana nos possibilitam ter uma melhor visão das duas dimensões desta cláusula constitucional, que é um instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, juntamente com outro princípio basilar que é o *equal protection of the laws* - princípio da igualdade. Sobre estes dois institutos repousa a tranquilidade do Estado de direito e democrático.

Esta cláusula ainda tem a função de servir de controle ao arbítrio legislativo, através da análise do mérito das leis elaboradas, para se aferir se coadunam com o princípio do devido processo legal ou ferem de alguma forma a Constituição.

Se, por um lado, controla o arbítrio do Legislativo, se presta igualmente para controlar a discricionariedade governamental. É nesta análise que entra em jogo a razoabilidade das leis ou atos, e o sentido mesmo de JUSTIÇA.

Neste diapasão, o professor Carlos Roberto Siqueira de Castro chega a afirmar em seu livro, se constituir o devido processo legal como paradigma de justiça e limite às atuações de um Estado intervencionista, sendo assim fundamental para um estado democrático. Referenda, pois, desta forma a tese ora esposada, pois ao admitirmos este princípio como

paradigma, estaremos por certo dando o maior passo para o reconhecimento deste como um dos pressupostos do estado democrático.

É ainda no princípio do devido processo legal que está radicada a moderna concepção de legalidade, demonstrando, pois, de forma incontestada, não só sua relevância, como o espectro de abrangência e incidência sobre todo o ordenamento jurídico, na medida em que proporciona e fundamenta outros princípios norteadores do Estado.

A aplicação e utilização desta cláusula sofreram variações históricas nos dois países que a criaram e foram responsáveis pelo seu desenvolvimento, quais sejam, Inglaterra e Estados Unidos.

As declarações de direito - *bill of rights* - de muitas das colônias inglesas que viriam a formar a federação norte-americana já exibiam esta garantia sob a forma de *law of the land* - sempre associada à resistência da cidadania contra o arbítrio dos governantes. Exemplo disto é a Declaração de Direitos da Virgínia, elaborada em 1776.

Vale apontar como fator histórico relevante, o fato de que para a Inglaterra o Poder Legislativo era a casa da liberdade, uma vez que seus membros passaram a ser eleitos pelo povo (vitória do movimento que exigia o sufrágio), tendendo a cláusula em questão a ser vista exclusivamente como limitadora do executivo.

Já nos EUA outra situação se impunha. Os colonos viam com desconfiança os atos promanados do Poder Legislativo, sobretudo porque estes via de regra oneravam as Colônias. Assim era o Poder Legislativo para os americanos aquele que possuía maior viabilidade expansiva e que deveria com maior rigor ser limitado. Madison, um dos federalistas, via no Poder Legislativo uma índole intrusiva no que respeita aos demais poderes, conforme dispõe no Art. LI dos Federalistas. (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John in *Os Artigos Federalistas*, Ed. Nova Fronteira, 1987, pág. 349)

Nos EUA a teoria do exame judicial da constitucionalidade das leis foi consagrado no julgamento do caso *Marbury v. Madison* em 1803, em decisão da Suprema Corte, da lavra do juiz Marshall. Vê-se assim a constante preocupação com a limitação do poder do legislador.

Após o término da guerra civil americana (1861-1865), com a abolição da escravidão assim declarada em 1863, foram aprovadas mais emendas,

dentre elas a 14ª, que punha fim à discriminação oriunda do Caso *Dred Scott v. Sandford* - 1857.

A trajetória visando atingir a igualdade racial foi longa e penosa, sendo aplicado o *due process of law* e invocada a 14ª emenda na decisão do caso *Brown v. Board of Education* em 1954, onde a Suprema Corte, presidida por Warren decretou o fim da segregação racial nas escolas americanas.

Hoje o *due process of law* é, juntamente com o princípio da igualdade ou isonomia um dos principais instrumentos de argumentação da doutrina e jurisprudência no processo de transformação do direito constitucional, passando do Estado liberal para o Estado social, sem perder seu vigor e importância.

Como já mencionado, na origem o *due process of law* foi elaborado e entendido apenas como uma garantia de ordem processual. É o princípio assecutorio da regularidade do processo. (abrangendo os 3 princípios apresentados por Sálvio de Figueiredo Teixeira e Carlos Mário Velloso). São princípios e valores como a justiça, o contraditório e a ampla defesa que se compreendem neste primeiro sentido dado à cláusula em estudo.

Segundo entende a profa. Ada Pellegrini Grinover, o conteúdo da cláusula no processo civil subsume-se na garantia da ação e da defesa em juízo.

Já na esfera dos procedimentos administrativos esta garantia impõe a observância obrigatória dos princípios da legalidade e da moralidade administrativas. Aqui temos, pois, a própria moralidade enquanto princípio embasando-se no *due process of law*.

O due process of law é portanto revelador ou expressão de uma conquista suprallegal da sociedade sobre o Estado como um todo, cuja implementação é confiada ao poder judiciário, que fica assim como depositário fiel das liberdades individuais.

MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O conceito da moralidade administrativa surgiu há muitos séculos, ganhando importância no fim do século XX, com o aprimoramento do questionamento moral realizado pela sociedade. Hoje é requisito obrigatório de todo Estado Democrático e de Direito. Mesmo que não se encontre expressamente garantido na Constituição, por se tratar de um Estado Demo-

crático e de Direito ele há de supor a existência deste princípio.

Quando se principiou a falar em moralidade, sobretudo em moralidade administrativa, muitos tomaram isto por um modismo, algo desarrazoado que não subsistiria. Ledo engano. A Constituição de 1988, em seu artigo 37 acabou por consagrar o princípio da moralidade, ao lado de outros igualmente importantes como a legalidade e a publicidade (dos atos).

Mas e se nossa Constituição nada tivesse mencionado. Ainda assim seria exigível a moralidade? Como decorrência do que? A questão exige uma resposta à altura. O preceito da moralidade administrativa está diretamente vinculado ao conceito de Estado democrático de direito. Um Estado que assegura a participação popular e o respeito por seus direitos fundamentais, além de determinar a submissão à lei na esfera administrativa. (Só pode - o administrador - fazer ou deixar de fazer algo em consonância com expressa determinação legal)

Ora, o novo conceito de Estado democrático de direito pressupõe um comportamento assente com a moralidade. Donde se pode concluir ser o princípio da moralidade pressuposto básico deste Estado. Ou, de outra forma, se não houver respeito à moralidade, por certo estará o Estado a ofender, no mínimo, os direitos básicos do cidadão, o que impediria o reconhecimento daquele como sendo um Estado democrático de direito.

Em que pese o fato de autores como o professor Clóvis Beznos afirmarem a sinonímia entre moralidade e ética, existem outros que determinam a diferenciação entre estes dois termos. É possível estabelecer alguma confusão entre moralidade e improbidade, mas cremos ser clara a distinção entre moralidade e ética. O que apenas por si mereceria um outro artigo, por adentrar nos aspectos filosóficos e éticos, o que no presente momento não se contemplará.

Independentemente da distinção acima apontada, apenas para aprofundar a questão levantada há ainda que se distinguir entre a moralidade comum e a moralidade administrativa, conceitos estes que se não podem confundir. A moralidade administrativa é composta por regras de boa administração. A moralidade pode ser tomada como um conjunto de regras de conduta que, obviamente, variam em decorrência do tempo e das circunstâncias históricas. Partindo-se deste pressuposto temos, no dizer da professora Lúcia Valle Figueiredo que, *verbis*:

"(...) o princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os "standards" comportamentais que a sociedade deseja e espera." (in Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, pág. 45)

Como se depreende do exposto, o conteúdo da moralidade se altera no tempo, mas não sua exigência. Ela continua sendo imprescindível para uma boa Administração - e, portanto exigível nos processos e procedimentos administrativos, até mesmo como forma de garantia dos direitos do administrado.

Hoje a moralidade ganhou tamanho relevo que existem inclusive mecanismos de controle da moralidade nas mais diversas áreas, notadamente no campo da Administração.

Ainda no campo da Administração este conceito está sendo desenvolvido, não sem contar com a oposição de alguns que como a professora Odete Medauar entendem que este princípio já se encontra em outros contemplados, confundindo-se com os mesmos. Ao contrário, dele derivam os demais, razão pela qual não se pode sequer pensar em excluí-lo. Aliás, tal fato não poderia ocorrer, pois, mesmo que não constasse expressamente do texto legal ainda assim seria exigível.

A ligação entre o Estado democrático e o princípio da moralidade é clara, já sendo aceita por muitos doutrinadores que como a professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, assim preleciona:

"O sentido contemporâneo da Democracia, o seu primado absoluto em todo o mundo, como objetivo a ser buscado, fez com que a Ética passasse a comungar com os padrões políticos a serem adotados e a Moral, a integrar o Direito, tornando-se jurídicas normas anteriormente sediadas apenas no campo moral." (in Princípios Constitucionais da Administração Pública, Ed. Del Rey, pág. 180)

Para a professora, atualmente o comportamento moral tornou-se questão objetiva e fundamental na dinâmica social, exteriorizando-se e, com isso, passando a integrar o Direito.

Parece óbvio, portanto ser este princípio pressuposto do Estado democrático de direito.

CONCLUSÃO

Pela análise dos princípios apresentados verifica-se a importância dos mesmos no Estado

democrático de direito. Independentemente de outros princípios, alguns que são consequências da existência deste tipo de Estado, o certo é que existem outros princípios que, independentemente de sua colocação ou não no texto constitucional, são exigíveis em um Estado democrático de direito.

O presente artigo teve por escopo comprovar a assertiva acima, diferenciando os dois conceitos - estado democrático e estado de direito - , apontando para um possível terceiro termo, discutindo a existência de pressupostos deste tipo de Estado. A conclusão positiva se deu com base no estudo de dois destes princípios - o devido processo legal e o princípio da moralidade. Ambos de extrema importância no direito público.

A conclusão inequívoca é a de que os princípios apresentados são exigíveis e devem ser imediatamente aplicados por conta de estarmos vivendo em um Estado democrático de direito. Quanto ao conceito exato de Estado democrático de direito, vimos não ser fechado, tendo seu conteúdo alterado em consonância com as alterações provenientes do corpo social e político.

O que não se pode deixar de concluir é pela necessidade da admissão de pressupostos a este Estado,

sob pena de servir o mesmo aos mais diversos interesses, prejudicando a sociedade que é tão essencial em sua normalidade à caracterização deste Estado democrático de direito. A sociedade deve ser preservada. O Estado democrático de direito também deve ser preservado, concluindo-se pela necessidade de princípios que se apliquem para que se reconheça um Estado como sendo democrático de direito. Dois destes princípios essenciais são o *due process of law* e a moralidade, cuja análise foi realizada comprovando o que ora se admite. Outro, a dignidade da pessoa humana será objeto de artigo futuro, englobando os direitos da personalidade como garantia do cidadão e limitação ao poder do Estado.

Conclui-se, pois pela exigibilidade de alguns princípios na qualidade de pressupostos do Estado democrático de direito. Despiciendo afirmar que isto reflete diretamente na área administrativa e em todas as formas de processo existentes, como garantia da efetivação da democracia e da segurança jurídica. Ainda mais no momento que estamos vivendo.

Não basta fazer a defesa do Estado. É de se indagar que Estado será defendido, e com prerrogativas para quem ou para quais de seus elementos integradores. Aliás, cabem prerrogativas num Estado Democrático de Direito?

Editoração: Beccari Propaganda e Marketing
Rua Pedro Álvares Cabral, 183 – Campinas – SP. – Fone Fax (19) 3255-6311
E-mail: editora@beccari.com.br
Impresso por: Gráfica e Editora Flamboyant Ltda
Rua João Quirino do Nascimento, 493 Campinas – SP. Fone Fax (19) 3252-6835
E-mail: flamboyant@dglnet.com.br

Revista Jurídica

PUC

CAMPINAS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA