

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica



Volume 21 - Número 2 - 2005

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS

FACULDADE DE DIREITO

REVISTA JURÍDICA VOLUME 21, NÚMERO 2 DE 2005

Diretor Responsável: Jamil Miguel

Editor(a) Responsável: Profa. Dra. Vera de Arruda Roza Cury

Coordenação: Samuel Mendonça

Secretária: Graciela Leandra Gardin

Conselho Editorial:

Profa. Angélica Luciá Carlini (PUC-Campinas), Prof. Dr. Artur Marques da Silva Filho (PUC-Campinas/Unesp), Prof. Dr. Eduardo C. B. Bittar (USP), Prof. Dr. João Maurício Adeodato (UFPE), Prof. Dr. Luiz Fernando Lobão Moraes (PUC-Campinas), Prof. Dr. José Antonio Minatel (PUC-Campinas), Prof. Dr. Manuel Carlos Toledo Filho (PUC-Campinas), Profa. Maria Helena Campos de Carvalho (PUC-Campinas).

Comitê de Redação:

João Marcos Braga Júnior, Samuel Mendonça, Profa. Dra. Vera de Arruda Roza Cury.

A Revista Jurídica é um periódico semestral da Faculdade de Direito da PUC-Campinas, que publica artigos nacionais e internacionais de autores relevantes para as ciências jurídicas, além de resenhas. Conta com a participação de pesquisadores dos grupos: Efetividade e Função Social do Processo Civil; Filosofia, Cultura e Sociedade e Ética e Justiça, reconhecidos pela PUC-Campinas e certificados pelo CNPq, além de membros da Associação Brasileira de Ensino do Direito, ABEDI, e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONPEDI.

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 2	p. 1-172	2005
------------------	----------	-------	------	----------	------

ARTIGOS

La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico	
Alfredo Villavicencio Ríos	5
Aplicação do Código do Contribuinte do Estado de São Paulo aos seus Municípios	
André Luís Firmino Cardoso	21
O deslocamento constitucional da competência para processamento e julgamento de ações de acidente do trabalho pelo direito comum	
Artur Marques da Silva Filho, Murilo Rezende dos Santos	25
Foucault e o poder: traços para a caracterização da questão em seu pensamento	
Eduardo C. B. Bittar	33
Juizados especiais – compreendendo o <i>valor de alçada</i>	
José Carlos de Araújo Almeida Filho	47
A evolução do direito do trabalho e a hodierna perspectiva de valorização da negociação coletiva	
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva	61
A teoria alemã dos contratos simbióticos na cooperação empresarial: aspectos comparados do direito antitruste alemão e europeu	
Luiz Guilherme Georgi Salgado	67
Soberania e "patriotismo constitucional"	
Luiz Paulo Rouanet	77
Perfil da execução provisória trabalhista	
Manoel Carlos Toledo Filho	85
Tributação – Um instrumento para a Ordem Social	
Carlos Otávio F. de Almeida	89
Apontamentos para uma compreensão dos Direitos Humanos no pensamento de Hannah Arendt	
Renata Romolo Brito	97
O direito à remuneração do corretor diante do resultado útil promovido	
Ronaldo Gerd Seifert	103
A postura do trabalhador brasileiro em tempo de reforma legal: contribuições para uma análise mais ampla	
Silvio Beltramelli Neto, Mirta Gladys Lerena Manso de Misailidis	115

Joaquim Nabuco e o direito internacional

Valdeci dos Santos

Polemizando os direitos da personalidade

Wellington Soares da Costa

Parceria público privada

Wilson Roberto Mateus

RESENHAS

Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação

Karina de Paula

O fim da modernidade – niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna

Pedro Pulzatto Peruzzo

Regulamento da Revista Jurídica da PUC-Campinas

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL PERUANA: ALCANCES (NO TODOS APROPIADOS) Y RÉGIMEN JURÍDICO

Alfredo Villavicencio RÍOS*

RESUMEN

El objetivo de este artículo es reflejar en las características de un tipo específico de subcontrato, la intermediación, y sus condiciones y efectos en las condiciones de labor de Perú y derechos de labor, mientras señalando algunas medidas para asegurar los resguardos de los obreros y disminuir los fraudes en este tipo de contratar.

Palabras-clave: Intermediación, derechos laborales, empresas usuarias.

ABSTRACT

The objective of this article is to reflect upon the characteristics of a specific kind of subcontract, the intermediation, and its conditions and effects in Peru's labor activity and labor rights, willing to point out some measures to ensure workers safeguards and to lessen the frauds in this type of hiring.

Keywords: *Intermediation, labor rights, user companies.*

1. MARCO TEÓRICO RESPECTO EL FENÓMENO DE LA SUBCONTRATACIÓN: DENOMINACIÓN, DEFINICIÓN Y CAUSAS.

La literatura laboralista está cada vez más llena de estudios respecto de un fenómeno que venido acentuándose cotidianamente y que se caracteriza por el surgimiento o incremento de modalidades atípicas de prestación de servicios, vinculadas, principalmente, y en lo que a nosotros interesa, a las nuevas maneras de organización de la producción y del trabajo, que involucran fenómenos que rompen con la necesidad de centrar todas las funciones productivas (y el personal consiguiente) en la empresa (modelo fordista), y se dirigen hacia la concentración en ésta de las actividades

nucleares (con personal propio y cedido), externalizando aquéllas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos (BRONSTEIN, 1999, p. 10), todo ello dentro de un modelo que PIORE y SABEL (1993) denominan "especialización flexible"¹

Indudablemente, y en lo que hace al interés concreto de este ensayo, no se trata de un fenómeno totalmente nuevo, puesto que la prestación de servicios vía empresas temporales comienza con la llegada de los años veinte (en E.E.UU y en Europa), como se notar AMEGLIO (1984, p. 57) y la subcontratación de ciertas fases de la producción era también común en industrias como la construcción, textiles o calzado. Sin embargo,

^(*) Viceministro de Trabajo, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁽¹⁾ Este fenómeno ha merecido incluso la publicación de un específico y muy interesante libro del emblemático Grupo de los Miércoles montevideano, llamado "Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo" (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000).

el fin de siglo nos ha deparado un florecimiento de estas formas tradicionales y el surgimiento de nuevas maneras de prestar servicios en similares situaciones que están operando una redefinición del paradigma productivo y del trabajador (CORIAT, 1982), con un impacto importante en la esfera del Derecho del Trabajo.

A este fenómeno se lo denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de subcontratación, tercerización, externalización, exteriorización del empleo, descentralización o desconcentración productiva o funcional (RACCIATI, 1997, pp. 137 - 138). De todas ellas, preferimos para este estudio el nombre de subcontratación, porque engloba con mayor facilidad las principales modalidades existentes, que en algún caso significativo (intermediación) parecería no estar plenamente recogido en las otras alternativas, y porque además es el término que viene usando la OIT. Aunque, también somos conscientes de las dificultades que tiene también esta denominación, sobre todo por el diverso contenido que tiene en muchos países²

Un conjunto importante de causas de diversa índole han sido identificadas por la doctrina como las que fundamentan la aparición de las nuevas modalidades de subcontratación o el incremento considerable de aquéllas que tienen larga data y se inscriben en este fenómeno. Dentro de las principales causas podemos destacar las siguientes:

- El paso del paradigma productivo *fordista* al *toyotista*, con las ya mencionadas transformaciones en la organización del trabajo y de la producción, que están conduciendo a una mayor especialización productiva, con su correlato de externalización de las actividades secundarias o periféricas, lo que a su vez permite una mayor reducción de costos y una minimización de la mano de obra utilizada directamente. Este fenómeno

está llevando a que se amplíe el radio de acción de las actividades tercerizadas, con las consiguientes dificultades a la hora de precisar si se trata de actividades secundarias o principales y con muchos problemas a la hora de precisar el grado de responsabilidad frente a los trabajadores de dichas empresas económicamente vinculadas.

- El incremento de las tasas de desempleo, que llevó a que los trabajadores aceptaran laborar a través de estas modalidades, ante la dificultad de acceder a puestos de trabajo directos.
- El debilitamiento de los sindicatos, que perdieron capacidad de presión para oponerse a tales medidas.
- Las políticas de ajuste neoliberales que han impulsado la utilización de las diversas formas de subcontratación, como son las empresas de trabajo temporal o las cooperativas en nuestro país, así como el recurso a modalidades de encubrimiento de la relación laboral, como pueden ser la utilización de trabajadores «sin contrato», que actualmente en el Perú llegan hasta el 51.2% de los asalariados³, o el uso de la locación de servicios para labores subordinadas⁴.
- La terciarización de la economía que ha conducido a que las actividades de las empresas vinculadas al sector servicios se autonomicen y pasen a ser prestadas por “terceros”.
- La mayor flexibilidad laboral resultante de estos fenómenos, que facilitó la utilización de estas modalidades atípicas, y que se expresa en varios terrenos:

⁽²⁾ Sobre el particular véase las discusiones de la Comisión de Trabajo en Subcontratación, OIT, (1998). En tal sentido, sostiene BRONSTEIN (1999, pp. 4-5) que “para una mayoría de países de lengua inglesa el término subcontracting tiende a aplicarse a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato comercial (por ejemplo el conductor asalariado de una empresa deviene en transportista autónomo, con contrato con ella, sin que la naturaleza de sus tareas haya variado), mientras que contract labour correspondería al suministro de mano de obra mediante intermediación laboral. Para los países de lengua española subcontratación se identifica a veces con el suministro de fuerza de trabajo, pero otras veces (como en España) se emplea dicho término para la subcontratación de obra (en este caso se habla de contrata), reservándose el de intermediación para la de trabajo. A su vez los de lengua francesa distinguen entre la sous- traitance para los servicios y la sous-entreprise para la mano de obra, a la que también pueden denominar marchandage si asume una forma prohibida por la ley, o mise a disposition (de trabajadores) cuando la ley lo permite (por ejemplo cuando se hace con la intermediación de una empresa de trabajo temporal).

⁽³⁾ Según la Encuesta de niveles de empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social (1997).

⁽⁴⁾ En función de ello, algunos economistas del trabajo (CHACALTANA, 1999) consideran dos tipos de subcontratación: directa, que incluye a los trabajadores «sin contrato» (trabajadores clandestinos) y a las demás formas de encubrimiento de la relación laboral; e indirecta, que está referida a los mecanismos de intermediación.

- Una mayor facilidad para la adecuación de la plantilla de la empresa, fuera de las rigideces propias del Derecho Laboral, definiendo su volumen de mano de obra permanente dentro de los límites de lo que se considera indispensable (curva de actividad de la empresa), recurriendo para lo demás a personal externo a la empresa. Ello conduce a dotar de mayores facilidades para la contratación y la terminación de las relaciones laborales para aquellas actividades que resultan secundarias frente incluso a factores exógenos de naturaleza económica o normativa. Se trata de conseguir un empleo *just in time* (RIFKIN, 1996, pp. 230 y 231) que facilite esta permanente adecuación de la plantilla a las necesidades del mercado.
- La reducción de los costos laborales cuando se recurre a estas modalidades de subcontratación, por la desigualdad de trato que se presenta expresa o encubiertamente, tanto en materia de condiciones de trabajo, como de seguridad social.

Estos menores costos se expresan también en el hecho de que los trabajadores destacados no cuentan generalmente con tutela colectiva, por su alto grado de precariedad, lo que conduce a que tengan pactados menores derechos que los de la empresa usuaria.

La diversidad en las denominaciones y en las causas arrojan un fenómeno de gran complejidad y heterogeneidad, que ha tenido como consecuencia una mayor utilización de modalidades tradicionales de subcontratación como el surgimiento de expresiones nuevas, que han llevado a que se presenten muchas dificultades para el tratamiento más o menos unitario de este fenómeno, aunque tienen como **sustrato común** un conjunto de desventajas para el trabajador, expresadas tanto en el terreno general como en el de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores,

como veremos en detalle posteriormente en sus manifestaciones para el caso peruano.

Por todo ello, este tema viene siendo estudiado hace algún tiempo por la OIT, con miras a aprobar un Convenio que establezca las pautas internacionales aceptables para todos los que intervienen en esta nueva configuración productiva. Sin embargo, la complejidad y heterogeneidad del tema, así como lo radicalmente encontrado de las posiciones de los trabajadores y empleadores, ha llevado a que inusitadamente en 1998 no haya sido posible aprobar tal norma y se haya dado un plazo adicional para volver a ocuparse del tema (aunque con un espectro mayor).

En el terreno de la intermediación, si se ha producido una interesante normativa de la OIT, que desde 1933 ha ido desarrollándose desde una primera regulación muy restrictiva hasta niveles de permisividad cada vez mayores⁵, constituyéndose, según NEVES MUJICA (1996, pág. 154), en un antecedente más o menos remoto (y en el ordenamiento internacional) de lo que hoy día llamamos flexibilización. Al respecto, hay que resaltar, al menos, los Convenios N° 34, sobre las agencias retribuidas de colocación (1933)⁶; 88, sobre el servicio de empleo (1948); 96, sobre las agencias retribuidas de colocación (1949)⁷; y, 181, sobre las agencias de empleo privadas (1997)⁸. Estas normas comienzan mostrando una visión completamente negativa de las actividades lucrativas de suministro de mano de obra, al exigir la supresión de las agencias retribuidas de colocación en un plazo de 3 años (Convenio N° 33), para luego ir matizando esta percepción, al relativizar el monopolio estatal en materia de colocación (Convenio N° 88), admitir a regañadientes todavía la existencia de las agencias de colocación privadas, aunque sujetas a rigurosos controles estatales (Convenio N° 96)⁹, y terminar aceptando la licitud de las actividades de intermediación y relajando las exigencias de control (Convenio N° 181). Esta evolución puede explicarse desde los propios considerandos del

⁽⁵⁾ La primera referencia al tema de la intermediación en los instrumentos de la OIT se encuentra en la Recomendación N° 1, sobre el desempleo (1919), en la que se aboga por la prohibición de las "agencias retribuidas de colocación o empresas comerciales de colocación". Sin embargo, es recién en 1933 cuando se aprueba el primer Convenio específico (N° 34), de allí que hayamos tomado esta fecha como el punto de partida de esta esquemática presentación de la normativa de la OIT.

⁽⁶⁾ Revisado por el Convenio N° 96.

⁽⁷⁾ Revisado por el Convenio N° 181.

⁽⁸⁾ Que se acompaña de la Recomendación N° 188

⁽⁹⁾ En este Convenio establece que los Estados tienen la siguiente opción en materia de agencias de colocación: o suprimen progresivamente las agencias lucrativas y regulan de manera muy estricta y controlista las demás agencias (autorización de funcionamiento, mecanismos de vigilancia permanentes, fijación de tarifas), o simplemente reglamentan con tal carácter todo tipo de agencias, según aceptaran los Estados la Parte 110 II o III del Convenio.

Convenio N° 181, en los que, confirmando el sentido de la opinión de NEVES MUJICA antes reseñada (que era, además, sobre el Convenio N° 96) se realiza *“la importancia que representa la flexibilidad para los mercados de trabajo”*¹⁰, se reconoce *“que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio”* (96) y se reconoce *“el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado”*.

2. LAS PRINCIPALES EXPRESIONES DE LA SUBCONTRATACIÓN

Dentro de la complejidad y heterogeneidad de formas en que se expresa la subcontratación, puede trazarse una tipología en la que se encuentran las dos principales expresiones de la misma y que resultan de especial y directo interés en el objeto de análisis de este ensayo: la intermediación y la tercerización, a las que nos vamos a acercar puesto que tienen un interés especial dentro del caso peruano

2.1. La subcontratación de mano de obra o intermediación¹¹: Se proporciona trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos. Se trata de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarán sus servicios bajo la dirección y el control de la segunda¹². Debiendo destacarse con VALDES DAL-RE (1996) que no todas las facultades que integran el poder directivo del empresario son trasladadas a la empresa “usuaria”, puesto que el poder disciplinario es conservado por la empresa suministradora de mano de obra.

Si nos acercamos al punto esencial para la determinación del supuesto, veremos que se trata sin lugar a dudas de la existencia de dos empleadores, uno formal y otro real, sin que exista una relación laboral entre el empleador real y el trabajador. Se rompe con la tradicional relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última.

También hay otros elementos como el que el trabajo sea hecho en beneficio del empleador real y se realice en el local del empleador real, pero creemos que se trata en todo caso de elementos no esenciales en tanto también se pueden encontrar en otras formas de subcontratación.

La forma típica es la suministro de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

2.2. La subcontratación de la producción de bienes y servicios¹³ o tercerización o descentralización: Con peculiaridades propias en cada caso, tiene como sustrato común el que se proporciona determinados servicios de forma organizada o bienes, bajo la dirección y el control del contratista. El ejemplo típico se da en la construcción, donde por la especialización de las labores, el titular de la obra contrata con empresas especializadas en partes del proceso productivo, sin que los trabajadores de la contratista se encuentren bajo las órdenes y control del contratante. Lo mismo se puede decir respecto de los subcontratistas

Lo fundamental aquí es que se descentraliza ciertas labores especializadas o secundarias que pasan a ser prestadas por otra empresa, la que cuenta con un patrimonio y una organización empresarial propia dedicado a prestar tales

⁽¹⁰⁾ Único Convenio de OIT en el que se encuentra una referencia expresa a la flexibilidad, como lo señala VEGA RUIZ en su trabajo “Flexibilización y las normas internacionales de trabajo”, publicado en el libro “Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú”, OIT, Lima, 2000.

⁽¹¹⁾ Subcontratación de trabajo, en términos de la OIT (1995).

⁽¹²⁾ En tal sentido, el Convenio N° 181 al definir la expresión agencia de empleo privada establece como uno de los servicios que puede prestar el “emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante ‘empresa usuaria’), que determine sus tareas y supervise su ejecución” (artículo 1). A estas funciones de intermediación, las agencias de empleo privadas pueden añadir funciones de mediación, consistentes, según al misma norma internacional, en “servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”, por tanto se mueve en el terreno precontractual y busca tan sólo acercar la oferta con la demanda de trabajo.

⁽¹³⁾ En la terminología de la OIT (1995).

servicios o actividades. Los límites de las labores que pueden ser objeto de tercerización se vienen desdibujando, en la medida en que las nuevas tecnologías facilitan un traslado cada vez mayor de tareas, a tal punto que hay quien sostiene que “puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en que la empresa principal conserve el control del proceso productivo. En efecto, si se perdiera tal control, no estaríamos ante una hipótesis de externalización, sino ante una sustitución de empresas” (RASO DELGUE, 2000, pág. 41)

Los servicios pueden prestarse dentro de la empresa o fuera de ella y el beneficiario es el contratante, por lo que estos últimos elementos, también presentes en el supuesto anterior no son esenciales para diferenciar ambos tipos de subcontratación.

3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

En el Perú la intermediación laboral estuvo prohibida totalmente hasta 1978, cuando encontró su primera posibilidad de plasmación en el Decreto Ley 22126¹⁴, que permitió la prestación de servicios a quien no era empleador directo pero sólo para la realización de **labores complementarias** (mantenimiento, limpieza, seguridad). Posteriormente, en 1986, la Ley 24514¹⁵, que sustituyó al Decreto Ley antes mencionado, amplió el radio de acción de estas empresas de servicios al campo de las **labores especializadas**, entendiendo por éstas a aquéllas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente cualificado. En ambas normas, la utilización fraudulenta de esta posibilidad generaba como sanción el reconocimiento de vínculo laboral directo entre el trabajador y la empresa en la que había prestado los servicios, desde que comenzó tal situación.

Finalmente, en 1991, el Decreto Legislativo 728¹⁶ amplía el campo de actuación de las empresas de servicios del terreno de las labores secundarias (complementarias y especializadas) al de las **labores principales**, aunque con la condición de que sean **temporales**, para lo que se adicionaron a las empresas

de servicios complementarios las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajadores (en sus modalidades de cooperativas de fomento del empleo y de trabajo temporal). Esta norma estableció que número de trabajadores destacados no debía superar al 20% de la planilla, cifra que fue ampliada en 1996 al 50% por el Decreto Legislativo 855.

Hay que destacar que la presencia de cooperativas de trabajadores introdujo elementos de riesgo adicionales a los que normalmente giran alrededor de las relaciones de intermediación, puesto que estas personas jurídicas, por mandato de su regulación específica, están al margen de la legislación laboral, con lo que se abría un peligroso camino para la elusión del contrato de trabajo y su regulación. Las sospechas en este sentido se fueron confirmando en la realidad, de modo que el legislador ha tenido que ir estableciendo obligaciones dirigidas a controlar las actividades y evitar la insolvencia de las cooperativas, e inclusive ha llegado a imponerles el respeto de ciertos derechos típicamente laborales, con la finalidad de que los trabajadores que prestaban sus servicios por esta vía no vieran totalmente defraudados los niveles mínimos de protección previstos para quien realiza una labor subordinada. Así, la ley 26513 (1996), en función de los enormes márgenes de explotación que venían sufriendo los trabajadores destacados (sobre todo los socios trabajadores de las cooperativas) dispuso que se les reconociera ingresos y condiciones de trabajo no inferiores a los que corresponden a los trabajadores de las empresas usuarias.

Además de ello, el Decreto Supremo 004-98- TR y su Reglamento, la Resolución Ministerial 059-98- TR, con el fin de prevenir la actuación fraudulenta de las cooperativas, establecían los socios trabajadores tienen derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios aplicable a cualquier trabajador de la actividad privada e imponían inscripción obligatoria de las cooperativas en el Ministerio de Trabajo y la necesidad de obtener una carta fianza para garantizar los derechos laborales de sus socios trabajadores. Posteriormente, por medio del Decreto Supremo 107-99- TR se suprimió la obligación general de presentar la carta fianza que quedó sólo para cuando la empresa o cooperativa no cumplía con pagar los beneficios y derechos de sus trabajadores o socios.

⁽¹⁴⁾ Artículo 27.

⁽¹⁵⁾ Artículo 32.

⁽¹⁶⁾ Artículos 146 a 154 y 175 a 184 de su versión original.

Esta regulación dispersa ha sido sustituida por la Ley N° 27626, vigente desde el 10 de enero del 2002, que regula íntegramente el fenómeno de la intermediación laboral en los términos que veremos a continuación, y que ha sido reglamentada por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (el reglamento, en adelante).

4. RÉGIMEN LEGAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

Con carácter general, se puede afirmar que la nueva normativa sobre intermediación laboral, establecida por la Ley N° 27626 y su reglamento, trae un tratamiento sistemático de este instituto, que si bien mantiene bajo su ámbito a figuras de descentralización productiva que responden a fenómenos de subcontratación distintos del suministro de mano de obra, significa una inversión del signo excesivamente permisivo de la regulación precedente, redefiniéndola dentro de parámetros bastante más adecuados a la naturaleza y función de la cesión de trabajadores, y estableciendo mecanismos de garantía del cumplimiento de los derechos de los trabajadores objeto de ella, que, es de esperar, conduzcan a una utilización más razonable y eviten la constante defraudación de los derechos laborales. Veamos seguidamente los alcances de esta regulación.

4.1. Tipología de las posibilidades de intermediación en el Perú

La nueva regulación sobre intermediación laboral permite el recurso a ella **sólo cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización** (artículo 2 de la Ley N° 27626), agregando, a continuación, que *“los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa”*. La infracción a los supuestos de intermediación laboral establecidos en la ley, debidamente comprobada a través de un procedimiento inspectivo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se

entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria (artículo 5 de la Ley N° 27626).

En función de todo ello, es importante trazar una tipología de las posibilidades de intermediación laboral en el Perú, señalando las variables empresariales con las de duración de la labor y tipo de labor. Por tanto, veremos las formas empresariales posibles, naturaleza permanente y/o temporal de la labor y carácter principal o secundario de las mismas. A partir de lo cual, y teniendo en cuenta lo previsto por los artículos 11 y 12 de la Ley N° 27626 y 2 del reglamento, tenemos que en el Perú las posibilidades de intermediación que pueden materializarse son:

A. Empresas de servicios temporales: son aquellas personas jurídicas creadas exclusivamente para contratar con terceros llamados empresas usuarias el suministro de trabajadores para el desarrollo de labores temporales, principales o secundarias¹⁷ (se privilegia el elemento duración de la labor), ya sea para cubrir un puesto permanente que ha quedado transitoriamente vacante (suplencia) o para cubrir puestos no permanentes creados para cubrir necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo (ocasional)¹⁸;

B. Empresas de servicios complementarios: son aquellas personas jurídicas que destacan su personal para la realización de labores secundarias (accesorias o no vinculadas al giro del negocio), permanentes o temporales (se privilegia el elemento naturaleza de la tarea), como son: mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, etc.;

C. Empresas de servicios especializados: son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización, ya sean permanentes o temporales, de carácter accesorio, careciendo la empresa usuaria de la facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal

⁽¹⁷⁾ 17 Se podría discutir si estas empresas pueden ocuparse de labores secundarias, en la medida en que tales son el ámbito de actuación de las empresas de servicios complementarios. Nosotros consideramos posible tal dedicación, en la medida en que se trate de una cobertura temporal del puesto de trabajo, y cuando sea la propia empresa usuaria la que se ocupe de tales labores con sus propios trabajadores.

⁽¹⁸⁾ 18 Los contratos temporales de naturaleza ocasional o de suplencia, se encuentran previstos en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (artículos 60 y 61).

destacado por la empresa de servicios especializados;

D. Cooperativas de trabajo temporal: son aquéllas constituidas específicamente para destacar a sus socios a efectos de que éstos desarrollen labores temporales, principales o secundarias, correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, referidos en el literal A de este acápite; y,

E. Cooperativas de trabajo y fomento del empleo: son aquéllas constituidas exclusivamente para al suministro de socios trabajadores para que presten servicios secundarios, permanentes o temporales, de carácter complementario o especializado, según los términos vistos en los literales B y C de este acápite.

Respecto de esta tipología, hay serios cuestionamientos en lo que hace a la presencia de las cooperativas de trabajadores en funciones de intermediación, respecto de personal tanto temporal como permanente, puesto que la dedicación al suministro de mano de obra produce una distorsión insalvable en la naturaleza cooperativa de la institución, como señala ELIAS MANTERO¹⁹, al hacer girar su vida en torno a la labor de intermediación” con lo que la integración de los componentes de la cooperativa carece de la *afectio societatis* que identifica al sujeto cooperativo, el ingreso a la cooperativa se produce tan sólo para conseguir un puesto de trabajo como destacado (en condiciones de subordinación), en la mayoría de los casos los integrantes ni siquiera se conocen entre sí por estar desempeñando funciones en empresas totalmente diferentes y tienen un índice de rotación muy alto, por lo que sólo permanecen en la institución en la medida en que exista un trabajo para ellos.

En tal contexto, se cuestiona también la condición de socios-trabajadores de los integrantes de la cooperativa, puesto que al ingresar ésta a labores de suministro de mano de obra su naturaleza se acerca mucho más a la de trabajadores dependientes que a la de socios, habida cuenta que en estas cooperativas no nos encontramos con un conjunto de personas que se han asociado para realizar labores de naturaleza más o menos

autónoma, que se encuentran identificados como pares y con un espíritu asociativo que alimenta su carácter institucional, sino con personas que están buscando un empleo subordinado y utilizan la cobertura cooperativa como un vehículo más (muchas veces el más seguro, por los niveles de desprotección que trae consigo) que puede conducirlos hacia tal fin.

Además de ello, porque se sabe que las principales cooperativas de trabajadores son “fachada” de personas que utilizan esta forma empresarial para encubrir sus actividades lucrativas en el terreno de la intermediación²⁰, presentándose un supuesto de empresas vinculadas económicamente que no ha encontrado hasta la fecha una respuesta legislativa que la regule.

4.2. Las empresas de servicios complementarios y especializados: una expresión de tercerización mucho más que de intermediación

La clasificación antes esbozada, que pone en evidencia las diferencias existentes entre una y otra modalidad de subcontratación, nos lleva a replantearnos la naturaleza que tiene en el Perú la utilización de empresas de servicios complementarios y especializado, que son las que se dedican a actividades accesorias (limpieza, vigilancia, seguridad) y de alta especialización (contabilidad, informática, etc. que en la reciente Ley N° 27626 tienen por primera vez un tratamiento con cierto nivel de autonomía).

La doctrina nacional casi unánimemente²¹ ha ubicado a tales empresas dentro de las modalidades de intermediación posibles, en la medida en que si bien surgieron primero, su regulación legal ha sido y sigue siendo hasta la fecha conjunta y paralela con la de las empresas de servicios temporales y cooperativas dedicadas a ceder trabajadores.

Sin embargo, nosotros consideramos que tal asimilación no es del todo exacta ya que la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral.

⁽¹⁹⁾ Ob. cit., pág. 18. También cuestionan la participación de las cooperativas de trabajadores en el campo de la intermediación NEVES (1996, pp. 155-156), y FERRO (2001, p.163).

⁽²⁰⁾ Como lo señala ELIAS MANTERO, F., ob. cit., pág. 16.

⁽²¹⁾ Véase, en tal sentido, BERRERA GONZALES-PRATO (1993), TOYAMA MIYAGUSUKU (1995) FERRO DELGADO (1996) y NEVES MUJICA (1996). En contra sólo se pronuncian ELÍAS MANTERO, 1998, pág. 21) y VILLA VICENCIO Rios (2001. págs. 88-89).

Ello, no admite discusión alguna en el caso de las empresas y cooperativas que se dedican a ofrecer servicios especializados, en la medida en que la propia definición que de ellas hace el artículo 11, literal 3²², de la Ley N° 27626, señala que *“son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización en relación a la empresa usuaria que las contrata”*; agregando, a continuación que *“en este supuesto la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados”* (resaltado nuestro). Por tanto, en este caso claramente no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en el fenómeno de la intermediación, sino que existe una entidad externa que realiza bajo su entera responsabilidad, aunque bajo las indicaciones de la empresa usuaria, un determinado servicio. Y ello en función de que el objetivo de las empresas que brindan servicios especializados no es la cesión de trabajadores, para que presten servicios bajo la dirección de la empresa usuaria, sino ofrecer desarrollar una actividad con trabajadores propios, para cuya prestación cuentan con una estructura empresarial *ad hoc*.

En el caso de las entidades que prestan servicios complementarios, si bien el numeral 2 del artículo 11 de la Ley N° 27626, no toca expresamente el tema de la ausencia de poder directivo de la empresa usuaria sobre el personal que realiza estos servicios, si lo hace, aunque no con las mismas palabras, el artículo 3 del reglamento, cuando señala que *“en concordancia con los fines de la Ley a ya los establecido en el artículo 6 y numeral 11.3 del artículo 11 de la misma, las empresas de servicios complementarios o especializados deben asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades”*.

Por tanto, se puede señalar que también, que estas empresas no entran dentro del paradigma de la intermediación de mano de obra, sino una participación empresarial en un segmento autónomo de las actividades de la empresa usuaria, que incluso en algunos casos hasta requiere incluso de una autorización administrativa²³. Por ello, la actividad de las empresas complementarias es bastante más similar a la realizada por las entidades que prestan servicios especializados o contratas y subcontratas que a la de las que se ocupan

del suministro de mano de obra para labores temporales de carácter ocasional o de suplencia²⁴.

Coherentemente con esta situación, nuestra legislación dispone que los trabajadores de las empresas que brindan servicios complementarios no están incluidos en el cálculo del porcentaje limitativo del 20% de la planilla de la empresa usuaria y, además, difícilmente se podrá aplicarles la equiparación de beneficios y derechos laborales respecto de los directamente contratados por las empresas usuarias, en la medida en que la contratación del servicio complementario o especializado conducirá a que no existan trabajadores en la empresa usuaria que se ocupen de tales funciones.

Por ello, creemos que académicamente hay que considerarlas como expresiones de la tercerización o descentralización productiva, y ello en lo que hace a todos los sujetos que presten servicios complementarios y especializados, al margen de su forma institucional (ya sean empresas de servicios o cooperativas de trabajadores).

Tras estas precisiones conceptuales, que no se reflejan en una normativa que continúa englobando en el instituto de la intermediación a expresiones de la subcontratación o descentralización productiva que responden a otra naturaleza, pasamos a presentar el régimen jurídico establecido para la actuación de las empresas de servicios y cooperativas que actúan en estos terrenos, señalando que aún queda como labor pendiente la discusión y aprobación de una regulación específica para la tercerización o *outsourcing* que permita afrontar con alguna solvencia jurídica el importante fenómeno de la descentralización productiva y encadenamiento empresarial cada vez más presentes en nuestra realidad, más aún cuando el artículo 4 del reglamento excluye de la aplicación de la Ley de Intermediación a los fenómenos de subcontratación productiva.

4.3. Las formas excluidas de la regulación de la intermediación

Fuera del marco previsto por la Ley 27626, lo que ha llevado al cuestionamiento de su validez por

⁽²²⁾ Al que se remite el artículo 12 para el caso de las cooperativas de trabajo y fomento del empleo.

⁽²³⁾ Es el caso de las empresas de vigilancia que requieren autorización del Ministerio de Interior.

⁽²⁴⁾ En esta línea, sostiene ELIAS MANTERO (ob. cit) que a su juicio “no existe lo que se conoce como intermediación laboral por medio de las empresas de servicios complementarios ya que el personal que se utiliza no está vinculado directamente a la empresa usuaria a la que concurre como parte de la prestación de un servicio integral que tiene a la mano de obra como uno de varios componentes”.

algún sector importante de la doctrina, el artículo 4 del Reglamento, buscando al parecer compensar la rigidez legal, excluye del ámbito de la intermediación (y por tanto de lo normado) a un conjunto de supuestos de subcontratación, abriendo una peligrosa puerta por la que pueden ir escapándose fácticamente parcelas que las relaciones laborales que hubiesen venían siendo consideradas como de necesaria regulación.

En tal sentido, la norma comentada establece que *“no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.”* Agregando, a continuación, que *“pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal”*.

Sin duda, y ante el carácter cerrado de la ley, se ha tratado, aunque sin mucho rigor técnico, de permitir que algunas formas de descentralización productiva, incluso muy antiguas como las contratas y subcontratas, puedan seguir existiendo. Sin embargo, creemos que, en general, **la norma resulta cuestionable** puesto que, **desde el punto de vista formal**, siendo su naturaleza reglamentaria regula originariamente temas referidos al ámbito de aplicación de la ley que le corresponden únicamente a ésta (a quienes no se les aplica la regulación legal por considerar que no son manifestaciones de intermediación).

De otro lado, y **desde el punto de vista material**, tenemos que la amplitud de los supuestos excluidos y las condiciones generales que tienen que cumplir para no estar regidos por la normativa aplicable a la intermediación, son coincidentes en gran medida con los previstos para las empresas que prestan servicios complementarios y especializados, habida cuenta que, como acabamos de ver en el punto anterior, se tratan de manifestaciones del fenómeno de tercerización, que por mandato del propio reglamento

(artículo 3), deben materializarse asumiendo plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

En tal sentido, con esta disposición cualquier empresa que preste servicios especializados o complementarios, podría acogerse al ámbito de la tercerización ajeno a la regulación legal y no cumplir con las obligaciones legales previstas en las normas sobre intermediación.

Con ello, no queremos decir ni dar a entender que ahora defendemos la aplicación de la legislación de intermediación a fenómenos cuyo carácter diferenciado hemos tratado de dilucidar (servicios complementarios y especializados). A ellos se les aplica la regulación legal simplemente porque así está dispuesto. Sobre lo que queremos llamar la atención es que con el artículo 4 del reglamento, habrán muchas empresas que brinden estos servicios (y a las que, por ende, se debería aplicar la ley), que buscarán eludir esta sujeción normativa por considerarse dentro de las excepciones reglamentarias.

En función de ello, creemos que dentro de lo posible se debe tener claro que las empresas que desarrollen actividades que caigan dentro de los supuestos legales definidos como servicios complementarios, siendo manifestaciones de tercerización, deben sujetarse al régimen previsto para la intermediación laboral, no siendo válida su exclusión. Esta situación, sin embargo, es más compleja en el caso de los servicios especializados, por lo que hay que insistir en una regulación aunque sea mínima de la tercerización, dirigida al menos a impedir el recurso a estas empresas con el fin de defraudar los derechos de los trabajadores involucrados: previendo una razonable responsabilidad solidaria. A este respecto, en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se ha trabajado un proyecto de ley que establezca el régimen legal de la tercerización, que ha sido sometido al Consejo Nacional del Trabajo. Esperemos que esta iniciativa permita el tratamiento apropiado de este fenómeno.

4.4. Requisitos de constitución y funcionamiento: registro en el Ministerio de Trabajo y autorización administrativa

En materia de su constitución y objeto social, hay una regulación diferenciada según se trate de

empresas o cooperativas. Las empresas pueden crearse para brindar exclusiva o conjuntamente servicios temporales, complementarios o especializados. Las cooperativas, por el contrario, deben crearse **con el único fin** de prestar servicios: a) temporales; o, b) complementarios o especializados, sin poder desarrollar actividades simultáneamente en los dos terrenos.

Además de ello, Las empresas de servicios deberán acreditar un capital suscrito y pagado no menor al valor de 45 unidades impositivas tributarias o su equivalente en certificados de aportaciones al momento de constitución. Además de ello, deben inscribirse en el Registro a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde actuará la entidad, luego de lo cual recién se encuentran autorizadas para desarrollar actividades de intermediación, en la medida en que se trata de un "*requisito esencial*" para su funcionamiento.

La autoridad competente para la inscripción en el registro correspondiente será la del lugar donde la entidad tenga señalado su domicilio, si realiza actividades en una sola ciudad, y donde tenga su sede principal, si realiza actividades en más de una.

De proceder la inscripción solicitada, la Autoridad Administrativa encargada del Registro emitirá una constancia de inscripción, en la que se dará cuenta de la vigencia de dicha inscripción, que no podrá exceder, en ningún caso, de doce meses. Antes de vencimiento de esta autorización, las entidades dedicadas a la intermediación laboral podrán solicitar su renovación, adjuntando una declaración jurada de cumplimiento de los requisitos exigidos por ley. De vencerse la autorización el plazo de la autorización de funcionamiento sin que se haya tramitado oportunamente su renovación, la inscripción quedará automáticamente sin efecto, y la entidad no podrá seguir desarrollando actividades de intermediación laboral.

La pérdida de vigencia de la inscripción en el Registro, quedará sin efecto, además del caso anterior, por el incumplimiento reiterado o de particular gravedad de sus obligaciones laborales, por el incumplimiento de los deberes de información sobre los contratos que celebren con empresas usuarias y trabajadores destacados, por la pérdida de alguno de los requisitos legales para su constitución y funcionamiento o a solicitud de la propia entidad. En estos casos el registro no queda automáticamente sin efecto sino que se requiere

de una resolución expresa de la Dirección de Empleo y Formación Profesional.

4.5. Límites cuantitativos de personal contratado vía intermediación

En el caso de utilizar la intermediación laboral **en el supuesto de temporalidad**, el personal destacado no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores que tengan vínculo laboral directo con la empresa usuaria. De no respetarse este límite máximo, la relación laboral deberá entenderse con la empresa usuaria

Sin lugar a dudas, se trata de una reducción sustantiva respecto de la regulación precedente, que establecía el límite máximo en el cincuenta por ciento, sin embargo creemos que la limitación cuantitativa mayor en el terreno de este tipo de intermediación laboral viene dada por la restricción de la misma sólo a las modalidades temporales ocasional o de suplencia, en la medida en que en la realidad son muy pocos los trabajadores en que se requieren para cubrir necesidades transitorias distintas de la actividad habitual de la empresa o para sustituir a quienes se encuentren con su relación laboral suspendida.

4.6. Derechos y beneficios de los trabajadores destacados: iguales que los de la empresa usuaria aunque esta irradiación de las normas laborales tiene escasa aplicación en la realidad

Legalmente se ha establecido que el personal destacado por una empresa de servicios o por una cooperativa tiene derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Ello, como ya hemos mencionado, deberá darse fundamentalmente respecto de los trabajadores de entidades dedicadas a suministrar mano de obra temporal, que podrán tener algún trabajador referente dentro de la empresa, en cambio difícilmente se podrá predicar respecto de los trabajadores de entidades que presten servicios complementarios o especializados ya que carecerán de éste y, por tanto, tendrán la remuneración y condiciones de trabajo que les fije su propio empleador.

Esta equiparación ya se había formulado en la legislación precedente y sus efectos prácticos habían

sido nulos²⁵, de allí que, no tenemos muchos elementos que alimenten esperanzas ciertas de que se pueda empezar a respetar la igualdad de trato formulada por la norma referida. Más aún cuando el reglamento ha previsto sólo que la extensión de remuneraciones y condiciones de trabajo está referida a los que sean *de alcance general, de acuerdo con la categoría ocupacional o función desempeñada, mientras dure el destaque*, agregando que *no son extensivos los que sean otorgados por la existencia de una situación especial objetiva, inherentes a las calificaciones personales, desarrollo de actividades específicas, particularidades del puesto o el cumplimiento de condiciones específicas* (artículo 5). Si se excluye irracionalmente hasta las que responden a criterios objetivos, como las peculiaridades del puesto, que deberían ser la base de la homogenización, no se puede tener expectativas respecto a que por fin la equiparación deje de ser simplemente declarativa.

Además de ello, hay que señalar que esta equiparación tiene una complejidad mucho mayor en el caso de las cooperativas, en donde sus integrantes tienen la condición híbrida de socios-trabajadores y están sujetos a la Ley de Cooperativas. Sin embargo, por mandato legal expreso se les reconoce que gozan de los derechos y beneficios que corresponden a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (artículo 7 de la Ley 27626).

Esta amplia asimilación legal, va a tener un campo problemático en lo que se refiere a la terminación de la relación laboral de los socios-trabajadores de una cooperativa, puesto que cuando una de estas entidades decide prescindir de un asociado no aplica para nada las reglas concernientes al despido sino que aplica su estatuto en la parte concerniente a la separación de los asociados, que suele ser incausada y surtir efectos sólo por la decisión del órgano directivo correspondiente²⁶,

Por tanto, habrá que ver cómo resuelve la jurisprudencia este importante conflicto normativo, dado que hasta antes de la promulgación de la Ley 27626, aplicaba el régimen de la Ley General de Sociedades, garantizándoles, así, una flexibilidad máxima en lo que hace a las necesidades de adecuación del volumen de mano de obra de la cooperativa a costa de dejar totalmente desprotegido al integrante de la cooperativa.

4.7. Los mecanismos de protección de los derechos laborales en las relaciones de intermediación: la carta fianza bancaria y la responsabilidad solidaria

A partir de una amplia experiencia en materia de defraudación de derechos a los trabajadores de empresas de servicios y cooperativas de trabajadores, en 1998 se dispuso, por medio del Decreto Supremo 004-98- TR, la obligación de que estas personas jurídicas cuenten con una carta fianza con la finalidad de garantizar el pago de los derechos laborales que genere la actividad de los trabajadores o socios- trabajadores destacados en empresas usuarias. El incumplimiento de este requisito llevaba a la cancelación del registro y de la autorización de funcionamiento de la cooperativa o empresa de servicios y significaba, además, la aplicación de multas a la empresa usuaria que contratase con quienes carecían de la carta fianza.

Esta obligación fue escrupulosamente regulada por la Resolución Ministerial 070-98- TR, pero su existencia terminó siendo bastante efímera, puesto que el 13 de julio de 1999, la Resolución Ministerial 107 -99- TR acabó en la práctica con ella, al establecer que la carta fianza *"sólo será exigible para aquella cooperativa de trabajadores o empresa de servicios que in cumpla con su obligación de pago de beneficios y derechos*

⁽²⁵⁾ En tal sentido, sosteníamos analizando la legislación precedente (VILLAVICENCIO 2000, pág. 94) que "a pesar de esa asimilación general, los trabajadores destacados han continuado teniendo en la práctica menores derechos y beneficios que los correspondientes a los trabajadores de la actividad privada, ya sea porque la equiparación no incluye los conceptos no remunerativos y los remunerativos cuyo origen sea un acto no normativo, o por que los requisitos para su aplicación permiten que ésta sea enervada con alguna facilidad. Así tenemos que, en primer lugar, se establecen diferencias ficticias para evitar la existencia de la analogía. En segundo lugar, y cuando lo anterior no es posible, los requisitos para que opere la equiparación, tales como la antigüedad, la experiencia laboral y la capacitación, permiten establecer diferencias "justificadas" que enervan el trato igual. Y, en tercer, lugar, la no existencia de un puesto similar en el mismo centro de trabajo, aunque si lo hubiera en otro de la misma empresa, abre la puerta para la elusión. Con todo ello, se evita la aplicación de la regla comentada y se pasa a pagar en consecuencia sólo el equivalente a la remuneración mínima a estos trabajadores. De allí que se haya hecho necesaria la regulación específica de ciertos derechos para los socios-trabajadores de las cooperativas con el fin de evitar el reiterado incumplimiento. En tal sentido, se ha requerido, por ejemplo, que una norma exprese les reconozca su derecho a la compensación por tiempo de servicios".

⁽²⁶⁾ Véase, al respecto, las ejecutorias recaídas en los expedientes 2217 -91-CD y 2553-93-SL.

laborales de su socio trabajador o trabajador, según corresponda" (artículo 1)²⁷,

La Ley 27626, siguiendo el sentido de la regulación inicial al respecto, establece en su artículo 24, que las entidades dedicadas a la intermediación laboral, cuando suscriban los contratos respectivos, deberán conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados, remitiendo al reglamento los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía. Ello, sin duda, es un gran avance en la prevención de la elusión de las obligaciones laborales de quienes prestan servicios en las organizaciones que actúan en el campo de la intermediación, que va a colaborar en gran medida a sincerar su existencia, debido a que por su costo dejará fuera a las entidades que sólo son de fachada.

El reglamento establece dos tipos de fianza: a nombre del Ministerio de Trabajo o fianza a nombre de la empresa usuaria. La primera de ellas, puede ser, además, individual, cuando cubre independientemente cada contrato de locación de servicios celebrado con una empresa usuaria, y global, cuando cubre en conjunto a todos los contratos de locación de servicios que suscribe. Se precisa, además, que la fianza deberá garantizar el pago de un mes de remuneraciones, la parte proporcional del mes de los derechos y beneficios laborales aplicables a la totalidad de trabajadores destacados y las obligaciones provisionales respectivas (artículos 17 a 19 del reglamento), resultando, a todas luces, un monto diminuto, con lo que retoma importancia el mecanismo de responsabilidad solidaria que se detalla a continuación.

La Ley N° 27626, en su artículo 25, consagra un mecanismo de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, respecto de *los derechos laborales, de origen legal o colectivo*, (que en el régimen anterior sólo estaba previsto para el caso del seguro complementario de trabajo de riesgo), que opera únicamente en el supuesto que la fianza otorgada resulte insuficiente para el pago

de los derechos laborales correspondientes a los trabajadores que prestan servicios en régimen de intermediación, por el tiempo que laboraron en la empresa usuaria.

Sin lugar a dudas, el régimen actual ha consagrado mecanismos de prevención contra la defraudación de los derechos de los trabajadores en régimen de intermediación y de cumplimiento de los mismos bastante más efectivos que los precedentes, asimilándonos con ello a la legislación comparada al respecto. Habida cuenta que el peso de la responsabilidad solidaria es mayor, dado, fundamentalmente que no tiene los costos y problemas burocráticos de la fianza, se debe resaltar que con ello el legislador está buscando que sean las propias empresas usuarias las que se preocupen por que la entidad de intermediación cumpla con sus obligaciones de carácter laboral y provisional, habida cuenta que sino, como la fianza es bastante pequeña, le tocará a ella responder por tales conceptos.

4.8. El acceso a la justicia

En materia de acceso a la justicia habría que señalar que en tanto que los trabajadores de empresas de servicios (temporales o complementarios) están en la misma situación que cualquier trabajador, en lo que hace a los socios-trabajadores de las cooperativas que realizan actividades de intermediación su situación ha motivado una posibilidad dual en materia de tutela judicial. Así, se ha establecido que los Juzgados de Trabajo son los órganos competentes para conocer de las pretensiones en materia laboral de los socios trabajadores²⁸. En tanto que cuando la controversia esté referida a materias de corte asociativo, la competencia la tendrá el fuero común. Esta dualidad tiene alguna zona gris muy importante en el campo de la exclusión de los socios-trabajadores, en el que convergen normas laborales y comunes, la que hasta ahora se ha venido venciendo mayoritariamente a favor de la aplicación de las normas propias del régimen cooperativo.

⁽²⁷⁾ Agregando, a continuación, que el incumplimiento de los beneficios o derechos laborales quedará acreditado en los siguientes casos: a) con la resolución administrativa firme que determine un incumplimiento de obligaciones laborales como resultado de un procedimiento de inspección de trabajo; b) por incumplimiento del acta de conciliación celebrado con la intervención de la Autoridad de Trabajo que contenga una obligación de pago de un monto determinado; y c) cuando se ordene el pago de beneficios o derechos laborales como consecuencia de una sentencia o laudo arbitral.

⁽²⁸⁾ Sobre el particular, véase las sentencias reca[das en los expedientes 272-92-CD y 6220-97- BS(A).

5. SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES INVOLUCRADOS EN RELACIONES DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

Dentro de las relaciones de intermediación se pueden presentar diversos niveles de desprotección de los trabajadores, que van desde las simples consecuencias directas de la utilización de mano de obra «destacada», tanto en lo individual como en lo colectivo, hasta situaciones en las que los trabajadores ven totalmente defraudados sus derechos porque el intermediario era ficticio y su existencia estaba prevista para liberar de las obligaciones laborales a la persona que se benefició de tal mano de obra.

5.1. La intermediación laboral y sus consecuencias directas en materia de desprotección de los trabajadores tanto de las entidades a las que están vinculados jurídicamente como de las empresas usuarias

Los fenómenos triangulares generan consecuencias negativas en las relaciones laborales individuales y colectivas, tanto en la empresa usuaria como en la que destaca personal o presta el servicio complementario. En lo que hace al plano individual, porque traen consigo peores condiciones de trabajo, sobre todo económicas, para los trabajadores de las empresas de servicios y cooperativas, respecto de aquéllos de la empresa usuaria que realizan las mismas o similares labores. Bien es cierto que existe una equiparación legal de ambas categorías de trabajadores, pero ya hemos visto cómo la consagración de la igualdad de beneficios y derechos tiene una muy escasa aplicación en la práctica.

Respecto de los trabajadores de la empresa usuaria, el recurso masivo a la utilización de mano de obra externa rompe la unidad del colectivo laboral de la empresa usuaria y presiona a la baja las condiciones salariales y de trabajo, en la medida en que la referencia permanente a *status* de los trabajadores «externos» impermeabiliza a la empresa respecto de la necesidad de mantener mejores condiciones de trabajo para sus propios trabajadores.

Y ello se produce también si vemos la cuestión desde la óptica del impacto que tiene la intermediación en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo²⁹, puesto que la presencia de trabajadores «destacados» dentro de la empresa usuaria hasta el 20% de la plantilla, conlleva una disminución del personal contratado directamente, con lo que las posibilidades en la empresa usuaria de una tutela colectiva son menores³⁰ o la eficacia de la acción colectiva se ve también dinamitada en su línea de flotación ya que la capacidad de presión de estos trabajadores (una huelga, por ejemplo) se ve bastante reducida al recaer un volumen importante de la producción en el personal «externo» a la empresa. Y ello, a no dudarlo, repercute en las condiciones individuales de trabajo. Si bien es cierto que la nueva regulación expresamente prohíbe el recurso a la intermediación laboral para cubrir personal que se encuentre ejerciendo su derecho de huelga (artículo 8, numeral 1), el tema antes presentado no hace referencia a la utilización de esquiroles, sino al sólo hecho indudable de disminución de la capacidad de presión ante la presencia de trabajadores de otra entidad a los que no se puede involucrar en la huelga.

Pero también tiene consecuencias perniciosas respecto de las relaciones colectivas en lo que hace a la propia empresa de servicios o cooperativa, puesto que los trabajadores o socios-trabajadores, respectivamente, no gozan de una tutela colectiva propia por las dificultades que su precariedad trae consigo para la organización y actuación sindical.

En este contexto, hay que puntualizar, además, que estas consecuencias negativas no tienen la misma intensidad en las distintas modalidades de empresas o cooperativas dedicadas a labores de intermediación, puesto que la naturaleza de los servicios prestados hace que la precariedad sea mayor en el caso de los trabajadores que prestan sus servicios en las que se dedican a labores temporales respecto de los que trabajan para empresas o cooperativas que desarrollan labores complementarias o especializadas o incluso permanentes.

⁽²⁹⁾ Al respecto, habría que señalar que el artículo 4 de la Ley N° 27626 establece que la intermediación laboral será nula cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria, lo que resulta a todas luces loable pero cuya aplicación es muy poco probable por las dificultades de prueba que entraña.

⁽³⁰⁾ Ya que puede jugar con el volumen de la plantilla para evitar que se pueda contar con el número mínimo de trabajadores necesarios para constituir una organización sindical.

5.2. El significativo incumplimiento de las normas laborales aplicables a los trabajadores de las entidades de intermediación

Un nivel de desprotección mayor que el anterior se genera en nuestro ordenamiento jurídico a partir del elevadísimo índice de incumplimiento de las ya de por sí débiles disposiciones laborales aplicables a los trabajadores de las entidades de intermediación. En la realidad resulta que no sólo se está ante un sector bastante desprotegido por todo lo dicho anteriormente sino que a tal circunstancia hay que agregarle un muy importante índice de incumplimiento de las tales normas. En tal sentido, son de conocimiento público las permanentes denuncias sobre este problema y están conllevando que el Ministerio de Trabajo comience a jugar un rol inspectivo mucho más activo significativamente.

De allí que es necesario que el ordenamiento jurídico establezca todos los mecanismos preventivos, sancionadores y reparadores respecto de la utilización de relaciones triangulares para evitar que tengan por finalidad o, simplemente, por consecuencia el impedir el correspondiente disfrute de los derechos laborales a los colectivos dependientes de las empresas de servicios y cooperativas de trabajadores.

5.3. El fraude a través de las relaciones de intermediación: la interposición laboral

Los niveles más altos de desprotección se presentan cuando el recurso a la intermediación se convierte en **interposición** laboral, es decir, cuando nos movemos en el terreno de la simulación planteada con empresas o cooperativas ficticias, desprovistas de patrimonio, que se constituyen con la sola finalidad de ocultar al verdadero empleador que no quiere hacerse cargo de las responsabilidades laborales que implica la contratación de trabajadores³¹, con lo que la posibilidad de que éstos encuentren tarde o temprano sus créditos laborales insatisfechos será muy grande.

No se cuenta con datos estadísticos respecto de las dimensiones del recurso al fraude en materia de intermediación, sin embargo, se sabe que dentro del altísimo porcentaje de reclamaciones presentadas por trabajadores de entidades dedicadas a la intermediación ante el Ministerio de Trabajo, un buen grupo de ellas corresponde a trabajadores o socios-trabajadores que han visto desaparecer su empleador ficticio y con ello esfumarse los beneficios laborales que les corresponden. De ello se tiene poca constancia también en el ámbito judicial puesto que al tratarse de los asalariados con los menores ingresos, su reclamación no pasa del ámbito administrativo, donde el tema es gratuito.

Sin embargo, es de esperar que con la reducción considerable del ámbito de actuación de las modalidades de intermediación en el terreno de prestación de servicios temporales, así como de la exigencia de fianza y la imposición de la responsabilidad solidaria de las empresas usuarias, la interposición laboral tenga un severo descenso en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.W.

2000 "Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

AMEGLIO, Eduardo

1984 "Las empresas suministradoras de mano de obra temporal". Amalio Fernández, Montevideo.

1999 "La regulación de las empresas de empleo temporal en Argentina, Colombia y Uruguay", en W.AA., "¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

BRONSTEIN, Arturo

1998 "La intermediación laboral en las normas de la OIT", Revista de Trabajo, N° 6. 1999 "Entorno socioeconómico y jurídico de la subcontratación laboral", Mimeo.

CANESSA MONTEJO, Miguel

1999 "La Flexibilización laboral en el Perú: la precarización

⁽³¹⁾ Respecto de la interposición laboral, ha dicho muy gráficamente MARTÍN VALVERDE (1971, p. 37), que su función es la elusión de la responsabilidad inherente a la posición de empresario, jugando la persona interpuesta como un "diafragma jurídico" que filtra hacia el empresario real los efectos beneficiosos de la relación de trabajo y detiene todas o algunas de las situaciones jurídicas pasivas que le habrían de corresponder en una configuración normal de la relación laboral. Nos movemos, pues, en el campo de los "testaferros" o "sociedades de fachada" que, como señala HERRERA GONZALEZ PRATTO (1993, p. 10), se insertan como un contratante ficticio entre las dos partes de la relación laboral, con la finalidad de ocultar generalmente al empleador real, librándolo así de las responsabilidades correspondientes.

de las relaciones de trabajo en los noventa", Mimeo, PUCP, Tesis de Licenciatura de Sociología.

CHACALTANA, Juan

1999 "Los costos laborales efectivos: una estimación para el caso peruano", en: *"Costos Laborales en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú"*, OIT.

CORIAT, Benjamín

1982 "El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa", Siglo XXI Editores, México.

ECHEVARRÍA, Magdalena, SOLIS, Valeria y URIBE-ECHEVARRÍA, Verónica

1998 "El otro trabajo. El suministro de personas en las empresas", Cuaderno de Investigación N° 71 Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

EGGER, Philippe y otros

1997 "La subcontratación de mano de obra: algunas cuestiones. Nueve estudios por países", Educación Obrera 1-2, N° 106-107, OIT, Ginebra.

ELIAS MANTERO, Fernando

1998 "La 'elusión' de los efectos del contrato de trabajo", *Actualidad Laboral*, N° 268.

FERRO DELGADO, Víctor

1995 "La empresa y los límites a las intermediación laboral", *Themis*, N° 31.

2001 "La subcontratación o intermediación laboral", en *"Balance de la reforma laboral peruana"*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2001.

HERRERA GONZÁLEZ-PRATTO, Isabel

1993 "Las empresas de servicio en la ley de Fomento del Empleo y su Reglamento", Asesoría laboral, junio.

MARTÍN VALVERDE, Antonio

1971 "Interposición y mediación en el contrato de trabajo", *Revista de Política Social*, N° 91.

MARTINEZ GARRIDO, Luis Ramón

1998 "Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones", Fundación Confemetal, Madrid.

NEVES MUJICA, Javier

1996 "Intermediación Laboral: Agencias de colocación y empresas de servicios", *Derecho y Sociedad*, N° 11.

1999 "Balance de la reforma laboral", Desco, Lima.

OIT

1995 "Trabajo en régimen de subcontratación Informe VI (1), para la 85° Reunión de a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.

1997 "Trabajo en régimen de subcontratación", Informe VI (1), para la 85° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.

1998 "Comisión de Trabajo en Subcontratación", Informe V (28) Addendum, para la 86° Conferencia Internacional del Trabajo, www.ilo.org/public/spanish, Ginebra.

PIORE, Michael y SABEL, Charles

1993 "la segunda ruptura industrial", Alianza Editorial, Buenos Aires.

RASO DELGUE, Juan

2000 "Outsourcing", en AA.W., *"Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo"*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.

RACCIATI, Octavio

1997 "«Tercerización»: exteriorización del empleo y descentralización productiva", *Derecho Laboral*, N° 185, Montevideo.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel

1992 "Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal", Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.

RODRIGUEZ RAMOS, María José

1995 "La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994", *Tecnos*, Madrid.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio

1996 "Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal", en AA.W., *"Reforma de la legislación Laboral. Libro homenaje al profesor Manuel Alonso García"*, Madrid.

SALA FRANCO, Tomás

1999a "La regulación legal de las empresas de trabajo temporal (ETT) en algunos países europeos", en VV.AA., *¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

1999b "Las empresas de trabajo temporal tras cuatro años de su implantación legal en España", en W.AA., *¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

1995 "La intermediación laboral: las nuevas normas de contratación". Asesoría Laboral, setiembre.

1996 "El nuevo Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo y las cooperativas de trabajadores", Asesoría Laboral, febrero.

UGARTE CATALDO, José Luis

1999 "Suministro de trabajadores y trabajo temporal. ¿Empresas sin trabajadores?, en VV.AA., "*¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

1996 "Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición", en M.VV., *Reforma de la legislación laboral. Libro homenaje al profesor Manuel Alonso García*, Madrid.

VERGARA DEL RIO, Mónica

1999 "Las empresas de trabajo temporal en Europa. Organización sindical y negociación colectiva", en W.AA., "*¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONTRIBUINTE DO ESTADO DE SÃO PAULO AOS SEUS MUNICÍPIOS

André Luís Firmino CARDOSO*

RESUMO

Este artigo apresenta a proposta de aplicação em nível municipal do disposto na Lei Complementar Estadual n.º 939/03, que institui o Código do Contribuinte paulista, visto não haver legislação federal sobre a matéria e não disporem os municípios de competência para tanto, como forma de garantir o respeito aos direitos do Cidadão-Contribuinte.

Palavras-chave: Código do Contribuinte, Lei Complementar, Cidadão-Contribuinte.

ABSTRACT

This article presents the proposal of application by municipal districts of the State-Member Complementary Law n.º 939/03, which institutes the Code of the Taxpayer of São Paulo, once there's no federal law upon the subject and neither the municipal districts have such competence, in order to defend the rights of the Citizen-Taxpayer.

Keywords: *Code of the Taxpayer, Complementary Law, Citizen-Taxpayer.*

Já escrevemos algo, ainda que de modo singelo e resumido, sobre a Lei Complementar n.º 939, de 03/04/2003, que instituiu, no Estado de São Paulo, o Código de direitos, garantias e obrigações de seus Contribuintes, pessoas física e jurídica¹.

Pois bem, tal Código foi editado por meio de uma espécie de lei, qual seja, lei complementar (prevista no art. 59, inc. II, da Constituição Federal-CF e no art. 21, inc. II, da Constituição do Estado de São Paulo), que, no nosso sentir, é a mais adequada para regular direitos, garantias e obrigações do contribuinte paulista.

Com efeito, porque além de ser a lei complementar em questão, do ponto de vista *material* – quando a própria CF determina em seu texto, de maneira expressa ou taxativa, que em certa hipótese seja esta regulamentada através de lei complementar, por exemplo, art. 146 da CF – e *formal* – quando se exige para a aprovação de lei complementar, *quorum* qualificado ou especial, ou seja, maioria absoluta de votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 69 da CF –, hierarquicamente superior à lei ordinária (prevista no art. 59, inc. III, da CF e no art. 21, inc. III, da

^(*) Advogado, associado ao escritório Leite e Narezzi Advogados Associados; pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas; atualização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário, entidade complementar à USP; e membro da Associação Paulista de Estudos Tributários. E-mail: andre@leiteenarezzi.com.br.

⁽¹⁾ O Código do Contribuinte do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica da PUC-Campinas (vol. 20, nº 2-2004), bem como nos portais do Tributario.net (em 03/08/2004) e da APET (em 22/07/2004).

Constituição do Estado de São Paulo) – até porque, a lei ordinária, segundo o *princípio da hierarquia das leis*, não pode revogar ou alterar previsão contida em lei complementar² –, ela (lei complementar) contém normas, mas normas gerais em matéria de legislação tributária, conforme art. 146, inc. III, da CF³.

De outro lado, sabemos que: i) a União e os Estados têm *competência concorrente* para legislar sobre direito tributário (art. 24, inc. I, da CF); ii) a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a *competência suplementar* dos Estados (art. 24, § 2º, da CF); e iii) inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a *competência legislativa plena* para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º, da CF).

Logo, como não existe até agora lei federal da União estabelecendo normas gerais reguladoras de direitos, garantias e obrigações do contribuinte, o Estado de São Paulo, de conformidade com o disposto no art. 24, § 3º, da CF, resolveu exercer plenamente sua competência legislativa suplementar, ao instituir, através de lei complementar (a Constituição do Estado de São Paulo também exige em seu art. 23, o voto da

maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa para a aprovação de lei complementar), o Código de defesa de seu contribuinte, contendo normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, inc. III, da CF).

Assim, embora não haja ainda em nosso país uma lei federal dispendo sobre o Código de defesa do cidadão-contribuinte brasileiro – Código este formado por um conjunto de normas gerais em matéria de legislação tributária –, com vigência em todo o território nacional – apesar da competência suplementar dos Estados não ser excluída pela competência que detém a União para legislar sobre normas gerais; sem falarmos que, mesmo sobrevivendo uma lei federal instituidora do Código em referência, tal lei somente suspenderá a eficácia da lei estadual, neste caso, a mencionada lei complementar do Estado de São Paulo, naquilo que lhe for contrário ou incompatível, conforme previsão do art. 24, § 4º, da CF –, temos conhecimento que tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar do Senado nº 646, de 1999, que trata dos direitos e das garantias do contribuinte no âmbito das Administrações

⁽²⁾ Nesse sentido, o entendimento doutrinário de José Afonso da Silva (“Vêm elas situadas logo após as emendas constitucionais, numa colocação que revela sua posição hierárquica, em princípio, entre as regras jurídicas componentes da ordem jurídica nacional. Essa peculiar situação hierárquica (com as observações já feitas) sobressai do art. 69...”, in *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª ed., Malheiros, 2000, p. 251 e 252), José Cretella Júnior (“Numa disposição hierárquica ou escalonada das regras jurídicas legais, diríamos que a lei complementar representa um plus, em relação à lei ordinária, e um minus, em relação à emenda constitucional...”, in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2ª ed., vol. V, Forense Universitária, 1997, p. 2712), Alexandre de Moraes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Geraldo Ataliba (dentre outros, mencionados por Pedro Lenza: “A lei complementar apresenta-se como um tertium genus, localizada entre a Constituição e a lei ordinária. A hierarquia se dá em decorrência do quorum mais qualificado e das hipóteses taxativas de previsão da lei complementar”, in *Direito Constitucional Esquematizado*, 7ª ed., Método, 2004, p. 245), Hugo de Brito Machado (“Na verdade, a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária. É certo que a Constituição estabelece que certas matérias só podem ser tratadas por lei complementar, mas isto não significa de nenhum modo que a lei complementar não possa regular outras matérias, e, em se tratando de norma cuja aprovação exige quorum qualificado, não é razoável entender-se que pode ser alterada, ou revogada, por lei ordinária”, in *Curso de Direito Tributário*, 12ª ed., Malheiros, 1997, p. 54; Leandro Paulsen também cita a opinião de Hugo de Brito: “(...) Meditando sobre o tema, relendo as referidas lições da doutrina, e especialmente relendo os dispositivos da Constituição, modificamos nosso ponto de vista. Na verdade a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, independentemente da matéria que regula. Mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser alterada ou revogada por lei ordinária.” (Hugo de Brito Machado, *Isenções e Base de Cálculo da COFINS*, Repertório IOB de Jurisprudência/1998, Verbete 1/12933), in *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 5ª ed., Livraria da Advogado/ESMAFE, 2003, p. 96), Hamilton Dias de Souza (“Porém, a referência a lei complementar no Texto Constitucional restringe-se àquelas expressamente nele previstas, sujeitas a quorum especial de votação e hierarquicamente superiores às demais leis. (...) Para que uma lei seja considerada hierarquicamente superior às ordinárias não basta a forma de complementar. Necessário é que se alie a forma ao conteúdo”, in *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol. 1, Saraiva, 1998, p. 9, 10 e 18) e Walter Barbosa Corrêa (“Já em degrau abaixo e em posição hierárquica imediatamente inferior à Constituição e às emendas constitucionais estão as leis complementares. (...) O sistema legislativo brasileiro prevê sob o ponto de vista hierárquico, abaixo das leis complementares, várias normas situadas num mesmo nível, embora nem todas com idênticas funções no campo tributário”, in *Curso de Direito Tributário*, vol. 1, 3ª ed., CEJUP/CEU, 1994, p. 81 e 82), dentre outros. Ainda nesse sentido, o entendimento jurisprudencial: STF – RE 181165 ED-ED/DF, Min. Mauricio Corrêa, DJ 19/12/1996; RES 75430 e 47964; e STJ (1ª e 2ª Turmas) – AgRg no RESP 641765/SC, Min. Luiz Fux, DJ 28/03/2005, p. 207; AgRg no AgRg no RESP 666371/PR; AgRg no RESP 637279/SP; RESP 625282/MG; AgRg no RESP 524838/MG; RESPs 463022/RS e 573482/RS.

⁽³⁾ Nessa linha, Marco Aurelio Greco: “Com efeito, o artigo 146 da CF-88 prevê a possibilidade de edição de lei complementar para, além de dispor sobre conflitos de competência e regular limitações constitucionais, ‘estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária’. Esta dicção constitucional é mais abrangente que a utilizada pela Constituição anterior... e amplia a adotada pelo seu artigo 24, I, pois abre espaço para a lei complementar atuar também como elemento estruturante do ordenamento tributário. Vale dizer, não apenas dispendo sobre prerrogativas do Fisco, direitos dos contribuintes...” (grifamos), in *Contribuições: (uma figura “sui generis”)*, Dialética, 2000, p. 162.

Fazendárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esse Projeto de Lei brasileiro, segundo Fernando Lemme Weiss⁴, teve como matriz a Lei espanhola de Direitos e Garantias do Contribuinte nº 1, de 26/02/1998. Tal autor, cita inclusive o Estatuto dos Direitos do Contribuinte da Itália, instituído pela Lei nº 212, de 27/07/2000. Já a *Justificação* do referido Projeto de Lei, faz menção não só à aludida lei espanhola, mas também à Declaração norte-americana de Direitos do Contribuinte II, aprovada em 30/07/1996.

Muito bem, do que acabamos de expor sinteticamente, podemos apresentar a seguinte proposição: se aos Municípios paulistas não competem legislar concorrentemente sobre direito tributário e normas gerais (em matéria de legislação tributária), então eles devem, *no que couber*, observar e atender quando exigirem os impostos que lhes competem (por exemplo, IPTU e ISSQN), a competência legislativa (suplementar) do Estado de São Paulo, exercida plenamente por este ao editar, através de uma espécie legislativa material e formalmente mais segura, qual seja, a Lei Complementar

nº 939, de 2003 (instituidora do Código de defesa do contribuinte paulista) – por isso entendemos que tal lei complementar está, dentro de uma ordem ou escala hierárquica de normas⁵, acima da lei ordinária –, em virtude de inexistir ainda lei federal da União, com vigência nacional, dispondo sobre o Código de defesa do contribuinte brasileiro⁶.

Vislumbramos ainda, nesse passo, a utilização do *princípio da simetria*⁷ para justificar a adoção do Código do contribuinte do Estado de São Paulo pelos Municípios paulistas.

Finalmente, propomos aqui, *naquilo que não for contrário ou incompatível* com a legislação municipal, a aplicação pelos Municípios do território paulista, do disposto na Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 939, de 2003, como forma de tentar não só remediar *manifestações alérgicas e problemas de pele*⁸, mas também de coibir *carnavais tributários*⁹ e abusos cometidos pelas Fazendas Municipais contra a dignidade, a saúde, a segurança (jurídica) e os direitos¹⁰ de quem as sustenta – o Cidadão-Contribuinte.

⁽⁴⁾ Justiça Tributária: as Renúncias, o Código de Defesa dos Contribuintes e a Reforma Tributária, Lumen Juris, 2003, p. 144.

⁽⁵⁾ Conforme conhecida teoria de Hans Kelsen sobre a construção escalonada das normas que compõem o ordenamento jurídico, teoria esta aceita por Norberto Bobbio, in Teoria do Ordenamento Jurídico, 10ª ed., UnB, 1997, p. 49.

⁽⁶⁾ Nesse quadrante, Fernanda Dias Menezes de Almeida: “Porém, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las”, in Competências na Constituição de 1988, Atlas, 1991, p. 170.

⁽⁷⁾ Tal princípio, foi empregado pelo STF ao julgar, por exemplo, as ADIs 2212-1/CE e 2417-5/SP, e o RE 176881-9/RS.

⁽⁸⁾ Expressões usadas por Ricardo Lobo Torres, in Curso de Direito Financeiro e Tributário, 7ª ed., Renovar, 2000, p. 29.

⁽⁹⁾ Colocamos no plural o título da conhecida obra de Alfredo Augusto Becker, da qual separamos a seguinte passagem: “Cada ano é ano de naufrágio fiscal. Os naufragos, só anos depois é que saberão que morreram afogados no mar dos sargãos das leis fiscais. Quando começarem as revisões das declarações de renda e os respectivos exames em sua escrituração fiscal. O auto de infração será o atestado do óbito ocorrido anos atrás”, in Carnaval Tributário, 2ª ed., Lejus, 1999, p. 18.

⁽¹⁰⁾ Nesse diapasão, Roque Antonio Carrazza: “...o Estado, ao exercer a tributação, deve observar os limites que a ordem constitucional lhe impôs, inclusive no que atina com os direitos subjetivos públicos das pessoas. (...) O ‘estatuto do contribuinte’ exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado de Direito. (...) As pessoas políticas, enquanto tributam, não podem agir de maneira arbitrária e sem obstáculo algum, diante dos contribuintes. Muito pelo contrário: em suas relações com eles, submetem-se a um rígido regime jurídico. Assim, regem suas condutas de acordo com as regras que veiculam os direitos fundamentais e que colimam, também, limitar o exercício da competência tributária, subordinando-o à ordem jurídica”, in Curso de Direito Constitucional Tributário, 11ª ed., Malheiros, 1998, p. 276, 279 e 280.

O DESLOCAMENTO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÕES DE ACIDENTE DO TRABALHO PELO DIREITO COMUM

Artur Marques da SILVA FILHO*

Murilo Rezende dos SANTOS**

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 45/2005 alterou o artigo 114, da Constituição Federal, deslocando, da Justiça Comum para a Justiça do Trabalho, a competência para o julgamento das ações de indenização por dano moral ou patrimonial oriundas das relações de trabalho. A partir daí, surgiu conflito negativo de jurisdições entre a Justiça Comum Estadual e a Justiça do Trabalho, cada uma delas afirmando a competência da outra para o julgamento das causas que versam sobre acidente do trabalho. Doutrina e jurisprudência ainda não conseguiram chegar a um consenso. Este trabalho analisa tal questão, concluindo que a competência para conhecer e julgar referidas ações passou a ser da Justiça do Trabalho, sendo que essa alteração atingiu imediatamente todos os processos, qualquer que seja a sua fase processual, mesmo aqueles já sentenciados e em fase de execução, pois a lei nova retirou da Justiça Comum o poder de julgar a matéria.

Palavras-chave: Emenda Constitucional nº 45/2005, Responsabilidade Civil, Acidente do Trabalho, Competência.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment number 45/ 2005 changed the article 114, from Federal Constitution, transferring, from common Justice to Justice specialized in work actions, the responsibility to judge actions that dispute indemnity by moral or patrimonial damage originated from work relations. Due to this, negative conflicts of jurisdictions emerged between common Justice and Justice specialized in work actions, each one of them claiming the competence from the other to judge the cases that cope with work accidents. Law literature and analytical jurisprudence have not managed to achieve a consensus. This essay analyses this question, concluding that competence to know and judge such actions is now addressed to Justice specialized in work actions, considering that this change affected immediately all the judicial proceedings, in whatever stage they are, even the ones already with verdict and in execution stage, because the new law took from common Justice the power to judge this actions.

Keywords: Constitutional Amendment number 45/2005, Civil Responsibility, Work Accidents, Competence.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Prof. Livre-Docente em Direito da UNESP. Professor de Direito Civil da PUC-Campinas.

** Advogado. Pós-graduando em Direito Constitucional pela PUC-Campinas.

INTRODUÇÃO

As Constituições anteriores não consagravam, como a atual, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, “o seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (CF, art. 7º, inciso XXVIII). Com efeito, as Constituições de 1824 e 1891 foram omissas. A Constituição de 1934 prescreveu no art. 121, §1º, “h”, a “(...) instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, (...) nos casos de acidente do trabalho”. A Carta Política de 1937, também, preceituou que “as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos associados auxílio ou assistência, no referente aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais”. A Constituição de 1946, em seu art. 157, XVII, determinou a “obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho”. A Carta Política de 1967, não inovou, na medida em que, em seu art. 158, XVII, repetiu o texto da Constituição de 1946. Por fim, a Carta Política de 1969, no art. 165, XVI, determinou a instituição do “seguro contra acidentes do trabalho, mediante contribuição tripartite da União, do empregador e do empregado”.

Entretanto, no plano da responsabilidade civil em concorrência com a responsabilidade acidentária, negava-se qualquer cumulação. Preponderava a exegese no sentido de que o Decreto 24.637/34 não regulava o concurso das responsabilidades e, portanto, o empregador estava exonerado de qualquer risco no âmbito laborativo.

Na vigência do Decreto-lei 7.036/44, quando o empregador ou a sua seguradora indenizava o acidentado por causa acidentária, não se sujeitava a outra ação do empregado, a menos que tivesse obrado dolosamente por si ou preposto seu. A pesquisa revelou que o dolo tinha de equiparar-se à culpa grave¹. A Súmula 229, do Supremo Tribunal Federal fixou a exegese no sentido de

que “a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”, que subsiste, na visão de alguns juristas, até o advento da atual Constituição Federal², embora se registrem opiniões em contrário³. Contudo, a indenização não era integral, porque se levava em conta a importância recebida do seguro e cobria somente a diferença da reparação comum.

Com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e com o advento da Lei 6.367/76 é que o seguro por acidente do trabalho transformou-se em risco coberto pelo INSS.

A partir de então, a jurisprudência passou a reconhecer a completa autonomia entre a responsabilidade por acidente do trabalho coberta pelo Segurador Oficial e pelo empregador. Nesta última hipótese, no entanto, exigia-se comprovação da culpa ou dolo do empregador⁴.

A Constituição de 1988, indiscutivelmente, fez nítida separação entre o regime da infelizmente e o regime da responsabilidade civil, convertendo, portanto, em direito constitucional do trabalhador e de sua família a possibilidade de receber dupla indenização: acidentária, a cargo do INSS, e civil, de responsabilidade do empregador.

No entanto, em inúmeros precedentes, não se aplicou o novel dispositivo constitucional, na esteira de que a lei vigente ao tempo do evento danoso que deve regular a indenização, consequência do princípio “*tempus regit actum*”, que constitui garantia individual. Neste sentido, aliás, são os precedentes⁵. No mesmo sentido se posicionou boa parte do E. Tribunal de Justiça de São Paulo⁶.

Deve ser registrado, ainda, que para os acidentes posteriores à promulgação da Constituição Federal, abandonou-se a idéia de culpa grave ou dolo. Passou-se a admitir a culpa, em todas as suas modalidades, “a que

(1) - STOCO, Rui. Responsabilidade Civil, p. 405.

(2) - RT 559/81, 585/192, 588/99, 593/123 e 597/211.

(3) - RSTJ 53/117 e RT 701/163.

(4) - RT 530/217, 537/105; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Acidente do Trabalho e Responsabilidade Comum, p. 301.

(5) - Apelações com Revisão nºs 685.020, Rel. Juiz ARTUR MARQUES, 11ª Câmara; 514.483, Rel. Juiz AMORIM CANTUÁRIA, 1ª Câmara; 503.429, Rel. Juiz ANDREATTA RIZZO, 2ª Câmara; 500.769, Rel. Juiz MILTON SANSEVERINO, 3ª Câmara; 502.912, Rel. Juiz ANTONIO VILENILSON, 4ª Câmara; 526.123, Rel. Juiz RUY COPPOLA, 8ª Câmara; 483.319, Rel. Juiz AMÉRICO ANGÉLICO, 7ª Câmara; 513.745, Rel. Juiz EROS PICELI, 9ª Câmara; 523.506, Rel. Juiz IRINEU PEDROTTI, 10ª Câmara; Apelações com Revisão nºs 484.922, 484.569, Rel. Juiz ARTUR MARQUES e 502.850, Rel. Juiz CLÓVIS CASTELO e 526.480, Rel. Juiz JOSÉ MALERBI, julgados do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil.

(6) - Apelações Cíveis nºs 215.379-1, Rel. Des. LUIS DE MACEDO; 262.405-1, Rel. Des. BENINI CABRAL; 239.419-1, Rel. Des. EGAS GALBIATTI; 228.275-1, Rel. Des. VASCONCELLOS PEREIRA; 241.614-1, Rel. Des. ALDO MAGALHÃES.

aludiam os antigos romanos quando afirmavam ‘*In lege Aquilia et levissima culpa venit*’⁷.

Essa possibilidade de indenização pelo acidente do trabalho faz surgir a correspondente ação, pois como bem dispunha o Código Civil/1916 a todo direito corresponde uma ação que o assegura (art. 75). No Código de Processo Civil amplia-se o direito de ação (art. 3º).

E de sua vez a ação implica a jurisdição, que é a atividade pela qual o Estado exerce o poder de julgar, declarando e/ou realizando o direito em concreto, para com isso eliminar a lide e restabelecer a desejada paz social.

Para prestar a atividade jurisdicional, o Poder Judiciário vem organizado a partir da própria Constituição Federal (art. 92 e seguintes), com distribuição de seus órgãos e respectivas competências. Essa espécie de “divisão”, grosso modo, vem imposta pela própria multiplicidade e diversidade das questões a serem decididas, conduzindo à conveniência da especialização de funções, de modo a agilizar e a propiciar uma melhor administração da justiça.

Dentro desse fracionamento da jurisdição, até há pouco era pacífico caber à Justiça Comum conhecer e julgar as ações de acidente do trabalho entre particulares, ou seja, entre empregado e empregador. O fundamento básico desse entendimento se assentava na idéia da culpa imputada ao empregador, que fazia surgir a responsabilidade civil deste, a partir da regra do Direito Civil de que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (artigo 159, Código Civil/1916, hoje traduzido no Código Civil/2002 da conjugação dos seus artigos 186 e 927).

Recentemente, porém, a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu nova redação ao artigo 114 da Constituição Federal e a partir daí surgiram inúmeras divergências, ainda não de todo assentadas, quanto à competência para conhecer e julgar aquelas ações.

O propósito deste estudo é contribuir para a compreensão de toda essa celeuma, colocando algumas questões para novas reflexões. Nisso, aliás, está o

exercício da técnica jurídica, pois como lecionou LUÍS CABRAL DE MONCADA: “Na medida em que queremos dominar os factos e as realidades, temos de começar por nos meter dentro deles e por obedecer às suas leis próprias”⁸.

1. CONCEITO DE COMPETÊNCIA

A multiplicidade e a variedade das ações judiciais tornaram necessário encontrar critérios para distribuição das causas aos juízes, de maneira a que se possa obter não só a melhor aplicação da justiça, mas também atender aos interesses do Estado e dos cidadãos, em termos das matérias ou pessoas envolvidas, lugar, custos, comodidade das partes etc.

Na sociedade moderna, como ressalta JOSÉ FREDERICO MARQUES⁹, não mais é concebível um juiz único, mas pelo contrário são exigidos muitos órgãos judiciais tendo em vista a quantidade da população, a extensão territorial, o número de lides etc.

A competência vem a ser exatamente essa distribuição da jurisdição entre todos os juízes, particularizando a medida em que cada um pode e deve exercê-la. Ou em outras palavras, como melhor explica ATHOS GUSMÃO CARNEIRO: “todos os juízes exercem jurisdição, mas a exercem *numa certa medida*, dentro de *certos limites*. São, pois, ‘competentes’ somente para processar e julgar determinadas causas”¹⁰.

Competência, como leciona ENRICO TULLIO LIEBMAN, “é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida da jurisdição”¹¹.

Na visão de CELSO NEVES, “subjetivamente, a competência é o atributo de capacidade para o exercício da tutela jurídica processual, decorrente da investidura legítima. Objetivamente, é a relação necessária, de adequação legítima, entre o processo e o órgão incumbido da tutela jurídica processual”¹².

As normas de determinação de competência vêm dispostas em vários diplomas legais, principiando pela Constituição Federal, fonte básica, e seguindo pelas Constituições Estaduais, Código de Processo e de

⁷ - BARREIRA, Wagner. Os acidentes do trabalho e a Constituição de 1988 in REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 685, p. 271.

⁸ - Filosofia do Direito e do Estado, vol. 2, p. 85.

⁹ - Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, p. 339.

¹⁰ - Jurisdição e Competência, p. 61.

¹¹ - Manual de Direito Processual Civil, Vol. I, p. 55.

¹² - Estrutura Fundamental do Processo Civil, p. 56.

Organização Judiciária, Leis Ordinárias e até mesmo nos Regimentos Internos dos Tribunais.

2. ESPÉCIES

A competência se divide primeiramente em absoluta e relativa. A absoluta é aquela motivada pelo interesse público, portanto sendo indisponível às partes, que têm de a ela se sujeitar. Ao invés, a relativa é aquela que visa atender preferencialmente ao interesse das partes, facilitando-lhes o acesso à Justiça, portanto sendo disponível e possível de alterar, até mesmo por acordo de eleição de foro.

Especificando e subdividindo mais, em apertada síntese, temos como absolutas a competência em razão da matéria (objetiva, ligada à natureza da causa); a competência em razão da pessoa (subjativa, ligada a atributo pessoal do litigante); e a competência funcional (em razão das atribuições que o juiz desempenha).

E como relativas a competência territorial ou de foro e a competência em razão do valor da causa.

Convém alertar, por oportuno, que dependendo da situação concreta, a competência pela situação do imóvel (art. 95, CPC), ou a competência em razão do valor da causa (art. 91, CPC), podem ser absoluta ou relativa, conforme o caso.

A competência também pode ser definida pela prevenção (o juízo que já recebeu uma causa torna-se preventivo para as demais causas conexas) ou pela prorrogação (a competência de determinado juiz é ampliada para abranger determinada causa, que nela não estaria incluída, pois o réu, podendo opor exceção de incompetência, deixa de fazê-lo, aceitando o foro escolhido pelo autor – art. 114, CPC).

Mas é sempre preciso lembrar que a competência pela prevenção, como pela prorrogação, só podem ocorrer se a competência for relativa, pois como já se disse a competência absoluta é indisponível, cabendo ao juiz declinar de ofício, ao contrário da relativa (Súmula 33 do STJ), portanto não se prorrogando.

3. NOVA REDEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ART.114, CF)

Conforme já adiantado, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (DOU de 31.12.2004) redesenhou a competência da Justiça do Trabalho ao dar ao artigo 114 da Constituição Federal a redação seguinte:

“Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no artigo 102, I, “o”;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º. Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar *dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.*”

Como se vê, diante da sua manifesta amplitude, a norma constitucional acima não quis apenas alterar a redação primitiva e pequenas modificações subseqüentes, a última vinda com a Emenda 20, de 15.12.1998, mas sim redefinir mesmo a competência da Justiça do Trabalho.

Nos últimos tempos, a Justiça do Trabalho muito se aproximou da Justiça Comum, reorganizando-se, transformando as antigas “Juntas de Conciliação e Julgamento” em Varas da Justiça do Trabalho, de sorte que não é mesmo de se estranhar o novo direcionamento dado pelo legislador, centrando naquela justiça especializada praticamente todas as questões decorrentes ou oriundas da relação de trabalho.

É importante ver, como bem ressalta JOSÉ AFONSO DA SILVA, que: “Não se fala mais que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores. Declara-se que a ela compete processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho e outras”.¹³

Assim, com o devido respeito aos que pensam de outro modo, outra não pode ser a leitura, senão a que amplia a competência da Justiça do Trabalho, pois se assim não fosse a modificação teria sido inútil, o que jamais se pode admitir. Não há como esquecer o ensinamento de J. J. CANOTILHO, no sentido de que a interpretação da Constituição deve ser feita segundo o princípio da máxima efetividade, ou seja: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”¹⁴. E ainda acrescenta que o princípio da justeza ou da conformidade funcional tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida: “O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido”.¹⁵

CELSONO BASTOS, lembrando que a lei não emprega palavras inúteis, arremata dizendo que por meio do postulado acima não se pode empobrecer a Constituição, ficando banida assim a idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo.

Enfim: “Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição”.¹⁶

Ora, subtrair da Justiça do Trabalho a competência para conhecer e julgar as demais ações oriundas da relação de trabalho, deixando com ela apenas a solução dos tradicionais “dissídios”, seria fazer exatamente isso.

4. CONFLITO APARENTE DE JURISDIÇÕES

Surge o conflito de jurisdições quando dois juízos afirmam sua competência para determinada causa (conflito positivo) ou então quando ambos negam essa competência (conflito negativo).

No caso em estudo, tal se sucedeu, ou pelo menos assim aparentou, pois a partir da Emenda 45/2004, a Justiça Comum passou a remeter as ações de acidente do trabalho fundadas no direito comum à Justiça do Trabalho e esta igualmente negou sua competência, estabelecendo-se assim o conflito.

Muitos argumentos foram usados de parte a parte. De um lado, na Justiça Comum, procurou-se dar ênfase à nova redação do artigo 114 da Constituição Federal, que abandonou a referência “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”, para adotar campo mais abrangente, que carreu à Justiça do Trabalho, sem restrição alguma, a competência para “as ações oriundas da relação de trabalho”. Bem disse, a propósito, acórdão da 2ª Câmara do extinto E. Segundo Tribunal de Alçada Civil, relatado pelo Juiz GILBERTO DOS SANTOS¹⁷:

“Já não se nomeia em particular, distinguindo-se a competência apenas para os ‘dissídios’ (controvérsia, dissensão, divergência, cf. Dicionário HOUAISS de Sinônimos e Antônimos, p. 243) entre trabalhadores e empregadores, porém o critério norteador (matéria) que define o âmbito das atribuições de cada órgão judiciário.

Vê-se, pois, que a vontade do legislador foi a de centrar naquela Justiça a discussão e o julgamento de todas as questões decorrentes da

⁽¹³⁾ - Comentário Contextual à Constituição, p. 580.

⁽¹⁴⁾ - Direito Constitucional, p. 1.187.

⁽¹⁵⁾ - Ob. Cit., p. 1.187.

⁽¹⁶⁾ - Hermenêutica e Interpretação Constitucional, p. 176.

⁽¹⁷⁾ - Agravo de Instrumento nº 871.228-0/2.

relação de trabalho, o que obviamente inclui as ações acidentárias comuns, que envolvem, como o seu próprio nome diz, 'acidente do trabalho', isto é, decorrente da relação de trabalho e não de outra relação."

De outro lado, porém, outros se apegaram à subsistência da competência da Justiça Comum, porque a nova redação constitucional não foi explícita no artigo 114 como o foi no artigo 109, I, onde se refere expressamente a ações de "acidentes do trabalho". Argumentou-se, também, que como a Justiça Comum já julgava as ações típicas de acidente do trabalho (contra o INSS) deveria também julgar aquelas fundadas no direito comum, pois ambas eram emergentes de um único fato e que assim deveria ter tratamento pelo órgão judiciário.

5. POSIÇÃO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal de início resolveu por manter a competência da Justiça Comum. No julgamento do RE 438.639-MG, cedendo a argumentos do Ministro CÉSAR PELUSO, aquela E. Corte entendeu que a Emenda nº 45/2004 não havia modificado o artigo 109, I, da Constituição Federal, que se refere expressamente às ações de acidente do trabalho.

No entanto, essa posição não durou. Reapreciando a questão, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 7.204-1/MG, relatado pelo Ministro CARLOS BRITO, a Corte Suprema, praticamente por unanimidade, uma vez que apenas o Ministro MARCO AURÉLIO ficou vencido em parte, decidiu que a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ser a competente para julgar as ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho. Vigorou naquela Corte, finalmente, o entendimento de que, para o caso, não era aplicável o artigo 109, I, da Carta Magna, mas sim o artigo 114, VI, com a redação introduzida pela referida Emenda.

No Egrégio Superior Tribunal de Justiça, prevalecia essa mesma orientação, ou seja, anteriormente entendia-se que a competência para conhecer e julgar as ações de acidente do trabalho fundadas na responsabilidade civil era da Justiça Comum.

Com a Emenda 45/2004, tal situação foi radicalmente alterada, como se pode ver do julgamento feito em 10.08.2005 no Conflito de Competência nº

51.712-SP, relatado pelo Ministro BARROS MONTEIRO. Ainda que por maioria, proclamou-se nesse julgamento: "(...) diante do pronunciamento proferido pelo intérprete máximo da Lei Maior, a partir da Emenda Constitucional supramencionada a competência para processar e julgar as ações reparatórias de danos patrimoniais e morais decorrentes de acidente do trabalho é da Justiça especializada".

Atendo-se ao fato de a Suprema Corte ter resolvido que a Justiça do Trabalho tornou-se competente para aquelas ações "a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004", o E. Superior Tribunal de Justiça foi além e definiu também a respeito de ações anteriores, mas ainda em trâmite, asseverando o Ministro Relator em seu voto:

"Nesses termos, o marco definidor da competência ou não da Justiça obreira é a sentença proferida na causa. Se já foi ela prolatada pelo Juiz de Direito por onde tramitava, a competência permanece na Justiça comum estadual, cabendo o eventual recurso à Corte de 2º grau correspondente. Se ainda não foi proferida a decisão, o feito deve desde logo ser remetido à Justiça do Trabalho."

Para embasar tal entendimento, o ilustre Ministro BARROS MONTEIRO se reportou a julgados do E. Supremo Tribunal Federal (Conflito de Competência nº 6.967-7/RS e Recursos Extraordinários nºs. 72.910-BG e 73.096-MG), que traçaram a orientação seguinte:

"O preceito novo sobre competência aplica-se imediatamente, salvo se antes foi proferida sentença final, caso em que na segunda instância, continua competente o Tribunal a quem cabia conhecer dos recursos contra aquela sentença."

A questão aí suscitada diz respeito ao fenômeno jurídico chamado *perpetuatio jurisdictionis* e que no campo do processo civil encontra regulação no artigo 87 do Código de Processo Civil, que diz:

"Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia."

Pois bem, tomando-se o texto legal acima, vê-se desde logo, com o devido respeito, que não pode prevalecer a orientação acima, embora emanada do E. Superior Tribunal de Justiça.

É que a competência em razão da matéria, como atrás foi dito, é absoluta e como tal indisponível. Logo, não pode prestigiar a solução dada, a não ser que a própria Emenda tivesse feito ressalva quanto às ações anteriores, o que não fez.

Inadmissível, portanto, a prorrogação da competência em razão da matéria, estando bem claro no artigo 87 do Código de Processo Civil serem irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente à propositura da ação, “*salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia*”.

Dáí, sobrevinda a modificação introduzida pela emenda nº 45/2004, a Justiça Comum se tornou de pronto incompetente para as ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho, inclusive no que diz respeito a processos em andamento, qualquer seja a sua fase. Neste sentido, a propósito, são os precedentes da Seção de Direito Privado, do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, onde tem sido decidido que “cuidando-se de competência, em razão da matéria, o processamento e julgamento desta lide, por envolver acidente do trabalho, onde se imputa culpa do empregador, é da Justiça do Trabalho”¹⁸.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ao discorrer sobre a *perpetuatio jurisdictionis* é enfático em dizer que esta, por exceção, não se aplica nas hipóteses acima mencionadas e inclusive exemplifica: “Se a lei nova dispuser que as ações de dissolução de sociedade passam a ser de competência das Varas de Falência, e não mais das Varas Cíveis, tal norma aplica-se aos processos em andamento, salvo se a própria lei exceptuar esses processos”¹⁹.

6. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, é possível concluir o seguinte:

a) a Constituição de 1988 inaugurou nova perspectiva aos direitos sociais dos trabalhadores rurais e urbanos, ao estabelecer a dupla responsabilidade por acidente do trabalho, pela lei acidentária, em face do Segurador Oficial, e frente ao empregador, na hipótese de culpa;

b) a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu nova redação ao artigo 114 da Constituição Federal, a competência para conhecer e julgar as ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes da relação de trabalho passou a ser da Justiça do Trabalho;

c) essa alteração de competência absoluta atinge, imediatamente, todos os processos, seja qual for a sua fase processual, mesmo aqueles já sentenciados e em fase de execução, uma vez a lei nova retirou da Justiça Comum o poder de julgar a matéria.

BIBLIOGRAFIA

BARREIRA, Wagner. **Os acidentes do trabalho e a Constituição de 1988** in REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 81, vol. 685, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I, 2. ed., Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Ed. 1995.

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Comum**. São Paulo: Saraiva, 1987.

⁽¹⁸⁾ - Apelação com Revisão nº 914.828-0/9 – 35ª Câmara, Rel. Des. ARTUR MARQUES, j. 29/08/2005; Apelação com Revisão nº 693.893-0/0 – 30ª Câmara, Rel. Des. LINO MACHADO, j. 23/03/2005; Agravo de Instrumento nº 885.350-00/5 – 29ª Câmara, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. 02/03/2005.

⁽¹⁹⁾ - Jurisdição e Competência, p. 84.

FOUCAULT E O PODER: TRAÇOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA QUESTÃO EM SEU PENSAMENTO

Eduardo C. B. BITTAR

Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente artigo analisa as peculiaridades do pensamento foucaultiano, no que este implica em mudanças nas práticas contemporâneas de relação político-social. Abordando os imbricados temas do poder e do direito, tal como se afiguram na obra de Foucault, aponta para a necessidade de permanente reformulação criativa da sociedade a partir de uma postura crítica dos padrões de comportamento; postura que representa, afinal, uma tomada ética das ações que atravessam e constituem os meios político e jurídico.

Palavras-chave: Poder, Direito, Ética.

ABSTRACT

The present article analyses some particular aspects within Foucault's reflexion, in what it leads to changes in contemporary political and social practices. Dealing with intricate subjects such as power and law, in the way they appear on Foucault's thought, this work points out the urgency for constant creative rebuilding of society, from a critical attitude over behavior patterns; such attitude means, after all, an ethical position taken over the actions that intersect and constitute political and juridical dimensions.

Keywords: Power, Law, Ethics.

1. A DIFÍCIL TAREFA DE FALAR DE FOUCAULT

Apesar de se tratar de autor de recorrente apelo na literatura filosófica contemporânea, bem como apesar

de se tratar de uma voz em penetrante ascensão nas discussões que ocupam os espaços intelectuais, Michel Foucault (1926-1984) é sempre um pensador de difícil denominação e de difícil descrição.¹

⁽¹⁾ Mesmo para se discutir uma questão elementar, a de saber se o método foucaultiano era filosófico, histórico ou sociológico, vai um largo caminho de discussões e espinhosas leituras. Pode-se perceber o problema na própria entrevista do pensador, quando questionado sobre o tema em 'O que é um filósofo?' (entrevista com M. G. Foy), publicada em *Connaissance des hommes*, nº 22, outono de 1966, p. 9, com a questão e a resposta por ele dada: "Qual o papel do filósofo na sociedade? - O filósofo não tem papel na sociedade. Não se pode situar seu pensamento em relação ao movimento atual do grupo. Sócrates é um excelente exemplo: a sociedade ateniense pôde apenas lhe atribuir um papel subversivo, seus questionamentos não podiam ser admitidos pela ordem estabelecida. Na verdade, é ao cabo de um certo número de anos que se toma consciência do lugar de um filósofo; em suma, atribuímos a ele um papel retrospectivo" (Foucault, *Ditos e escritos II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*, 2000, p. 34).

Também, o problema aparece numa entrevista de 1974 intitulada 'Da natureza Humana: justiça contra poder' ("Human nature: justice versus power") ("Da natureza humana: justiça contra poder"; discussão com N. Chomsky e F. Elders, Eindhoven, novembro de 1971), onde, provocado, Michel Foucault responde: "Nunca me ocupei com a filosofia. Mas esse não é o problema. Sua questão é: por que eu me interesso tanto pela política? Para lhe responder muito simplesmente, eu diria: por que eu não deveria estar interessado? (...) A essência de nossa vida é feita, afinal, do funcionamento político da sociedade na qual nos encontramos" (Foucault, *Ditos e escritos IV, Estratégia poder-saber*, 2003, p. 111). Em suma, a tradição posterior acabou lhe conferindo a insígnia de filósofo, mas sua importância ultrapassa os limites do saber exclusivamente filosófico, tendo em vista sua ampla receptividade no âmbito da historiografia, da sociologia, da ciência política, e das demais ciências sociais e, inclusive, psicológicas e médicas.

Seu pensamento, na esteira da filosofia nietzschiana, se desenvolve na base de um método arqueológico (das práticas de saber, das práticas de poder...),² não se alinhando de modo identitário com nenhum esquematismo teórico ou filosófico de fácil enquadramento, e não guardando similar anterior ou contemporâneo, de modo a que o seu *modus* de pensar causa mesmo uma verdadeira fissura nas concepções tradicionais da tarefa do pensar.

Isto pode ser especialmente dito na medida em que se percebe que a linguagem de Foucault não pode ser negada ela-mesma como instrumento de pensamento, assumindo, sobretudo, uma teleologia funcional de *desconstrução* do *construído* (ao estilo do martelo nietzschiano). Em sua reflexão, sua linguagem não conduz aos labirintos dos conceitos ou aos escorregadios espaços das fórmulas filosóficas vazias; seu pensamento não é o da ontologia, e muito menos o do apriorismo temático. Desta maneira, o projeto do discurso em Foucault não se aparta do próprio conjunto de premissas que norteiam o funcionamento de seu pensamento. Nesta perspectiva, o discurso foucaultiano é ele-mesmo uma ordem *desconcertante*.³

Seu *modus*, portanto, de pensar é que o faz efetivamente um *re-construtor* da dimensão das práticas sociais (políticas, médicas, sexuais...) constituídas sempre na base de uma *epistême*. O que Foucault procura

tornar evidente aos olhos é a questão da arbitrariedade dos modos de ser sociais, na medida em que percebe, especialmente em *As palavras e as coisas* que o que está *sub nominem*⁴ não é efetivamente o que é; nada é por essência, mas por atribuição, e isto se faz e se constrói historicamente, dentro de espaços sociais constituídos a partir de saberes e discursos predominantes.

Nesta exata medida é que aquilo que à primeira vista parece constituir a realidade *dada* (o dado), em verdade não o é, mas assim é *feita* (o construído), pois o sentido é e sempre será uma *construção* humana; a história, sobretudo no desfile das *epistémiai*,⁵ é um demonstrativo destas formas de se conceber aquilo que parece ser a natureza, a verdade, ou a *ratio essendi* do universo. Para Foucault, atentar para estas nuances é de suma importância, uma vez que a verdade do discurso não traduz a essência última das coisas.⁶ Entre as *coisas* e as *palavras*, há sempre a mediação de uma certa *epistême*, ou de um *modus* de apropriação da realidade que lhe confere sentido (onde se introjetam as questões de disseminação e distribuição do poder). Em especial, Foucault tece profundas críticas à modernidade e aos seus artifícios, inclusive abordando o tema do esclarecimento (*Aufklärung*), que recebeu especial alento crítico da *Escola de Frankfurt* (Adorno; Horkheimer; Marcuse; Habermas), e é característica de

(2) Para a compreensão do termo 'arqueologia' é de interesse a explicação dada por Foucault numa entrevista com estudantes de Los Angeles, em 1978, "Dialogue on power", quando afirma: "Utilizo a palavra 'arqueologia' por duas ou três razões principais. A primeira é que é uma palavra com a qual se pode jogar. Arché, em grego, significa 'começo'. Em francês, temos também a palavra 'arquivo', que designa a maneira como os elementos discursivos foram registrados e podem ser extraídos. O termo 'arqueologia' remete, então, ao tipo de pesquisa que se dedica a extrair os acontecimentos discursivos como se eles estivessem registrados em um arquivo. Uma outra razão pela qual utilizo essa palavra concerne a um objetivo que fixei para mim. Procuro reconstruir um campo histórico em sua totalidade, em todas as suas dimensões políticas, econômicas, sexuais. Meu problema é encontrar a matéria que convém analisar, o que constitui o próprio fato do discurso. Assim, meu projeto não é o de fazer um trabalho de historiador, mas descobrir por que e como se estabelecem relações entre os acontecimentos discursivos. Se faço isso, é com o objetivo de saber o que somos hoje. Quero concentrar meu estudo no que nos acontece hoje, no que somos, no que é nossa sociedade. Penso que há, em nossa sociedade e naquilo que somos, uma dimensão histórica profunda e, no interior desse espaço histórico, os acontecimentos discursivos que se produziram há séculos ou há anos são muito importantes. Somos inextricavelmente ligados aos acontecimentos discursivos. Em um certo sentido, não somos nada além do que aquilo que foi dito, há séculos, meses, semanas..." (Foucault, Ditos e escritos IV, Estratégia poder-saber, 2003, p. 258).

(3) O termo "desconcertante" vem utilizado em uma acepção especial e simbólica da própria proposta de Foucault, inspiração extraída do uso da palavra no Colóquio Foucault: um pensamento desconcertante, promovido pelo Departamento de Sociologia, FFLCH/USP, São Paulo, 25-27 abril, 1995.

(4) A este respeito, vide Wahl, Estruturalismo e filosofia, 1970, p. 27.

(5) O trabalho foucaultiano desenvolvido no texto *As palavras e as coisas* (Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas, 1993) é fundamentalmente este, ou seja, observar o quanto a verdade foi dita e desdita infinitamente constituindo os universos de sentido referenciais sobre os quais as práticas sociais se estruturam.

(6) O discurso, examinado na perspectiva dos atos de linguagem da Arqueologia do saber, relevam este aspecto, sobretudo pelo que se acrescenta a respeito: "...Foucault ne considère pas qu'il faille nécessairement justifier l'assujettissement du discours aux objets qui lui sont antérieurs pour que les actes de discours soient pris au sérieux: il ne prend pas les actes de discours au sérieux, un point c'est tout" (Dreyfus, Rabinow, Michel Foucault: un parcours philosophique, 1994, ps. 79/ 80).

sua reflexão o não-atrelamento a nenhuma estrutura essencialista ou a qualquer laço fundamentante.

Dentro destas condições, é que se torna duplamente difícil falar sobre Foucault, não somente porque o tema eleito (poder) é um tema de fundamental importância em sua reflexão, como também porque os interlocutores que se ocupam do pensamento do fundador do *Grupo de Informação sobre as Prisões (GIP)*⁷ em Paris reconhecem a peculiaridade deste pensamento.

De fato, distendendo-se sobre diversos temas de análise, tendo iniciado suas investigações por temas ligados à área médica, acaba por navegar sempre em torno da questão do poder, ora eleita para batizar esta reflexão, tendo se dedicado em especial à pesquisa da questão do poder carcerário e do nascimento da clínica, além de ter percebido a mais perfeita proximidade de todas estas questões com as do controle social, da sexualidade, da exclusão/inclusão de doentes mentais. O problema do poder não pode ser desmerecido pela reflexão filosófica. Portanto, esta interlocução com o problema do poder parece ser papel da filosofia, especialmente da filosofia política, como mesmo afirma Foucault ter-se tornado esta a sua função desde a modernidade:

Dito de outro modo, a partir de Kant, o papel da filosofia foi o de impedir a razão de ultrapassar os limites do que é dado na experiência; mas, desde essa época – quer dizer, com o desenvolvimento dos Estados modernos e a organização política da sociedade -, o papel da filosofia foi também o de vigiar os abusos do poder da racionalidade política, o que lhe dá uma esperança de vida bastante promissora” (Foucault, Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber, 2003, p. 356).

Não só a questão do poder é central e recorrente em Foucault, mas também não há como se dizer que a política não seja por si só uma questão fundamental para a constituição do que é a subjetivação dos indivíduos. Assim, o intelectual que detecta na política um campo de estudo deve tê-lo como o campo do desvelar, dos desmascarar. De fato, desmascarar é a

grande tarefa do pensamento reflexivo, de um pensamento que não se furta a ter o problema da política e o tema do poder como questões de permanente inquietação, especialmente considerado o engajamento da reflexão política com estas questões, pois, se esta não pode se furtar a esta discussão – senão sob o pretexto de se manter metaforicamente ‘isenta’ – então, deve desamordaçar os falseamentos criados pelas estratégias de saber encobridoras das realidades fugidias de poder:

“Parece-me que, em uma sociedade como a nossa, a verdadeira tarefa política é a de criticar o jogo das instituições aparentemente neutras e independentes; criticá-las e atacá-las de tal maneira que a violência política que se exercia obscuramente nelas seja desmascarada e que se possa lutar contra elas.

Essa crítica e esse combate me parecem essenciais por diferentes razões: em primeiro lugar, porque o poder político vai muito mais profundo do que se suspeita: ele tem centros e pontos de apoio invisíveis, não muito conhecidos; sua verdadeira resistência, sua verdadeira solidez encontra-se talvez ali onde não a esperamos. Talvez não baste dizer que, por trás dos governos, por trás do aparelho de Estado, há a classe dominante; é preciso situar o ponto de atividade, os lugares e as formas sob as quais se exerce essa dominação. E porque essa dominação não é simplesmente a expressão, em termos políticos, da exploração econômica, ela é seu instrumento, e em ampla medida a condição que a torna possível; a supressão de uma se realiza pelo discernimento exaustivo da outra. Se não conseguimos reconhecer esses pontos de apoio do poder de classe, arriscamos a lhe permitir continuar a existir, e a ver se reconstituir esse poder de classe depois de um processo revolucionário aparente.” (Foucault, Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber, 2003, ps. 114-115).

É exatamente a grande distensão de sua obra (*Doença mental e psicologia*, 1954; *História da loucura*, 1960; *História da loucura na idade clássica*, 1961;

⁷ Veja-se a referência de Michel Foucault a respeito da atuação efetiva do GIP de Paris, numa entrevista dada em 1971, intitulada “A prisão em toda parte”, *Combat*, nº 8.335, 5 de maio de 1971, p. 1: “Há três meses, o Grupo de Informação sobre as Prisões conduz sua inquirição. Ele interroga os detentos, os ex-detentos, sua famílias, todos os usuários da prisão. Afinal, somos todos suscetíveis de ir para a prisão; com que direito nos impedem de saber o que ela é realmente? Ela é um dos instrumentos do poder, e um dos mais desmedidos. Com que direito o poder faz segredo sobre ela?” (Foucault, Ditos e escritos IV, *Estratégia poder-saber*, 2003, p. 27).

Nascimento da clínica, 1963; *As palavras e as coisas*, 1967; *Arqueologia do saber*, 1969, entre outros importantes textos de seu percurso intelectual), ademais da complexidade temática e lingüístico-conceitual, além da maturada visão histórica dos fenômenos, que o faz um pensador de genuína talha em meio ao pensamento contemporâneo. Tendo sido contemporâneo de Sartre e tendo dialogado com Habermas, sem dúvida nenhuma é um signo da reflexão dos tempos contemporâneos. Destaque-se, em meio ao seu percurso intelectual, que é de especial importância a sua entrada para o *Collège de France*, em 1970, onde passa a ministrar cursos ligados à temática da história dos sistemas de pensamento, que acabam por produzir um conjunto de referências importantes para a construção desta discussão.⁸

2. A QUESTÃO DO PODER

Pode-se dizer que quando se discute *poder* em Foucault se está a discutir, em verdade, o tratamento que se dá ao *outro*.⁹ O que é que a sociedade tem feito com o *outro*, ao tentar normalizá-lo, ao tentar encarcerá-lo, ao reprimi-lo, ao supliciá-lo pelos procedimentos de terror social? Em suas investigações, o que Foucault acaba por perceber, e que se torna inovador para o pensamento ocidental, é o fato de que a descrição e a caracterização do poder não passa necessariamente pela discussão do 'poder central do Estado', algo que, sem dúvida alguma, ocupou a reflexão política dos séculos XVII, XVIII e XIX.

Michel Foucault, para quem o problema do poder representava uma espécie de manifestação incorpórea, penetrante e altamente escorregadia na dimensão dos diversos mecanismos de ação em sociedade, não situa a questão do poder no ápice da hierarquia social, ou seja, no Estado. O poder de Foucault é um poder difuso, capilar, fugidio, mais altamente constitutivo dos espaços de ser e de estar para os indivíduos. Age-se conforme o poder e está-se o tempo todo cercado pelo poder, na família, na escola, no hospital, naarceragem, diante do juiz, numa empresa, e, por vezes, não se percebe sua presença na determinação e constituição do sujeito. De fato:

"Mas o que parece importante, estrategicamente decisivo para Foucault é "a mecânica do poder" e sua forma capilar de existir. O poder encontra o próprio grânulo dos indivíduos, atinge seus corpos, vem inserir-se em seus gestos, suas atitudes, seus discursos, sua aprendizagem, sua via cotidiana." (*Motta, Manuel Barros da in Apresentação, Michel Foucault, Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. XIX).

A discussão sobre o poder é a discussão acerca 'do que somos' a partir de como 'somos feitos', dentro de um universo de discurso validado por uma certa *epistême* preponderante, que faz as *coisas* a partir de *palavras*; isto significa dizer que são as práticas de saber que fazem das *coisas* (e, obviamente, das pessoas) aquilo que se quer que elas sejam (amoldadas e docilizadas), a partir de certos esquematismos e estratégias de poder. O discurso, mais de uma vez

⁽⁸⁾ Para efeitos desta análise, reconhecendo-se a inexauribilidade de sua obra, alguns textos serão de grande importância como material de consideração na leitura dirigida para a discussão do problema do poder em Michel Foucault, considerando-se, num primeiro grupo de obras específicas (1), seus próprios textos, e, num segundo grupo de obras específicas (2), os textos de seus comentadores. Assim, deter-se-á sobre os seguintes textos de modo mais direcionado: (1) Foucault: Poder-corpo, in *Microfísica do poder*, 2003, p. 145-152; Genealogia e poder, in *Microfísica do poder*, p. 167-178; O olho do poder, in *Microfísica do poder*, p. 209-228; A verdade e as formas jurídicas, in *Cadernos PUC/RJ*, p. 5-21; FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas, in *Cadernos PUC/RJ, Série Letras e Artes, Tradução*, 06/74, p. 5-21; Ditos e escritos II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento, 2000; Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber, 2003; (2) Fonseca, Michel Foucault e o direito, 2002; Fonseca, Entre monstros, onanistas e incorrigíveis: as noções de 'normal' e 'anormal' nos cursos de Michel Foucault no Collège de France, in *Imagens de Foucault e Deleuze*, 2002, p. 239-254; Muchail, Olhares e dizeres, in *Imagens de Foucault e Deleuze*, 2002, p. 299-308.

⁽⁹⁾ Está-se seguindo a discussão conforme leituras encontradas no livro de Rago, Orlandi e Veiga-Neto: "Tais cursos nos mantêm, num certo sentido, restritos ao tema do poder e da normalização. Ao considerá-los, temos a impressão que Foucault nos propõe, quase o tempo todo, que pensemos naquilo que a sociedade moderna faz com o "outro". Esses cursos parecem propor que pensemos, fundamentalmente, naquilo que fazemos do outro, o outro a que designamos como anormal, como diferente, como desviante da norma. Entretanto, talvez as perguntas que nos são sugeridas por tais cursos, perguntas como "o que nossas sociedades fazem de seus outros?" ou ainda, "o que nós fazemos do outro?" sejam a condição de podermos formular coerentemente a pergunta que serve de tema para este colóquio sobre o pensamento de Michel Foucault. Talvez a pergunta sugerida incessantemente nos cursos a que fizemos referência (o que fazemos do outro?), seja uma outra forma mais profunda de perguntarmos "o que estamos fazendo de nós mesmos?" (Fonseca, Entre monstros, onanistas e incorrigíveis, In: Margareth Rago; Luiz B. Lacerda Orlandi; Alfredo Veiga-Neto (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, 2002, p. 253).

Foucault o disse, não é a origem e nem a causa do poder, mas deve-se pensar o quanto a invasão do poder no discurso determina a constituição do espaço de sentido que sustenta a aparência de moralidade e de legitimidade da maior parte das instituições sociais vigentes em um momento histórico, em um espaço determinado, num tempo específico.

Assim, se torna impossível até mesmo discutir 'o poder', como se estivesse sondando uma dimensão estrutural única, uma essência do poder, ou o poder de uma classe social predominante. Não há discussão sobre 'o poder', em Foucault, mas discussão sobre os poderes, capilares, descentralizados e penetrantes que circulam nos veios e seixos da sociedade. Deste modo é que o pensador francês se habilita a promover um diálogo não com a epiderme do fenômeno, mas com a mais profunda camada de constituição das práticas sociais, como ele mesmo afirma em uma entrevista com estudantes de Los Angeles, *Dialogue on power*, de 1978:

"Essa é a razão pela qual não procuro descrever um paradigma do poder. Gostaria de observar a maneira como diferentes mecanismos de poder funcionam em nossa sociedade, entre nós, no interior e fora de nós. Gostaria de saber de que maneira nossos corpos, nossas condutas do dia-a-dia, nossos comportamentos sexuais, nosso desejo, nossos discursos científicos e teóricos se ligam a muitos sistemas de poder que são, eles próprios, ligados entre si" (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, ps. 258-259).

A própria concepção de Estado em Foucault virá amoldada conforme esta qualificação do poder, em seu caráter fluído e perpassante, na medida em que o Estado acaba por ser o coordenador de relações de microfísica do poder.¹⁰ Engana-se aquele que pensar que o Estado é o poder, pois para Foucault é um dos momentos de aparição do poder, ao lado de tantos outros que se manifestam em sua inflação penetrante e cotidiana nas relações humanas, como ele mesmo afirma em uma entrevista com Hasumi, em 1977, intitulada *Poder e saber*:

"Busco, ao contrário, ver como, na vida cotidiana, nas relações entre os sexos, nas famílias, entre os doentes mentais e as pessoas sensatas, entre

os doentes e os médicos, enfim, em tudo isso, há inflação de poder. Dito de outro modo, a inflação de poder, em uma sociedade como a nossa, não tem uma origem única, que seria o Estado e a burocracia de Estado." (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. 233).

Na mesma esteira de quando se diz que o poder não pode ser tratado como unidade no pensamento de Foucault, um conceito de poder em Foucault também é algo que se deve dizer de somenos importância, na medida em que conceitos e esquematismos teóricos formalizantes não são fundamentais para a compreensão foucaultiana de seus diversos problemas. No entanto, pode-se trazer a seguinte idéia para referendar a dimensão investigativa do poder:

"O poder é, assim, "a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou, ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais" (*A vontade de saber*, ps. 88-89). E conclusivamente: "o poder não é nem uma estrutura, não é uma potência de que alguns seriam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada" (*A vontade de saber*, p. 89)." (Motta, Manoel Barros da, in *Apresentação*, Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. XII).

Se se puder apreciar a partir do que foi dito até o momento o problema do poder, em suma, poder-se-á dizer, de modo sumário, a partir da entrevista concedida a J. Rancière, em 1977, *Poderes e estratégias* (publicado em *Les révoltes logiques*, n. 04, 1977, ps. 89-97):

"É verdade, parece-me, que o poder "já está sempre ali"; que nunca estamos "fora", que não há "margens" para a cambalhota daqueles que

¹⁰ "Lembremos que, para Foucault, por exemplo, o Estado era uma coordenação de relações microfísicas de poder disciplinar. Nas sociedades de controle, parece que o próprio Estado tornou-se molecular para difundir-se no espaço de subjetivação; ele tornou-se emissor de fluxos ou é um fluxo" (Cardoso Jr., Foucault e Deleuze em co-participação no plano conceitual, in Margareth Rago; Luiz B. Lacerda Orlandi; Alfredo Veiga-Neto (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, 2002, p. 196).

estão em ruptura. Mas isso não quer dizer que se deva admitir uma forma incontornável de dominação ou um privilégio absoluto da lei. Que nunca se possa esta “fora do poder” não quer que se está inteiramente capturado na armadilha.

Eu sugeriria, de preferência (mas estas são hipóteses a serem exploradas):

- que o poder é coextensivo ao corpo social; não há, entre as malhas de sua rede, praias de liberdades elementares;

- que as relações de poder são intrincadas em outros tipos de relação (de produção, de aliança, de família, de sexualidade) em que desempenham um papel ao mesmo tempo condicionante e condicionado;

- que elas não obedecem à forma única da interdição e do castigo, mas que são formas múltiplas;

- que seu entrecruzamento delinea fatos gerais de dominação, que esta dominação se organiza em estratégia mais ou menos coerente e unitária; que os procedimentos dispersados, heteromorfos e locais de poder são reajustados, reforçados, transformados por essas estratégias globais, e tudo isso com numerosos fenômenos de inércia, de intervalos, de resistências; que não se deve, portanto, pensar um fato primeiro e maciço de dominação (uma estrutura binária com, de um lado, os “dominantes” e, do outro, os “dominados”), mas, antes, uma produção multiforme de relações de dominação, que são parcialmente integráveis a estratégias de conjunto;

- que as relações de poder “servem”, de fato, porém não porque estão “a serviço” de um interesse econômico dado como primitivo, mas porque podem ser utilizadas em estratégias;

- que não há relações de poder sem resistências; que estas são tão mais reais e eficazes quanto mais se formem ali mesmo onde se exercem as relações de poder; a resistência ao poder não tem que vir de fora para ser real, mas ela não é pega na armadilha porque ela é a compatriota do poder. Ela existe tanto mais quanto ela esteja ali onde está o poder; ela é, portanto, como ele, múltipla e integrável a estratégias globais.

A luta de classes pode, portanto, não ser a “ratio do exercício do poder” e ser, todavia, “garantia de inteligibilidade” de algumas grandes estratégias” (Foucault, Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber, 2003, p. 249).

2.1. O biopoder: a construção moderna da docilidade dos corpos

O tema do biopoder, ou seja, daquele poder que penetra na carne e determina a constituição, o ser e o estar do indivíduo, e de modo calculista determina com suavidade dos conceitos morais, religiosos, educacionais, sexuais, jurídicos e políticos vigentes, é um tema de profunda importância na reflexão de Michel Foucault, e pode ser considerada aquela manifestação mais clara da incidência e da ação concreta docilizadora da microfísica do poder. Sua presença translúcida nas instituições sociais (fábrica, escola, hospital, clínica, carceragem) é o que faz, e o que permite, a constituição de um espaço de dominação que serve, desde inícios da modernidade, em especial dos séculos XVII e XVIII, à estruturação de uma condição estrutural da sociedade niveladora e homogeneizadora (seria melhor dizer ‘normalizadora’) dos modos de comportamento.

O espaço do biopoder, e sua crescente atividade controladora ao longo da modernidade, a iniciar-se nos séculos XVII e XVIII, é descrito por Foucault como o *panneaux* fundamental sobre o qual haveriam de se estruturar as instituições (escola, exército, hospital...) de controle do indivíduo na atualidade.¹¹ É, então, que,

⁽¹¹⁾ “Michel Foucault desdobrou em Vigiar e punir e no seu curso “É Necessário Defender a Sociedade” o processo pelo qual nos séculos XVII e XVIII viram-se surgir técnicas de poder centralizadas ou articuladas sobre o corpo, sobre o corpo dos indivíduos. Ele analisa todos esses procedimentos pelos quais se assegurava-nas escolas, no exército, nas oficinas, nos hospitais – a distribuição espacial dos corpos individuais: sua separação, seu alinhamento, sua colocação em série e a vigilância que se exercia sobre eles. Descreve a organização em torno dos corpos individuais de todo um campo de visibilidade. Mostra como tais técnicas tomavam esses corpos, tentando aumentar sua força pelos exercícios, adestrando-os. Foucault expõe a racionalidade que age nesse sistema de poder pelo modo estritamente econômico com que opera, de maneira o menos custosa possível por todo um sistema de vigilância, de hierarquia, de inspeção, de relatórios. É o que chama de tecnologia disciplinar do trabalho. Vigilância panóptica, sanção normalizadora vão articular-se em seguida a uma nova modalidade de poder, o poder sobre a vida, que Foucault chama de biopoder. Este se aplica aos vivos, à população e à vida e se articula ao discurso racista e à luta das raças” (Motta, Manuel Barros da, Apresentação, in Foucault, Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber, 2003, p. VII e VIII).

neste espaço de discussão, se constitui com precisão o campo preferencial de análise do pensamento foucaultiano, a saber a geração do poder de controle a partir da modernidade, como momento privilegiado de constituição do indivíduo contemporâneo. Não se pode deixar de analisar o fato de que discutir o poder é analisar sua relação com as formas de punição, pois afinal se é punido a vida toda, e o sistema carceral é somente uma parte deste processo de punição:

“Vive-se dentro de um sistema punitivo. É isso o que se deve pôr em questão. A prisão, em si mesma, não é senão uma parte do sistema penal, o sistema penal não é senão uma parte do sistema punitivo.” Foucault irá descrever esse sistema como sendo o que chama de “carceral”, o arquipélago carcerário, metáfora que extrai de Soljenitizin. Foucault afirma que a estabilidade da sociedade capitalista repousa sobre toda essa rede de pressão punitiva que se exerce os indivíduos” (Motta, Manuel Barros da, Apresentação, in Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. XXXV).

Está implícita, portanto, na discussão do poder, também, a discussão sobre o problema da associação

entre a razão e a violência.¹² Especialmente a razão instrumental denunciada pela Escola de Frankfurt, que se coloca a serviço dos ideais dominadores da natureza, aculturadores dos mecanismos de comunicação de massa, bem como determinadores dos mecanismos de acumulação de capital, é esta mesma razão a ‘suavizadora’ dos mecanismos de controle social em Michel Foucault. É claro que os modos de segregação que violentam a liberdade são por si só meios ou mecanismos de violência ‘racionalizados’ e constituídos a partir de práticas e estratégias do *poder-saber*, criados pela sociedade de disciplina, confortável modelo adequado aos interesses da nascente burguesia. A sociedade de disciplina foi intentada ao longo da modernidade, foi construída segundo parâmetros de controle social, e continua sendo útil a certas elites dominantes, mas não pode continuar sendo a base de uma sociedade que se autonomiza, que caminha em direção à liberdade.¹³

A paradigmática questão do *panoptikon* de Bentham, surgida e concebida entre os séculos XVII e XVIII, servindo ao ideário burguês,¹⁴ trabalhada por Foucault como uma espécie de questão central da

¹² Numa entrevista datada de 1979, intitulada Foucault estuda a razão de Estado (entrevista com M. Dillon; trad. F. Durand-Bogaert), Campus report, 12º ano, nº 6, 24 de outubro de 1979, ps. 5-6. (Uma versão modificada desta entrevista foi publicada em The Three Penny review; ver nº 280, vol. IV da edição francesa desta obra), Foucault afirma: “A racionalidade é o que programa e orienta o conjunto da conduta humana. Há uma lógica tanto nas instituições quanto na conduta dos indivíduos e nas relações políticas. Há uma racionalidade mesmo nas formas as mais violentas. O mais perigoso, na violência, é sua racionalidade. É claro que a violência é, nela mesma, terrível. Mas a violência encontra sua ancoragem mais profunda e extrai sua permanência da forma de racionalidade que utilizamos. Pretendeu-se que, se vivêssemos em um mundo de razão, poderíamos nos livrar da violência. Isso é inteiramente falso. Entre a violência e a racionalidade não há incompatibilidade. Meu problema não é fazer o processo da razão, mas determinar a natureza dessa racionalidade que é tão compatível com a violência. Não é a razão em geral que combate. Não poderia combater a razão” (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. 319).

¹³ Numa conferência de 1978, “A sociedade disciplinar em crise”, conferência no Instituto Franco-japonês de Kansai, em Quioto, 18 de abril de 1978, Foucault afirma: “Há quatro, cinco séculos, considerava-se que o desenvolvimento da sociedade ocidental dependia da eficácia do poder em preencher sua função. Por exemplo, importava na família como a autoridade do pai ou dos pais controlava os comportamentos dos filhos. Se esse mecanicamente se quebrava, a sociedade desmoronava. O assunto importante era como o indivíduo obedecia. Nesses últimos anos, a sociedade mudou e os indivíduos também; eles são cada vez mais diversos, deferentes e independentes. Há cada vez mais categorias de pessoas que não estão submetidas à disciplina, de tal forma que somos obrigados a pensar o desenvolvimento de uma sociedade sem disciplina. A classe dirigente continua impregnada da antiga técnica. Mas é evidente que devemos nos separar, no futuro, da sociedade de disciplina de hoje” (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. 268).

¹⁴ “Foucault considera que o “sonho de Bentham, o Panóptico, no qual um único indivíduo poderia vigiar todo mundo, é, no fundo, (...) o sonho, ou melhor, um dos sonhos da burguesia (porque esta sonhou muito).” Trata-se de um sonho que se tornou realidade. Esse sonho da burguesia, diz Foucault, “ela talvez não o tenha realizado sob a forma arquitetural que Bentham propunha.” Foucault ressalta que aquilo que fora proposto por Bentham sobre o Panóptico fora “uma forma de arquitetura, é claro, mas é sobretudo uma forma de governo; é uma maneira para o espírito exercer o poder sobre o espírito. Ele via Panóptico uma definição das formas de exercício do poder” (Motta, Manoel Barros da, in Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. XXVI e XXVII).

estratégia de poder atual,¹⁵ na leitura de Rouanet,¹⁶ com toda discussão sobre a estrutura disciplinar da prisão, instituição sócio-jurídica repressora de comportamentos desviantes, ou “anormais”, ou “não-normalizados”, é um aspecto relevante de como o poder se manifesta para falar a linguagem simbolicamente totalizante de controle. A maceração prisional dos corpos os converte em massa dócil, e se os ex-presidiários não se tornam corpos dóceis (até porque estarão estigmatizados), a sociedade não-carcerária se torna dócil pelo temor de compartilhar das aflições e suplícios próprios da vida encarcerada.

A sociedade moderna constrói-se como uma rede complexa de malhas de disciplina, onde o conceito de lei aparece como instrumento da 'normalização', onde 'normalização' significa tornar os comportamentos semelhantes entre si

a partir de uma certa média, podendo-se dizer que os corpos são disciplinados pelas instituições sociais, educacionais, políticas e jurídicas. Neste sentido, o Direito passa a representar, por exemplo, um dos mecanismos de 'normalização', e não 'o' mecanismo de normalização. Neste sentido, o poder disciplinar é uma destas manifestações de 'normalização' dos indivíduos, utilizada, por exemplo, na dimensão da prisão.

3. DIREITO, NORMALIZAÇÃO, E LEGALIDADE: A DIMENSÃO DO PODER JURÍDICO

Pensar o direito (seria melhor afirmar ‘práticas jurídicas’) não se constitui em tarefa sistemática do pensamento de Foucault.¹⁷ Assim como não se pode falar de uma teoria acabada do poder em Michel

⁽¹⁵⁾ Numa importante entrevista de 1978, *Dialogue on power* (“Diálogo sobre o poder”; entrevista com estudantes de Los Angeles; trad. F. Durand-Bogaert), in Wade (S.) ed. *Chez Foucault*, Los Angeles, Circabook, 1978, ps. 4-22. Discussão muito informal transcrita por Grant Kim, a partir de uma gravação realizada em maio de 1975 na Founders Room do Pomona College, em Claremont), Foucault afirma: “De fato, acho que encontrei a figura que dá conta desse tipo de poder, desse sistema de poder. Uma descrição dele bastante exata me foi dada pelo panóptico de Bentham. Podemos descrever, de maneira muito geral, o sistema pelo qual se excluiu a loucura nos séculos XVII e XVIII. No final do século XVIII, a sociedade instaurou um modo de poder que não se fundamentava sobre exclusão – é ainda o termo que se emprega -, mas sobre a inclusão no interior de um sistema no qual cada um devia ser localizado, vigiado, observado noite e dia, no qual cada um devia ser acorrentado à sua própria identidade. Vocês sabem Bentham sonhou com a prisão ideal – quer dizer, o tipo de prédio que pudes se ser tanto um hospital como uma prisão, um asilo, uma escola ou uma usina: no centro, uma torre, circundada de janelas, depois um espaço vazio, e um outro prédio circular contendo as celas varadas por janelas. Em cada uma dessas celas se podem alojar, segundo o caso, um operário, um louco, um estudante ou um prisioneiro. Um só homem postado na torre central basta para observar, exatamente, o que, a cada instante, as pessoas estão fazendo em sua pequena cela. Isto, para Bentham, figura a fórmula ideal de internamento de todos esses indivíduos em instituições. Encontrei em Bentham o Cristóvão Colombo da política. Acho que o panóptico representa uma espécie de motivo mitológico de um novo tipo de sistema de poder: aquele ao qual nossa sociedade recorre nos dias de hoje” (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. 255).

⁽¹⁶⁾ “As disciplinas se manifestam em sua forma pura e originária na prisão, e especialmente na utopia benthaminiana da prisão perfeita, o panoptikon, edifício anular em que cada prisioneiro ocupa uma cela, totalmente visível, e que tem no seu centro uma torre, ocupada por observadores que vêem tudo e não são vistos por ninguém. O panoptikon é apenas uma realização particular do panopticismo, forma de funcionamento da sociedade moderna, baseada na produção do indivíduo disciplinar. Para que a disciplina pudesse prevalecer, impunha-se, além da distribuição espacial, pela qual os ocupantes eram localizados em espaços celulares, um controle diário do corpo, com prescrições exatas para a maneira correta de segurar uma ferramenta, uma pena ou uma arma, e uma prática sistemática de adestramento, destinada a automatizar exaustivamente gestos e comportamentos. Nesse sentido, a prisão é apenas a forma pura da instituição disciplinar, mas a sociedade moderna é uma rede de instituições disciplinares, como a escola, a fábrica, a caserna, o hospital, onde habita o indivíduo disciplinar, o sujeito de prática disciplinares, constituído, como sujeito, pelas disciplinas, pelos procedimentos de individualização disciplinar – a observação, a classificação, o esquadrinhamento, a normalização, o adestramento. A sociedade como um todo é constituída sobre o modelo carceral. “Que a prisão celular, com suas cronologias bem escandidas, seu trabalho obrigatório, suas instâncias de vigilâncias e de notação, com seus mestres em normalidade, que assumem e multiplicam as funções do juiz, tenha se transformado no instrumento moderno da penalidade – o que há de surpreendente nisso? O que há de surpreendente que a prisão se pareça com as fábricas, as escolas, as casernas, os hospitais, que se parecem todos com as prisões?” O objetivo de todas essas práticas é a produção dos “corpos dóceis”, a produção social da docilidade através das tecnologias do poder” (Sergio Paulo Rouanet, *As razões do iluminismo*. 2000, p. 154-155).

⁽¹⁷⁾ A complexidade e a especificidade da discussão demanda que a pretensão de análise da questão do Direito em Foucault só se possa fazer a partir do estudo da delicada tessitura de sua obra, para o que se toma como referência para estas reflexões o importante trabalho de Doutorado de Marcio Alves Fonseca (Michel Foucault e o Direito, Max Limonad, 2002), que será o fulcro da análise.

Foucault, não se pode muito menos falar de uma teoria acabada do direito. Mais, especificamente, existem trânsitos entre a questão do poder e a questão do direito, na medida em que o tema da ‘normalização’ perpassa a ambos. Ainda, é possível verificar diversas passagens de sua obra nas quais Foucault dedica-se de modo direcionado à questão das práticas jurídicas, das práticas judiciárias¹⁸ e das práticas punitivas (*A verdade e as formas jurídicas*, *Vigiar e punir*, etc.),¹⁹ dedicando-se a pensar inclusive o que poderá ser, em termos de uma visão crítica que ultrapassa os limites do sistema atualmente em vigor. É também neste sentido que se pode encontrar uma pesquisa jusfilosófica em sua obra, como afirma Fonseca: “Falamos aqui em ‘versão’ de uma filosofia do direito para marcar a distância de suas reflexões e abordagens sobre o direito de qualquer coisa como uma ‘teoria acabada’” (Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, 2002, p. 247).

Em Foucault não se encontrará de modo algum um *excursus* sobre a essência do direito (jusnaturalismo), sobre a tarefa do direito (finalismo), sobre a pureza teórica do direito (normativismo), ou sobre a justiça mesma que deva orientar na dimensão de seu conteúdo o direito vigente.²⁰ Mas, se encontrará, certamente, em nível crítico, uma fecunda discussão de como as práticas jurídicas servem como mecanismo instrumental de ‘normalização’ de comportamentos sociais, unindo-se a outras formas não jurídicas de instrumentação das forças normalizadoras da sociedade disciplinar. Há uma ambígua figuração do direito neste grupo de discussões, na medida em que se pode detectar em Foucault uma ácida e causticante crítica de como as práticas jurídicas podem servir como instrumento *realizador* da ‘normalização’, ao mesmo tempo em que se detecta, numa linha prospectiva de investigação, como as práticas jurídicas podem servir como instrumento de

luta *contra* o sistema ‘normalizador’, desde que em seu bojo sejam constituídas práticas suficientes para o exercício desta tarefa.²¹

Que o poder é imediatamente refletido como sistema de direito isto parece ser um fato, para Foucault, o que justifica a imbricação de ambas as temáticas, mas não se pode admitir como verdade imediata a idéia de que, ao menos nas sociedades ocidentais, o direito sempre serviu de máscara para o poder, na medida em que esta parece ser uma explicação que não é inteiramente suficiente, porque o direito ora serve ao poder (monarquias esclarecidas), ora combate o poder (revolução francesa). Numa entrevista de 1977, intitulada *Poderes e estratégias* (entrevista com J. Rancière), *Les révoltes logiques*, nº 4, inverno de 1977, ps. 89-97, Foucault afirma:

“O direito não é nem verdade nem o álibi do poder. Ele é um instrumento ao mesmo tempo complexo e parcial do poder. A forma da lei e os efeitos de interdições que ela porta devem ser recolocados entre muitos outros mecanismos não jurídicos. Assim, o sistema penal não deve ser analisado pura e simplesmente como um aparelho de intermediação e de repressão de uma classe sobre uma outra, nem tampouco como álibi que abriga violência sem lei da classe dominante; ele permite uma gestão política e econômica através da diferença entre legalidade e ilegalismos. Do mesmo modo para a sexualidade: a intermediação não é, sem dúvida, a forma mais importante segundo a qual o poder a investe” (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. 247-248).

De fato, direito e poder, nas sociedades modernas, se constituem a partir de uma importante vinculação recíproca. Ao mesmo tempo que a *Aufklärung*

⁽¹⁸⁾ Veja-se este trecho de Foucault, *A verdade e as formas jurídicas*, PUC/RJ, 06/74: “As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os dados e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras, ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas” (p. 08).

⁽¹⁹⁾ Falar de Michel Foucault é falar de um pensamento complexo, multívoco. Falar de Direito em Michel Foucault, por sua vez, é falar de um tema irregular, pois a questão, apesar de perfazer diversas preocupações do pensador, faz-se presente em diversas de suas obras, de todos os períodos, e de modo assistemático, acronológico e não necessariamente vinculado ao uso de um vocabulário unívoco ou dogmático. Pensar o Direito a partir de Michel Foucault é enfrentar um desafio em todos os sentidos.

⁽²⁰⁾ De fato: “Assim, talvez não seja incorreto afirmar que essa segunda imagem do direito para o autor se constrói a partir de um pressuposto: o que indica a impossibilidade de uma prática e de uma teoria ‘puras’ do direito.” (Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, 2002, p. 154).

⁽²¹⁾ Cf. Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, 2002, p. 242.

constitui o espaço da razão liberta da metafísica, surge o esclarecimento racional controlador e legitimador de uma ordem constituída por diversos mecanismos de poder diluídos para o exercício do controle social. O direito, que passa a se codificar, que passa a se estruturar na forma de *codex*, como é exemplo o Código Penal, fruto da reforma humanista, representa mais que um acervo positivo de normas; representa, sim, a coletânea dos instrumentos de coerção instituídos por mecanismos racionais de exercício do suplício corporal autorizado pelo consenso social que o legitima, para o que a teoria da soberania haveria de desempenhar um importante papel.²²

A análise arqueológica se volta no tempo para compreender os percursos do discurso e dos saberes na constituição de autorizações para práticas que acabam se transformando em constantes históricas fundamentadoras de certos padrões de comportamento. O passo seguinte à constatação da existência e da arquitetura dos mecanismos de poder normalizadores é, em Michel Foucault, pensar as resistências possíveis a serem oferecidas na dinâmica das relações sociais, no sentido de um direito (um “direito novo”) que se oferece para ser cúmplice do ideário de liberdade: “assim a imagem de um “direito novo” aparece, em seu pensamento, expressa por práticas do direito que poderiam ser entendidas como sendo práticas de resistência às formas de governamentalidade apoiadas nos mecanismos da normalização. Essa imagem do direito, presente em raros momentos dos trabalhos do autor, pode ser pensada como o contraponto à forma normalizada-normalizadora do direito esboçada em seus estudos sobre aqueles mecanismos” (Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, 2002, p. 279).

O problema do sistema prisional traz à tona esta discussão, na medida em que a abaladora afirmação de Foucault penetra o ambiente disciplinador da prisão para constatar: “A prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado nu, nas suas dimensões as mais excessivas, e se justificar como poder moral” (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. 41). É esta constatação que permite avançar em direção a se pensar: afinal, de que serve um direito

que esteja exclusivamente voltado para a manutenção de um sistema auto-reprodutor de seu próprio potencial de manutenção da delinquência?²³ Pensar esta questão através do problema dos sistemas prisionais é pensar o relevo do debate sobre o direito que se tem e o direito que se pode ter, na medida em que se faz um instrumento para a construção ou desconstrução dos paradigmas da punição e do controle sociais.

As práticas jurídicas podem estar aneladas a instrumentos precisos de regulação da vida social (Marcio Fonseca cita o caso da arbitragem), e servir de instrumento de luta contra a sociedade disciplinar, não servindo à ‘normalização’ (a partir de regras universais imperativas, imutáveis e igualizadoras), e sim como decorrência de interações possibilitadoras da decisão social que ao mesmo tempo não sejam castradoras da diversidade, do múltiplo, das sensíveis transformações sócio-culturais, das diferenças entre indivíduos, de modo a participar ativamente deste “sempre maleável jogo da arbitragem social” (Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, 2002, p. 284).

Um direito imóvel, estático, legalista, estritamente formular, procedimental, burocrático e burocratizante das práticas sociais tem pouco a ver com a imagem projetada por Foucault sobre sua possível utilidade. Práticas jurídicas móveis, dinâmicas, que se pratiquem dentro de uma legalidade maleável, conforme interesses de se garantir a liberdade e a diferença, eis o traçado da dimensão de um novo direito em transformação permanente, aceito por Michel Foucault como um direito possível para realizar legítimos intentos sociais. De fato: “Desse modo, o direito somente pode exercer seu papel no jogo da regulamentação social se for objeto de uma inquietação permanente” (Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, 2002, p. 285).

É imperdoável, neste sentido, uma sociedade que se aceite permanentemente a mesma a partir de seus códigos, de suas leis, de suas práticas punitivas, de suas concepções de ilicitude e de licitude. Uma sociedade paralítica do ponto de vista do ‘cuidado de si própria’, onde *alter* e *ego* se encontram na esfera pública, nos termos de uma ética, é uma sociedade que delega a outros a tarefa de fazer dela um espaço de si, fazendo-se do

⁽²²⁾ Cf. Fonseca, Michel Foucault e o direito, 2002, p. 244/245.

⁽²³⁾ De fato: Foucault considera que a “prisão foi o grande instrumento para se recrutar”, na verdade para fabricar, produzir delinquentes. “A partir do momento em que alguém entrava na prisão, ajustava-se um mecanismo que o tornava infame; e quando ele saía, não podia fazer nada diferente do que voltar a ser delinquente. Ele necessariamente caía no sistema que fazia dele um alcagüete, ou um policial, ou um denunciante.” Assim, a prisão foi criticada desde o começo. Ela foi definida como fracasso penal, como uma usina de delinquentes (ver p. 163 neste volume)” (Motta, Manoel Barros da, in Apresentação, Foucault, Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber, 2003, p. XXX).

governo (Estado central e burocrático) a única instância possível de realizabilidade dos direitos. Uma sociedade assim empobrecida é uma sociedade sem a capacidade de se pensar a si mesma na dimensão de suas responsabilidades para consigo própria. Qualquer concepção de direito que não seja mecânica, mas dinâmica, deverá ser a de um direito maturado na participação coletiva, como afirma Fonseca: "Ao contrário, o domínio do direito, assim como qualquer domínio da vida social é de responsabilidade de todos os indivíduos" (Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, 2002, p. 287).

Trata-se, portanto, de pensar com Michel Foucault: a) não na abolição do direito, como na teoria marxista, mas na mudança de rumo de suas práticas; b) não na fundamentação teórica absoluta, ou metodologicamente purista, como em Hans Kelsen, mas na sua instrumentação para a compreensão das práticas normalizadoras; c) não na discussão de patamares abstratos de conceitos, de regras ou de universalizações generalizantes, como a dos direitos humanos do século XVIII, mas na descrição de direitos feitos e conquistados por indivíduos; d) não na concepção de condenação *a priori* de todo o sistema de Direito como um sistema guiado pela classe hegemônica, como em Marx, mas na condenação de práticas de Direito afins com práticas de controle e disciplina normalizadora; e) não na abolição total das formas leis, mas na transformação das leis em instrumentos de permanente reestruturação da sociedade por si própria a partir de um revisionismo incessante de suas instituições e de suas práticas; f) na constituição de um positivismo crítico, nas palavras de François Ewald, como mecanismo de dotação do Direito de um acervo de condições para que suas práticas sejam menos normalizadoras e mais humanizadoras.²⁴

Do exposto se percebe que as preocupações de Foucault convergem, portanto, no seguinte sentido: a)

para a quebra da pretensão de universalidade; b) para a desestatização da competência de 'dizer o direito' e para a pluralização da participação popular na formação da identidade jurídica e legislativa; c) para a constante modificação das práticas jurídicas, para seu revisionismo diuturno, no ritmo em que a sociedade e as instituições se alteram; d) para a quebra da importância da forma nas práticas jurídicas, pois geralmente são impeditivas e engessantes do acesso popular à justiça; e) para a reinvenção permanente das leis e dos códigos, com vistas à sua permanente adequação a contextos diferenciados; f) para a eticização das práticas jurídicas, a partir da idéia de que a liberdade e a autonomia da responsabilidade individual sugerem o aumento da capacidade ética de convívio humano, apelando menos à repressão e à castração normalmente veiculadas por normas jurídicas; g) para a experimentação constante dos modos pelos quais se pratica a pena criminal; h) para a quebra da pretensão 'normalizadora' do direito ('direito disciplinar') e para a garantia da pluralidade pelo direito ('direito antidisciplinar'), o que faz com que convirja mais com a sociedade e sirva menos à homogeneização das condutas sociais e ao servilismo ao poder.

AFIRMAÇÕES CONCLUSIVAS

A inquietante presença do tema do poder no pensamento foucaultiano, na medida em que se constitui material central de reflexão para diversas perspectivas de pesquisa (poder e sexualidade, poder e sociedade disciplinar, poder e normalização, poder e clínica) acaba servindo como importante aspecto aglutinador de discussão que faculta a renovação da perspectiva de atitude realmente *crítica* em política ('a arte da indocilidade refletiva').²⁵ Sem dúvida que não se podem

⁽²⁴⁾ Reproduz-se aqui um trecho de notável clareza na discussão do tem de Marcio Fonseca: "Tal imagem corresponde àquilo a que François Ewald chama de um positivismo crítico. "Positivismo" porque, como afirma Ewald, "a conjuntura epistemológica a isso nos obriga. Ela pouco se modificou desde que Kelsen formulou o programa de uma Teoria Pura do direito; relatividade dos valores, impossibilidade de articular o direito positivo com o direito natural, ausência de toda referência possível a uma objetividade transcendente. A nossa época pertence à dispersão, sem princípio unificador. Época do particularismo das particularidades, em que o direito já não pode se apoiar senão na sua PRÓPRIA POSSIBILIDADE." Mas tal positivismo, em Foucault, é um positivismo "crítico", no sentido que deve continuamente pôr a si mesmo em questão, no sentido que deve continuamente pensar a si mesmo segundo a perspectiva de sua historicidade. O positivismo de Foucault é crítico porque se sabe no interior de uma "batalha perpétua" e porque sabe que todas as práticas que tornar possíveis serão sempre particulares e provisórias" (Fonseca, Michel Foucault e o direito, 2002, p. 293).

⁽²⁵⁾ "Assim, buscando sintetizar essas idéias com o fim de precisar o sentido que atribui à noção de atitude crítica, o autor dirá que se a governização é o movimento pelo qual se trata de assujeitar os indivíduos por meio de mecanismo de poder que reclamam para si um a verdade no interior da realidade de uma prática social, a crítica será o " movimento pelo qual o sujeito se dá o direito de interrogar a verdade sobre seus efeitos de poder e [interrogar] o poder sobre seus discursos de verdade. A atitude crítica séria, assim, a "arte da não-servidão voluntária", ou ainda, a "arte da indocilidade refletida" " (Fonseca, Michel Foucault e o direito, 2002, p. 265).

negligenciar temas de indiscutível relevo social, como os temas do poder e do direito, bem como seu entrelaçamento, de modo a traduzir-se sua obra num recurso indispensável para reflexão avançada. A *déraison* foucaultiana consiste na própria forma de fazer operar o pensamento; A arqueologia é revelado de um *modus* de pensar que vê as estruturas de discurso não como semânticas constituídas, mas como práticas sustentadas sobre saberes (*epistémé*). Os signos, a representação da realidade, o discurso, as palavras e a *raison*, são desconstituídos de tradicional *status quo*. Onde antes imperava o 'objeto' ou o 'sujeito', passa a imperar um *lógos* filosófico imbuído da tarefa contínua de repensar-se a si mesmo e de vivenciar as práticas discursivas que se fazem na história.

Ao longo desta exposição, o que se percebeu foi que não se pode localizar em Foucault nem uma 'teoria' sobre 'o poder' (microfísica dos poderes), nem um 'sistema de idéias' sobre 'o direito' (práticas jurídicas). Mais ainda, a partir da reflexão de Foucault torna-se difícil pensar e discutir seja o tema do poder, seja o tema do direito de modo essencialista, ou até mesmo buscar-se uma fundamentação teórica aos direitos humanos (universais e absolutos) – não que Foucault seja insensível ao tema - ou mesmo uma discussão aprofundada sobre a justiça (ou sobre valores constantes do justo), de modo que somente se pode vislumbrar, no lugar do estudo de "o" poder ou "o" direito, o estudo das estratégias de poder capilar e das práticas jurídicas (inconstantes e relativas). Isto se diz porque, para Foucault, o próprio direito aparece como um epifenô-

meno entremeado a práticas de poder e a práticas de saber.

A tarefa de Foucault foi a de abrir um campo de ação móvel, porém enorme, na perspectiva das lutas de resistência contra os diversos mecanismos e estratégias do poder de submissão, subjetivação e disciplinação especialmente considerado o momento de surgimento da cultura da disciplina, na sociedade moderna, e seu desenvolvimento, através de tantos outros mecanismos de dominação (como o do consumo), na sociedade contemporânea.²⁶ Toda esta discussão, que passa pela questão do poder e atravessa a dinâmica das práticas jurídicas, tem a ver com o tema da liberdade, na medida em que 'autonomizar-se', 'constituir-se a si mesmo', fazer-se objeto de si mesmo a partir de um 'cuidado de si', constituem parâmetros éticos - desta ética foucaultiana anunciada ao longo de seus últimos escritos²⁷ - pelos quais se pode viabilizar 'a arte da indocilidade refletida'. Ora, uma sociedade antidisciplinar (que carece de um direito antidisciplinar)²⁸ só pode ser conseguida através de mecanismos não-castradores, não-desconstitutivos, não-amordaçadores, não-assujeitadores... o que significa apostar na constituição da liberdade dos modos plurais de ser e de agir. Então:

"O *topos* ao qual se poderia chegar a partir das lutas de resistência, deste modo, seria a governabilidade, ou seja, o autogoverno dos indivíduos livres e autônomos. Uma autonomia a ser considerada numa esfera pública não restritiva, dependente, apenas, do grau de autonomia e liberdade de cada um dos membros

(26) "O verdadeiro campo de luta, a seu ver, é o que abre as portas a um exercício de liberdade que é autônomo e, enquanto tal, radical. Ainda assim, Foucault concede lugar às múltiplas modalidades de luta em jogo na atualidade. São elas, no campo dos afrontamentos e resistências ao poder (e a seus excessos): "as lutas contra a dominação (étnicas, sociais, religiosas), as lutas contra as formas de exploração (que separam o indivíduo do que ele produz) e, finalmente, as lutas que levaram a questão do estatuto do indivíduo (lutas contra o assujeitamento, contra as diversas formas de subjetividade e submissão)". As duas primeiras já são conhecidas de todos. A contribuição de Foucault está nas suas considerações quanto ao estatuto das lutas que levaram o estatuto do indivíduo. Elas foram elevadas por Foucault a lutas de primeira grandeza, mantendo relações circulares com as duas outras formas de luta. Longe de serem periféricas ou secundárias, as lutas em torno da individuação são as que trazem, na atualidade, questionamentos, métodos e objetivos inovadores, com efeitos que não são desprezíveis na esfera pública. As lutas individualizantes, enfim, são lutas efetivamente potentes contra as tecnologias de poder desenvolvidas na sociedade ocidental nos últimos séculos e que têm, no Estado contemporâneo, um de seus principais representantes" (Castelo Branco, As lutas pela autonomia em Michel Foucault, in Margareth Rago; Luiz B. Lacerda Orlandi; Alfredo Veiga-Neto (orgs.), Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas, 2002, p. 181).

(27) "A ética, em Foucault, é bem o domínio de um exercício da liberdade, o domínio de um exercício da autonomia na relação com o "outro" e com o mundo, o domínio de uma "crítica permanente visando assegurar o exercício contínuo da liberdade" (Fonseca, Michel Foucault e o direito, 2002, p. 277/278).

(28) A leitura obrigatória neste aspecto é de Fonseca: "A afirmação de Foucault acerca da necessidade de nos dirigirmos para um "direito novo", um "direito antidisciplinar" que estaria ao mesmo tempo "liberto do princípio da soberania", um direito que devido a tais características seria condição para se lutar contra um tipo de poder a que se pode chamar de poder normalizador, sugeriu-nos a terceira imagem do direito que identificamos no pensamento do autor" (Fonseca, Michel Foucault e o direito, 2002, p. 241).

da comunidade e da sociedade. Espaço público, bem entendido, conquistado passo a passo pela recriação e reinvenção constantes de novas formas de sociabilidade e novos estilos de existências. Heterotopia foucaultiana, esse ideal de espaço público pressupõe a presença de uma permanente agonística do mundo subjetivo e social, isto é, do anarquismo, no seu sentido mais autêntico e libertário. Lutas anárquicas pela ampliação, contínua e crescente, da autonomia e da liberdade” (Castelo Branco, As lutas pela autonomia em Michel Foucault, in Margareth Rago; Luiz B. Lacerda Orlandi; Alfredo Veiga-Neto (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, 2002, p. 184).

Ora, para que isto seja possível não se pode esperar que a sociedade se modifique por si própria, pois é necessário luta. Sem luta, não há mudança, daí o papel de um ‘direito novo’, daí o papel do intelectual, daí o papel de um conhecimento crítico-denunciante-agente, como este solicitado por Foucault numa entrevista de 1972, intitulada de *Os intelectuais e o poder*, com Gilles Deleuze, publicada em *L’arc*, nº 49, quando afirma: “O papel do intelectual não é mais o de se posicionar “um pouco à frente e um pouco ao lado” para dizer a verdade muda de todos; é antes o de lutar contra as formas de poder ali onde ele é, ao mesmo tempo, o objeto e o instrumento disso: na ordem do “saber”, da “verdade”, da “consciência”, do “discurso” (grifo nosso). É nisso que a teoria não expressará, não traduzirá, não aplicará uma prática, ela é uma prática. Porém local e regional, como o senhor diz: não totalizadora. Luta contra o poder, luta para fazê-lo aparecer e abalá-lo ali onde ele é mais invisível e mais insidioso. Luta, não por uma “tomada de consciência” (há muito tempo que a consciência como saber é adquirida pelas massas, e que a consciência como tema é tomada, ocupada pela burguesia), mas para minar e pela tomada do poder, ao lado, com todos os que lutam por ela, e não em recuo para esclarecê-los. Uma “teoria” é o sistema regional dessa luta” (grifo nosso) (Foucault, *Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, 2003, p. 39).

Perceber isto é se ater ao fato de que o que se cobra do intelectual não é que tenha uma atitude livresca perante o mundo. Muito menos que se deposite sobre o intelectual a carga de transformar a sociedade, ao menos sozinho. De fato, a ação intelectual é diferente da ação política. Esta discussão pressupõe que se perceba que a atividade de luta, tema da ação política, a qual se

inscreve como um instrumento de resistência frente aos mecanismos e às estratégias de poder, não pode se resumir a uma atitude contemplativa ou descrita, ou ainda, explicativa, típicas dos movimentos intelectuais. A atitude de luta importa em esforço físico, importa em *práxis* efetiva (daquele tipo reclamada nas teses de Feuerbach por Marx), importa em colocar-se na ação para *mudar* a ação, ou os modos pelos quais a ação é assujeitada pelas estratégias de poder. Com Foucault: “Digo então que a ação política pertence a um tipo de intervenção totalmente diferente dessas intervenções escritas e livrescas; é um problema de grupos, de engajamento pessoal e físico. *Não se é radical por se ter pronunciado algumas formulas, não, a radicalidade é física, a radicalidade concerne à existência*” (grifo nosso) (Foucault, *Precisões sobre o poder. Respostas a certas críticas. Entrevista de fevereiro de 1978, in Ditos e escritos IV: estratégia poder-saber*, p. 279).

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. *Contemporaneidade, poder e novos ilegalismos*, in *Direito e perspectivas jurídicas: Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito*, n. 01, dez. 96, ps. 137/ 147.

CARDOSO JUNIOR, Hélio Rebello, Foucault e Deleuze em co-participação no plano conceitual, in RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 185-198, 2002.

CASTELO BRANCO, Guilherme, As lutas pela autonomia em Michel Foucault, in RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 175-184, 2002.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: un parcours philosophique; au-delà de l’objectivité et de la subjectivité, avec un entretien et deux essais de Michel Foucault*. Traduit de l’anglais par Fabienne Durand-Bogaert. Paris: Gallimard, 1994.

ERIBON, Didier. *Michel Foucault e seus contemporâneos*. Tradução de Lucy Guimarães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: EDUC, 1995.

_____. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Entre monstros, onanistas e incorrigíveis: as noções de 'normal' e 'anormal' nos cursos de Michel Foucault no Collège de France, in RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 239-254, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____. A verdade e as formas jurídicas, in *Cadernos PUC/RJ, Série Letras e Artes*, Tradução, 06/74, p. 5-21.

_____. *Ditos e escritos II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento* (Manoel Barros da Motta, org.). Tradução de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Ditos e escritos IV: estratégia do poder-saber* (Manoel Barros da Motta, org.). Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. 22ª edición. Traducción de Elsa Cecilia Frost. Mexico: Siglo Veintiuno, 1993.

FRANK, Manfred. *Sur le concept de discours chez Foucault*, in Michel Foucault philosophe, Rencontre Internationale. Publiée avec le concours du Centre National des Lettres. Éditions Du Seuil: Paris, 9, 10, 11 janvier, 1988, ps. 125/ 134.

HEINEMANN, F. *A filosofia no século XX*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

MAIA, Antônio Cavalcanti, Foucault e Adorno: mapeando um campo de convergências, in RAGO, Margareth;

ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 63-84, 2002.

MUCHAIL, Salma Tannus. *Foucault e a história da filosofia*, in Tempo Social, Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo, FFLCH- Departamento de Sociologia, v. 7, ns. 1 e 2, out. 95, ps. 15/ 20.

_____. Olhares e dizeres, in RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 299-308, 2002.

ORLANDI, Luiz B. Lacerda, Que estamos ajudando a fazer de nós mesmos?, in RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 217-238, 2002.

ORTEGA, Francisco, Da ascese à bio-ascese ou do corpo submetido à submissão ao corpo, in RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 139-174, 2002.

PASSETTI, Edson, Anarquismos e sociedade de controle, in RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*, Rio de Janeiro, DP&A, p. 123-138, 2002.

PIZZORNO, Alessandro. *Foucault et la conception libérale de l'individu*, in Michel Foucault philosophe, Rencontre Internationale, Publiée avec le concours du Centre National des Lettres, Éditions Du Seuil, Paris, ps. 236- 245, jan. 1988.

RAGO, Margareth; ORLANDI, Uiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

WAHL, François. *Estruturalismo e filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi, com a colaboração de Adélia Bolle. São Paulo: Editora Cultrix, 1970.

JUIZADOS ESPECIAIS - COMPREENDENDO O VALOR DE ALÇADA

José Carlos de Araújo ALMEIDA FILHO*

RESUMO

O artigo em questão denuncia a ausência de interpretação coerente e conforme ao espírito da Lei n.º 9.099/95, nos Juizados Especiais Cíveis, no que tange à definição da noção de menor complexidade e do teto para as causas que lhe são sujeitas.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis, hermenêutica, pequenas causas.

ABSTRACT

The article denounces the absence of coherent interpretation, in accordance to the spirit of the Law n.º 9.099/95, in Civil Special Courts, with respect to the definition of the notion of smaller complexity and of the maximum limit for the causes that are its subject.

Keywords: Civil Special Courts, Hermeneutics, small claims.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho, em verdade, é analisar decisões que vêm sendo repetidas em alguns Juizados Especiais Cíveis. Em determinados casos, observamos que não se consegue pacificar um entendimento sobre o que venha a ser *causas de menor complexidade*. Por outras, há decisões que extrapolam, em muito, o teto próprio do Juizado, instituído pela Lei 9099/95.

Distorções existem quando estamos diante dos Juizados Especiais e, como não há possibilidade de revisão de violação de dispositivo de Lei Federal por parte do Superior Tribunal de Justiça, há equívocos e mais equívocos praticados pelos juízes que compõem os JEC's.

Nem sempre, contudo, haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, porque na maioria dos casos o que se visualiza é afronta reflexa à Constituição.

Como, então, entendermos o que ocorre nos Juizados Especiais, quando estamos diante de distorções gritantes?

Este artigo pretende acender esta chama. E, mais que uma simples chama, acalorar os debates que envolvem os Juizados.

2. AS REFORMAS PROCESSUAIS

É importante destacarmos que mesmo antes das *mini-reformas* processuais que começaram a ser implantadas a partir da década de 90, normas especiais

* É Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - RJ. É também advogado no Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual Civil na Universidade Católica de Petrópolis e na Pós-Graduação da Uerj e membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

já dispunham sobre mecanismos de aceleração da máquina estatal. Em 1991, por exemplo, com o advento da Lei 8.245, a possibilidade de citação por *fax* ou correio¹, mesmo que o citando não fosse pessoa jurídica.

Inseriu-se, em 1985, no nosso sistema processual, os Juizados de Pequenas Causas, nos moldes das *small claim's courts* do direito anglo-saxão. Em 1995, com o advento da Lei 9.099, passamos a adotar os *Juizados Especiais*, seja na esfera cível, seja na esfera criminal. A grande inovação trazida foi a possibilidade de transação nas ações penais, para crimes de menor potencial ofensivo.

As reformas processuais no Brasil não se apresentam isoladas do resto do mundo, bastando verificar a inserção de um Código de Processo Civil na Inglaterra², as substanciais alterações no sistema americano e a adoção, no Uruguai, de um Código de Processo Civil modelo, para a América Latina.

O processo reformador atingiu a Itália, berço de nosso processo.

Diante de tantas alterações, uma pergunta fica latente no pensador do direito. Qual o motivo de tantas reformas? Por que reformar?

A resposta é breve e visa apenas atingir um foco determinado, sem adentrar em maiores considerações: *acesso à Justiça*. E por acesso à Justiça não podemos mais nos ater ao princípio do direito de ação. Por acesso à Justiça é importante a interpretação sistemática do processo, tendente a garantir, desde o direito de ação, o fim do processo, através de mecanismos justos, paritários e isonômicos.

Contudo, inobstante o destemor dos reformadores, nem sempre as regras são aplicadas segundo os princípios destacados nas reformas. Admitimos um adendo, tendo em vista a maioria dos profissionais do Direito não entenderem como funciona a Comissão de Reforma do CPC.

2.1. A comissão de Reforma

Antes de tratarmos da Comissão de Reforma – tema que se apresenta oportuno e com o fim de apresentar determinados procedimentos internos – é importante afirmarmos que o próprio Código de

Processo Civil de 1973 é reformador, desde a sua origem.

O Ministro Buzaid abre sua Exposição de Motivos com uma frase de Chiovenda: “*convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso.*”

Ao concluir sua Exposição de Motivos, o Ministro Buzaid afirma: “... cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito.”

Consequimos, hoje, esta presteza?

Não! E não conseguimos porque observamos exercícios equivocados de hermenêutica para que se impeça esta concretização da justiça e a eficaz atuação do direito.

A Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, que tem como grande pilar o Instituto Brasileiro de Direito Processual, foi responsável pela inserção de diversos dispositivos no CPC e pela criação de leis especiais.

Ao leigo, ao simples *operador do direito*³, parece trabalho sem maiores preocupações. Contudo, não é verdade. No ano de 2002, em Brasília, quando se realizavam dois eventos paralelos – o Seminário sobre as Reformas e o Encontro de Processualistas – durante mais de três dias reuniram-se cerca de 40 processualistas de todo o Brasil a fim de estudarem as já enviadas propostas de reforma do processo de execução, fruto de extenso trabalho do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Foram, em média, 10 horas de trabalho/dia, totalizando cerca de 30 horas de debate para que um anteprojeto fosse, ao menos, consensual. A reforma do processo de execução teve como estruturador o Prof. Athos Gusmão de Carneiro e já se encontra em fase de Projeto de Lei, encaminhado ao Congresso Nacional.

O trabalho da Comissão, independentemente das críticas de alguns poucos, não se limita à atuação do direito processual em seu campo dogmático, mas de verdadeira aplicação do direito, tendente à se alcançar a tutela jurisdicional através de um processo justo.

É certo, contudo, que muitos dos trabalhos científicos elaborados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual se perdem ao alcançarem o Congresso.

⁽¹⁾ Devemos entender que a regra da citação, hoje, com as reformas, é por correio. Mas, antes, a regra era a citação por oficial de justiça. Vide art. 222, do CPC, com a redação dada pela Lei 8710/93.

⁽²⁾ Ver artigos do Prof. José Carlos Barbosa Moreira e de José Carlos de Araújo Almeida Filho, in *Revista de Processo*, 118.

⁽³⁾ Entendemos que não basta sermos simples operadores do direito, mas verdadeiros pensadores do Direito.

Exemplos desta *perda* de “poder” das reformas, encontramos no *contempt of court*⁴, morto na origem e do veto presidencial ao art. 154⁵, que pretendia introduzir meios eletrônicos em nosso processo.

As críticas são proveitosas na academia, mas é importante destacar que as mesmas devem ser providas de plausividade – o que não vem ocorrendo. Contudo, não é este o escopo deste trabalho, mas o que vem sendo feito em termos de alteração na legislação, a fim de alcançarmos a idéia do teto do Juizado Especial Cível.

2.2. O objetivo das reformas

É recorrente a afirmação de ser necessário implementarem-se mecanismos para aceleração da tutela jurisdicional. Neste diapasão, os estudiosos do processo se dedicam ao estudo sistemático da ciência processual, aliando-o à casuística e, passados os debates, são encaminhados anteprojeto de lei.

Dentro deste objetivo e alcançando a maturidade do tema proposto para debate, fica-nos a pergunta: - Será efetivo interpretarmos o art. 3º da Lei 9.099/95, de forma extensiva?

Ao admitirmos uma afirmativa na resposta, estaremos expurgando o próprio espírito das reformas. Estaremos admitindo que causas milionárias sejam processadas nos Juizados Especiais e, com isto, afastando do mesmo uma grande parcela da população que vê nestes a forma mais rápida – ou pelo menos era para ser – de ter seu conflito solucionado.

Os Juizados Especiais adentram no Brasil sob o espírito do *common law*, tendo como exemplo as *small claim's courts* do Direito Anglo-Saxão. São os *juizados de pequenas causas*. Ora, se para o crime é necessário que não haja maior potencial ofensivo, a fim de se admitir a salutar transação penal como inovação em nosso sistema processual penal, para o cível as demandas não podem ultrapassar quarenta (40) vezes o valor do salário mínimo. Independentemente do elenco do art. 3º, posto que tratam-se de exemplos de causas de menor complexidade, mas adstritas ao teto em questão.

Mas não apenas em relação ao sistema anglo-saxão devemos nos ater, tendo em vista a natureza

do nosso processo, de bases italianas.

O art. 7º. do CPC Italiano possui uma redação mais específica para as causas envolvendo teto e, neste caso, temos a figura do *Juiz de Paz*:

”7. (Competenza del giudice di pace). Il giudice di pace è competente per le cause relative a beni mobili (812 c.c.) di valore non superiore a euro 2.582,28 (10), quando dalla legge non sono attribuite alla competenza di altro giudice.

Il giudice di pace è altresì competente per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti, purché il valore della controversia non superi euro 15.493,71.

Il giudice di pace è inoltre competente, con il limite di valore di cui al secondo comma, per le cause di opposizione alle ingiunzioni di cui alla L. 24 novembre 1981, n. 689, salvo che con la sanzione pecuniaria sia stata anche applicata una sanzione amministrativa accessoria. Resta ferma la competenza del pretore in funzione di giudice del lavoro e per le cause di opposizione alle ingiunzioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie].

É competente qualunque ne sia il valore:

- 1) per le cause relative ad apposizione di termini (951 c.c.) ed osservanza delle distanze stabilite dalla legge, dai regolamenti o dagli usi riguardo al piantamento degli alberi e delle siepi (892 ss. c.c.);
- 2) per le cause relative alla misura ed alle modalità d'uso dei servizi di condominio di case;
- 3) per le cause relative a rapporti tra proprietari o detentori di immobili adibiti a civile abitazione in materia di immissioni (844 c.c.) di fumo o di calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e simili propagazioni che superino la normale tollerabilità;
- 4) per le cause di opposizione alle sanzioni amministrative irrogate in base all'art. 75 del

⁴ Aconselhamos a leitura do trabalho da Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover, Paixão e Morte do Contempt of Court. In Direito Processual (perspectivas e inovações): estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. CALMON, Eliana et al. Saraiva, 2003: SP.

⁵ Ver: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. CASTRO, Aldemario Araújo. Manual de Informática Jurídica e Direito da Informática. Forense, 2005:RJ.

testo unico approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309].

Os Professores Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra destinada às novas reformas do CPC⁶, quando apresentam a obra fazem uma importante ressalva, cuja transcrição se faz necessária na íntegra:

”Certamente a interpretação dos novos textos gerará um grande número de dúvidas e a respeito desses textos do Código de Processo Civil se farão muitas críticas. (...)

(...)

Entretanto, jamais se poderá criticar a *Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, por qualquer tipo de conduta omissiva diante das evidentiíssimas necessidades de aprimoramento do sistema processual.”

É exatamente dentro espírito de aprimoramento que entendemos ser necessária uma releitura do art. 3º da Lei 9.099/95. Esta releitura passa pelas *small claim's courts* do Direito an-glo-saxão e pelo Juiz de Paz do Direito Italiano.

Polêmico e intrigante, passamos à análise do teto nos Juizados.

3. O TETO NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Temos observado que há, em termos de aplicação do direito no caso dos Juizados Especiais, duas correntes, quais sejam: inexistente teto nos Juizados, diante das hipóteses elencadas no art. 3º e, por esta razão, não estamos tratando de juizados de pequenas causas; e, há o teto, diante de uma análise hermenêutica de todo o disposto na legislação especial.

Filiamo-nos a segunda corrente e, para tanto, será necessário explicar o motivo do por que entendemos que as causas encaminhadas aos Juizados, jamais,

poderão ultrapassar o teto de quarenta (40) salários-mínimos.

É certo que a norma inserida no art. 3º da Lei 9.099/95 pode gerar interpretações variadas, mas não podemos entender como sendo o escopo do legislador permitir causas que ultrapassem o teto.

O Prof. Cândido Rangel Dinamarco⁸, ao tratar dos Juizados Especiais em seus *Fundamentos*, no Capítulo LXXX, traz como título *Os Juizados Especiais e os “Fantasmas” que os Assombram*, conclui que o teto dos juizados é o de quarenta salários mínimos, nos termos do parágrafo terceiro, do art. 3º e do art. 39 da Lei 9099/95.

Não previu o Professor Dinamarco outros “fantasmas”⁹, que são os entendimentos de ser possível causas acima dos quarenta salários mínimos, desde que excluídas do inciso I e inseridas nos demais. Esquecem-se, portanto, os propagadores dos “fantasmas”, que os artigos acima mencionados repudiam qualquer outro valor que não aquele fixado pela norma.

Existindo os “fantasmas”, é preciso identificá-los e, com suporte hermenêutico, desmitificar determinados entendimentos contrários ao texto legal. Lamentamos, contudo, não ser competência do Superior Tribunal de Justiça, diante da redação do art. 105, a possibilidade de revisão dos julgados quando contrariem dispositivo de lei federal.

3.1. Necessidade de aplicação da norma mediante critérios de herméutica

Será Hans-Georg Gadamer¹⁰, a partir de teorizações de Heidegger, quem nos trará a idéia da hermenêutica à qual pretendemos transformar este texto.

Para Gadamer¹¹, o círculo hermenêutico é importante para a estrutura prévia de compreensão. Superadas as questões sobre interpretações históricas etc., Gadamer afirma:

“É por isto que retomamos a descrição heideggeriana do círculo hermenêutico a fim de que o novo e fundamental significado que adquire

⁽⁶⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma Processual, RT: São Paulo, 2002.

⁽⁷⁾ Op.cit., pp. 11 e 12.

⁽⁸⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. I. 4.ed. Malheiros: SP, 2001.

⁽⁹⁾ Admitimos assim porque não se poderia constatar absurdos como condenações que ultrapassam a casa dos R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), conforme analisaremos em seguida.

⁽¹⁰⁾ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método, Vol. I, 6.ed. Vozes: Petrópolis, 2004.

⁽¹¹⁾ Op.cit, p. 355.

aqui a estrutura circular possa ser fecundado para nosso propósito. Heidegger escreve: “Embora possa ser tolerado, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva de interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma”.

Há necessidade, dentro deste círculo hermenêutico, que se refutem as idéias pré-concebidas de que com a modificação dos Juizados de Pequenas Causas para os Juizados Especiais, houve a exclusão pura e simples do termo *pequenas causas*, para causas especiais. Estando o intérprete adstrito a este pré-conceito, sem levar em conta todo o escopo da norma, certamente decisões advirão em que somas inimagináveis serão concedidas nos Juizados Especiais. Tentaremos explanar a questão sobre o ponto de vista científico e, nos dizeres de Gadamer¹² “a questão, portanto, não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão”.

Sendo sugestivo o subtítulo da obra de Boaventura de Souza Santos, *A Crítica da Razão Indolente – Contra o Desperdício da Experiência*¹³, porque nos conduz ao pensamento de que o desperdício da experiência demanda erros sucessivos, reporta-nos o autor à teoria de Maturana e Varela¹⁴. Niklas Luhmann e Gunther Teubner¹⁵ admitem a idéia do *Direito como sistema autopoietico* e, diante desta concepção, não se pode admitir inputs e/ou outputs no sistema jurídico. Ele é auto-referencial. Boaventura de Souza Santos¹⁶ admite que os cientistas problematizam a sua própria prática científica.

Compete ao intérprete, então, resolver esta questão de problematizar o problema.

Analisando o art. 3º da Lei 9099/95, podemos concluir que estão sujeitas aos Juizados Especiais as causas de menor complexidade, sendo consideradas como tal: I- as que não excederem a 40 vezes o valor do salário mínimo; II- aquelas enumeradas no art. 275, II, do CPC; III- despejo para uso próprio e IV- as ações possessórias.

Comparando o art. 3º da referida lei como o nosso paradigma italiano, ou seja, o *Juiz de Paz*, podemos perceber que no art. 7º do CPC Italiano há ressalvas – o que o nosso legislador não cuidou de fazer nos incisos. Diante desta *omissão*¹⁷, surgem as correntes a favor de não limitação de valor (ou teto) e a que admite que as causas enumeradas nos incisos II a IV estão sujeitas ao *teto*.

A primeira corrente, que encontra diversos adeptos, se encontra equivocada. Não podemos interpretar a Lei 9.099/95 pelo *caput* do art. 3º, sem levarmos em consideração toda a sistemática dos Juizados Especiais.

A fim de expurgarmos de vez com a idéia de que não há teto, a ressalva contida no parágrafo terceiro do próprio artigo em questão afirma, peremptoriamente, que “a opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação”.

Ou seja, ainda que não haja ressalvas em cada um dos incisos, o teto será sempre o de quarenta (40) vezes o valor do salário mínimo. Há, sem maiores polêmicas ou necessidade de problematização, a certeza de que não há qualquer possibilidade de ter no Juizado Especial causa acima de 40 salários mínimos. Não trataremos da transação, porque nesta sempre haverá renúncia de parte a parte.

O conjunto legal dos Juizados Especiais fixa, sim, o limite para a competência, bastando analisarmos, em conjunto com o art. 3º, o art. 39. Ainda que somente tenhamos um artigo estipulando valor de alçada, ou *teto*

⁽¹²⁾ Idem, p. 359.

⁽¹³⁾ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente – contra o desperdício da experiência*. Vol. I, 4.ed. Cortez: SP, 2001.

⁽¹⁴⁾ A idéia do sistema autopoietico.

⁽¹⁵⁾ Ver: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Teoria Geral do Processo, site na Internet, podendo ser obtido em <<http://www.teoriageraldoprocessoadv.br/odireito/comosistemaautopoietico.doc>>

⁽¹⁶⁾ Op.cit., p. 71.

⁽¹⁷⁾ Veremos que inexiste qualquer omissão.

para aplicação das normas dos Juizados Especiais, qualquer sentença acima de 40 salários mínimos será ineficaz.

Analisaremos, em item posterior, *leading case* onde há condenação muito acima dos 40 salários mínimos. Contudo, diante da impossibilidade de revisão por parte do Superior Tribunal de Justiça, por afronta a dispositivo de Lei Federal, *quid juris*?

Haverá afronta ao texto constitucional, em caso de inexistência de fundamentação, mas, admitimos, será afronta transversa e, por esta razão, impossibilidade de análise pela Corte Suprema.

Será preciso que nossos julgadores atentem para os princípios, aplicando, sempre, a hermenêutica e superando seus pré-conceitos e as subjetividades que não são permitidas na ciência.

4. LEADING CASE

Dedicamo-nos à elaboração do presente texto diante de decisões absurdas emanadas de alguns Tribunais, onde há condenações, para *cobrança de honorários advocatícios* – art. 275, II, f – que variam de R\$ 700.000,00 a R\$ 1.200.000,00. Diversos profissionais não visualizam qualquer problema nestes precedentes. Contudo, como vimos anteriormente, há violação às normas emanadas da Lei 9.099/95 e, portanto, violação a dispositivo de Lei Federal. Contudo, não são passíveis de análise pelo STJ em Recurso Especial e, admitindo-se a fundamentação, ainda que errônea, sequer se pode admitir prequestionamento de matéria constitucional, a ensejar o manejo de Recurso Extraordinário.

Nos autos da ação pelo rito do Juizado Especial, tombada sob o no. 1954/02¹⁸, o Juiz de Direito do Juizado Especial de Cuiabá aplica contra a empresa reclamada uma condenação na monta de R\$ 714.104,12 (setecentos e quatorze mil, cento e quatro reais e doze centavos), ou seja, quase 2.400 salários mínimos. A ação em questão é, em verdade, uma ação de arbitramento de honorários e a se entender pela manutenção da teoria do art. 275, II, certamente esta seria uma causa a esta adstrita ao *teto*. Mas, superaram-se as preliminares.

⁽¹⁸⁾ Documento em nosso poder.

⁽¹⁹⁾ Recurso Inominado 314/2003 – Cuiabá – MT.

Pesando recurso, o Conselho Recursal entende que a partir do inciso II, do art. 3º da Lei 9.099/95, não há que se cogitar de *teto*, podendo ser apreciada qualquer causa, de qualquer valor.

Ao fundamentar a questão, sem adentrar no parágrafo terceiro e no art. 39, ambos da mesma Lei, o Conselho Recursal entende que “*tratando-se de causa enumerada numa das hipóteses do art. 275, II, do CPC, independente do valor, o Juizado Especial Cível tem competência para apreciação e julgamento*”.

Ora, sem dúvida, que possui competência para apreciação e julgamento, mas, por ficção jurídica, a parte, ao eleger o rito do Juizado Especial cível, está renunciando a qualquer valor que seja superior a 40 salários mínimos. Contudo, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a condenação do juiz singular¹⁹.

Trata-se, à toda evidência, de flagrante desrespeito às normas da Lei 9.099/95 e inexistência de qualquer critério hermenêutico para aplicação de condenação estapafúrdia.

Não há, nem mesmo em análise de direito comparado, qualquer ressalva que admita a condenação nesta monta.

A partir do momento em que nossos “aplicadores” do Direito não se valem de regras próprias de interpretação, a legislação passa a ser casuística. E, neste diapasão, novas reformas se apresentam.

5. NOVAS PROPOSTAS DE REFORMA

Diante do quadro que se instala, havendo nítida violação ao princípio e ao verdadeiro fundamento da norma que institui os Juizados, estão tramitando no Congresso os seguintes Projetos de Lei:

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA 6910/2002

Deputado Waldemar Costa Neto

Modificação do texto legal:

Altera Lei Federal nº 9.099/95, que dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O inciso I do art. 3º da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passará a vigorar com a seguinte redação:

“Art.3º ...

I - as causas cujo valor não exceda a sessenta vezes o salário mínimo.”

Art. 2º Ficará acrescentado o inciso V ao art. 3º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, assim redigido:

“Art.3º ...

V - as ações ajuizadas contra a Fazenda Pública estadual ou municipal, excetuando-se:

a) as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

b) sobre bens imóveis do Estado, Município, autarquias e fundações públicas estaduais e municipais;

c) para a anulação ou cancelamento de ato administrativo estadual ou municipal, salvo o de lançamento fiscal;

d) que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.”

Art. 3º O inciso II do § 1º e o § 2º do Art. 3º passarão a ter a seguinte redação:

“Art.3º ...

§1º ...

II – dos títulos executivos extrajudiciais, no valor até sessenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública quando não for ré, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que cunho patrimonial.”

Art. 4º O Caput do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passará a ser assim redigido

“Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, a massa falida e o insolvente civil, permitindo-se às pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas estaduais ou municipais figurarem como rés.”

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Tramita penso a este Projeto, o de nº 6594/2002, Senado Federal, de autoria do Senador Pedro Simon, que reproduz a idéia do art. 7º. do CPC Italiano:

Altera a competência funcional dos Juizados Especiais Cíveis regulada no art. 3º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 3º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência funcional obrigatória para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não exceda a R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), assim considerada:

I – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil, de valor não-excedente do estabelecido no caput deste artigo;

II – as ações de despejo para uso próprio, cujo valor não exceda a R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais);

III – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não-excedente ao fixado no caput deste artigo.

§1º

I -

II – dos títulos executivos extrajudiciais no valor de até R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§2º

§3º O ajuizamento da ação segundo o procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente do limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.” (NR)

Art. 2º O valor de R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), a que se refere o caput do art. 3º da Lei nº 9.099, de 1995, será atualizado anualmente pelo índice de inflação oficial do período.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 11 de junho de 2002

Há outros projetos, contudo, com o mesmo enfoque, ou seja, tratar casuisticamente do teto nos Juizados Especiais, a fim de evitarem-se distorções na aplicação da norma.

6. PESQUISAS

A fim de identificar as correntes expostas no presente trabalho, fizemos duas pesquisas. Uma direta a profissionais da área do Direito, com os seguintes questionamentos:

1. Analisando o art. 30. da Lei 9099/95, você admite que somente causas até quarenta salários mínimos possam ser submetidas aos Juizados Especiais?

2. O art. 30. da Lei 9.099/95 afirma, em seu texto, que serão consideradas causas de menor complexidade as enumeradas nos seus incisos. Desta forma, há, no inciso I, as de até quarenta salários mínimos. Nos incisos seguintes, não há estipulação de valor, mas aquelas ali discriminadas. Você admite, assim, que as causas a serem julgadas podem ser superiores a quarenta salários?

3. Voltando à questão do teto nos Juizados, você admite que as causas enumeradas nos incisos II a IV estão limitadas ao teto, em virtude do parágrafo terceiro do mesmo artigo?

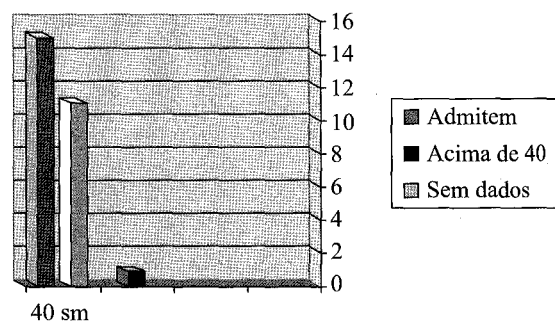
A segunda pesquisa foi realizada nos sites dos Tribunais, a fim de identificar o valor de alçada dos Juizados Especiais.

O resultado da primeira pesquisa e o método:

As questões foram enviadas, através de e-mail, a mais de 2.500 (dois mil e quinhentos) profissionais de Direito. Contudo, diante da inexpressiva resposta que obtivemos, não se pode admitir como pesquisa, na essência da palavra e, por esta razão, os dados não se apresentam importantes. Revelam, apenas, um desinteresse pelos temas que tanto nos afligem.

O resultado da segunda pesquisa se apresenta no quadro a seguir:

Gráfico estatístico dos Tribunais que possuem jurisprudência dos JEC's:



7. CONCLUSÃO

A pesquisa realizada entre os profissionais de Direito não pode ser conclusiva, nesta fase tendo em vista a pequena – ou quase inexistente – resposta à mesma. Apesar de aguardarmos duas semanas, a fim de obtermos os resultados, poucos foram os profissionais que nos responderam.

Aplicando-se um juízo de valor sobre a pesquisa realizada, podemos concluir que há pouco conhecimento dos profissionais quando estamos diante de análises hermenêuticas e, muitas vezes, o posicionamento arraigado de determinados pré-conceitos não permitem que se *pense* o Direito, mas que se o aplique, independentemente da real intenção deste ou daquele instituto.

Não admitimos de menor importância tratarmos, aqui, da forma equivocada como tratam, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, diante do princípio da fungibilidade e, mais, na terceira onda processual, de pleno acesso à Justiça, como mais um exemplo de **não aplicação da hermenêutica** no campo processual, em especial pelo sistema dialético implementado pelo Código de 1973.

Especificamente quanto aos Juizados Especiais, entendemos que o conjunto legal demonstra que o teto é o de quarenta (40) salários mínimos, pouco importando se os incisos do art. 3º. assim não explicitam. A norma deve ser analisada como um todo e não apenas com os olhos do profissional ansioso por “grandes” resultados, ainda que os mesmos contrariem o Estado Democrático de Direito.

Esperamos que o presente trabalho sirva de reflexão para que distorções sejam corrigidas, o mais

Tribunal	Site	Jurisprudência	Até 40 sm	Mais de 40 sm
Acre	www.tj.ac.gov.br	Sistema deficiente ²⁰	?	?
Alagoas	www.tj.al.gov.br	Enunciados	Sim ²¹	Não
Amapá	www.tj.ap.gov.br	Sim	Sim	Não
Amazonas	www.tj.am.gov.br	Em construção	?	?
Bahia	www.tj.ba.gov.br	Sim	Sim ²²	Não
Ceará	www.tj.ce.gov.br	Somente do TJ	?	?
Distrito Federal	www.tj.df.gov.br	Sim	Sim ²³	Não
Espírito Santo	www.tj.es.gov.br	Indisponível	?	?
Goiás	www.tj.go.gov.br	Fora do ar ²⁴	?	?
Maranhã	www.tj.ma.gov.br	Indisponível	?	?
Mato Grosso	www.tj.mt.gov.br	Indisponível	Não	Sim
Mato Grosso do Sul	www.tj.ms.gov.br	Ementário	?	?
Minas Gerais	www.tj.mg.gov.br	Sim	Sim	Não
Pará	www.tj.pa.gov.br	Sim	Sim	Não
Paraíba	www.tj.pb.gov.br	Sim	Sim	Não
Paraná	www.tj.pr.gov.br	Sim	Sim	Não
Pernambuco	www.tj.pe.gov.br	Sim	Sim	Não
Piauí	www.tj.pi.gov.br	Sim	Sim	Não
Rio de Janeiro	www.tj.rj.gov.br	Sim	Sim	Não
Rio Grande do Norte	www.tj.rn.gov.br	Sim	Sim	Não
Rio Grande do Sul	www.tj.rs.gov.br	Sim	Sim	Não
Rondônia	www.tj.ro.gov.br	Sim	Sim	Não
Roraima	www.tj.rr.gov.br	Somente TJ	?	?
Santa Catarina	www.tj.sc.gov.br	Sim	Sim	Não
São Paulo	www.tj.sp.gov.br	Somente TJ	?	?
Sergipe	www.tj.se.gov.br	Somente TJ	?	?
Tocantins	www.tj.to.gov.br	Fora do ar	?	?

⁽²⁰⁾ Por sistema deficiente entenda-se a impossibilidade de acessar o banco de dados

⁽²¹⁾ Enunciado 30 - É taxativo o elenco das causas previstas na o art. 3º da Lei 9.099/95.

⁽²²⁾ Há que se fazer uma ressalva. Há julgado, em execução, reconhecendo o valor acima do teto, mas determinando a execução. Contudo, o entendimento é no sentido da impossibilidade de valor acima do teto. Ver adendo.

⁽²³⁾ Ver decisão em Adendo

⁽²⁴⁾ Defeito no site. The proxy server received an invalid response from an upstream server.

rápido possível, e que nossos *operadores* do Direito passem a pensar mais o DIREITO.

8. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica; para uma teoria dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. CASTRO, Aldemario Araújo. *Manual de Informática Jurídica e Direito da Informática*. Forense, 2005:RJ

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Paixão e Morte do Contempt of Court*. In *Direito Processual (perspectivas e inovações): estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. CALMON, Eliana et al. Saraiva, 2003:SP.

ANTUNES, José Engrácia. *Revista Juris et de Jures*, nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP - Porto; Porto:[SI], 1998.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu et al. *Hermenêutica Plural*; São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I. 4.ed. Malheiros: SP, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2.ed.; São Paulo, Atlas, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, Vol. I, 6.ed. Vozes: Petrópolis, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo, Malheiros Editores: 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vols. I e II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1983.

RODRIGUES M., Dario and TORRES N., Xavier. *Autopoiesis, the unity of a difference: Luhmann and Maturana*. *Sociologias*, Jan/June 2003, nº 9, p. 106-140. ISSN 1515-4522.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente – contra o desperdício da experiência*; 4.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma Processual*, RT: São Paulo, 2002.

ADENDO**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**

Pesquisa: LIMITE E JUIZADO E VALOR E TETO

Processo: 2004.700.008468-3

INCIDÊNCIA DE MULTA COMINATORIA. EMBARGOS A EXECUÇÃO VISANDO A REDUÇÃO DA MULTA PARA O VALOR MAIS COMPATÍVEL OU A SUA ADEQUAÇÃO AO TETO DA LEI DOS JUIZADOS. SENTENÇA QUE SE REFORMA EM PARTE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. A Recorrente interpôs Embargos à Execução visando a redução do valor alcançado pela multa diária, ao argumento de que a quantia se revela excessiva e superior ao limite de 40 salários mínimos previsto na Lei 9099/95. A Sentença de Primeiro Grau julgou improcedentes os Embargos. VOTO Trata-se de Sentença proferida em Embargos de Devedor pretendendo a redução do valor da multa diária para patamar inferior ao contido na Execução, o qual monta em R\$ 42,050,00. Com efeito, compulsando os autos verifica-se que a embargante efetivamente atrasou-se no cumprimento da obrigação de fazer estabelecida em através de acordo celebrado em Audiência Especial, Entretanto a execução parte do valor da multa diária R\$ 80,00, posteriormente elevada para R\$ 500,00, o que se afigura inadmissível, e leva a execução a um altíssimo valor, que deve ser revisto, impondo-se reduzi-lo, evitando-se o injusto enriquecimento e considerando-se o Princípio da Razoabilidade, pois revela-se excessivo o patamar fixado pelo Juiz a quo. Assim, impõe-se a redução do valor da multa para patamar razoável, com inteligência e aplicação do parágrafo único do art. 644 do C.P.C, aplicável em Sede de Juizado Especial Civil por força do disposto no art. 52, caput da Lei 9099/95. Diante do exposto, VOTO NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO AO RECURSO, para fixar o valor da execução em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), convertida a obrigação de fazer em perdas e danos diante da impossibilidade de seu cumprimento, prosseguindo a execução nos seus termos de direito.

Número do Processo: 2004.700.008468-3

Juiz(a) CLEBER GHELFENSTEIN

Pesquisa: LIMITE E JUIZADO E VALOR E TETO

Processo: 2002.700.020839-2

Conta salário que o banco transforma em “conta cliente especial com envio de cartão de crédito, sem autorização do consumidor Pedido para cancelamento das alterações que não foi atendido pelo banco Demissão da empresa e nenhuma movimentação na conta Taxas de incidem e geram negativação em cadastro de inadimplentes, Sentença de condena em danos morais (40 salanos-mínimos), bem como a cancelar os débitos no montante de R\$350.00. Extrapolação do limite imposto pela Lei 9 099/95 que deve ser adequado, desconsiderando a parte que sobejar a R\$8.000,00. Fixação da condenação em salários-mínimos que esta de acordo com o parâmetro de fixado na própria lei, não havendo qualquer violação a dispositivo constitucional, por quanto tem o art.7º IV da C.F. escopo e alcance distintos. Julgamento da lide com observância ao princípio da adstrição, que tem como parâmetro os objetos do pedido e a condenação, e não de eventuais considerações do magistrado na parte da fundamentação da sentença Competência incontroversa dos Juizados Especiais para julgamento da lide. Possibilidade de aplicação automática do art.3º c/c art.39 da Lei 9.099/95. Pedido juridicamente possível e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, Inversão do ônus da prova que constitui direito básico do consumidor, pre visto no art. 6º VIII do CDC. Lide acertadamente decidida no mérito, pois caracteruado o ilícito praticado pelo banco réu, e os danos advindos para o autor, face a abusividade da conduta daquele Recurso provido em parte tão somente para adequar o valor da condenação em sua totalidade ao teto dos Juizados Especiais, reduzindo-se para tal desiderato o valor dos danos morais Sentença que se reforma parcialmente.

Número do Processo: 2002.700.020839-2

Juiz(a) MARIA CANDIDA GOMES DE SOUZA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Prestação jurisdicional - Celeridade

Juizados Especiais - Causas de menor complexidade - Celeridade na prestação jurisdicional - Fim social da Lei.

Muito mais que atender o seguimento mais carente da população, os Juizados Especiais foram criados para desafogar o Sistema Judiciário, abarcando as causas de menor complexidade, cuja celeridade na prestação jurisdicional se impõe, sob pena de se tornar inútil e não atingir o fim social da Lei. (**Turma Recursal de Cataguases - Rec. nº 0153.04.029468-5 - Rel. Juíza Raquel Gomes Barbosa**).

BAHIA

Processo: 17347-9/2003-1

Relator: JUIZ(A) EDMILSON JATAHY FONSECA JÚNIOR

Competência do Juizado: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Data de Julgamento: 15/03/2005

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS

Publicação no DPJ: 29/03/2005 **Página:** 41

Decisão: NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO

Referência Legislativa: ART. 51, IV, CDC

Índices para Pesquisa: PAGAMENTO, EQUÍVOCO, ILEGALIDADE, APÓLICE, BENEFICIÁRIO IMPREVISÃO

Inteiro Teor: [Clique aqui](#)

Ementa:

RECURSO. SEGURO SAÚDE. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. REJEITADA. DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. LIMITAÇÃO DE COBERTURA. CLÁUSULAS ABUSIVAS. OFENSA ÀS NORMAS INSERTAS NO CDC E À LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR. IMPROVIMENTO DO RECURSO. O ajuizamento de queixa perante o Juizado Especial traduz renúncia automática a qualquer valor que exceda a alçada, fixada que resta a competência. São abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, CDC).

Mantém-se sentença que, considerando afrontosas das normas do CDC as apontadas cláusulas do contrato de seguro saúde, julga procedente pedido de reembolso integral das despesas decorrentes de cirurgia para corrigir obesidade mórbida, inclusive os honorários com anestesia, pois, nos contratos de adesão, não de ser tidas por insubsistentes cláusulas restritivas de legítima expectativa do consumidor.

DISTRITO FEDERAL

Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL NO JUIZADO ESPECIAL 20020510085232ACJ DF

Registro do Acordão Número: 206186

Data de Julgamento: 01/06/2004

Órgão Julgador: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F.

Relator: TEOFILO RODRIGUES CAETANO NETO

Publicação no DJU: 25/02/2005 Pág. : 158

(até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)

Ementa

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E JUÍZO CÍVEL COMUM. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEMANDA SUJEITA A PROCEDIMENTO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO AO

RITO DA LEI DE REGÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS (LEI Nº 9.099/95). INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. I. A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS É DELIMITADA PELO VALOR DA CAUSA, PELA MATÉRIA NELA DEBATIDA E PELA QUALIDADE DAS PARTES, E, COMO REGRA, DESDE QUE O AUTOR ESTEJA INSERIDO NO ÂMBITO DO ARTIGO 8º DAQUELA DE DIPLOMA LEGAL, TODAS AS AÇÕES DE MENOR COMPLEXIDADE CUJO VALOR NÃO ULTRAPASSE A ALÇADA LEGALMENTE FIXADA ESTÃO INSERIDAS DENTRO DA SUA COMPETÊNCIA. II. CONTUDO, AS AÇÕES SUJEITAS A PROCEDIMENTO ESPECIAL, TAL COMO A REINTEGRAÇÃO DE POSSE, INDEPENDENTEMENTE DO VALOR QUE LHE FORA ATRIBUÍDO E DAS PARTES ENVOLVIDAS, REFOGEM DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIAL CÍVEL EM DECORRÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA DE QUE OS RITOS AOS QUAIS ESTÃO SUJEITAS NÃO SE CONFORMAM COM O PROCEDIMENTO ESPECIAL DELIMITADO PELA LEI Nº 9.099/95. III. SENDO IMPASSÍVEL DE ADEQUAR-SE E SUJEITAR-SE AO PROCEDIMENTO DELINEADO POR ESSE DIPLOMA LEGAL, A AÇÃO POSSESSÓRIA, ULTRAPASSADA A FASE DE CONCILIAÇÃO, DEVE SER EXTINTA, SEM O EXAME DO SEU MÉRITO, ANTE A INVIABILIDADE DE SER PROCESSADA PELO JUIZADO ESPECIAL E DA CONSEQUENTE INCOMPETÊNCIA DESTES JUÍZOS, NÃO PODENDO PREVALECER A SENTENÇA QUE DESCONSIDERARA ESSE REGRAMENTO. IV. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, CASSANDO-SE A SENTENÇA E EXTINGUINDO-SE O PROCESSO. UNÂNIME.

Decisão

CONHECER. ACOLHER PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. CASSAR A SENTENÇA. EXTINGUIR O PROCESSO. UNÂNIME.

Indexação

SUCESSIVO AO 167266.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E A HODIERNA PERSPECTIVA DE VALORAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Luciana Aboim Machado Gonçalves da SILVA*

RESUMO

O escopo deste artigo é indicar uma mudança de eixo na visão do Direito do Trabalho que, em tempos atuais, distancia-se do modelo de intervencionismo estatal, constante na rigidez da CLT, de 1943, em direção a uma valorização da autonomia privada coletiva na negociação das condições e direitos trabalhistas, consoante a mais recente previsão constitucional, de 1988, dos acordos e convenções coletivas.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, direitos sociais, negociação coletiva.

ABSTRACT

The mark of this article is to indicate an axis change in the vision of Labor Rights that, in current times, stands back from the model of state interventionism, constant in the rigidity of CLT, from 1943, towards a valorization of the collective autonomy in the negotiation of labor conditions and its laws, consonant the most recent constitutional prescription, from 1988, of the agreements and collective conventions.

Keywords: Labor Rights, social rights, collective negotiation.

O Direito do Trabalho nasceu intervencionista, sob a inspiração protecionista do Estado, assumindo o papel de tutela do hipossuficiente nas dissidentes relações com o poder econômico. É fruto do rompimento com o liberalismo econômico e o individualismo.

A crise econômica de 1929 colocou em xeque o liberalismo econômico e deu origem ao intervencionismo

estatal, ante o surgimento de movimentos sociais pleiteando melhores condições de vida e trabalho, vale dizer, a proteção do Estado.

Com vistas às reivindicações atinentes aos direitos dos trabalhadores, "Miguel Calmon, falando aos baianos sobre 'O Direito à Felicidade', dizia em 1919: 'Sem que o operário e sua família tenham

* Pós-graduada em Direito do Trabalho; Pós-graduada em Direito Processual Civil; Mestre em Direito do Trabalho, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduada em Derecho Del Trabajo: descentralización productiva y dependência laboral pela Universidad Buenos Aires – U.B.A. Doutorada em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

asseguradas por lei condições mínimas de independência e bem-estar, continuarão sempre a ser adstritos à fábrica ou à obra, e a sofrer todas as misérias e degradações’.”¹

Dessa sorte, adveio a convicção de “garantismo estatal”, assim denominado por Gino Giugni, em observância as desastrosas consequências da lei da oferta e da procura aplicada ao trabalho, resvalando na iniquidade da condição de vida do obreiro.

Sob os auspícios da preleção de Hobbes, poder-se-ia asseverar que o Estado, frente ao antagonismo de interesses entre o empregado e o empregador², realizando a missão de conter a questão operária, interveio na relação de trabalho, outorgando direitos indisponíveis (insculpidos em normas de ordem pública) ao trabalhador, de modo a evitar a luta de classe e estabelecer a paz social.

Mario de La Cueva testifica, que o Direito do Trabalho não é formado por leis de ordem pública, ele é a própria ordem pública, haja vista o grau de ingerência do Estado nas relações entre Capital e Trabalho.

Nesse norte, Arnaldo Sussekind³ ensina:

“(...) o Estado estabelece barreiras à liberdade contratual, em nome do interesse coletivo e da Justiça Social, a fim de impor a observância de inúmeros preconceitos de amparo ao trabalhador, que constituem o conteúdo institucional do contrato de trabalho. Outrossim, a par das normas imperativas de proteção ao trabalho, o Estado cria instituições de direito público, que interferem nos diversos aspectos que precedem, correspondem ou sucedem às relações de trabalho; fiscaliza a execução dos contratos e das normas institucionais que lhes aderem; institui penalidades para a infração dessas normas e reconhece a eficácia jurídica das convenções coletivas de trabalho, cujas normas complementam os contratos individuais de trabalho. O Direito passou a tratar desigualmente pessoas com forças desiguais, o que é de justiça e equidade. As normas de natureza privada floresceram com o liberalismo e as de

natureza pública predominam com a socialização do Direito.”

Ressalta-se, por oportuno, que intervencionismo estatal sucedeu não só para evitar os abusos que as omissões do Estado Liberal de Direito geraram, mas também para acelerar o processo de industrialização do País e, por conseguinte, o desenvolvimento econômico.

Entretanto, dos idos de 1943, em que exsurgiu a CLT⁴, até os nossos tempos houve uma profunda modificação social. No atual contexto internacional globalizado, vislumbra-se um Estado nacional esmaecido diante do poder de organizações econômicas transnacionais, bem como verifica-se o declínio da capacidade estatal de engendrar políticas sociais de amparo ao trabalhador.

Hodiernamente, só sobrevivem no mercado industrial e comercial as grandes empresas. Essa preponderância das empresas transnacionais implica no prejuízo da soberania das nações do globo, já que estas traçam as diretrizes do mercado. As pequenas empresas, com o intuito de sobrevivência no mercado de exacerbada concorrência, são alvo de fusões e incorporações visando a redução do custo operacional entre outros fatores.

Tendo em vista as inovações tecnológicas⁵, há uma diminuição no número de postos de trabalho e, portanto, uma maior vulnerabilidade do trabalhador ante ao poder econômico do empregador, que é detentor dos meios de produção.

A par disso, a automação também ocasiona o surgimento de novas formas de trabalho, dentre os quais citamos o teletrabalho⁶, que resvalam na pulverização de trabalhadores em distintos locais de trabalho e, conseqüentemente, na subtração ou enfraquecimento das coalizões que objetivam reivindicar melhores condições de labor.

Ademais, a globalização não tem efeitos homogêneos para todas as sociedades, o que causa a expansão progressiva de desigualdades sociais, máxime em uma país de dimensão continental, como o nosso, onde impera realidades sociais distintas, constituindo em um entrave para hegemonia de uma normatização estatal.

⁽¹⁾ Sociologia Jurídica do Trabalho, 1944, apud Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira, Instituições de Direito do Trabalho, vol. I, São Paulo: LTr, 2002, p. 58.

⁽²⁾ As dissidências entre empregados e empregadores constituem o estado da natureza preconizado por Hobbes.

⁽³⁾ Instituições de Direito do Trabalho, vol. I, São Paulo: LTr, 2002, p. 117-118.

⁽⁴⁾ Marco da autonomia do Direito do Trabalho.

⁽⁵⁾ Origem do desemprego estrutural e que antes era cíclico

⁽⁶⁾ O teletrabalho configura-se pelo contato à distância entre o prestador e o tomador de serviços, de maneira que o comando, a realização e a entrega do produto do trabalho efetivam-se por meio da tecnologia de informação.

Por tudo isso, como panacéia para todos os males, esgrime-se a imprescindibilidade do Direito do Trabalho se adequar a nova situação social mergulhada em crise, através da valorização dos instrumentos de negociação coletiva em detrimento do paternalismo estatal. É passível de crítica a intervenção estatal exaustiva nas relações laborais, uma vez que empece a formação da convenção e acordo coletivo de trabalho.

Em etapa econômica de instabilidade e de situações transeuntes, é certo que a rigidez da proteção legal é menos eficaz do que a adaptação dos contratos laborais, por meio de negociação coletiva, à realidade econômica, em razão de que os interlocutores sociais sabem os limites dos avanços e retrocessos para a manutenção do pretendido equilíbrio social.

Ao reforçar tal ilação, sublinha-se os ensinamentos de José Afonso da Silva⁷:

"A verdade, a que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, pois que a lei jurídica nem sempre corresponde ao direito sócio-cultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça. Várias vezes, o Direito legislado representa tão só um compromisso entre os interesses em choque".

Nesse átimo, em atenção à circunstância social de crise, o Constituinte, de 1988 elegeu a negociação coletiva de trabalho como único meio de transigir os direitos sociais dos trabalhadores, quer dizer, admite que os acordos e convenções coletivas de trabalho disponham do direito a irredutibilidade salarial, a compensação e redução da jornada de trabalho e ao turno ininterrupto de revezamento nos termos, respectivamente, dos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da "Lex Mater".

A mais disso, é preciso nos fazer concisos que a hegemonia de legislação trabalhista⁸, no Brasil, não tem coibido o elevado índice de trabalho informal, demonstrando categoricamente o descontentamento dos cidadãos, é dizer, o descompasso das disposições normativas constitucionais e legais com os anseios da sociedade.

A respeito, relevante se faz destacar as lições de Maria Garcia⁹:

*"O legislador não é senão um veículo de expressão de determinados valores sociais, que se demonstram na invenção da norma; 'urge que esta invenção seja legítima, isto é, coerente com as aspirações da sociedade civil – estas também uma invenção do corpo social'".*¹⁰

O fenômeno da perecibilidade da norma laboral, noutro falar, a perda de eficácia da norma trabalhista, por não mais condizer com a conjuntura político-social, gera o descrédito do ente estatal. Entretanto, não se pode olvidar que o Direito precisa ter respaldo no meio social, de maneira a garantir a menor distância possível entre a norma jurídica e a realidade.

Posto isto, não há mais lugar para a visão hobbesiana aclamada por Alessandro P. D'Entrèves¹¹ no sentido de "a lei não encontra o seu valor em seu conteúdo intrínseco, mas simplesmente por sua posição e imposição por obra do soberano". Essa asserção quer expressar que a eficácia da lei depende da origem e não só do conteúdo.

A trilhar o nosso raciocínio, José Eduardo Faria¹² aduz:

Mais produtivo seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais as atuais funções, limites e tecnologias vicariantes da legalidade, ganhando consciência do plurinormativismo normativo e traçando, a partir daí, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que ela hoje pode efizcamente dar realização".

Novéis formas de jurisdificação das relações de trabalho surgem, ocorrendo destacáveis avanços na direção de buscar o Direito do Trabalho fora do Estado. Exemplo frisante disso é o Tratado de Itaipu, obra do mestre Arnaldo Sussekkind (um dos fundadores da CLT), em busca de um direito uniforme aplicável a toda força de trabalho do mercado comum, acima do estatuto pessoal de cada trabalhador da lei nacional.

⁷ Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: RT, 1989, p. 116, apud Maria Garcia, Desobediência Civil: Direito Fundamental, São Paulo: RT, 1994, p. 228.

⁸ A inclinação legiferante de nosso país deve-se ao fato de pertencer à família germano-românica, onde constata-se a preponderância da lei, contrapondo-se aos países anglo-saxônicos em que vigora o predomínio da negociação coletiva. Desobediência Civil: Direito Fundamental, São Paulo: RT, 1994, p. 242-244.

⁹ Maria Garcia, ibidem, p. 243.

¹⁰ La dottrina dello Stato, Torino, Giappichelli, 1967, p. 158, apud Pedro Salvetti Netto, Curso de teoria do Estado, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

¹² O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas. Brasília, Conselho de Justiça Federal, 1995, p. 36.

Deveras, vem se sedimentando a mentalidade de um Direito do Trabalho formulado pelos próprios interlocutores sociais, embasado nas negociações coletivas, vale dizer, acordo (ajude realizado entre empresa e sindicato de empregado) e convenção coletiva (composição celebrada entre sindicato patronal e sindicato de empregado), assim como nos pactos sociais (Estado, trabalhador e empregador na definição de políticas sociais).

Nessa atmosfera, cumpre deixar nas mãos dos interlocutores sociais a solução das aporias das relações laborais, por meio da tutela sindical exarada nas negociações coletivas, de modo a imprimir solução imediata. Demais disso, a norma negociada é fruto da vontade das partes acordantes, levando a um maior grau de satisfação em seu cumprimento e, conseqüentemente, efetividade da norma jurídica, afora configurar um meio de se contornar as crises econômicas com a preservação do emprego.

Corroborando o relevo da negociação coletiva, leciona Washington Luiz da Trindade¹³:

“São fórmulas que deixam de lado textos legais na condução dos litígios que envolvem categorias, entendida esta como sendo sempre o grupo ou a comunidade ou vínculo social básico de pessoas em torno de uma finalidade, gerando um estado de sociedade, que se manifesta pelo ente operativo que a Ordem Jurídica chamou de sindicato”.

Em seguida, justificando a relevância do sistema de juridificação, que nasce predominantemente da negociação coletiva, o citado jurista retrata a existência de fatores que, dificilmente, as leis formais podem disciplinar, em face de tais fatores somente serem encontrados na troca de informações e de consultas de sindicato a sindicato, ou de sindicato a empresa, que traduzem a vivência da situação jurídica entre empregados e empregadores em determinada conjuntura sócio-econômica. Acrescenta-se, ainda, a existência de casos cuja dimensão não cabe na generalidade e abstração de uma lei.

Portanto, merece acentuar que o melhor que melhor do que ninguém as partes convenientes conhecem os seus limites e o rumo que pretendem dar às relações de labor. Com igual exatidão, o Estado jamais poderia

interferir nessas relações, por absoluto desconhecimento dos fatos que afloram no cotidiano destas relações.

Em uma visão mais radical, fala-se em desestatização da norma trabalhista material, deixando exclusivamente à elaboração dos pactos sociais, das convenções e acordos coletivos.

Porém, cremos que esse não é o melhor caminho. É preciso reformar a legislação trabalhista estabelecendo direitos trabalhistas mínimos consubstanciados em normas de ordem pública, sem os pormenores do Direito Laboral Brasileiro, pois o ordenamento jurídico laboral não pode ficar sob o monopólio dos sindicatos de duvidosa representatividade e de notória debilidade negocial, sobretudo no contexto de desemprego. Não se deve regredir, depois de tantas conquistas sociais dos trabalhadores, reformulando a apropriação desabrada do trabalho humano.

Dúvidas não pairam de que a nossa legislação laboral necessita de reforma em diversos pontos. Contudo, a estrutura de proteção de um mínimo de direitos trabalhistas deverá ser mantida, em apreço aos fundamentos do Estado Democrático de Direito da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho (CF, art. 1º).

Ao Estado cabe formular políticas sociais de fomento do trabalho, visto que de nada adianta uma legislação protecionista, com alto custo social, sem a existência do emprego ou com a preponderância do trabalho informal. Logo, muda-se o papel do Estado, passando a ser alvo de proteção o direito constitucional ao trabalho do cidadão.

A realçar tal pensar, valemo-nos de preleção da jurista Maria Garcia¹⁴:

“Desse modo, quando o legislador se substitui ao povo, impondo-lhe normas rígidas e bloqueando o processo de livre construção de seu próprio caminho, caímos o ‘holismo’, uma das mais nocivas formas de autoritarismo, e porta aberta ao totalitarismo.

Falando em ‘representar o Estado’, Walter Ceneviva faz duas colocações oportunas: uma delas sobre o excesso d da máquina estatal na vida de todos os cidadãos ‘o que, entre outros defeitos, facilita a corrupção geral’; a reformulação do Estado abrange, ademais

⁽¹³⁾ Revista LTr, vol. 55, nº 11, novembro de 1991, p. 1285.

⁽¹⁴⁾ Desobediência Civil: Direito Fundamental. São Paulo: RT, 1994, p. 231.

disso, a necessidade que tem a sociedade de encontrar 'novos caminhos de interferência no poder legislativo, pois já ficou evidente, com a nova Constituição, que os partidos políticos correspondem a fracassado canal de manifestação da comunidade. O repensar do Estado envolve, pois, o repensar da divisão dos poderes, e até o reconhecimento legal da existência de outros poderes'."

Ante a essa nova realidade em que vivenciamos, constata-se uma mudança no eixo do Direito do Trabalho, que, paulatinamente, abandona a antiga convicção, apregoada por Hobbes, de monopólio estatal (entrega a um poder maior como princípio coordenador e protetor de toda a comunidade) para a valorização da autonomia privada coletiva como novo centro de gravitação normativa e que tem amparo constitucional quando reconhece a convenção e o acordo coletivo de trabalho (CF, art. 7º, inciso XXVI).

A visão hobesiana¹⁵ de Direito do Trabalho como fonte exclusiva do Estado paternalista e totalizante (monismo jurídico) não cabe mais no tempo hodierno de crise, em que a conservação do posto de trabalho e a dignidade do trabalhador são parâmetros a serem buscados pela negociação coletiva, sem perder de vista os direitos mínimos delineados na legislação laboral.

Nem, aliás, se pode argumentar de forma diferente dizendo que as normas coletivas não gozam de amparo estatal, uma vez que são dotadas de coercibilidade e, conseqüentemente, enseja a atuação estatal para a sua efetividade.

E Hugo Gueiros Bernardes¹⁶ partilha da mesma opinião quando afirma que *"O contrato, sobretudo coletivo, supera a lei, porque o resultado é mais agradável às partes, mais rápido e sempre aberto à revisão. E não cede à tentação demagógica de dar ou prometer dar o impossível"*.

Nas palavras de Arion Sayão Romita¹⁷, o Estado autoritário repele a negociação coletiva porque esta pressupõe sindicato livre e entendimento direto entre os interessados, com possibilidade de greve. Já o Estado democrático de direito reconhece que os conflitos coletivos de trabalho fazem parte da realidade econômica e social e privilegia o modelo da autonomia coletiva, porque ao invés de desconfiar dos grupos

interessados e reprimir sua ação espontânea, neles deposita confiança e estimula as soluções da negociação coletiva.

Hobbes proclama que os três motores de discórdia entre os seres humanos são: a concorrência, que provoca as agressões pelo lucro; a desconfiança, que faz com que os homens ataquem-se para alcançar a segurança; e a vanglória, que os torna inimigos pela rivalidade de reputação. Essa situação natural de Hobbes coincide com a realidade que presenciamos, isto é, um estado de perpétua luta (de guerra de todos contra todos) no mundo globalizado.

Soma-se a isso, a assertiva de Hobbes que as leis são a regra da justiça no Estado em que valem, enquanto valem. Dessa feita, está na hora de suprimir as normas trabalhistas dissidentes com os avanços sociais, permanecendo somente normas legais mínimas para a preservação da dignidade do trabalhador.

Em outros termos, repisa-se que o Estado deve privilegiar cada vez mais as negociações coletivas de trabalho, eis que a norma negociada consiste no melhor meio de solução de impasses e conflitos coletivos de trabalho, em razão de ser fruto da vontade das partes contratantes e, portanto, leva a um grau maior em seu cumprimento (efetividade dos direitos sociais).

Nesse passo, divergindo do monismo jurídico de Hobbes, o Estado e o Direito são realidades distintas, porém interdependentes. Deve reconhecer a existência do Direito não estatal, observando em vários centros de determinação jurídica desenvolvido fora do Estado, obedecendo a uma graduação de positividade. Sobre todos esses centros particulares de ordenamento jurídico encontra-se o Estado, como cerne de irradiação de normas jurídicas, consubstanciando direitos sociais mínimos. Essa é a concepção da graduação da positividade jurídica, defendida pelo mestre de Filosofia do Direito na Itália, Giorgio Del Vecchio, que melhor coloca, em termos racionais, as relações entre o Estado e o Direito.

BIBLIOGRAFIA

BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direitos individuais do trabalhador: em defesa do contrato coletivo*. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

¹⁵ O pensamento de Thomas Hobbes consistiu em elaborar uma "Teoria Racional do Poder", em que os homens, sem um poder forte que os comande, não sobrevivem, autodestruindo-se (estado de guerra generalizado). A vontade do Estado é o único critério de justiça, ou seja, a única fonte do direito é a vontade do soberano.

¹⁶ Direitos individuais do trabalhador: em defesa do contrato coletivo, in Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, p. 75.

¹⁷ Sindicalismo, Economia, Estado Democrático – Estudos, São Paulo, LTr, 1993, p. 20.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1982.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*. São Paulo: RT, 1994.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual Esquemático de História da Filosofia*. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000.

NETTO, Pedro Salvetti. *Curso de Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1987.

RANDS, Maurício. *O Direito do Trabalho continua viável no novo ambiente da globalização?* São Paulo: Revista LTr, Fevereiro/1996.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol. 2. São Paulo: Ed. Paulinas, 1990.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da Economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Sindicalismo, Economia, Estado Democrático – Estudos*, São Paulo: LTr, 1993.

ROVIGUI, Sofia Vanni. *História da Filosofia Moderna*. São Paulo: Ed. Loyola, 2000.

STRENGER, Irineu. *História da Filosofia*. São Paulo: LTr, 1998.

TRINDADE, Washington Luiz da. *A desestatização das relações de trabalho como fundamento na negociação coletiva*. São Paulo: Revista LTr, vol. 55, Novembro/1991.

A TEORIA ALEMÃ DOS CONTRATOS SIMBIÓTICOS NA COOPERAÇÃO EMPRESARIAL: ASPECTOS COMPARADOS DO DIREITO ANTITRUSTE ALEMÃO E EUROPEU*

Luiz Guilherme Georgi SALGADO**

RESUMO

A cooperação empresarial apresenta uma vasta flexibilidade de formas, que permitem adaptações para atender a interesses específicos das partes presentes em cada situação concreta. Observa-se, que da cooperação empresarial emanam não somente instrumentos jurídicos típicos, mas também outros desenvolvidos pela prática negocial e ainda sem tratamento jurídico específico. O escopo do presente artigo é apresentar a teoria alemã dos Contratos Simbióticos como método interpretativo deste fenômeno, através de uma abordagem mais pragmática das formas de organização empresarial e econômica atuais. Ademais, através de uma análise comparada dos institutos pertinentes à cooperação empresarial, adotados no direito antitruste alemão e europeu, o artigo delimitará o espaço sócio-econômico de atuação das formas de cooperação empresarial, além de apresentar soluções e deficiências presentes neste ambiente legislativo e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Antitruste Comparado, Teoria Alemã dos Contratos Simbióticos, Cooperação Empresarial.

ABSTRACT

Business cooperation presents a wide range of forms that enable adjustments, so as to meet specific needs of parties present in each circumstance. One may notice that, from business cooperation emanate not only typical legal instruments, but also other instruments developed by the corporate praxis that still do not have the specific legal treatment. The scope hereof is to present the German theory of Symbiotic Contracts as a means to interpret this phenomena, by means of a more pragmatic approach of the current forms of corporate and economic organization. Moreover, using a compared analysis of the institutes belonging to the business cooperation, adopted in the German and European Antitrust Law, this paper shall limit the social economical space of performance of the business cooperation forms, aside from presenting solutions and problems that are found in this legislative and jurisprudential environment.

Keywords: *Compared Antitrust Law, German Theory of Symbiotic Contracts, Business Cooperation.*

* O presente artigo deriva de um dos projetos desenvolvidos pelo autor junto ao Departamento Jurídico da Robert Bosch Ltda. (Campinas - SP) e foi também publicado na Revista de Direito da Concorrência nº 4, Brasília, IOB/CADE, out. a dez./2004.

** LL.M. Mestre (LL.M.) e Doutorando em Direito pela Philipps-Universität Marburg, Alemanha; Bolsista do ut. a dez./DAAD/ CAPES/CNPQ; Membro da Associação de Juristas Alemanha-Brasil (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.*); Advogado em São Paulo. E-mail: guilhermesalgado@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O atual dinamismo da economia impele as empresas, em uma escala crescente, a determinadas manobras estratégicas no mercado, com vistas a uma maximização da sua capacidade competitiva. Novas formas de organização das atividades empresariais mostram-se necessárias, assumindo a cooperação empresarial papel eficaz na união de sinergias, para o desenvolvimento comum de atividades com fim lucrativo.

Considerando que o acordo de cooperação empresarial tanto une, quanto, conseqüentemente, exclui empresas desta aliança, terá conseqüências deletérias no campo do Direito Antitruste quando: a) configurar a utilização do poder de mercado ou de uma posição dominante para restringir a ação de concorrentes; b) limitar o alcance da competição através de algum tipo de colusão; c) e/ou impor aos compradores condições desfavoráveis à aquisição dos produtos em questão. Neste ambiente, destaca-se, também como um dos focos de atuação das políticas antitruste a conduta das empresas, ao lado dos atos de concentração, a fim de se evitar o desenvolvimento de ações empresariais que se afastem do modelo ideal¹.

O escopo do presente artigo é traçar uma análise comparada dos aspectos inerentes à cooperação empresarial presentes na legislação antitruste alemã e européia, adotando a teoria dos Contratos Simbióticos como método jurídico-econômico interpretativo deste fenômeno. O tema é obviamente bastante amplo. Por isso, limitar-se-á o estudo a uma breve análise dos aspectos de direito material e jurisprudencial, buscando apontar soluções, falhas e necessidades evolutivas legislativas.

1. A TEORIA ALEMÃ DOS CONTRATOS SIMBIÓTICOS

O termo *Cooperação* visa designar as relações interempresariais, destinadas à realização de determinado empreendimento, que possibilitam a manutenção da autonomia econômica e jurídica das partes envolvidas². Segundo o economista *Coase*³, o nível de integração na produção de bens de uma empresa é determinado pelos seus custos operacionais. Destarte, dentre outros aspectos relevantes, tais como as estratégias comerciais e segredos industriais, buscará a empresa determinado produto no mercado, quando o custo de compra for menor do que o de produção. Ressalta-se, portanto, que na cooperação empresarial não existe uma mera relação de mercado entre as partes envolvidas no negócio, implicando, também, em estruturas integradas de informação, produção e/ou distribuição.

A cooperação empresarial emana da vontade das partes e apresenta um vasto espectro de formas, proporcionando uma grande flexibilidade no ajuste de interesses dos entes envolvidos no negócio. Sua natureza jurídica, segundo *Schanze*⁴, “flutua” entre o direito contratual clássico (transações de mercado padronizadas) e a organização corporativa (organizações societárias convencionais⁵). Sob o foco dos custos de transação, destaca o economista *O. E. Williamson* três formas genéricas de gestão, a saber, mercado, híbrido e hierarquia⁶. Deveras, adequada é a classificação da cooperação empresarial em uma “terceira categoria”, localizada entre contrato (<mercado) e corporação (<hierarquia).

Apresentada como uma forma híbrida econômico-jurídica, é definida a cooperação empresarial na Alemanha como Contratos Simbióticos⁷. A metáfora

⁽¹⁾ Outro campo de incidência das políticas antitruste, que, porém, não será analisado neste artigo, é o controle sobre a estrutura dos mercados. Nele, objetiva-se evitar a constituição de ofertas concentradas, que se supõe, sejam originadoras de um maior poder de mercado por parte das empresas líderes e de estímulo para condutas anticompetitivas. Para a coerção deste tipo de atividade, são utilizados como principais mecanismos, o controle sobre fusões e a quebra de monopólios através da imposição do desdobramento de empresas. Ver a respeito Possas, Fagundes & Ponde (1996), p. 48.

⁽²⁾ Schanze (1991), p. 68-70.

⁽³⁾ Coase (1988), p. 386-405.

⁽⁴⁾ Schanze ob. cit. nota 2.

⁽⁵⁾ I.e. *Joint Ventures*, *Franquia Empresarial*, etc.

⁽⁶⁾ Williamson (1988), (1996).

⁽⁷⁾ Sobre Contratos Simbióticos confira: Schanze obs. cit. notas 2 e 4. Cf. também, Picot (1993), Kaas (1993), Schmidt & Fellermann (1993), Raub & Weesie (1993), Spindler (1993), Mernard (1996), Kirchner (1996). O professor alemão Dr. Günther Teubner defini essas formas de cooperação empresarial em “Netzwerke”, que significa em português “redes”, ou em inglês “Networks”. Cf. Teubner (1993), Hutter & Teubner (1993). No entanto, destaca Buxbaum (1993), que esta teoria é juridicamente irrelevante, vez que discorre somente acerca das formas de cooperação econômica no sistema de redes. Todavia, merece destaque a análise jurídica do professor Lange (1998) acerca do tema.

tenciona esclarecer a existência de uma terceira categoria de relações de direito entre pessoas jurídicas, que é direcionada a uma relação contínua e de troca recíproca de vantagens, e que resguarda, contudo, a independência das partes da coligação. Contrariamente à imagem convencional do contrato, que delimita de forma precisa uma série de direitos e obrigações, concordam as partes, nos Contratos Simbióticos, em prover mecanismos de gestão (*governance mechanism*⁸) necessários ao ajuste das obrigações, caso advenham circunstâncias imprevisíveis ao tempo da execução do contrato, como por exemplo, drásticas oscilações econômicas⁹.

A relação simbiótica possibilita, assim, a comunhão dos interesses das partes em uma relação contratual flexível, através da delegação concorrente de poderes discricionários, possibilitando uma equiparação do poder de barganha dos entes envolvidos. Imprescindível à manutenção do funcionamento dessa estrutura complexa, é a formulação de um contrato que cofa atos de oportunismo e incentive ganhos mútuos¹⁰. As partes acordam em aumentar a confiança entre si, agindo, simultaneamente, como partes interessadas e agentes umas das outras (*cross over agency structure*)¹¹.

Ademais, faz-se oportuno traçar os principais elementos caracterizadores da teoria dos Contratos Simbióticos¹²:

- a) Associação voluntária, que tende a uma posição superior a pareto¹³ entre as empresas envolvidas;
- b) Prazo de duração pré-determinado ou indeterminado;
- c) Relação instituída e ratificada sob um instrumento contratual flexível;
- d) Ausência de mecanismos típicos de controle de execução de tarefas presentes nas organizações corporativas;
- e) Existência de um forte link de conexão entre as partes para a consecução de um produto, design, ou tarefa, não se classificando, entre-

tanto, nos conceitos de trabalho terceirizado e/ou composição industrial;

- f) Realização de investimentos iniciais não recompensáveis, porém amortizáveis com os lucros da associação;
- g) Delegação concorrente de poderes discricionários;
- h) Não existência, via de regra, de responsabilidade solidária entre as partes¹⁴;
- i) Estipulação de mecanismos para determinar, monitorar, e sancionar comportamentos anticontratuais e a performance das partes.

Ante a flexibilidade de formas direcionadas à adaptação dos interesses das partes para cada situação concreta, possui a teoria dos Contratos Simbióticos um amplo espectro de formas atípicas, como por exemplo, as alianças estratégicas. Como formas típicas de Contratos Simbióticos merecem destaque as associações interempresariais do tipo *Joint-Venture*, os contratos de franquia, contratos de fornecimento e o sistema de *Just-in-Time*. Outra variante que também encontra convergência plena à teoria, é o instituto das Associações Consorciais.

2. A COOPERAÇÃO EMPRESARIAL NO DIREITO ANTITRUSTE ALEMÃO

O Direito Antitruste alemão é regido pela *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB* (lei contra as limitações à concorrência)¹⁵. Segundo o § 1.º desta lei, configura-se como pernicioso, todo acordo de cooperação empresarial que gere, direta ou indiretamente, diminuição, limitação ou adulteração da concorrência, tanto em relação às atuais, quanto às potenciais empresas competidoras¹⁶. As condutas empresariais anticompetitivas são classificadas pela *GWB* em práticas de restrição horizontais e verticais.

Atenta-se, todavia, que nem todas as formas de restrição vertical são defesas perante o Direito

⁸ Esta terminologia deriva de Williamson (1979), (1985).

⁹ Collins (2003), p. 226-233.

¹⁰ Arruñada (1998), p. 70-191.

¹¹ Schanze (1998), p. 555-558.

¹² Schanze ob. ret. cit., p. 554-555, Joerges (1991), p. 11-66.

¹³ Em linhas gerais, denota o critério de pareto a superior, do economista italiano Vilfredo Pareto (1906), uma relação de assimetria benéfica entre as partes associadas através da consecução de lucros proporcionais. Cf. Pareto (1981).

¹⁴ Salvo, obviamente, nos casos em que haja expressa proibição legal.

¹⁵ Disponível em <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/gwb/>.

¹⁶ No direito alemão utiliza-se a expressão parágrafo, ao invés de artigo, como adota o direito brasileiro.

Antitruste alemão, que apresenta distinção entre acordos sobre condições de venda de bens ou prestação de serviços (§ 14 a 16) e acordos de exclusividade ou de licença (§ 17 a 18). A *GWB* aplica diferentes regras quanto a estas práticas de restrição vertical. Primeiramente, veda a fixação ou prática de qualquer acordo entre concorrentes que incida sobre preços e condições de venda de bens, com exceção dos casos relacionados com o setor de publicações (§ 15). Os acordos de exclusividade, por sua vez, são lícitos perante o direito antitruste alemão, mas sujeitam-se ao controle dos órgãos administrativos e judicantes competentes, sempre que incidam negativamente sobre a concorrência¹⁷. Já os contratos de alienação, licença de patentes ou modelos registrados são nulos de pleno direito, quando imponham limitações inerentes a acesso a mercado. Além disso, encontram-se nominadas nos parágrafos 2 a 8 da *GWB*, exceções à regra geral do § 1º. Estas disposições indicam quais formas de cooperação empresarial possuem efeitos pró-competitivos à luz do princípio da livre concorrência.

Nessa linha de raciocínio, se relaciona a análise da cooperação empresarial na legislação Antitruste alemã com as denominadas práticas de restrição vertical e os limites impostos nos parágrafos 14 a 18 da *GWB*. Adicionalmente, caso seja formulado um acordo de cooperação empresarial entre empresas eventualmente competidoras, deve ele também ser interpretado à luz das denominadas práticas de restrição horizontal (§ 1º *GWB*) e justificado dentro dos limites impostos nos parágrafos 14 a 23 da *GWB*.

Ressalta-se, que essas disposições legislativas restritivas típicas não vêm sendo adotadas *ipsis litteris* pelos tribunais alemães, pois implicaria em uma rigorosa limitação à gênese dinâmica da cooperação empresarial. Do revés, remanesceria ao Direito Antitruste o mero condão tradicional de predefinir os lindes do direito, mesmo que implicasse em supressão à eficiência econômica dos acordos de cooperação empresarial, face à proteção da máxima do princípio da livre concorrência. Na busca de um equilíbrio deste viés simplista presente no Direito Antitruste alemão, têm adotado os órgãos administrativos (*Bundeskartellamt*) e judicantes (*Kammergericht* e *Bundesgerichtshof*) deste país, uma orientação mais pragmática – embora não livre de algumas inconsistências – no tratamento do fenômeno da cooperação empresarial¹⁸.

Caso se dê a cooperação empresarial via integração vertical e intensifique a concorrência entre uma rede de empresas assim integradas, vis-à-vis outra rede de empresas que estejam ou não associadas desta forma, este efeito pró-competitivo não será interpretado face ao parágrafo 1º da *GWB*, mas sim conforme os parágrafos 15 a 18 deste dispositivo legal. Todavia, destaca-se que ainda existem incongruências neste posicionamento, vez que em muitos casos tem sido utilizado o rigoroso instituto proibitivo presente no mencionado parágrafo 1º da *GWB*, sem que seja feita uma ponderação dos efeitos positivos, ou até mesmo negativos, presentes nos diferentes níveis de mercado. Logo, a aplicação do direito antitruste tem apresentado, em alguns casos, consequência autônoma à sua função, porque tem restringido o desenvolvimento da livre concorrência plena, entre rede de empresas integradas verticalmente¹⁹.

Conforme mencionado anteriormente, provisões em “contratos verticais” com vistas à fixação de preços são nulos de pleno direito (§ 15 *GWB*). Complementarmente, outras restrições são regidas pelo parágrafo 18 da *GWB*, que não as enumera em um rol taxativo, mas delega aos órgãos administrativos e/ou judicantes à eventual declaração acerca da legalidade do contrato. Objetivo do parágrafo 15 da *GWB* é de garantir às partes contratantes o direito de estabelecer contratos com terceiros, conservando liberalidade para fixar preços de acordo com as condições deste mercado, sem que estejam adstritas às estipulações do contrato do primeiro nível de mercado. Deveras, todo mercado deve funcionar separadamente, sendo ilegal qualquer restrição, que reflita em contratos celebrados em outros níveis de mercado. Esbarrará o acordo/contrato de cooperação empresarial neste conceito, quando tenha o condão de unir os contratantes, fazendo com que eles atuem conjuntamente em diferentes níveis de mercado. O Tribunal de Justiça Alemão vem aplicando o parágrafo 15 da *GWB* com restrições em relação aos agentes comerciais, vendedores autorizados e contratos de franquia²⁰.

No caso dos acordos de cooperação empresarial via integração horizontal, observa-se como traço característico a estipulação de cláusulas de não solidariedade, a fim de evitar que as partes fiquem à mercê de eventuais atos de oportunismo na aliança. Os

⁽¹⁷⁾ O *Bundeskartellamt* exerce na Alemanha papel semelhante ao do CADE.

⁽¹⁸⁾ Kirchner (1996), p. 228-229.

⁽¹⁹⁾ Kirchner ob. cit., p. 231-232.

⁽²⁰⁾ Langen & Bunte (2004), par. 15; Kirchner ob. cit., p. 231-234.

tribunais alemães têm aceitado a convenção destas cláusulas, caso elas sejam “necessárias, apropriadas e razoáveis à manutenção da viabilidade da empresa”²¹. No entanto, destaca-se que não existe uma definição clara do que seja “necessário”, “apropriado” ou “razoável”, fato que tem gerado certa insegurança jurídica às partes na formulação e/ou manutenção do acordo/contrato de cooperação empresarial²².

3. A COOPERAÇÃO EMPRESARIAL NO DIREITO ANTITRUSTE EUROPEU

O objetivo da política europeia de concorrência baseia-se na proteção e desenvolvimento de uma concorrência efetiva no âmbito do mercado comum²³. Ela é regida, basicamente, pelos artigos 81 a 89 do Tratado da Comunidade Europeia - TCE²⁴. Outras regras estão contidas em regulamentos do Conselho e da Comissão. A política europeia da concorrência emana de cinco pontos fundamentais de ação:

- a) Proibição de acordos que restringem a concorrência (art. 81 TCE);
- b) Proibição de abusos de posições dominantes (art. 82 TCE);
- c) Proibição de concentrações suscetíveis de criar ou reforçar uma posição dominante (Regulamento das Concentrações);
- d) Liberação dos setores monopolistas (art. 86 TCE);
- e) Proibição de auxílios estatais (art. 87 e 88 TCE).

O Direito Antitruste Europeu, ao contrário do Alemão, não apresenta distinção expressa entre restrições verticais ou horizontais, referindo-se a todos os tipos de restrição à competição, que afete o comércio entre os Estados-Membros. Conforme o artigo 81 do TCE, é defeso o acordo/contrato de cooperação empresarial que seja suscetível de impedir, restringir

ou falsear a concorrência. A distinção entre práticas de restrição verticais e horizontais é feita pela Comissão, através dos seus comunicados e regulamentos²⁵.

3.1. Restrições Verticais

As restrições verticais podem apresentar efeitos negativos e positivos à concorrência. Segundo a Comissão, a aplicação do artigo 81 n.º 3 do TCE deve estar condicionada à uma avaliação destes efeitos no caso em concreto. Deste modo, quando os efeitos positivos forem maiores do que os negativos, não será tido o acordo como anti-competitivo. Como caso típico de efeito positivo aceito pela Comissão Europeia destaca-se a diminuição dos custos de produção. Já os negativos referem-se, especialmente, a limitação à entrada em mercados nacionais, exclusão de competidores e cartéis de preço²⁶.

Para que a comissão possa decidir com exatidão quais acordos de cooperação empresarial estejam em conformidade com as regras da comunidade europeia, faz-se necessário determinar quais pesos e medidas devam ser levados em consideração no mensuramento dos seus efeitos positivos e negativos. Na tentativa de preordenar quais sacrifícios são necessários em termos de ganhos em eficiência, a Comissão formulou suas listas brancas, pretas e cinzas. Naturalmente, estas listas não são exaustivas, o que requer, no caso em concreto, que a Comissão faça frequentemente uma avaliação individual da estrutura do mercado, a fim de constatar se os benefícios proporcionados pela aliança superam os seus efeitos não concorrenciais. Neste exame, a Comissão deverá considerar não apenas o atual funcionamento dos mercados, mas também o potencial desenvolvimento da competição no futuro²⁷.

Os acordos que não sejam suscetíveis de afetar significativamente o comércio entre os Estados-Membros, não são abrangidos pelo art. 81 n.º 1 TCE²⁸. A Comissão considera que acordos estabelecidos entre empresas de pequeno e médio porte (PME) raramente afetam de modo significativo o comércio entre os

⁽²¹⁾ Kirchner ob. cit., p. 231.

⁽²²⁾ Immenga, Dannercker & Mestmäcker (2001), parágrafo 15.

⁽²³⁾ Craig & Búrca (2003), p. 936 – 1087.

⁽²⁴⁾ O texto completo do TCE pode ser encontrado no site da União Europeia: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/entente3_en.html#ij_1.

⁽²⁵⁾ Regulamento (CE) N.º 2659/2000; Comunicação 2001/C 3/02; Comunicação 2000/C 291/01.

⁽²⁶⁾ 2002/C 291/01, p. 3-4.

⁽²⁷⁾ Kirchner ob. cit., p. 235.

⁽²⁸⁾ JO C 291/4, p. 4.

Estados-Membros²⁹. Estes acordos são tratados paralelamente pela Comissão, não precisando estar, geralmente, em plena conformidade às regras europeias da concorrência, desde que não tenham o fito de restringir ou falsear a concorrência (art. 81, par. 1 TCE).

Com o Regulamento de Isenção por Categoria 2790/99³⁰, a Comissão estabeleceu uma “zona de segurança” para a maioria dos acordos verticais. Segundo este regulamento, é inaplicável o artigo 81 n.º 1 do TCE, a acordos verticais concluídos por empresas cujas cotas de mercado não excedam a 30%. Adicionalmente, a Comissão publicou Orientações relativas às restrições verticais, que descrevem o método utilizado para acordos verticais não abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria³¹.

Segundo as Orientações da Comissão Europeia, os acordos autênticos de agência não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 81 n.º 1 do TCE. O fator determinante à aplicabilidade deste dispositivo legal é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos atos relativos aos quais foi nomeado agente pelo comitente. Os primeiros estão diretamente relacionados com os contratos celebrados e/ou negociados pelo representante por conta do comitente, tais como financiamento. Os segundos tratam dos riscos relativos a investimentos especificamente exigidos pela atividade para a qual o agente foi nomeado como comitente, que são normalmente irrecuperáveis. Logo o acordo de agência é considerado autêntico, quando o agente não suportar nenhum destes dois tipos de risco. Riscos associados à atividade de prestação de serviços de agência em geral, não são relevantes a este tipo de apreciação³². Os acordos de agência não autênticos podem ser abrangidos pelo dispositivo legislativo retro-mencionado, caso em que será aplicável o Regulamento de Isenção por Categoria e as disposições das Orientações³³.

As orientações traçam regras claras acerca da análise de restrições verticais nos acordos de marca única, distribuição exclusiva, atribuição exclusiva de clientes, distribuição seletiva, franquia, fornecimento exclusivo, subordinação, e, preços de venda recomendados e máximos. A análise desses preceitos não se encontra no escopo do presente trabalho.

3.2. Restrições Horizontais

Com a evolução constante dos mercados e a conseqüente diversificação das formas de cooperação empresarial, fez-se necessário que a Comissão elaborasse normas mais nítidas, para a eficaz aplicação da regra geral do artigo 81 do TCE. Para tanto, surgiram as Orientações 2001/C 3/02³⁴.

Estas Orientações regulam os acordos formulados entre duas ou mais empresas concorrentes, que operem no(s) mesmo(s) níveis(eis) de mercado e que proporcionem ganhos em eficiência³⁵. Logo, encontram-se os acordos verticais, a priori, excluídos do âmbito de aplicação das Orientações, sendo objeto do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 e das Orientações relativas às restrições verticais, retro-abordadas. Porém, caso estes acordos sejam concluídos entre concorrentes, poderão apresentar efeitos semelhantes aos dos acordos horizontais, devendo ser apreciados segundo estes princípios. Isto, indubitavelmente, não exclui a aplicação adicional das Orientações relativas às restrições verticais, eventualmente presentes nestes acordos³⁶.

Naturalmente, acordos mais complexos, como as alianças estratégicas, não são abrangidos pelas Orientações em menção, vez que dado as suas diferentes formas de domínio e cooperação, torna-se impossível a elaboração de um rol taxativo de regras para sua análise. Essas regras devem ser utilizadas para as formas de cooperação inerentes a bens ou serviços, não sendo aplicáveis quando já haja regulamentação setorial, como

⁽²⁹⁾ Comunicação relativa aos acordos de pouca importância JO C 368 de 22.12.01, p. 13. No anexo à Recomendação 96/280/EC da Comissão, JO L 107 de 30.04.1996, as PME são definidas como empresas com um volume de negócios anual não superior a 40 milhões de euros ou com um balanço anual não superior a 27 milhões de euros.

⁽³⁰⁾ Este regulamento entrou em vigor no dia 1 de junho de 2000. Cf. JO L 336 de 29.12.1999 ou no endereço eletrônico citado na nota de rodapé nº 25.

⁽³¹⁾ 2000/C 291/01, de 13 de dezembro de 2000.

⁽³²⁾ JO C 291, p. 4 – 7.

⁽³³⁾ JO C 291, p. 4 – 6.

⁽³⁴⁾ Cf. também Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29 de novembro de 2000. As orientações também traçam regras aplicáveis aos acordos de produção e desenvolvimento, que não serão objeto de análise do presente trabalho.

⁽³⁵⁾ 2001/C 3/02, p. 1 - 3.

⁽³⁶⁾ 2001/C 3/02, p. 3.

no caso da agricultura, transporte e seguros³⁷. Os acordos que não são abrangidos pelas categorias anteriormente referidas, devem ser objeto de uma análise complementar, a fim de se detectar a eventual incidência do artigo 81 n° 1. Ponto de partida desta análise é a observação da posição das partes nos mercados afetados pela cooperação, o que permite determinar se as partes estejam, potencialmente, mantendo, adquirindo ou reforçando seu poder de mercado³⁸. Neste processo, deve ser levado em consideração o método descrito na Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante³⁹.

Caso as partes possuam uma cota de mercado reduzida, dificilmente produzirá o acordo de cooperação empresarial efeitos negativos à competição, dispensando-se qualquer análise complementar. Dado a diversidade de formas de cooperação e dos efeitos que elas possam produzir, torna-se impossível definir um limiar de cota geral. Por conseguinte, pode ser necessário considerar a concentração de mercado, enquanto elemento suplementar para a apreciação dos efeitos da cooperação sobre a concorrência. Para tanto, pode utilizar-se o índice Herfindahl-Hirshman – IHH, que é igual à soma dos quadrados das cotas de mercado individuais de todos os concorrentes⁴⁰. A concentração de mercado será considerada reduzida, para um IHH inferior a 1000; moderado, para um IHH entre 1000 a 1800; e, elevado, para um IHH superior a 1800. Outro indicador, que pode ser utilizado, é a razão da concentração da empresa líder, que resume as cotas de mercado individuais dos principais concorrentes. Inevitavelmente, outros fatores também devem ser levados em consideração, como a estabilidade das cotas

de mercado, os obstáculos à entrada, a probabilidade de outras entradas no mercado, o poder de compensação dos compradores/fornecedores ou a natureza dos produtos⁴¹.

Além disso, os acordos abrangidos pelo artigo 81 n° 1 do TCE poderão se beneficiar de alguma isenção, caso preencham os seguintes requisitos previstos no n° 3 do mesmo artigo:

- a) Contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico econômico;
- b) Reservem aos consumidores parte equitativa do lucro ora resultante;
- c) Apresentem indispensabilidade das restrições para realização do negócio;
- d) Não formem ou reforcem posição dominante.

A primeira condição refere-se à exigência de que o acordo contribua pró-ativamente à melhoria da produção, distribuição de produtos, ou ao progresso tecnológico, de forma a compensar os seus efeitos negativos. Certamente, deve ser comprovado que estes ganhos de eficiência não poderiam ser obtidos através de meios menos restritivos. Ademais, estas vantagens econômicas devem beneficiar não somente as partes do acordo, mas também os consumidores, de forma que as reduções em termos de custo de produção devam ser repassadas ao preço do produto, para que todos os integrantes da cadeia recebam porções equitativas das vantagens econômicas⁴².

Outro requisito é a necessidade de que as restrições à concorrência sejam necessárias à obtenção

⁽³⁷⁾ Regulamento n° 26/02 (JO 30 de 20 de abril de 1962 – agricultura); Regulamento (CEE) n° 1017/68 do Conselho (JO L 175 de 23 de julho de 1968 – transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável); Regulamento (CEE) n° 4056/86 do Conselho (JO L 378 de 31 de dezembro de 1986 – transportes marítimos); Regulamento (CEE) n° 3975/87 do Conselho (JO L 374 de 31 de dezembro de 1987 (transportes aéreos); Regulamento (CEE) n° 3976/87 do Conselho (JO L 374 de 31 de dezembro de 1987 – transportes aéreos); Regulamento (CEE) n° 1617/93 da Comissão (JO L 155 de 26 de junho de 1993 – isenção por categoria relativa ao planejamento e coordenação de horários, às operações conjuntas, às consultas sobre as tarifas de passageiros e de frete de serviços aéreos e à atribuição das faixas horárias nos aeroportos); Regulamento (CEE) n° 479/92 do Conselho (JO L 55 de 29 de dezembro de 1992 – companhias de transportes marítimos regulares); Regulamento (CE) 870/95 da Comissão (JO L 89 de 21 de abril de 1995 – isenção por categoria de certos acordos entre companhias de transportes regulares); Regulamento (CEE) n° 1534/91 do Conselho (JO L 143 de 7 de junho de 1991 – setor de seguros); Regulamento (CEE) n° 3932/92 da Comissão (JO L 398 de 31 de dezembro de 1992 – isenção por categoria de certos acordos no domínio de seguros).

⁽³⁸⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

⁽³⁹⁾ JO C 372 de 9 de dezembro de 1997.

⁽⁴⁰⁾ Logo, um mercado composto por quatro empresas com cotas de 30%, 25%, 25% e 20% poderá ter, por exemplo, um IHH de 2550 (900+625+625+400) antes da cooperação. Se as duas empresas com maior poder de mercado iniciem uma cooperação, o IHH passará para 4050 (3025+625+400) com a operação. É este IHH que será relevante à apreciação dos eventuais efeitos da cooperação no mercado. Cf. 2001/C 3/02, p. 5.

⁽⁴¹⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

⁽⁴²⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

das vantagens econômicas. Por conseguinte, caso haja meios menos restritivos para a realização do negócio, os alegados ganhos de eficiência não serão tidos como justificáveis. Este caráter indispensável depende da situação do mercado e da duração do acordo⁴³. Finalmente, tem-se como fator fundamental à aceitação da cooperação horizontal, a não eliminação da concorrência. Deste modo, se uma empresa for dominante ou se tornar dominante devido a um acordo horizontal, este acordo produzirá, em princípio, efeitos anti-concorrenciais na aceitação do artigo 81 do TCE.

4. CONCLUSÃO

A análise comparada dos institutos estrangeiros de Direito Antitruste contribui para delimitar o espaço sócio-econômico de atuação das formas de cooperação empresarial, bem como apontar soluções e/ou deficiências presentes no ambiente legislativo e jurisprudencial. Por conseguinte, o estudo da teoria dos Contratos Simbióticos sugere uma abordagem mais pragmática das atividades econômicas do mundo moderno, que tendem a abandonar, gradativamente, formas organizacionais hierarquizadas, por organizações com bases contratuais mais flexíveis, como as em forma de redes. Estes contratos/acordos emanam não só de instrumentos jurídicos típicos, mas também de outros institutos que foram desenvolvidos pela práxis negocial e que o direito ainda não apresenta um tratamento específico.

Destaca-se, que as formas atípicas de cooperação empresarial, são as que melhor atendem a esta necessidade de flexibilização dos instrumentos jurídicos da organização empresarial moderna. Não obstante, são as que também apresentam uma maior complexidade para o controle econômico estatal ou comunitário, dado a dificuldade da sua predefinição através de regras legislativas claras, devendo ser interpretadas caso a caso. Este é o critério da jurisprudência alemã do “necessário”, “apropriado” ou “razoável”, ou da teoria dos contrapostos da Comissão Européia. Nesta senda, percebe-se, adicionalmente, a insuficiência da simples distinção entre restrições verticais e horizontais à competição, vez que, em alguns casos, relações verticais acabam sendo sobrepostas por horizontais, o que não as torna, necessariamente, anti-competitivas. Ademais, não se observa grande atenção pelo poder estatal alemão ou comunitário europeu no controle da associação em si,

nos casos em que a situação negocial apresente acentuada desigualdade econômica entre as empresas da aliança, o que pode tender a uma relação de parasitismo, ao invés de simbiose. Entretanto, percebe-se uma admirável preocupação da Comissão Européia em definir regras/exceções aplicáveis às pequenas e médias empresas, com vistas a facilitar sua inserção e/ou fortalecimento em mercados muitas vezes contingenciados por grandes redes.

No tocante às cláusulas de não solidariedade, enquanto instrumento de proteção dos membros da aliança contra atos de oportunismo, denota-se certa relutância pelos tribunais alemães em aceitá-las. Este posicionamento dogmático parte de um desejo de proporcionar maiores garantias e segurança à comunidade, bem como de um temor de que a desregulamentação do mercado importe em perda de poder político. Todavia, as necessidades econômicas modernas e muitas vezes o caráter supranacional do direito comunitário, tem imposto uma paulatina mitigação desta visão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUÑADA, Benedito. *Teoría Contractual de la Empresa*, Madrid, Editora Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 483 p., 1998.
- BUXBAUM, R. Is “Network” a Legal Concept?. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 698-705, 1993.
- CRAIG, Paul & De Búrca, Gráinne. *EU Law : Text, Cases, and Materials*. Oxford, Oxford University Press, 1421 p., 2003.
- COASE, R. H. The Nature of the Firm. *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, p. 33-55, 1988.
- COLLINS, H. Discretionary Powers in Contracts. *Implicit Dimensions of Contract – Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford e Portland, Oregon, Ed. Hart Publishing, p. 219-254, 2003.
- HUTTER, M. & TEUBNER, G., The parasite Role of Hybrids. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 706-715, 1993.
- IMMENGA, Ulrich, DANNERCKER, Gerhard & MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*. 3ª edição, Munique, 2919 p., Editora Beck, 2001.

⁽⁴³⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

- JOERGES, C. Status and Contract in Franchising Law. *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, p. 11-66, 1991.
- KAAS, K. P. *Symbiotic Relationships Between Producers and Retailers in the German Food Market?*, Tübingen, p. 741-747, 1993.
- KIRCHNER, C. Symbiotic Arrangements as a Challenge to Antitrust. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 152, Tübingen, p. 226-243, 1996.
- LANGE, Knut Werner. *Das Recht der Netzwerke – Moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb*, Heidelberg, Editora Verl. Recht und Wirtschaft, 696 p., 1998.
- LANGEN, Eugen & HERMANN-JOSEF, Bunte. *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*. 10ª edição, Berlin, 3498 p., 2004.
- MERNARD, M. On Cluster, Hybrids, and Other Strange Forms: The Case of the French Poultry Industry. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 152, Tübingen, p. 154-184, 1996.
- PARETO, Vilfredo. *Manuel d'economie politique*, 5ª edição, Genova, 1981.
- PICOT, A. Contingencies for the Emergence of Efficient Symbiotic Arrangements. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 731-740, 1993.
- POSSAS, M. L.; FAGUNDES, J. & PONDE, J. L., Política Antitruste: um Enfoque Schumpeteriano. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 22, p. 45-68, jan./mar. 1996.
- RAUB, W. & WEESIE, J. *Symbiotic Arrangements: A Social Perspective*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 716-724, 1993.
- SCHANZE, E. Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation. *Franchising and the Law – Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, p. 67-104, 1991.
- _____. Regulation by Consensus – The practice of International Investment Agreements. *Journal of Institutional and Theoretical Agreements*, p. 142 -171, 1988.
- _____. Symbiotic Arrangements. *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Londres e Nova York, vol. 3, p. 554-559, 1988.
- SCHMIDT, R. & FELLERMANN, S. *On Explaining Strategic Alliances*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 748-755, 1993.
- Site da União Européia: www.europa.eu.int.
- Site do Ministério da Justiça Alemão: www.bundesrecht.juris.de.
- SPINDLER, G. Symbiotic Contracts and Corporate Groups. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 756-761, 1993.
- TEUBNER, G. Piercing the contractual veil: social responsibility of contractual networks? *Perspectives of Critical Contract Law*, Ed. T. Wilhelmsson (Aldershot/ Brookfield, VT: Dartmouth), Tübingen, p. 211-238, 1993.
- WILLIAMSON, O. E. The Logic of Economic Organization. 4 *Journal of Law, Economics and Organization*, Londres, p. 65-73, 1988.
- _____. The Fading Boundaries of the Firm: Comment. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 152, Tübingen, p. 85-88, 1996.
- _____. Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics* 233, Chicago, 1979.
- _____. The Economic Institutions of Capitalism. Nova York, Editora Free Press, 1985, 442 f.

SOBERANIA E “PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL”¹

Prof. Dr. Luiz Paulo ROUANET

PUC-Campinas/Universidade São Marcos

RESUMO

Procura-se compreender a noção de “patriotismo constitucional”, defendida por Jürgen Habermas”, em conjunção com as noções de soberania e de direitos humanos. Estão em jogo concepções opostas sobre formas de governo, especialmente uma visão liberal individualista contraposta a uma visão de um socialismo coletivista. A noção de “patriotismo constitucional” situa-se a meio termo entre essas duas correntes, no que se poderia chamar também de um republicanismo democrático, *a la Kant*. Por fim, procura-se examinar a realidade sul-americana contemporânea à luz desses conceitos.

Palavras-chave: Patriotismo constitucional, liberalismo político, socialismo, América do Sul.

ABSTRACT

This paper try to understand the notion of “constitutional patriotism”, suggested among others by Jürgen Habermas, relating it with the correlative terms soberany and Human Rights. In focus are opposing conceptions about governments modes, in special a liberal individualistic vision opposed to a socialist collectivist one. The notion of “constitutional patriotism” can be placed among these two tendencies, in what we could call a democratic republicanism, in a Kantian manner. Finally, it examines the South American contemporary reality at the light of these concepts.

Keywords: Constitutional patriotism, political liberalism, Socialism, South América.

A idéia de “patriotismo constitucional” tem freqüentado as discussões filosóficas atuais, e gostaria de compreender melhor essa expressão e discuti-la aqui. A noção aparece especialmente em textos de Habermas, os quais examinarei.² É preciso, porém, especificar os termos do debate sobre soberania e direitos humanos no Brasil hoje. Temos preocu-

pações específicas, que nem sempre coincidem com os interesses que movem os intelectuais europeus e norte-americanos nos quais costumamos nos espelhar. As categorias talvez sejam semelhantes, mas o conteúdo varia muito, pois vivemos aqui uma realidade distinta, com outras necessidades, outras premências.

⁽¹⁾ Texto apresentado durante o I Colóquio Direito e Estado - “Direito, Estado e Terror”, promovido pelo Núcleo de Estudos Estratégicos e pelo Grupo de Estudos em Direito e Estado do IFCH-UNICAMP, no dia 10 de junho de 2005.

⁽²⁾ Especialmente, Habermas, Jürgen, A inclusão do outro. 2ª ed. Trad. George Sperber, Paulo A. Soethe e Milton C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004; “Acerca da legitimação com base nos Direitos Humanos”. In Constelação pós-nacional. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera mundi, 2001, p. 143-63.

Seriam as categorias que norteiam o debate no hemisfério Norte aplicáveis à realidade sul-americana, de maneira mais geral? Em caso afirmativo, como adaptá-las para nossa realidade, ou então, caso se dê resposta negativa a essa questão, que categorias se poderia pôr no lugar? Por fim, como compreender a relação entre soberania e Direitos Humanos em nosso continente e, mais especificamente, em nosso país?

Minha apresentação se dividirá, portanto, nos seguintes tópicos: (I) exame da noção de “patriotismo constitucional”; (II) relação entre soberania e Direitos Humanos; (III) exame da realidade sul-americana e brasileira à luz desses conceitos.

I

O conceito de “patriotismo constitucional” ou “cívico” está presente nas reflexões de Jürgen Habermas pelo menos desde 1992, com a publicação de *Faktizität und Geltung*.³ Pode-se citar, à guisa de definição, o seguinte trecho desse livro:

A existência de sociedades multiculturais, tais como a Suíça e os Estados Unidos, revela que uma cultura política, construída sobre princípios constitucionais, não depende necessariamente de uma origem étnica, lingüística e cultural comum a todos os cidadãos. Uma cultura política liberal forma apenas o denominador comum de um patriotismo constitucional capaz de agudizar, não somente o sentido para a variedade, como também a integridade das diferentes e coexistentes formas de vida de uma sociedade multicultural.⁴

Mais do que uma definição, trata-se de uma descrição. O patriotismo constitucional, ou cívico, aparece como uma alternativa ao individualismo liberal e ao republicanismo, entendido como “humanismo cívico” (Rawls), isto é, que exige envolvimento total do cidadão nas questões públicas, que redundam em uma

forma de autoritarismo totalitário. O patriotismo constitucional visaria conservar a “liberdade dos modernos” ao mesmo tempo em que recupera uma parte da “liberdade dos antigos”, na expressão de Benjamin Constant. Rawls defendia postura semelhante, embora não tenha cunhado um termo para isso. Dizia-se contrário ao “humanismo cívico”, mesmo afirmando que nenhuma sociedade sobrevive sem algum grau de envolvimento dos cidadãos na política, especialmente aqueles vocacionados para ela: “Embora a justiça como equidade seja perfeitamente compatível com o republicanismo clássico, ela rejeita o humanismo cívico”.⁵

O patriotismo constitucional é, portanto, menos do que um nacionalismo republicano e mais do que um individualismo possessivo. Por um lado, o individualismo liberal não é capaz de assegurar a coesão social, e pode levar à dissolução da sociedade; por outro lado, o nacionalismo republicano pode levar à perda das liberdades individuais asseguradas na Modernidade Ocidental. Como diz André Berten, “Construir uma sociedade justa, contando-se exclusivamente com os comportamentos individuais interessados e estratégicos, só poderá levar a uma meta: à dissolução do vínculo social”.⁶ Porém, como assegurar esse envolvimento dos cidadãos? Não há como assegurar, depende da motivação política, e sem algum grau de espontaneísmo, quer motivado pelas necessidades básicas, quer motivado pelos desejos, não se pode de fato garantir essa participação. Nesse sentido, discordo da conclusão de Berten no artigo citado. Diz ele:

A idéia de reconhecimento mútuo dos republicanos aproxima-se da idéia de razão pública de Rawls: tanto num quanto no outro caso, trata-se de afirmar que uma sociedade só será justa se (quase) todos os seus cidadãos forem justos - mas os cidadãos só serão motivados a agir civicamente se a sociedade em que vivem for uma sociedade justa.⁷

⁽³⁾ **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4ª ed. Frankfurt/M: Suhrkamp, (1992) 1994; Direito e democracia - Entre facticidade e validade. 2 vs. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1997.

⁽⁴⁾ **Direito e democracia**, op. cit., p. 289 (itálico do autor).

⁽⁵⁾ Rawls, John. Justice as fairness - A restatement. Ed. Erin Kelly. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, p. 142 (minha tradução); cf. Justiça como equidade - Uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 201.

⁽⁶⁾ Berten, André. Republicanismo e motivação política. In Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, p. 21-36, p. 31.

⁽⁷⁾ Idem, p. 36. Cf. Rawls, John. The idea of public reason revisited. In Idem, **Collected papers**. Ed. Samuel Freeman. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1999, p. 573-615; Rouanet, Luiz P. A idéia de razão pública em Rawls. In Alberto O. Cupani e César A. Mortari (org.). **Linguagem e filosofia** - Anais do Segundo simpósio Internacional Princípios. Florianópolis: NEL/UFSC, 2002, p. 283-96.

Concordo que uma sociedade injusta favorece os comportamentos iníquos, mas é justamente a ação cívica por parte de setores da sociedade que pode contribuir para a moralização e gradual correção de rumos dessa sociedade, no sentido de epar-la uma sociedade mais justa. Pelo contrário, em uma sociedade justa, ou bem-ordenada, os cidadãos não precisariam ser *motivados* para agir civicamente, pois já o fariam naturalmente.

Busquemos mais elementos para compreensão do patriotismo constitucional. Em outro texto, Habermas assim se refere ao termo:

A cultura política de um país cristaliza-se em torno da constituição em vigor. Toda cultura nacional, sob a luz da própria história, amolda em cada caso um tipo de leitura diferente para os mesmos princípios - tais como a soberania do povo e direitos humanos -, os quais também se corporificam em outras constituições republicanas. *Sobre a base dessa interpretação, um "patriotismo constitucional" pode ocupar o lugar do nacionalismo original.*⁸

Nesse sentido, em vez de orgulhar-se de um "sentimento nacional" ou de "um sentimento de pertença à nação", que o mais das vezes se apóia sobre uma pretensa unidade cultural, religiosa, étnica ou lingüística (que em alguns casos pode ser real, mas isto não importa para o argumento), cabe ao cidadão unir-se em torno dos princípios constitucionais que asseguram os mesmos direitos e deveres a cada indivíduo que faz jus ao título de cidadão daquele país. Essa "crença" comum seria a condição de estabilidade dessa sociedade, assegurando simultaneamente os direitos individuais e os deveres cívicos e constitucionais. Nas palavras de Habermas:

A constituição revelou-se como moldura institucional eficiente para uma dialética entre a igualdade jurídica e factual, que ao mesmo tempo fortalece a autonomia privada dos cidadãos, bem como sua autonomia cidadã no âmbito do Estado.⁹

Aceitando-se a noção de "patriotismo constitucional" ou "cívico" como resolvendo por ora o conflito entre "liberdade dos antigos" e "liberdade dos

modernos", examinemos agora a relação entre soberania e Direitos humanos, antes de analisar, à luz desses conceitos, aspectos da realidade sul-americana contemporânea.

II

Abordo agora o tema proposto para esta mesa: Direitos Humanos e soberania. Eis a ementa:

Direitos Humanos versus Soberania

O plano internacional apresenta um cenário de desigualdade entre os Estados. Nesse contexto, a soberania torna-se a única defesa que o Estado fraco possui em relação ao forte. Entretanto, em oposição à acepção clássica do termo, a palavra soberania continua a ser interpretada em sentido moderno, qual seja, relativo. Destarte, como resolver a equação entre direitos humanos e soberania? É possível justificar a intervenção de uma aliança de Estados noutro Estado pela defesa dos direitos humanos ou da democracia?¹⁰

Apoiando-me na teoria democrática que me é mais familiar, procurarei responder, por ordem, às duas questões postas no texto acima. A primeira delas, a saber, "como resolver a equação entre direitos humanos e soberania?", é talvez a que levanta mais dificuldades, pois a relação entre os termos não é bem evidente, só ficando clara à luz da segunda pergunta. Mas é da resposta à primeira que se pode ensaiar uma resposta à segunda (É possível justificar a intervenção de uma aliança de Estados noutro Estado pela defesa dos direitos humanos ou da democracia?), cuja dificuldade não é tanto teórica, como política.

A noção de soberania que se tem em vista, naturalmente, é a de soberania moderna, ligada aos Estados nacionais, ou Estados-nação. Não irei empreender aqui uma reconstituição histórica do conceito de soberania.¹¹ Para nossos fins, basta salientar que se trata de uma noção de soberania não mais atrelada ao príncipe, mas sim à idéia de nação e, mais do que isso, de um Estado regido por leis, ou Estado

⁽⁸⁾ Habermas, Jürgen, A inclusão do outro, op. cit., p. 141 (itálico meu).

⁽⁹⁾ Idem, p. 143.

⁽¹⁰⁾ Ementa constante do programa do I COLÓQUIO DIREITO E ESTADO: "DIREITO, ESTADO E TERROR", Campinas, UNICAMP, 08 a 10 de junho de 2005.

⁽¹¹⁾ Para uma abordagem histórica, remeto ao livro de Alberto Ribeiro de Barros, A teoria da soberania em Jean Bodin. São Paulo: UNIMARCO/FAPESP, 2001, incluindo o prefácio de Rolf Kuntz.

democrático de Direito. A contrapartida dessa noção de soberania é a de cidadão, pela qual este não é um mero súdito, mas detentor de direitos e deveres. Além disso, a soberania não se encontra mais vinculada à doutrina do direito divino dos reis, passando a apoiar-se em um constitucionalismo, com a noção correlata de soberania popular.¹²

Tomemos a seguinte frase como definição da soberania em sentido moderno: “Estados modernos caracterizam-se (...) pelo fato de que a potência política se constitui sob a forma do direito positivo, ou seja, regulamentado, e que coage”.¹³ Podemos aceitar essa definição hoje? Sim, mas com a ressalva de que em nossos dias já não se aceita a alegação de soberania em casos de grave violação dos direitos humanos. Tal opinião se difundiu a partir do final da Segunda Guerra, quando se viu a que extremos os governantes de certos países chegam no que concerne ao trato com os indivíduos que se encontram locados em seus territórios. A partir da criação do Tribunal Internacional, em 1946, os soberanos não podem mais, em nome da soberania, desrespeitar seus cidadãos, pois estes, antes de serem cidadãos deste ou daquele país, deste ou daquele Estado, pertencem à humanidade, e enquanto tais devem ser tratados.¹⁴

Com isto, de certa forma já respondi às duas questões propostas, mas volto a separá-las, para maior clareza. Repito a primeira pergunta: “como resolver a equação entre direitos humanos e soberania?”. A resposta passa pela questão da legitimidade. Um governo legítimo, hoje, pelo menos nas democracias ocidentais, é aquele que se apóia no reconhecimento, pela população, da forma de governo, bem como pela votação naqueles que devem exercer efetivamente esse governo.

A teoria política deu uma dupla resposta para a questão da legitimidade: soberania popular e direitos humanos. O princípio da soberania popular fixa um procedimento que fundamenta a expectativa de resultados legítimos com base nas suas qualidades democráticas. Esse princípio

expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que asseguram a autonomia pública do cidadão. Em contrapartida, aqueles direitos humanos clássicos - que garantem aos cidadãos da sociedade a vida e a liberdade privada, a saber, âmbitos de ação para seguirem seus planos de vida pessoais - fundamentam uma soberania das leis legítima a partir de si mesma. O direito positivado, ou seja, modificável, deve se legitimar sob esses dois pontos de vista normativos como um meio para proteção igualitária das autonomias privada e civil do indivíduo.¹⁵

Assim, na compreensão da soberania moderna, que é praticamente equivalente à de soberania popular, ou pelo menos controlada por leis e, por isso, passível de maior controle por parte da população, soberania e direitos humanos são termos associados, e cada vez mais. Como mostrou Norberto Bobbio, em *A era dos direitos*,¹⁶ os direitos humanos foram sendo cada vez mais especificados, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução francesa, até a carta das Nações Unidas e os diversos pactos complementares, que têm especificado cada vez mais esses direitos em direitos das mulheres, dos presos políticos, da criança e do adolescente, do deficiente físico etc. Bobbio também enfatiza que já passamos da época da *fundamentação* dos direitos para a da *implementação* desses direitos.

A concepção de direitos humanos varia desde uma ênfase nos direitos individuais, nas sociedades mais liberais, à ênfase nos direitos coletivos de outras tradições. Há quem defina um núcleo de direitos humanos básicos a servirem de base para uma sociedade de povos, sob um direito dos povos (Rawls). A Carta das Nações Unidas pode servir de base para o estabelecimento desses direitos humanos mínimos. Como diz Rawls, “Os direitos humanos estabelecem um padrão necessário, embora não suficiente, para a decência das instituições políticas e sociais domésticas”.¹⁷

⁽¹²⁾ Cf. Skinner, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato J. Ribeiro e Laura T. Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, p. 394 e ss.

⁽¹³⁾ Habermas, J. *A constelação pós-nacional*, op. cit., p. 144.

⁽¹⁴⁾ Para um mostra desses extremos, cf. Power, Samantha. *Genocídio*. Trad. Laura T. Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2004. Para o Tribunal Internacional de Justiça, cf. o site <http://www.icj-cij.org/>.

⁽¹⁵⁾ Habermas, J. *Constelação pós-nacional*. Op. cit., p. 146 (itálicos meus).

⁽¹⁶⁾ Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus (1992) 2004.

⁽¹⁷⁾ Rawls, John. *The law of peoples*. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1999, p. 80: “Human rights set a necessary, though not sufficient, standard for the decency of domestic political and social institutions”. Existe tradução brasileira, *O Direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, mas aqui e na seqüência estou efetuando minha própria tradução.

Sua formulação, no âmbito da Sociedade dos povos, procura ser geral o suficiente para não se restringir às sociedades liberais.

Os direitos humanos no Direito dos povos (...) expressa uma classe especial de direitos urgentes, como liberdade da escravidão e da servidão, liberdade (mas não igual liberdade) de consciência, e salvaguarda de grupos étnicos de assassinatos em massa e genocídios. A violação dessa classe de direitos é igualmente condenada tanto por povos liberais razoáveis como por povos hierárquicos decentes.¹⁸

É importante salientar que Rawls busca aqui o "consenso por sobreposição", evitando as armadilhas de uma concepção de direitos humanos exclusivamente liberal. Especifica, ainda, que os "direitos humanos são distintos de direitos constitucionais, ou dos direitos de cidadania liberal democrática".¹⁹

A discussão nos levaria longe. Prefiro, aqui, reforçar a idéia de que soberania e direitos humanos são, cada vez mais, compatíveis no mundo contemporâneo, e isto sem nos limitarmos ao mundo ocidental ou ao chamado Primeiro Mundo. Com isso, podemos voltar a atenção para a segunda questão: "É possível justificar a intervenção de uma aliança de Estados noutro Estado pela defesa dos direitos humanos ou da democracia?"

Kant, no quinto artigo preliminar de seu Projeto de Paz Perpétua, afirma que só se justifica a intervenção em outros Estados por motivo de discórdia interior.

[Artigo] 5: Nenhum Estado deve intrometer-se pela força na Constituição e no Governo de outro Estado.

(...) se um Estado se divide por desunião interna em duas partes, cada uma das quais passa a representar por si um Estado à parte, com a pretensão de ser [dominar] o todo; se um outro Estado presta assistência a uma delas, isto não poderia ser considerado uma ingerência na Constituição do outro Estado (pois ele se encontra então em Estado de anarquia).²⁰

Kant é bem claro: a intervenção só se justifica em caso de discórdia interior, quando o país se encontra em guerra civil. Trata-se de uma ajuda humanitária a uma das partes em conflito. Foi o caso, pode-se argumentar, da primeira guerra do Golfo, quando os Estados Unidos intervieram em defesa do Kuwait, que fora atacado pelo Iraque. Foi o caso, pode-se defender ainda, no Afeganistão, em que pese as pesadas baixas civis (não existe "guerra cirúrgica"!). No caso da recente invasão do Iraque, é mais difícil de defender essa intervenção, pois não havia clareza quanto à existência efetiva de armas químicas e bacteriológicas de destruição em massa, o motivo declarado da intervenção. Porém, não é porque condenamos a atitude dos EUA e aliados, que resolveram atacar sem o aval da ONU, que se pode fazer de Saddam Hussein um herói! Quanto ao Afeganistão, não se deve esquecer do atraso dos talebãs, que impunham sua dominação a toda uma parte da população, especialmente às mulheres.

Para deixar clara minha posição, diria que se justifica a intervenção em casos graves de violações dos direitos humanos. Quanto à ONU e seu papel, enquanto houver o poder de veto das grandes potências, e o Conselho de segurança não for ampliado, sua legitimidade e força serão limitadas, não obstante o grande poder moral de que ainda desfrutam a Organização e seu secretário-geral. Esses direitos humanos, porém, devem definir-se de maneira mais restrita, de modo a abranger concepções de sociedades hierárquicas decentes, e não se restringir às concepções vigentes nos países liberais.

Por último, gostaria de deslocar o foco de análise do Primeiro para o Terceiro Mundo, ou mais especificamente para a América do Sul.

III

A resposta negativa que, por ora, dois grandes países da Europa - França e Holanda - deram à Constituição européia é emblemática da dificuldade em se conseguir a unidade política do continente, ainda que a unidade comercial tenha se realizado em sua quase

⁽¹⁸⁾ Idem, p. 78-9: "Human rights in the Law of Peoples (...) express a special class of urgent rights, such as freedom from slavery and serfdom, liberty (but not equal liberty) of conscience, and security of ethnic groups from mass murder and genocide. The violation of this class of rights is equally condemned by both reasonable liberal peoples and decent hierarchical peoples".

⁽¹⁹⁾ Idem, ibidem. Cf. Rouanet, Luiz P. Rawls e o enigma da justiça. São Paulo: Unimarco, 2002.

⁽²⁰⁾ Kant, l. BA 11, 12; Para a paz perpétua - Um esboço filosófico. Trad. J. Guinsburg. In Guinsburg, J. (org.). A paz perpétua - Um projeto para hoje. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 35. O volume contém ainda artigos de Roberto Romano, Anatol Rosenfeld e Jacques Derrida.

totalidade (com a notável exceção do Reino Unido). Muito se terá de discutir, ainda, para convencer os cidadãos dos Estados Nacionais que podem abrir mão de sua própria autonomia política em troca de um cosmopolitismo europeu. O projeto europeu está mais próximo do projeto do Abbé de Saint-Pierre,²¹ com tudo o que tem de utópico. Muita discussão ainda terá de ser feita. Talvez mesmo essa unidade política deva ser substituída por uma Federação ou Liga de Nações, como queria Kant.

Para trazer essa discussão para o âmbito do continente Sul-americano, nossa dificuldade é ainda maior, pois nem sequer a unidade comercial foi ainda atingida. Existe uma grande diversidade e disparidade entre os países do continente, sob vários aspectos; econômico, cultural, político e social. Enquanto o Chile parece viver um período de prosperidade singular, se comparado com o restante do continente, outros países, como o Equador e a Bolívia atravessam turbulência política e econômica grave; a Venezuela está dividida, com a presença de Chavez no poder polarizando as classes sociais, em governo de forte tendência populista de esquerda; a Argentina parece ter atravessado o pior de sua crise econômica e política, mas sobrevive à custa de bravatas e calotes internacionais; a Colômbia não consegue libertar-se do pesadelo do narco-tráfico, da guerrilha e dos grupos para-militares de direita; o Brasil por fim, vive um período de estabilidade econômica sem precedentes recentes, mas com crescimento mínimo ou nulo. Do ponto de vista político, embora as instituições sejam bem mais estáveis do que em outros países da América Latina, atravessamos um período de questionamento da governança, dada a falta de confiabilidade de membros do executivo e denúncias diárias de corrupção.

Assim, a unidade na América do Sul parece bem mais difícil de ser conquistada. No que diz respeito à discussão de soberania *versus* direitos humanos, ainda que se tenha efetuado avanços no continente, com a diminuição do número de ditaduras explícitas, os direitos humanos são diariamente desrespeitados nas prisões e no cotidiano das grandes cidades e zonas rurais. Soma-se a isso uma legislação por vezes excessivamente complacente com aqueles que infringem a lei, em nome de uma concepção laxista de direitos humanos.

Quanto à noção de soberania, esta não tem sido gravemente ameaçada; pelo menos internamente, não

tem havido casos de guerras ou invasões, exceto alguns conflitos esporádicos entre Chile e Argentina, ou Venezuela e Colômbia, mas que têm se resolvido no campo diplomático. Há uma ameaça latente por parte da potência hegemônica no planeta, os EUA, seguido de advertências igualmente inquietantes por parte da China, mas não creio que esses países estejam dispostos, no momento, de abrir mais um front, pois as atenções se voltam para países estrategicamente mais relevantes para seus interesses atuais.

Em suma, a discussão sobre soberania e direitos humanos, no que concerne à América do Sul, diz respeito mais a uma autonomia econômica e política regional frente a potências hegemônicas, que não se encontra seriamente ameaçada. No que concerne aos direitos humanos, ainda temos que avançar muito, tanto no aspecto da observância das leis atuais, como no aspecto do aprimoramento da legislação atual (especialmente no caso brasileiro), de modo a não ser conivente com o crime em qualquer de suas formas.

Quanto à noção de “patriotismo constitucional”, esta parece ser uma boa tentativa de se situar entre a noção liberal de direitos individuais e uma noção não-liberal de direitos coletivos, uma vez que se apóia na constituição, e por esse motivo dependerá da escolha do próprio povo de cada país.

BIBLIOGRAFIA

- Barros, Alberto R. de. **A teoria da soberania em Jean Bodin**. São Paulo: UNIMARCO/FAPESP, 2001
- Berten, André. Republicanismo e motivação política. In: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, p. 21-36.
- Bobbio, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- Habermas, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats. 4a. ed. Frankfurt/M: Suhrkamp, (1992) 1994;
- _____. **Direito e democracia** - Entre facticidade e validade. 2 vs. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1997.
- _____. **Constelação pós-nacional**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera mundi, 2001.

⁽²¹⁾ Saint Pierre, Abbé de. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa**. Trad. São Paulo; IMESP, 2003. Cf. Rouanet, Luiz P. **A paz perpétua** - Estudo sobre o pensamento político de Immanuel Kant. Dissertação de Mestrado. São Paulo; FFLCH-USP, 1994.

_____. **A inclusão do outro.** 2a. ed. Trad. George Sperber, Paulo A. Soethe e Milton C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

Kant, I. Zum ewigen Frieden. Werkasugabe. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1977, Band XI, BA 11, 12.

_____. Para a paz perpétua - Um esboço filosófico. Trad. J. Guinsburg. In Guinsburg, J. (org.). **A paz perpétua** - Um projeto para hoje. São Paulo: Perspectiva, 2004.

Power, Samantha. **Genocídio.** Trad. Laura T. Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

Rawls, John. The idea of public reason revisited. In Idem, **Collected papers.** Ed. Samuel Freeman. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1999, p. 573-615.

_____. **The law of peoples.** Cambridge, Mass./London; Harvard University Press, 1999.

_____. **O Direito dos povos.** São Paulo: Martins Fontes, 2000

Justice as fairness - A reestatement. Ed. Erin Kelly. Cambridge, Mass./London; Harvard University Press, 2001.

_____. **Justiça como equidade** - Uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Rouanet, Luiz P. **À paz perpétua** - Estudo sobre o pensamento político de Immanuel Kant. Dissertação de Mestrado. São Paulo; FFLCH-USP, 1994.

_____. **Rawls e o enigma da justiça.** São Paulo: Unimarco, 2002.

_____. A idéia de razão pública em Rawls. In Alberto O. Cupani e César A. Mortari (org.). **Linguagem e filosofia** - Anais do Segundo simpósio Internacional Principia. Florianópolis: NEL/UFSC, 2002, p. 283-96.

Saint Pierre, Abbé de. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa.** Trad. São Paulo; IMESP, 2003.

Skinner, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Trad. Renato J. Ribeiro e Laura T. Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

PERFIL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA TRABALHISTA

Manoel Carlos TOLEDO FILHO¹

RESUMO

O artigo visa proceder a uma breve análise dos dispositivos legais que disciplinam a execução de títulos judiciais trabalhistas, de modo a estabelecer as hipóteses em que a prestação jurisdicional a cargo de seu cumprimento teria caráter meramente provisório.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, título judicial, execução provisória.

ABSTRACT

The article seeks to proceed to a brief analysis of the legal devices that discipline the execution of labor judicial titles, in way to establish the hypotheses in that the jurisdictional activity under the responsibility of its execution would have character merely provisional.

Keywords: Labor Rights, judicial title, provisional execution.

O objetivo do presente artigo é proceder a uma breve análise sistemática do regramento legal que disciplina a execução de títulos judiciais trabalhistas, em ordem a estabelecer quais seriam as hipóteses em que a atividade do órgão estatal, encarregado de fazê-la cumprir, estaria impedida de atingir sua inteira plenitude, vale dizer, realizar-se-ia de modo meramente provisório.

O primeiro dispositivo a ser analisado é o caput do artigo 899 da CLT, a seguir transcrito:

Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

Como se observa, o legislador consolidado claramente explicitou que a regra geral, quando de

processo trabalhista se trate, é a possibilidade de execução desde logo, ainda que exista recurso pendente de apreciação por instância superior àquela em que a execução haverá de processar-se.

Isto significa que, a rigor, toda sentença trabalhista detém a potencialidade imediata de produzir efeitos no mundo dos fatos, transformando a realidade da vida que se encontre subjacente ao processo.

Ao revés assim do quanto ordinariamente se passa na órbita do processo civil, o título judicial laboral já nasce com o atributo da *efetividade*, circunstância esta que se explica e se justifica pela índole alimentar quase sempre agregada aos créditos que ele objetiva resguardar. Colocando a questão em outros termos, poder-se-ia dizer que, na Justiça do Trabalho, haveria uma *vulgarização* da regra inserida no inciso II, do artigo

⁽¹⁾ Juiz Titular da 10ª vara do Trabalho de Campinas. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

520 do CPC, de sorte que a *exceção* do processo civil seria a *regra* do processo trabalhista. O que é perfeitamente natural, uma vez que o processo do trabalho, historicamente, sempre foi um processo *urgente* para causas *urgentes*.²

Todavia, esclarece igualmente o legislador que a efetividade acima referida não será *integral*. Ela terá um limite, que é a consumação da constrição judicial representada pela penhora. Aqui, no perene embate, vivenciado pelos sistemas judiciários de todos os tempos, entre os valores segurança e rapidez, fez-se uma concessão à segurança: a atividade estatal desenvolver-se-á sim sem delongas, mas apenas atingirá seu ápice posteriormente à confirmação do conteúdo do título que a desencadeou.³

Mas a disciplina da atividade executória provisória não se esgota neste dispositivo. Para se entendê-la por inteiro, mister se faz analisar o conteúdo de dois outros artigos da CLT, quais sejam: o parágrafo 2º do artigo 893, e o parágrafo 2º, do artigo 897. Assim, vejamos:

Art. 893. Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:

...

§ 2º A interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal não prejudicará a execução do julgado.

Ao dizer o legislador que a interposição de recurso para a Suprema Corte não pode prejudicar a execução do julgado, estará ele a significar que, na pendência desta modalidade de apelo, a execução trabalhista assumirá índole definitiva?

Em sentido afirmativo podem ser citados os escólios de Amaro Barreto⁴ e Valentin Carrion.⁵ Já para Eduardo Gabriel Saad⁶ e Mozart Victor Russomano⁷ a

execução iria apenas até a penhora, nos termos do artigo 899 da CLT.

Queremos modestamente crer que, aqui, exista um equívoco de ordem conceitual que necessita ser afastado, em ordem a clarificar este ponto.

Com efeito: sempre que permaneça um recurso pendente, haverá a natural possibilidade de o título, em que a execução se sedimenta, ser tornado sem efeito, ser declarado ineficaz, quicá mesmo ser considerado inexistente. Existirá, enfim, a *virtualidade* de desfazimento de tudo quanto até então neste sentido se procedera.

Assim, parece claro que, havendo apelo ainda sujeito a apreciação judicial, não se poderá dizer que os atos expropriatórios vinculados à execução se revistam de natureza definitiva, pois que a sua própria validade poderá, em tese, ser objeto de plena revisão.

Logo, a conclusão que se apresenta é que, se ainda existe recurso, a execução judicial a que o processo respectivo se vincule, a rigor, será forçosamente, e sempre, de natureza provisória.

Isto, contudo, não quer dizer que esteja por completo vedada a prática de atos de alienação judicial.

A contradição que se vislumbra do conteúdo dos parágrafos acima é meramente *aparente*; ela resulta justamente do equívoco conceitual a que dantes fizemos alusão. E a resposta para o impasse pode ser encontrada na sempre abalizada doutrina de Cândido Rangel Dinamarco.

Discorrendo, na esfera do processo civil, acerca da execução na pendência de apelação interposta ante sentença que tenha rejeitado liminarmente embargos à execução, ou os haja julgado improcedentes (CPC, art. 520, inciso V), o festejado mestre das Arcadas assinala que se trata de uma execução *completa*, mas que nem por isto deixa de ser *provisória*.⁸ E isto porque

⁽²⁾ Na doutrina de Amaro Barreto, o legislador, ao mesmo tempo em que atribuiu efeito suspensivo aos recursos cuja possibilidade de êxito fosse maior, aboliu-o naquelas demandas "urgentes por natureza" (Execução cível e trabalhista. 2ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S. A., 1975, p. 46).

⁽³⁾ Esta opção restritiva do legislador é uma consequência inevitável dentro de um mecanismo judicante onde se admita a existência de recursos. Logo, o questionável aqui não é o limite que se impõe à atividade executória do Juiz, mas sim a possibilidade que se confere à parte de recorrer. Na nossa opinião, no âmbito da Justiça do Trabalho, deveria existir um sistema de instância única, à semelhança do que ocorre, por exemplo, no México (LFT, art. 848), e em algumas províncias argentinas, tais como as de Buenos Aires (Lei 11653/95, art. 2, letra "a") e Rio Negro (Lei 1504/81, art. 52).

⁽⁴⁾ Op. cit., p. 46.

⁽⁵⁾ Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 25ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 727.

⁽⁶⁾ Consolidação das leis do trabalho comentada. 36ª edição, São Paulo: LTr, 2003, p. 648.

⁽⁷⁾ Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 984.

⁽⁸⁾ Instituições de direito processual civil, volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 766.

“provisória é a execução quando os atos que a compõem são realizados com a consciência de que seus efeitos podem ser desconstituídos em caso de vir a faltar o título executivo inicialmente existente”.⁹

Eis aí, destarte, a “chave” do enigma, que tem confundido a doutrina e a jurisprudência das cortes trabalhistas. **Execução provisória não é sinônimo de execução incompleta.** A execução pode ser provisória e, ainda assim, percorrer todo o itinerário procedimental, entregando o bem da vida nas mãos do credor.

De modo que, detectando o legislador situações nas quais, a despeito da existência de recurso pendente, a presunção de legitimidade da pretensão do credor se demonstre *grandiosa*,¹⁰ ele pode autorizar a prática de atos de expropriação, a despeito da possibilidade de, ao depois, esta revelar-se indevida, pelo desaparecimento da base que a sustentava. Trata-se, aqui, de uma opção política, cuja validade atualmente encontra-se exacerbada pelo teor do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade da “razoável duração do processo”, bem como de meios que garantam “a celeridade de sua tramitação”.

E, mercê desta dimensão, é possível com segurança concluir que, na pendência de recurso extraordinário, a execução trabalhista é provisória, mas completa. Deve desenvolver-se em sua inteireza. Até porque, ademais, na seara laboral, o recurso extraordinário pode ser reputado uma genuína *anomia*.

De fato: da análise conjugada dos artigos 102, inciso III, e 896 da CLT, bem como do precedente galvanizado na Súmula 505, do Supremo Tribunal Federal, infere-se que uma causa trabalhista, para chegar a este sodalício, terá de antes passar pelo crivo do Tribunal Superior do Trabalho.¹¹ Vale dizer: o STF acaba funcionando, na generalidade dos casos, como uma verdadeira *quarta instância*. Não é só: como o recurso de revista consubstancia um apelo que igualmente se reveste de cunho extraordinário – tanto assim que esta era a sua antiga denominação – a ilação final que disto

transborda é que, para a demanda laboral, o recurso dirigido à Suprema Corte assume a condição de uma insurgência de caráter extraordinário elevada à segunda potência. É pois um recurso extraordinário *ao quadrado*, uma verdadeira *aberração*, quando se considera o contexto em que o mesmo se insere, todo ele voltado à satisfação de créditos alimentares.¹²

Por fim, cabe agora examinar o parágrafo segundo do artigo 897 da CLT:

Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias:

...

§ 2º O agravo de instrumento interposto contra o despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução da sentença.

Este preceito se reporta ao recurso de agravo de instrumento que esteja vinculado a um agravo de petição. Trata-se, assim, de apelo aforado no bojo de um processo que já se deverá encontrar em sede de execução definitiva. A interpretação que se extrai é que, se o agravo de petição for admitido, a execução, no atinente à matéria nele versada, ficará paralisada até a solução da controvérsia pela instância superior. Ou seja: a execução definitiva transmutar-se-á em execução *provisória incompleta*; já se o agravo de petição não for aceito, a interposição de agravo de instrumento fará com que a execução assumo o *status* de *provisória completa*, permitindo-se por conseguinte o seu prosseguimento integral, sem restrições de qualquer ordem. Igual solução deverá adotar-se caso o agravo de petição seja desprovido, ocorra interposição de recurso de revista, este tenha seu processamento denegado, e o devedor interponha então agravo de instrumento para o TST.¹³

CONCLUSÕES

- 1) No processo trabalhista, a possibilidade de execução provisória é a regra geral a ser

⁽⁹⁾ Idem, p. 768.

⁽¹⁰⁾ Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, apóia-se o legislador “no fato de ser extremamente provável a existência do crédito exequendo...” (op. cit. p. 765).

⁽¹¹⁾ Quiçá a única hipótese de interposição de recurso extraordinário diretamente ao STF, de decisão proferida por TRT, seja aquela referida no acórdão nº 2004029607, da SDI do TRT da 2ª Região, Rel. Juiz Delvío Buffulin: a suposta violação de norma constitucional por decisão proferida em sede de agravo de instrumento (In: Ementário de jurisprudência Equilíbrio, nº 02/2005, p. 144).

⁽¹²⁾ É comum que, na dúvida entre os valores efetividade e segurança, o aplicador do direito opte por esta última. Este paradigma deve ser repensado, máxime na esfera da Justiça do Trabalho, onde optar pela segurança do resultado significa, não raro, privar o empregado do essencial, enquanto o empregador investe o supérfluo no mercado financeiro.

⁽¹³⁾ Este raciocínio se justifica pela circunstância de se presumir ser consideravelmente menor a possibilidade de êxito no agravo de instrumento dirigido ao TST do que naquele dirigido ao TRT. Logo, se no segundo caso a execução é completa, com maior razão deverá sê-lo no primeiro.

seguida, ao revés do que ocorre no processo civil.

- 2) A execução provisória trabalhista poderá ter caráter completo ou incompleto.¹⁴ Neste último caso, seu desenvolvimento será *parcial*, prosseguindo até o ato da penhora, e seguindo adiante somente quando a validade desta já tenha sido consolidada em sede de agravo de petição; no primeiro, terá desenvolvimento *total*, autorizando-se inclusive a plena prática de atos de expropriação de bens do devedor.
- 3) No processo do trabalho, será sempre provisória e parcial a execução, exceto nas hipóteses de pendência de recurso extraordinário – ou de agravo de instrumento a este correlato – de agravo de instrumento contra despacho que impeça o processamento de agravo de petição, e de agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso de revista em sede de execução.¹⁵

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 2º volume, 9ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: LTr, 1998.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de processo civil*. Volume VI: arts. 566 a 645. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARRETO, Amaro. *Execução cível e trabalhista*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S. A., 1975.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Equilíbrio*. Ementário de jurisprudência, n.º 02/2005, São Paulo: Coloursystem, jan./mar. 2005.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Consolidação das Leis do Trabalho anotada*. Volume II, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro / São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 21ª edição atualizada, São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 36ª edição, São Paulo: LTr, 2003.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: LTr, 1995.

⁽¹⁴⁾ No campo terminológico, talvez se pudesse cogitar ainda de execução provisória perfeita – no sentido de acabada - ou imperfeita.

⁽¹⁵⁾ Completa, outrossim, será a execução que esteja sedimentada na hipótese prevista pelo parágrafo segundo do art. 588 do CPC.

TRIBUTAÇÃO - UM INSTRUMENTO PARA A ORDEM SOCIAL

Carlos Otávio F. de ALMEIDA*

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade precípua demonstrar a importância do tributo como ferramenta para a implementação de políticas públicas. São abordados aspectos gerais da tributação, sua importância para governos e indivíduos, e as funções desses últimos na execução de políticas públicas. A tributação é também vista sob o enfoque da coesão social; analisados os conceitos opostos de sociedade eunômica, onde impera a moralidade social; e de anomia, cuja característica é o fracasso da sociedade por falta de solidariedade. Casos bem-sucedidos da experiência tributária norte-americana são trazidos à baila, como base para a reflexão teórica. O artigo conclui que a tributação pode ser um meio eficaz para desenvolver políticas sociais estáveis, onde justiça e equidade sejam pilares da boa ordem social.

Palavras-chave: tributação, política pública, ordem social.

ABSTRACT

This article has the goal of demonstrating the importance of the tax as a tool to run public policies. It addresses general aspects of taxation, its importance to government and individuals, and its functions within public policy theory. It analyzes, under a tax approach, concepts such as eunomics, which results in a theoretical fair society; and anomie, which occurs because of lack of reciprocity. Successful U.S. tax cases are also brought comparatively. Concluding, taxation should be a good mean to develop a stable social policy, where the most adequate way to assess revenues is not always the easiest. Fairness and equity ought to be the guiding stars in order to achieve good social order, the same practiced by the eunomic society.

Keywords: *taxation, public policy, social order.*

INTRODUÇÃO

A implementação de políticas públicas exige amplo conhecimento de temas vitais à sociedade, que

se graduam diferentemente em uma escala de necessidades reais. Assim, é preciso correlacionar os recursos disponíveis ao grau de necessidade de itens como seguridade social, educação, transportes e outros do

(*) O autor é assessor econômico do Gabinete do Secretário de Economia e Planejamento do Estado de São Paulo, Professor de Direito Financeiro e de Direito Tributário, Mestre em Direito Tributário pela University of Florida – Levin College of Law e Bacharel em Ciências Navais pela Escola Naval.

gênero. Indivíduos e governo costumam olhar-se mutuamente, na expectativa de que a outra parte esteja cumprindo com suas incumbências, esquecendo-se, tantas vezes, de se concentrarem nas suas próprias obrigações. Se, por um lado, espera-se que o governo execute planos eficazes que visem ao benefício da sociedade – uma de suas atribuições numa democracia, por outro, cada cidadão também possui deveres individuais, que, uma vez cumpridos, impulsionam a sociedade ao progresso.

Reciprocidade, como defendido por Lon Fuller,¹ é o fundamento das obrigações morais. Para sua realização plena é preciso haver igualdade de trocas, reversibilidade de funções e comprometimento voluntário. Esta a idéia que servirá de diretriz principal para a presente análise.

A despeito de outras nobres funções governamentais, nosso escopo residirá nos aspectos gerais da tributação, não apenas justificando sua importância bipolar – para governo e cidadãos, mas, principalmente, conformando seu papel à teoria da política pública.

Serão analisados os princípios da ordem social e a relação entre meios e fins, sem que se perca de vista conceitos sociais básicos como justiça e equidade. Seria a tributação um fim ou um meio nas mãos do governo? Sendo um fim, quais meios devem ser utilizados para que as metas sejam alcançadas? Sendo um meio, qual o fim esperado?

Outro ponto a ser abordado é a relação entre cidadãos e governo dentro de um contexto social-tributário. Espera-se que os cidadãos cumpram com suas obrigações tributárias, enquanto que do governo, espera-se a contraprestação. Quais as conseqüências para o caso de os cidadãos (ou o governo) não cumprirem com o papel que deles se espera? Por que deveria o governo forçar o cumprimento da obrigação fiscal?

1. A TRIBUTAÇÃO EM SOCIEDADES EUNÔMICAS

1.1 É a Tributação um Fim ou um Meio?

Se para a morte não há remédio, como prega a sabedoria popular, o mesmo não ocorre com a tributação.

Enquanto a primeira é um fato certo, a última pode ser reduzida ou até eliminada em virtude da elisão fiscal – planejamento tributário eficaz e estritamente legal; ou mesmo em razão da evasão fiscal, que prejudica toda a sociedade de forma espúria.

Por não existir quem goste de pagar tributos, eles se revestem de caráter compulsório, obrigando os cidadãos a cumprir com a legislação que lhes serve de base.² Mas, serão os tributos realmente úteis à sociedade pagadora? Ninguém discorda de que o governo precisa de recursos para implementar seus planos (e cumprir suas promessas eleitorais), porém o que se argumenta é se as autoridades estão gerindo da melhor forma possível os recursos arrecadados. Em outras palavras, seria amplamente desejável que o sistema tributário funcionasse baseado nas *eunomics*,³ ou eunomia, a qual está interessada não em uma ordem social qualquer, mas em uma que seja justa, imparcial, exeqüível, eficaz e acima de tudo, que respeite a dignidade humana.⁴

Em uma sociedade eunômica, o sistema tributário apresenta caráter híbrido, podendo ser meio e fim simultaneamente. Meio, quando os tributos são vistos como ferramenta para a implementação de políticas públicas; fim, quando os recursos disponíveis ao sistema tributário – incluindo pessoal, materiais, imóveis, equipamentos e até a legislação pertinente – movimentam-se para gerar ingresso nos cofres públicos.

Este caráter híbrido (fim e meio) dos tributos parece conflitar com o Utilitarismo de John Stuart Mill, para quem é necessário, inicialmente, definir o fim a ser perseguido e só então procurar os meios. A despeito da polêmica surgida pela sua afirmação no meio acadêmico, seria difícil aplicar tal conceito nesse cenário tributo-meio-fim. Enquanto se detém nas finalidades sociais, o governo precisa dedicar-se, concomitantemente, aos meios para atingi-las, quais sejam, os tributos. Todavia, um segundo processo coexiste, onde o governo tem de estar focado nos tributos como fim, coordenando seus próprios meios para ser exitoso.

Resta ainda outro ponto a saber: quais os fins sociais mais importantes dentre aqueles provenientes dos tributos-meio? Ao definir seus vários fins

⁽¹⁾ Lon L. Fuller, "American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Paterson's Jurisprudence: Men and Ideas of the Law." *Journal of Legal Education* 6, nº 4 (1954):477.

⁽²⁾ Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, art. 3º.

⁽³⁾ *Eunomics*, ou *Eunomia*, foi definida por Lon Fuller como a ciência, teoria, ou estudo da boa ordem e dos planos sociais exeqüíveis. (Lon L. Fuller, "American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Paterson's Jurisprudence: Men and Ideas of the Law." *Journal of Legal Education* 6, no. 4 (1954):477.

⁽⁴⁾ Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order*. Keneth Winston ed. 1981.

inicialmente, o governo deve arranjá-los em ordem hierárquica como pregado por outro notável utilitarista, Jeremy Bentham. Contudo, tal hierarquização está longe de ser uma unanimidade. Lon Fuller defende que, mesmo considerando um fim “A” mais importante do que um fim “B”, é muito difícil mensurar o quanto “A” seria “mais imprescindível” do que “B”. Ante o conflito de ambos os fins, uma pequena satisfação de “A” seria de fato preferível à plena satisfação de “B”? Portanto, este enfoque direciona a análise à questão dos meios disponíveis ao invés das prioridades, à medida que não há conhecimento suficiente para mensurar o custo do sacrifício dos outros fins, apenas para satisfazer “A” e “B”.

1.2 Tributar a Renda ou o Consumo?

Um outro fim a ser perseguido utilizando o tributo-meio é definir a melhor maneira de tributar a sociedade. Embora recentemente os países venham adotando a tributação sobre o consumo, nenhum país mudou seu sistema tributário inteiramente para uma base apenas sobre o consumo em detrimento da renda. Comumente, os países aplicam ambos os sistemas, tributando renda e consumo simultaneamente. Qual estaria em maior conformidade com uma sociedade eunômica?

Provavelmente, o primeiro argumento em defesa da tributação sobre o consumo fora escrito há aproximados 350 anos, por Thomas Hobbes:

“...the Equality of Imposition consisteth rather in the Equality of that which is consumed, than of the riches of the persons that consume the same.”⁵

“... A Equidade da Imposição consistiria preferencialmente na Equidade do que é consumido, ao invés de recair sobre a riqueza das pessoas que consomem o mesmo bem”.

(Tradução livre)

O pensamento de Hobbes afirma que cada cidadão seria tributado proporcionalmente aos benefícios inerentes às suas aquisições. Para ele seria injusto tributar a parcela da sociedade que trabalhou arduamente e economizou os frutos consumindo pouco em valores maiores do que aqueles que, mesmo não ganhando muito, gastam toda sua riqueza “curtindo a vida”.⁶

Simplicidade é outro argumento favorável à tributação do consumo. Medir a renda com exatidão é muito mais difícil do que medir o consumo. Nos Estados Unidos, por exemplo, o *IRS - Internal Revenue Service*⁷ - gasta grande volume de recursos apenas para fazer funcionar a sistemática do imposto de renda, o que significa calcular receitas e deduções pessoais a fim de arrecadar o imposto. Estudos a respeito dos custos para gerir o imposto de renda dos EUA têm produzido diferentes resultados, porém, apenas a título ilustrativo, Arthur D. Little afirma que tais custos somaram US\$ 159 bilhões em 1985, o que representava, na época, 24,4% do total das receitas auferidas.⁸

Além de justiça e simplicidade, Gilbert Metcalf⁹ ainda destaca outro argumento pró-consumo: eficiência. Observando a definição de renda de Haig-Simons torna-se mais fácil compreender a razão que leva Metcalf à crença de que tributos sobre o consumo sejam mais eficientes do que os incidentes sobre a renda. A Renda (R) corresponde ao Consumo (C) somado à Poupança (P), ou $R=C+P$. A poupança está fora do escopo dos impostos sobre consumo (todavia integra a base de cálculo para efeito do imposto de renda) e tal exclusão estimula o crescimento econômico, uma vez que há um decréscimo na tributação real do capital.

1.3 Progressividade versus Regressividade

Regra geral, o governo está sempre em busca de aumentar a arrecadação tributária, o que se justifica, em grande parte, pela necessidade de sustentar o bem-estar social, o qual, por sua vez, exige crescentes volumes de recursos a cada ano, a fim de alcançar suas variadas metas.¹⁰

⁽⁵⁾ Thomas Hobbes, *Leviathan*. New York: Penguin Books, (1651).

⁽⁶⁾ Tal situação nos remete à famosa fábula “A Cigarra e a Formiga” (Esopo), levando-nos ao palpite de que provavelmente Hobbes aplicaria à cigarra maiores alíquotas do que às formigas.

⁽⁷⁾ Órgão similar à nossa Secretaria da Receita Federal.

⁽⁸⁾ Robert E. Hall & Alvin Rabushka. *The Flat Tax*. Second edition. Hoover Press. p.7.

⁽⁹⁾ Gilbert Metcalf, *Value Added Taxation: A Tax Whose Time Has Come?* *Journal of Economic Perspectives* 9 (1995): 121-40.

⁽¹⁰⁾ No passado, muitas vezes, tais metas foram responsabilidade dos indivíduos, porém, atualmente, sobrecarregam o Estado, estimulando a criação dos mais variados mecanismos capazes de aumentar a arrecadação tributária, como ensina o Prof. Robert Moffat, in *Democracy and Socialism: Freedom and Equality in the Welfare State*, in *Contemporary Conceptions of Law* 307-22. P. Trappe ed. 1983.

Por vezes, o governo cambia seu foco principal das políticas públicas para as receitas tributárias. Dependendo diretamente dos tributos para alcançar as expectativas de arrecadação, o governo esquece-se da reciprocidade para com a sociedade, destruindo o ambiente econômico ideal. Justiça e equidade afastam-se das rotinas administrativo-fiscais, independente do fato de contribuintes mais poderosos, em alguns casos, pagarem efetivamente menos tributos do que cidadãos comuns.

O bom-senso alerta que pessoas (físicas ou jurídicas) com maiores condições de pagar tributos devem fazê-lo na prática. É esta a realidade nos sistemas tributários progressivos, fundamentados que são no princípio da capacidade contributiva.¹¹ Entretanto, há sistemas que se baseiam no “princípio da obviedade das fontes”, qual seja, quanto mais fácil for a tarefa arrecadatória, maiores serão os valores efetivamente colhidos destas fontes, sem que haja (ou quase) esforços na direção das fontes menos óbvias. Por exemplo, no Brasil, os assalariados têm seus impostos de renda retidos na fonte do pagamento, antes mesmo de receberem seus salários, que já vêm decrescidos do valor daquele imposto. Em contrapartida, profissionais autônomos podem facilmente mascarar suas receitas reais. Em muitas ocasiões, estes percebem vencimentos superiores aos primeiros, porém são menos tributados em virtude da dificuldade do fisco em apurar suas rendas com exatidão. Estará esta situação em consonância com a boa ordem social?

A implementação da progressividade é tarefa árdua mesmo para países desenvolvidos. O governo Bush tem um plano audacioso de redução dos tributos, levado a efeito através de cortes anuais.¹² Dos cortes previstos para 2003, um-terço recairiam sobre os 1% mais ricos da sociedade norte-americana; 50% aproximadamente, sobre os ricos em geral; enquanto que apenas 8% daquele total recairiam sobre os 60% de mais baixa renda. As grandes corporações têm sido

beneficiadas não somente por causa dos cortes diretos em suas bases de cálculo, mas também por causa do *tax sheltering*.¹³ Há ainda a intenção de eliminar a maioria dos impostos sobre os dividendos corporativos.

Os resultados dessa política já podem ser sentidos. O jornal *The New York Times* publicou recentemente que 60% das empresas americanas não pagaram tributos federais no período compreendido entre 1996 e 2000.¹⁴ Se as poderosas companhias americanas não estão pagando tributos, quem, então, os está pagando? A classe assalariada está suportando a carga tributária desproporcionalmente, malferindo o desejável sistema tributário progressivo.¹⁵

Sob a óptica dos impostos sobre o consumo, a progressividade também é um assunto por demais complexo. Especificamente o IVA – imposto sobre valor agregado – tem sido apontado como um imposto regressivo.¹⁶ Considerando uma única alíquota a ser aplicada, famílias de baixa renda sustentam uma maior proporção consumo/renda do que as famílias de classe alta, o que acarreta um ônus tributário superior a ser suportado. Por outro lado, a inserção de várias alíquotas, como no Brasil, prejudica a simplicidade e a eficiência do tributo. Ademais, com tantas alíquotas perde-se a lógica da seletividade, que deve basear-se na essencialidade do produto.

Mesmo o tratamento fiscal privilegiado – alíquota menor, base de cálculo reduzida ou isenção – não parece ser medida eficaz contra a regressividade do IVA, já que a redistribuição da renda é apenas parcial. De fato, esses subsídios do governo não atingem integralmente os necessitados, mas fluem para beneficiar os contribuintes em melhor situação econômica.

Supondo dois grupos - ricos e pobres - e duas mercadorias - A e B, onde o grupo rico tem 80% de toda a renda existente e gasta 90% dela na aquisição do bem A e 10% na compra de B. O grupo pobre somente

(11) Constituição Federal 1988, artigo 145, §1º.

(12) Robert McIntyre, Director of Citizens for Tax Justice. A Taxing Problem – *Diminishing Progressivity in the U.S. Tax System*. Multinational Monitor, May 2003, disponível em <http://thirdworldtraveler.com/Tax_page/Taxing_Problem.html>.

(13) *Tax shelter* são investimentos realizados para diferir ou evitar o pagamento de impostos. (Durval de Noronha Goyos Jr., Dicionário Jurídico Noronha, Observador Legal, 5ª edição, 2003, p.319)

(14) The New York Times, April 5th, 2004.

(15) Há quem sustente nos EUA, os adeptos da chamada Teoria Integracionista, que toda a tributação deve ser suportada pelos indivíduos, sobre quem deve ser aplicado o conceito de equidade. Para estes, os lucros distribuídos pelas *corporations* seriam tributados duas vezes; uma na esfera de pessoa jurídica, quando a empresa recolhe o imposto sobre a renda da pessoa jurídica; e outra na esfera dos indivíduos, quando estes recebem os dividendos provenientes das empresas e sofrem a tributação do imposto sobre a renda de pessoas físicas. Para maiores detalhes, vide: Musgrave, Richard A. & Musgrave, Peggy B., *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill, 4ª ed., 1984, p.386-387.

(16) No Brasil temos o ICMS e o IPI como exemplos de IVA.

consome B . A fim de subsidiar a compra do bem B pelo grupo pobre, o governo deve tributar somente o bem A à alíquota t . Assim, a valoração do subsídio será medida por s , correspondente a uma porcentagem da renda do grupo pobre. A parcela da renda total a ser gasta em A seria wA ; enquanto que a parcela da renda total a ser gasta em B , seria wB . Assim, $wA=0.72$ (90% de 80%), e $wB=0.28$ (ricos: 10% de 80% = 0.08; pobres: 100% de 20% = 0.20, donde wB seria $0.20+0.08=0.28$). Um orçamento equilibrado do governo deveria ter $swB=twA$. Logo, calculando o *quantum* de renda que poderia ser redistribuído $s=t(wA/wB)$ e, conseqüentemente, $s=2.57t$, o que representa um estímulo de 257% do que é tributado dos compradores de A (os ricos), a ser transferido aos compradores do bem B . Contudo, os ricos também compram o bem B e, por isso, também se beneficiam da própria renda que deveria estar sendo repassada aos pobres. Em outras palavras, a pequena porção da renda dos ricos gasta no bem B absorve boa parte do subsídio financiado pelos tributos pagos por eles.

Se o grupo rico tiver 70% de toda a renda e gastar 50% em cada bem, assumindo todas as prévias condições (descritas no parágrafo anterior), $wA=0.35$ (50% de 70%) e $wB=0.65$ (ricos: 0.35; pobres: 100% de 30% = 0.30). Assim, $s=0.54t$, o que significa que o estímulo aos compradores de B representa apenas 54% do que for tributado ao grupo dos ricos. De fato, a influência final no subsídio decresceu por causa da maior aquisição de B pelos ricos, o que significa que se beneficiaram ainda mais do que no exemplo anterior.¹⁷

Uma pesquisa sobre alimentos realizada nos EUA, pelo Department of Labor's Consumer Expenditure (CES),¹⁸ demonstra que, em 1994, os 20% mais pobres despenderam US\$ 2.488,00 em alimentação, enquanto que os 20% mais ricos gastaram US\$ 7.353,00. Adotando a alíquota zero para todos os alimentos, os primeiros 20% teriam uma redução de US\$ 248,80 em seus tributos. Já os ricos seriam poupados em US\$ 735,30.¹⁹ Claramente, pode-se comprovar que as pessoas de mais alta renda seriam mais beneficiadas do que as mais pobres, de forma que a conclusão a que se chega é que o governo estaria subsidiando o grupo errado.

2. INDIVÍDUO E GOVERNO

2.1 Elisão Fiscal versus Evasão Fiscal

Do ponto de vista do contribuinte, os tributos sempre são (e serão) altos. Para os que desejam minorar a carga tributária há a opção por um dos seguintes grupos: o da elisão fiscal, composto por quem realiza o planejamento fiscal, visando reduzir ou eliminar a tributação, através de uma extensiva lista de mecanismos legais; e outro da evasão fiscal, cujos praticantes agem ilegalmente, fraudando o sistema tributário em busca de vantagens.

Ambas as práticas para diminuir as responsabilidades fiscais ficarão às custas de outros segmentos da sociedade, posto que o governo dificilmente estaria disposto a perder receitas. Ora, se o nível de arrecadação continua o mesmo e há pessoas fraudando o sistema, é óbvio que alguém tem de estar pagando mais. Nesse ambiente, o desenvolvimento de uma sociedade saudável (eunômica) parece impossível. Um dos fatores cruciais é a ausência de reciprocidade, não apenas entre sociedade e governo, mas entre diferentes membros (indivíduos ou empresas) da própria sociedade.

À parte o aspecto legal da elisão fiscal, há que se considerar sua implicação moral no contexto do sistema tributário vigente. Fundamental lembrar que planejamento tributário exige a disponibilidade de profissionais do setor. Comumente, os contribuintes de baixa renda não têm meios de contratar advogados e contadores para examinar a legislação tributária, à caça de brechas que lhes protejam a renda da imposição fiscal. Destarte, há uma variável de cunho social na prática da elisão fiscal.

Uma estranha contradição é o governo ter de despendar muitos dos recursos que foram arrecadados, exatadamente para arrecadar mais tributos. Este é um problema de âmbito mundial e mais seriamente percebido nos países em desenvolvimento, onde a amplitude entre as famílias de mais alta e de mais baixa renda é maior do que nos países desenvolvidos. Naqueles países, os mais pobres necessitam mais dos programas sociais do governo - que sangra parte do que arrecada na busca por mais arrecadação - do que nos últimos, onde a classe baixa tem maior acesso e disponibilidade de bens públicos. Uma alternativa de redução deste problema

⁽¹⁷⁾ Ebrill, Keen, Bodin and Summers. *The Modern VAT*. International Monetary Fund. 2001. p. 77.

⁽¹⁸⁾ David G. Raboy. *Consumption Tax preferential Treatment: Poor Cure for Regressivity*. 72 Tax Notes 901.

⁽¹⁹⁾ Considerando vigente nos EUA a alíquota de 10% sobre os produtos do gênero alimentício.

seria o respeito ao princípio da simplicidade,²⁰ que ensejaria um sistema tributário de fácil entendimento para o contribuinte, e de fácil arrecadação e fiscalização para o Estado, reduzindo os gastos com a máquina arrecadatória. No Brasil, lamentavelmente, temos, ao contrário, um sistema tributário vasto e complexo.

O incremento da arrecadação tributária decorre da interdependência entre indivíduos e governo, e do respectivo crescimento do estado do bem-estar social, o qual assumiu funções previamente executadas pelos próprios membros da sociedade. Prosperidade e individualismo aumentaram no mesmo passo, ameaçando a sociedade moderna pela redução da solidariedade social. Ambos, a prosperidade e o individualismo, são fatores significativos da elisão e da evasão fiscal.

Emile Durkheim previu o colapso da sociedade, ao que definiu como anomia,²¹ baseado na perda de solidariedade e, por via de consequência, da coesão social. Como poderia a sociedade construir coesão social sem a consciência coletiva, ou, em outros termos, moralidade de uma sociedade?²² Juntas, a elisão e a evasão fiscal produzem um resultado duplo: cidadãos que pagam corretamente os tributos são postos em situações injustas; ao mesmo tempo, o governo tem de aumentar os custos administrativos para buscar as receitas necessárias ao cumprimento do orçamento. Anomia pode vir a ser o resultado final desse cenário.

2.2. O Cumprimento da Obrigação Tributária – O Exemplo dos EUA

Faz-se mister criar e aplicar um conjunto de regras para a proteção do sistema tributário, a fim de que o contribuinte seja desestimulado de eventual prática evasiva, o que poderia levá-lo a consequências criminais, como preconizado por John S. Mill em seu “*The Harm Principle*”.²³ Inobstante o fato do *Internal Revenue Service* – a Receita Federal dos EUA – admitir

qualquer tentativa legal de aliviar a carga tributária, há dois modos de determinar se um plano de elisão fiscal corresponde, na realidade, à evasão ilegal conforme definido pelo governo dos EUA: uma auditoria completa na busca de fraudes ou uma investigação criminal.²⁴ Dá-se a evasão fiscal quando se constata a evasão parcial ou total do pagamento do tributo ou sua tentativa, e o dolo.

Audidores fiscais desenvolvem auditorias no âmbito administrativo-civil e, no caso de indícios seguros de fraude, o processo deve seguir para a Divisão de Investigação Criminal do IRS, que geralmente designa um *special agent* – agente especial – para conduzir as investigações criminais.

A missão primeira da Divisão de Investigação Criminal é a acusação, a condenação e a prisão de indivíduos que violaram a norma tributária-penal. O valor monetário de uma violação de tal natureza tem relação direta com o período de encarceramento.

Dados estatísticos divulgados pelo IRS mostram que o trabalho da Divisão de Investigação Criminal tem impacto positivo sobre a sociedade dos EUA. A média anual de investigações foi inferior a quatro mil por ano, com índice de reclusão de 84%, em 2003 e 2004.²⁵ Estes dados justificam o porquê do número tão reduzido de investigações para um país rico e de dimensões continentais. De fato, há um forte fator de desestímulo à fraude, já que a punição é bastante provável.

Uma das principais políticas para o cumprimento da obrigação fiscal, implementada pelo governo dos EUA, tem sido a busca de pessoas em posições de destaque e a respectiva publicidade do caso. Tal estratégia, baseada na repercussão de casos dessa natureza, tem conseguido êxito sobre a sociedade, no tocante ao cumprimento de suas obrigações fiscais.²⁶

A estrutura americana tem se mostrado eficaz e, respeitadas as diferenças de toda ordem, sejam culturais,

(20) Sistema tributário ideal é aquele que respeita a equidade, a progressividade, a neutralidade e a simplicidade, como ensinam Giambiagi, Fábio e Além, Ana Cláudia in *Finanças Públicas – Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999, pp.33-34.

(21) Anomia é a destruição da sociedade pela perda da força moral e, conseqüentemente, da ausência de imposição legal. Ela foi definida na obra de Durkheim denominada “Suicide”.

(22) Robert C. L. Moffat. Incivility Everywhere! Trabalho revisado para a Conferência de Amintaphil, Montreal, 24 September, 1998.

(23) The Harm Principle afirma que a única justificativa para o exercício legítimo da força sobre qualquer membro de uma sociedade civilizada, contra sua vontade, dá-se quando a aplicação da mesma visa a prevenir danos a outrem.

(24) Internal Revenue Code (Código Tributário dos EUA), Section 7201.

(25) Disponível em <http://irs.gov/compliance/enforcement/article/0,,id=107484,00.html>. Acesso em 15 de abril de 2005.

(26) Dennis L. Perez & Nathan J. Hochman. How the IRS Distinguishes Civil and Criminal Tax Fraud.2003.

políticas, sociais etc., o exemplo americano tem algo a nos ensinar, caso desejemos elevar os níveis de reciprocidade social, o que traz o benefício de afastar, definitivamente, a anomia.

3. CONCLUSÃO

Embora seja interesse das nações ter um sistema tributário eficaz, é provável que a justiça jamais seja alcançada observando-se, hermeticamente, o direito tributário. Metas sociais precisam ser buscadas e, mais do que isso, devem ser atingidas. De outra forma, muitos países poderiam sucumbir para um estado de anomia, ou seja, simplesmente fracassar.

A tributação como instrumento para a ordem social exige maior cooperação do governo e dos contribuintes. Políticas fiscais eficazes, estímulo da conscientização civil e responsabilidade na gestão pública são apenas alguns poucos exemplos de ação do governo. Por parte dos contribuintes é crucial manter a reciprocidade com o contribuinte ao lado - seja empresa ou indivíduo - e com o governo, donde resultará a coesão social em benefício dos menos favorecidos. Faz-se apropriado o pensamento de Rawls, cujo princípio afirma que as diferenças de tratamento podem ser toleradas, mas somente na extensão do auxílio que venham trazer às pessoas menos favorecidas.²⁷

Em suma, a tributação pode ser um meio eficaz para desenvolver uma política social estável, onde o modo mais adequado de arrecadar os tributos nem sempre corresponde ao mais fácil. É este o passo inicial na busca da reciprocidade, farol a ditar os rumos que conduzem à boa ordem social, a mesma da sociedade eunômica.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Código tributário nacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

EBRILL, Liam *et al.* **The modern VAT**. Washington, DC: International Monetary Fund, 2001.

E.U.A. **Internal revenue code**, vol.2. Chicago: CCH Inc.2003.

FULLER, Lon L. **The principles os social order**. [S.L.]: Keneth Winston, 1981.

_____. American legal philosophy at mid-century: A review of Edwin W. Paterson's jurisprudence: Men and ideas of the law. **Journal of Legal Education**, n. 4, p.6, 1954.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas – teoria e prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

GOYOS JR., Durval de Noronha. **Dicionário jurídico Noronha**. Observador Legal, 5 ed. 2003.

HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. **The flat tax**. 2 ed. Hoover Press, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. New York: Penguin Books, 1951.

McINTYRE, Robert. **A taxing problem – diminishing progressivity in the U.S. tax system**. Multinational Monitor, May 2003. Disponível em <http://thirdworldtraveler.com/Tax_page/Taxing_Problem.html>. Acesso em 18 abr. 2005.

METCALF, Gilbert. Value added taxation: a tax whose time has come? **Journal of Economic Perspectives**, n. 9, pp. 121-40, 1995.

MOFFAT, Robert. Democracy and socialism: freedom and equality in the welfare state. In: **Contemporary conceptions of law**, P. Trappe, 1983.

_____. **Incivility everywhere!** In: CONFÉRENCIA DE AMINTAPHIL, 1998, Montreal. **Anais...** Montreal.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. **Public finance in theory and practice**. McGraw-Hill, 4 ed., 1984.

PEREZ, Dennis L.; HOCHMAN, Nathan J. How the IRS distinguishes civil and criminal tax fraud. **Los Angeles Lawyer**, Los Angeles, p. 12-18, Oct. 2003. Disponível em: <<http://www.lacba.org/Files/LAL/Vol26No7/1442.pdf>>. Acesso em 20 maio 2005.

RABOY, David G. Consumption tax preferential treatment: poor cure for regressivity. **Tax Notes**, v. 72, p. 901, Aug. 1996.

⁽²⁷⁾ John Rawls. A Theory of Justice. 1971.

APONTAMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

Renata Romolo BRITO¹

RESUMO

Este artigo objetiva analisar a fundamentação dos direitos humanos de acordo com a filosofia de Hannah Arendt, tomando como referência a perspectiva histórica da filósofa em *Origens do Totalitarismo*. Buscamos iluminar essa perspectiva com base em sua obra mais filosófica, *A Condição Humana*, para aprofundarmos a compreensão dos conceitos de condição humana, ação política, liberdade e igualdade e sua relação com a idéia de dignidade – fonte dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos, condição humana, dignidade.

ABSTRACT

*This article aims to analyze the basis of the human rights according to Hannah Arendt's philosophy. Although this article is based on Arendt's book *Origins of Totalitarianism*, which has a historical perspective, we aim to enlighten this perspective with her most philosophical work – her book *The Human Condition* – in order to better comprehend the concepts of human condition, political action, liberty and equality; all concepts connected with the idea of dignity – the basis of human rights.*

Keywords: Human Rights, human condition, dignity.

Em sua obra *Origens do Totalitarismo*, Hannah Arendt analisa as experiências e as condições que possibilitaram o surgimento de uma forma de opressão política que, em sua essência, difere de todas as outras: o totalitarismo².

Para compreender o fenômeno totalitário, segundo Arendt, não podemos mais confiar inteiramente na forma tradicional de conceber o passado, posto que uma ruptura na tradição tornou impossível explicar o conseqüente em razão do antecedente. Essa ruptura, trazida a termo pela experiência inédita de campos de

concentração e fábricas de morte³, faz com que não possamos mais nos aproveitar do passado de forma completa. Ainda assim, pela sua filosofia, é fundamental que nos voltemos para o passado para compreendermos o presente – para o passado e não para a tradição –, em um processo de reapropriação seletiva de fatos que podem esclarecer o presente depois de recuperados do esquecimento e re-iluminados pela nova visão retrospectiva⁴. Dentre os fatos analisados por Arendt nessa obra, analisados com uma nova perspectiva afastada da perspectiva tradicional, nos concentraremos primeiramente na questão dos direitos

⁽¹⁾ Bacharel em Direito e Especialista em Direito Constitucional pela PUC-Campinas, Mestranda em Filosofia pelo IFCH/Unicamp.

⁽²⁾ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*, p. 512.

⁽³⁾ ARENDT, Hannah. *Op. Cit.*, p. 123.

⁽⁴⁾ D' ENTRÉVES, Maurizio P. *The political philosophy of Hannah Arendt*, p. 31.

humanos, para melhor desenvolvermos os conceitos de condição humana, ação política, liberdade e igualdade dentro da filosofia arendtiana.

Hannah Arendt aponta que os direitos humanos, conforme declarados no século XVIII, trazem um problema já em sua fundamentação. Segundo Arendt, a Declaração dos Direitos do Homem significou o prenúncio da emancipação do homem, porque foi a partir daquele momento que ele se tornou a fonte de toda a lei. Em outras palavras, o homem não estava mais sujeito a regras providas de uma entidade divina ou assegurada meramente pelos costumes da história, mas que havia se libertado de qualquer tutela e que era dotado de direitos simplesmente porque era Homem⁵. Dessa forma, esses direitos eram tidos ou mesmo definidos como inalienáveis, pois pertenciam ao ser humano onde quer este estivesse.

A definição de direitos humanos como direitos que emanam do Homem ou de uma idéia de homem – isto é, de um ser abstrato e indefinível –, entretanto, opõe-se à condição humana da pluralidade, essencial à ação e a dignidade humana. Nesse sentido, o indivíduo isolado continua sendo homem, porém ao separar-se do espaço público e da companhia de outras pessoas, ele não pode mais se revelar e confirmar sua identidade. De fato, na filosofia arendtiana, são as relações estabelecidas no espaço público com os diversos homens que representam a atividade dignificadora do ser humano. No espaço público, o homem iniciará relações únicas, marcadas por sua existência unívoca e iluminadas por suas particularidades. Nessa esfera, cada ação tem sua importância exatamente porque é fruto da atividade livre de cada indivíduo específico, revelando a identidade única e singular daquele que age. A ação política, advinda da liberdade e da singularidade de cada um, revela o seu agente aos demais, e confirma para si mesmo quem de fato ele é.

Sem essa revelação, o homem não mais faz parte da história, e após a sua morte, nada existe que possa recuperar sua existência ou sua memória. Sem a

companhia dos iguais, a relação do eu com o mundo se rompe pela falta de ratificação do senso comum. Por isso, é apenas quando o indivíduo está em companhia de outros homens diferentes de si, em um espaço público, é que ele realmente age, confirmando sua singularidade e sua identidade com o advento de relações inéditas que refletem a si mesmo, como agente unívoco na totalidade da comunidade humana. E é somente nesse momento que ele atualiza a sua dignidade⁷.

O indivíduo sozinho, excluído da teia de relações humanas, fica despido da própria dignidade humana, justamente porque nada do que ele faça ou deixe de fazer terá importância. Seus atos não atingirão o resto da comunidade humana e passarão como se não tivessem existido.

Essa situação de isolamento e separação da comunidade, em realidade, afeta os atributos que, segundo Hannah Arendt, são essenciais da vida humana desde Aristóteles: o homem fica despido da relevância da fala (e comandar o pensamento e a fala sempre foram marcas de separação do ser humano dos demais animais); e fica despido do relacionamento com outras pessoas (o que contraria a natureza do homem como “animal político”).⁸

Sob esse ponto de vista, a fundamentação dos direitos humanos em uma idéia de homem, abstrata e universal, que exclui qualquer particularidade e singularidade dos homens que existem no mundo real, vai de encontro à própria atividade dignificadora do ser humano: a ação política. A ação é política em sua natureza, pois é a interação peculiar do ser humano concreto e singular com outros homens tão concretos e diversos quanto existem em uma comunidade real. É precisamente por essa característica que cada indivíduo, concreto e singular, atualiza sua dignidade; porque é único, e não uma cópia homogênea e substituível de uma natureza genérica. Na perspectiva arendtiana, os direitos humanos, que deveriam ser reflexo da dignidade do homem, pensados de forma a independermos da pluralidade humana, perdem o próprio sentido de dignidade.

⁽⁵⁾ ARENDT, Hannah. *Op. Cit.*, p. 324.

⁽⁶⁾ Sobre a diferença entre isolamento e solidão, ver ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*: “O que chamamos de isolamento na esfera política é chamado de solidão na esfera dos contatos sociais. Isolamento e solidão não são a mesma coisa. Posso estar isolado – isto é, numa situação em que não posso agir porque não há ninguém para agir comigo – sem que esteja solitário – isto é, numa situação em que, como pessoa, me sinto completamente abandonado por toda companhia humana – sem estar isolado.” P. 527.

⁽⁷⁾ Remetemos aqui para os conceitos aristotélicos de potência e ato propositadamente, porque eles melhor traduzem a idéia de dignidade no pensamento arendtiano. De fato, para Arendt, todo homem tem a possibilidade de agir e se revelar: de ser, portanto, digno. Mas é apenas quando o faz, quando o homem age, é que ele atualiza a dignidade que antes só existia em potência.

⁽⁸⁾ ARENDT, Hannah. *Op. Cit.*, p. 330.

Essa contradição entre os direitos humanos conforme pensados desde o século XVIII e a condição humana da pluralidade – e consequentemente, contradição com a dignidade humana –, fica aparente no caso de pessoas excluídas de comunidades, como é o caso dos apátridas e das minorias étnicas vivendo sob um Estado-nação de uma etnia diferente. Os Direitos do Homem, que deveriam iluminar a dignidade do indivíduo e afirmar seu valor onde quer que estivesse, não chegavam a esses grupos. Eles sofreram uma privação total de direitos porque foram excluídos da teia de relações homens que afirma e deveria assegurar tais direitos. Justamente por estarem sozinhos, isolados, os direitos humanos não lhes atingia. Eram homens – mas apenas homens; e essa generalidade de se pertencer a uma espécie (a espécie humana) não lhes foi suficiente para garantir que mantivessem seus direitos.

Por perderem a possibilidade de agir, esses grupos encontravam-se à mercê da sorte ou do infortúnio. Eles não podiam ser responsabilizado pelo que lhe acontecia, porque não haviam sido eles que haviam posto em movimento o que estava acontecendo, nem havia nada que pudessem fazer para evitá-lo. Essa irresponsabilidade marca precisamente a falta de dignidade dessa situação. Por serem impedidos de agir, eles se tornaram meros objetos vítimas de acontecimentos dos quais não conseguiam fazer parte como sujeitos, como agentes. Ao lhes ser tirado o papel de sujeito, também o foi o papel de homem. Assim, eles deixavam de ter relevância. Suas ações ou suas opiniões, embora eles ainda as tivessem, não importavam mais, e era como se não existissem. A ação, a atividade dignificadora do homem, traz consigo responsabilidade daquele que age, responsabilidade pela ação particular. Sem essa responsabilidade, a ação é inexistente, porque perde seu significado de revelação.

Essa situação era também complicada pelo fato de que, juntamente aos demais Direitos do Homem, havia a exigência de soberania nacional, que se colocava do mesmo modo como um direito supremo. Essa exigência causou um paradoxo no próprio fundamento não só dos direitos humanos como também no do Estado-nação. Segundo Hannah Arendt:

De uma só vez, os mesmos direitos essenciais eram reivindicados como herança inalienável de todos os seres humanos e como herança específica de nações específicas; a mesma nação era declarada, de uma só vez, sujeita a leis que emanariam supostamente dos Direitos do Homem, e soberana, isto é, independente de qualquer lei universal, nada reconhecendo como superior a si própria.⁹

Ao idealizarmos os direitos humanos como fundamentados no homem, ainda que em sua forma geral e abstrata, temos de pensar no homem como superior ao Estado-nação. Contudo, com a afirmação de que as nações devem ser soberanas, idealizamos, ao mesmo tempo, um Estado-nação superior ao homem, cujos direitos passam a ser apenas os direitos assegurados pelo governo aos seus nacionais.

Essa contradição reforça os embaraços já apontados por Arendt de se fundamentar os direitos humanos no homem isoladamente. As organizações políticas ficam obscurecidas em segundo plano, ignorando-se a pluralidade essencial da condição humana. Essa ignorância acaba trazendo, na prática, a inaplicabilidade dos direitos. Os direitos tornam-se formais e impossíveis de serem exercidos, porque não passam de uma teoria vazia. A condição de um ser humano isolado é igual à situação de alguém sozinho em um ilha, em que suas palavras só podem ser proferidas ao vento e depois esquecidas. Seus direitos são, portanto, apenas teóricos. Um ser humano isolado continua vivo, livre, com opiniões e com atos, mas não há nenhuma garantia para isso ou alguma importância nisso, já que não se atinge nenhuma organização política.

Por outro lado, a contradição entre soberania e direitos humanos também traz implicações para o Estado. A nação, tornando-se uma entidade capaz de herdar, juntamente com seus nacionais, os direitos humanos, transforma o Estado em instrumento para a execução de seus interesses, retirando-o do âmbito estritamente legal. De instituição máxima da lei e de protetor de todos os habitantes de seu território, o Estado se torna instrumento da nação¹⁰ e tem de

⁽⁹⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 262.

⁽¹⁰⁾ A tomada do Estado pela nação inicia-se, em parte, com a crescente consciência nacional causada pela ampliação geográfica que as nações européias experimentaram com o imperialismo. Essa ampliação fez com que os europeus se defrontassem com homens de culturas radicalmente diferentes, que, de certa forma, não cabiam em seu conceito de humanidade. Quanto ao tribalismo e os Estados-nações, ver ARENDT, Hannah. Op. Cit., segunda parte. Especificamente: “A tragédia do Estado-nação surgiu quando a crescente consciência nacional do povo interferiu com essas funções [de proteção de todos os habitantes de seu território e de instituição legal suprema]. Em nome da vontade do povo, o Estado foi forçado a reconhecer como cidadãos somente os “nacionais”, a conceder completos direitos civis e políticos somente àqueles que pertenciam à comunidade nacional por direito de origem e fato de nascimento. Isso significa que o Estado foi parcialmente transformado de instrumento da lei em instrumento da nação.” P. 261.

priorizar o interesse nacional acima da legalidade, visto que o Direito passa a ser o que é bom para a nação¹¹. Os Estados-nações, no entanto, sempre haviam sido concebidos dentro da lei, e a ilegalidade a que a tomada pela nação lhes atira acaba por destruir-lhes as instituições e o próprio sentido de soberania. Suas instituições deixam de funcionar para todos os seus habitantes, deixando na marginalidade os não-nacionais; e a soberania deixa de significar liberdade para representar arbitrariedade e hostilidade contra outras nações.

Na prática, o resultado da identificação dos direitos humanos com a nação foi que os direitos humanos passaram a existir apenas como direitos nacionais, e só podiam ser exercidos quando o indivíduo se imbuía da qualidade de nacional de um Estado, isto é, de cidadão. Assim, tais direitos ficavam circunscritos à esfera de poder de um determinado governo, e sob a tutela deste. Essa situação esvazia o caráter universal dos Direitos do Homem, atingindo frontalmente sua suposta inalienabilidade e tornando-os contingentes. Numa época em que os direitos deixaram de ser assegurados pelos valores sociais, espirituais e religiosos, apenas as ordens políticas poderiam e precisavam, de fato, afirmá-los. Entretanto, alguém – como os apátridas e as minorias étnicas – que se encontrasse fora dessa ordem política ficava, em realidade, à margem de qualquer lei ou direito.

Observamos, dessa forma, que a expulsão de uma comunidade política importava realmente a perda de todos direitos humanos, porque “não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los”¹². Nessa situação, a perda da comunidade equivale à própria perda da dignidade. Nesse contexto, Hannah Arendt enfatiza que o direito fundamental de cada indivíduo, antes de qualquer dos direitos enumerados em declarações, é o direito a ter direitos, isto é, o direito de pertencer a um comunidade disposta e capaz de garantir-lhe qualquer direito¹³.

De fato, os direitos antes tidos como imanentes ao homem e, justamente por isso, inalienáveis, tornam-se inaplicáveis (porque fora de um contexto político), ou alienáveis e contingentes (porque dependentes da comunidade). Em outras palavras, perdem o sentido de direitos humanos.

Essas reflexões demonstram a necessidade de buscarmos uma idéia reguladora que embase os Direitos do Homem de forma diferente da fundamentação tradicional. Em realidade, Hannah Arendt argumenta que, não podendo mais confiar na história (costumes de cada comunidade como fonte de direitos) ou na natureza (natureza humana como fonte de direitos), o homem tem de voltar-se para a própria idéia de humanidade como garantidora de seus direitos. Por pertencer à humanidade, o ser humano tem direitos. E é a humanidade composta por cada homem singular que tem o papel de fonte e garantidora dos Direitos do Homem¹⁴.

No entanto, a utilização da idéia de humanidade para o fim prático de fundamentar os direitos humanos encontra alguns óbices. Em primeiro lugar, o conceito de humanidade como conjunto que engloba todas as pessoas é, tradicionalmente, tão abstrato quanto o de Homem, e assim, a inaplicabilidade com que nos defrontamos quando pensamos os direitos humanos como emanados da natureza humana continua. Em segundo lugar, entrelaçando-se com a questão anterior, temos que, desde Hobbes, a filosofia política deixou de conceber a humanidade de forma a abranger uma convivência supranacional solidária entre as diversas comunidades humanas, e estabeleceu-se em seu lugar um estado de guerra entre os países¹⁵.

Desse modo, a humanidade, como conjunto de seres humanos, deixa de existir de forma prática; em seu lugar, fica a desassociação de nações soberanas e hostis, sem nenhum vínculo ou direito que as una.

Essa desassociação, inclusive, é a causa da expulsão de uma comunidade ter significado a perda de todos os direitos humanos para os apátridas e as minorias. Ao sair de uma comunidade específica, uma nação, o indivíduo não pertencia a mais nenhum grupo, e assim ficava excluído de qualquer relação com os demais seres humanos. A comunidade era sua última ligação com os demais seres humanos, e estar fora de uma comunidade significava, então, estar fora da própria humanidade.

Devido a essas questões, a idéia de humanidade na filosofia arendtiana – que tem a possibilidade de embasar os Direitos dos Homens – se constitui como

⁽¹¹⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 308.

⁽¹²⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 325.

⁽¹³⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 331.

⁽¹⁴⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 332.

⁽¹⁵⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 157. No original: The origins of totalitarianism. Parte 2, Cap 5, Seção 3.

um objetivo de construção coletiva entre os homens¹⁶. Nesse sentido, ela é a finalidade concreta de estabelecimento de uma humanidade comum, que deve englobar todos os seres humanos e se caracterizar precisamente por ser um conjunto de elementos diversos.

Tal forma de conceber a humanidade é um caminho para superar os problemas levantados pela forma tradicional de se lidar com os direitos humanos. Esses deixam de se embasar em uma idéia abstrata e contrária à condição do ser humano, adquirindo uma abrangência que visa envolver cada homem particularmente. Esse envolvimento, por sua vez, impõe o compromisso de se fazer parte dessa comunidade abrangente. Cada homem é responsável por pertencer à humanidade, pois todas as suas ações atingirão à totalidade de pessoas de que faz parte, e serão reflexos de si mesmo. Cada homem é, por isso, solidário na responsabilidade comum e recíproca. A dignidade de se pertencer a comunidade traz consigo, categoricamente, responsabilidade, porque dignidade e responsabilidade são correlatas¹⁷, conforme apontado acima.

A responsabilidade de construir tal humanidade, de agir junto a homens dessa comunidade, de se revelar homem – em outras palavras, de ser digno –, remete à primeira idéia da ação política como atividade dignificadora do homem. A ação não pode se desassociar de uma comunidade política¹⁸, assim como o agente não pode se desassociar de sua responsabilidade.

Dessa forma, a dignidade humana, do mesmo modo que os direitos humanos, torna-se uma questão de política prática; isto é, torna-se a construção de uma comunidade que engloba a totalidade dos seres humanos e permite, com isso, a possibilidade de ação de cada um de seus componentes.

Porém, resta ainda uma questão a respeito da construção de um conjunto cujos elementos são bastante díspares. A construção de uma comunidade baseia-se sempre em alguma espécie de ligação entre os seus componentes. Os seres humanos, entretanto, encontram-

-se divididos em grupos diferentes, e não podemos negar-lhes suas desigualdades de origem natural, de organização e de destino na história se quisermos respeitar sua singularidade.

A ligação dos homens que compõe a humanidade proposta por Arendt não pode significar um nivelamento, por qualquer critério que seja. Por isso, não pode se basear em uma suposta igualdade inata que pode ser comprovada e testada diariamente. A busca de tal igualdade apenas impede de aprendermos a lidar com as diferenças, o que resulta na tentativa de eliminar a pluralidade e estabelecer um padrão – objetivo impossível¹⁹.

A ligação que podemos estabelecer entre todos os seres humanos, além da conexão vã de pertencerem todos a mesma espécie, também tem de ser construída. É uma igualdade política, e não uma igualdade natural. É a igualdade de objetivo humano, que só pode ser atingida com uma igual distribuição de direitos²⁰.

Apenas com esse objetivo comum de estabelecer uma igualdade política é que se pode construir de fato uma humanidade em que o homem não é posto como um ser atomizado, em cujo isolamento jaz a sua indignidade; nem, ao mesmo tempo, posto como submetido às regras históricas e contingentes de sua sociedade. Trata-se de uma humanidade de homens iguais, solidários e dignos.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Origens do Totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *The origins of totalitarianism*. Cleveland: Meridian Books, 1958.

D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin d'. *The political philosophy of Hannah Arendt*. London; New York: Routledge, 1994.

⁽¹⁶⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 266.

⁽¹⁷⁾ Sobre humanidade, dignidade e responsabilidade, ver ARENDT, Hannah. Op. Cit., parte 2, cap 4, seção 1, p. 266.

⁽¹⁸⁾ Nesse ponto, a relação humanidade-comunidade fica ambígua. Hannah Arendt não concebe os direitos humanos fora de uma comunidade real, e portanto, política e histórica; porém, os direitos humanos não podem ficar submetidos apenas a essa comunidade política específica, conforme vimos acima, tendo de voltar-se para a idéia reguladora de humanidade. A questão sobre a qual é a natureza dessa humanidade necessita de investigações posteriores e não pretendemos resolvê-la nesse momento. Sugerimos apenas as hipóteses de a humanidade ser entendida como uma comunidade maior, que abranja todas as demais comunidades (tal como a pólis aristotélica abrange as demais comunidades humanas) ou de ela ser entendida como uma idéia que regule a relação entre as comunidades políticas de forma a impedir a formação de pessoas excluídas dessas comunidades.

⁽¹⁹⁾ A esse respeito, ver ARENDT, Hannah. "Equality of condition, though it is certainly a basic requirement for justice, is nevertheless among the greatest and most uncertain ventures of modern mankind. The more equal conditions are, the less explanations there is for differences that actually exists between people; and thus all the more unequal do individuals and groups become." *The origins of totalitarianism*, p. 54.

⁽²⁰⁾ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 266.

O DIREITO À REMUNERAÇÃO DO CORRETOR DIANTE DO RESULTADO ÚTIL PROMOVIDO

Ronaldo Gerd SEIFERT*

RESUMO

O contrato de corretagem foi tipificado no Código Civil de 2002. Antes, cabia exclusivamente a doutrina e jurisprudência delinear seus caracteres e limites. Um ponto sempre muito controverso na doutrina nacional e estrangeira é a delimitação do momento em que nasce o direito à remuneração do corretor, visto ser este um contrato aleatório. Prendemos-nos a uma atuação eficaz do corretor. Não nos atemos a outras formas de obtenção da remuneração, senão pelo sucesso contratual. Em cada tipo de corretagem, é necessário saber quando a atividade (prestação) desenvolvida pelo corretor pode ser considerada eficaz para o incumbente, pois tal equilíbrio é condição suspensiva da remuneração. O artigo 725 do Código Civil trata do assunto, porém, não de forma casuística. O sentido da norma depende de uma interpretação mais complexa. Em nosso trabalho, para encontrar a melhor solução, trazemos à tona as principais correntes sem nos desviarmos de uma interpretação gramatical, sistêmica, teleológica, por fim, objetiva da norma.

Palavras-chave: contrato de corretagem, remuneração, interpretação.

ABSTRACT

The brokerage contract was codified for the Civil Code of 2002. Before, doctrine and jurisprudence were responsible to delineate its characteristics and limits. An always very controversial point in the national and foreign doctrine is the delimitation of the moment where the right to receive remuneration of the broker starts, since this is a random contract. We stick to an efficient performance of the broker. We do not concentrate on other forms of attainment of the remuneration, except for the contractual success. In each type of brokerage, it is necessary to know when the activity developed by the broker can be considered efficient for client, therefore such balance is the suspensive condition of the remuneration. Article 725 of the Civil Code deals with the subject, however, not casuistically. The significance of the norm depends on a more complex interpretation. In our search, to find the best solution, we expose the main viewpoints while doing a grammatic, systematic, teleological and, finally, objective interpretation of the norm.

Keywords: *brokerage contract, remuneration, interpretation.*

^(*) Advogado Graduado pela PUC-Campinas, Especializando em Direito Contratual pela COGEAE – PUCSP, Mestrando em Direito Urbanístico pela PUCSP – Fone: 19 – 32432599 / 91387674.

I – O CONTRATO DE CORRETAGEM

1 – Conceito:

O contrato de corretagem, inominado até a vinda do Código Civil de 2002, foi regulado entre os artigos 722 e 729 do novo diploma civil. Consiste “na aproximação de pessoas interessadas em torno dos objetos visados, como compra e venda de móveis, imóveis, de valores ou de mercadorias; a constituição de seguro; a efetivação de investimentos; a realização de viagens; a associação de pessoas ou de empresas e outros”¹. Trata-se de um instrumento usado em nossa sociedade tanto em relações mercantis quanto em civis², sendo um ou outro conforme o seu objeto, isto é, a corretagem será civil ou comercial de acordo com o negócio que se tem por fito³.

O artigo 722 dá a definição legal do contrato e o faz, primeiramente, afastando a possibilidade de se confundir corretagem com os contratos de representação, prestação de serviços ou qualquer outro que subentenda relação de dependência entre as partes, consagrando o caráter *sui generis* da mediação. A segunda parte do artigo delimita propriamente o contrato. Acrescentamos à definição legal a noção de função social do contrato (art. 421 CC⁴) que é a obrigação de o corretor conduzi-lo diligentemente ao seu fim (art. 723, primeira parte, CC⁵). Pode-se definir corretagem, portanto, como contrato pelo qual o corretor se obriga a obter um ou mais negócios para o incumbente, diligenciando para levá-los a bom êxito, conforme as instruções recebidas.

2 – Histórico:

Quanto ao aspecto histórico da corretagem, não se sabe a partir de quando nem onde começou a existir. José da Silva Pacheco acredita que a corretagem sempre existiu, ainda que de forma simplificada e escassa⁶. No entanto, por ser um contrato que visa à obtenção de outro, a corretagem perde o seu valor e utilidade em sociedades muito simples cujos contratos não passam de acertos simples e corriqueiros, tais como o escambo de excedentes. Inútil é a função do corretor em aproximar pessoas num lugar onde todos se conhecem e sabem o que cada um tem a oferecer. Ainda assim, ao nosso ver, não está enganado Pacheco ao dizer que a corretagem sempre existiu. Ela não é fruto de criação de qualquer pessoa ou povo. Trata-se de uma necessidade natural das sociedades quando mais complexas, pois, assim como ensina Adam Smith, a divisão do trabalho é consequência natural, não planejada, da sociedade em desenvolvimento⁷. A corretagem se torna mais necessária e, conseqüentemente, mais comum quando as relações sociais se tornam mais complexas, em que interessados em pólos opostos de um mesmo contrato não se conhecem e basta que sejam aproximados, ou quando o negócio almejado for tão complexo que se faz necessária a presença de um especialista para intermediar.

Karl Büncher⁸, citado na obra do professor Carvalho Neto, classificou o desenvolvimento das sociedades em estágios para explicar, em cada um, a necessidade da mediação. Para ele, no estágio de “economia doméstica”, enquanto a produção tinha fulcro no consumo pessoal e familiar, não existia a mediação. Do mesmo modo, não era percebida no estágio de “economia urbana”, pois a troca se dava diretamente

(1) BITTAR, Carlos Alberto, Contratos Civis. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 229.

(2) FERREIRA, Waldemar, Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1960, vol. I, p. 264. VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2002, vol. III, p. 555.

(3) MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, 3ª ed., tomo XLIII, § 4733, p. 343.

(4) Código Civil – artigo 421 – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

(5) Código Civil – artigo 723, primeira parte – “O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência que o negócio requer”.

(6) PACHECO, José da Silva, Corretor, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. XXIII, p. 153 - “a corretagem, ao que parece, sempre existiu, embora de forma elementar e não muito freqüente”.

(7) SMITH, Adam, The Wealth of Nations, P. F. Collier and Son, Nova Iorque, 1901, livro I, cap. II, p. 55 – “a divisão do trabalho é consequência necessária, embora muito lenta e gradual, de uma certa tendência ou propensão existente na natureza humana que não tem em vista esta utilidade extensa, ou seja: a propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra”. IDEM, cap. II, p. 55 – “Numa sociedade civilizada, o homem a todo momento necessita da ajuda e cooperação de grandes multidões”. IDEM, cap. III, p. 60 – “quando o mercado é muito reduzido, ninguém pode sentir-se estimulado a dedicar-se inteiramente a uma ocupação, porque não poderá permutar toda uma parcela excedente de sua produção que ultrapassa seu consumo pessoal pela parcela de produção do trabalho alheio, de qual tem necessidade (...) existem certos tipos de trabalho, mesmo da categoria mais baixa, que só podem ser executados em uma cidade grande”.

(8) BUNCHÜR, Karl – Études d'histoire et d'économie politiques, Paris, 1901 – Apud CARVALHO NETO, Antônio, Contrato de Mediação, p. 20.

entre o produtor e o consumidor. Surgiu a mediação quando a produção e o consumo de mercadorias se tornaram complexos, havendo um domínio de circulação de bens, fase que denominou de estágio de “economia nacional”.

Carvalho Neto⁹ estudou as diferentes necessidades de corretores na sociedade de acordo com os mais recentes períodos históricos. Explica que, durante a Idade Média, os corretores realizavam intermediações, mas não tinham tanta importância econômica e social. Eram desprezados pelas corporações de ofício e os preconceitos da época depreciavam a profissão. Já a Renascença foi importantíssima para o desenvolvimento da profissão. As novas idéias de liberdade de mercados e o desenvolvimento do comércio trouxeram prestígio aos corretores. A Revolução Industrial, por sua vez, trouxe a efetivação da importância do corretor no cenário econômico. As rápidas e constantes negociações que, na época, eram exigidas fortaleceram a posição do mediador, que se tornou parte da nobreza e adquiriu alta respeitabilidade. Hoje, a profissão de corretor está, ainda, com mais vigor e dinamismo, sendo reforçada pelo implemento dos meios de comunicação e transporte, responsáveis por sua maior agilidade.

3 – Utilidade:

O contrato de corretagem é presente nas sociedades mais complexas, onde há necessidades que o corretor pode suprir. A utilidade do corretor às partes aproximadas pode ser dividida, basicamente, em três pontos: promove rápida circulação de riquezas, pois sabe onde encontrar e como atrair cada tipo de interessado; propicia melhores resultados ao incumbente, pois possui estruturas mais amplas para atingir um grande número de pretendentes, podendo utilizar-se da *lei da oferta e da procura*; oferece maior segurança ao contrato mediado, por poder evitar relações com insolventes, parasitas, fraudadores, e por poder explicar os meios de conclusão e execução de contratos mais complexos, especialmente os solenes, tudo em

virtude da vivência e especialização que adquire no meio negocial.

4 – Aspectos gerais:

Para que haja a formação da mediação, não é exigida qualquer solenidade, basta o mútuo consentimento entre corretor e incumbente, ainda que tácito¹⁰, sobre os elementos essenciais do contrato¹¹. Os elementos essenciais da corretagem se encontram nas instruções. É certo que as instruções podem ser referentes aos meios que o incumbente deseje que o corretor diligencie, estipulando cuidados especiais ou exigindo pouca divulgação. No entanto, conterão os elementos essenciais da mediação as instruções que tratem do delineamento do negócio pretendido, ou seja, delimitação das prestações que almeja do negócio, tais como o preço e o objeto na compra e venda, ou o preço e o serviço na prestação de serviço. Sem a presença das prestações do contrato que se tem por fito, o corretor não poderá diligenciar. Como encontrar interessado, sem que tenha um negócio a oferecer? Como oferecer a venda sem saber o objeto da venda? Como vender um bem sem que possua, ao menos, uma base ou noção do preço? Na ausência de um desses elementos, não nasce contrato de corretagem. Ressalta-se, no entanto, que, nas instruções, as prestações não precisam estar definitiva ou totalmente delimitadas, bastando que forneçam uma base para o corretor diligenciar. A faixa de valor do preço, embora não o defina precisamente, é suficiente para que o corretor possa procurar por interessados.

O mediador deve diligenciar dentro do prazo estipulado no contrato ou, se por tempo indeterminado, até a denúncia pelo incumbente. Para o corretor, quanto mais longo o prazo, mais interessante será, pois é ele quem assume a *alea*, correndo contra o tempo para obter o negócio e, conseqüentemente, colher o lucro dos seus investimentos através do recebimento da remuneração. Ora, enquanto possível a busca de interessados, poderá e deverá diligenciar, ainda que as tentativas anteriores não tenham logrado êxito.

⁽⁹⁾ CARVALHO NETO, Antônio, Contrato de Mediação. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 21.

⁽¹⁰⁾ MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, 3ª ed., tomo XLIII, § 4737, p. 355. CARVALHO NETO, Antônio, Contrato de Mediação. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 50 - “Reputa-se tácita a aceitação, quando o corretor ou incumbente admitem a interferência recíproca no seus negócios, sem que haja objetivamente qualquer contrato entre eles, nem prévio entendimento escrito ou verbal”.

⁽¹¹⁾ GONÇALVES, Luís da Cunha, *Dos Contratos em Especial*, Coleção Jurídica Portuguesa. Lisboa: Ática, 1953, p. 102 - “não está sujeito à formalidade externa, nem mesmo quando tenha por objeto qualquer contrato que deva ser celebrado por escritura pública” Código Civil, artigo 107 - “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Quanto à classificação do contrato de corretagem, tem-se considerado *bilateral*, pois o corretor diligencia em busca do negócio almejado para receber a remuneração e o incumbente aceita pagar a remuneração quando obtiver o negócio pretendido, sendo patente a reciprocidade das prestações¹², embora haja opiniões em contrário¹³; *oneroso* pois tem-se um ganho patrimonial por ambas as partes e porque presume-se que a corretagem seja onerosa (art. 724 CC) sendo excepcionalmente gratuito quando expressamente acertado; *consensual*, pois não se exige qualquer solenidade ou execução para nascer o contrato, bastando o simples acerto de vontades; *aleatório*, pois gera a obrigação de o corretor diligenciar em busca de interessados, efetuando despesas, sem ter a certeza de que alcançará o resultado útil para receber sua remuneração, assumindo um risco futuro e incerto; *típico* desde que entrou em vigor o Código Civil de 2002 que foi a primeira regulamentação legal e genérica do presente contrato. É *acessório*, pois, embora não siga indistintamente a sorte do contrato principal, ele tem a sua existência exclusivamente pautada na obtenção de um outro contrato.

O *animus* do incumbente, ao firmar a mediação, é a obtenção de um determinado negócio. As prestações do corretor não geram benefício algum ao incumbente se este não obtiver o negócio que tem por fito. A obtenção do negócio pretendido é o resultado útil, é o objetivo da corretagem, é o que dá ao corretor o direito de receber a remuneração, a contraprestação almejada. A obrigação do corretor é de fim, não de meio. Ainda que faça investimentos, utilize seu tempo e estrutura, tenha gastos com divulgação de toda sorte, o corretor não fará jús à corretagem se não proporcionar ao incumbente o negócio estipulado.

II – A REMUNERAÇÃO

1 – O direito à remuneração:

O contrato de corretagem é aleatório, depende de um acontecimento futuro e incerto para que seus

efeitos principais sejam verificados. Ao corretor interessa o recebimento de sua remuneração, que só lhe é devida com a verificação da aproximação bem sucedida, isto é, aproximação que tenha gerado um resultado útil ao incumbente.

É muito importante saber em que momento se verifica o resultado útil, pois, é nesse instante que o incumbente passa a ter a obrigação de pagar a comissão. No artigo 725 do Código Civil está disposta a regulamentação deste assunto:

art. 725. “A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.”

A primeira parte dispõe que a remuneração é devida quando o resultado previsto do contrato - resultado útil - for conseguido pelo corretor. Essa é a grande regra que acompanha o contrato. O contrato de corretagem tem, apenas, dois caminhos a percorrer: ou atinge o seu resultado útil ou não atinge o resultado útil. A obtenção do resultado útil garante o direito à remuneração.

Quanto a remuneração, não há meio termo. Ela não é parcial. A obrigação de remuneração está vinculada a uma condição suspensiva: resultado útil. Não se trata de condição suspensiva para a validade do contrato de corretagem, mas para o direito do mediador à remuneração. Portanto, o evento dessa condição é que faz nascer a remuneração, de forma que o corretor não possa pleitear pela comissão antes do evento, independentemente dos serviços que já tenha prestado. Assim, o resultado previsto entre as partes delimita o momento em que se verifica o resultado útil.

Insta, portanto, saber o que compreende exatamente o resultado útil para que se conheça o nascimento do direito à comissão. Como se pode analisar, pela própria disposição do texto legal, tal resultado deve ser aquele previsto no contrato, assinalado entre as partes. Cabe às partes delimitar qual

⁽¹²⁾ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições, Rio de Janeiro: Forense, vol. III, p. 266. GONÇALVES, Luís da Cunha, Dos Contratos em Especial, Coleção Jurídica Portuguesa. Lisboa: Ática, 1953, p. 102. CARVALHO NETO, Antônio, Contrato de Mediação. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 33. VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2002, vol. III, p. 554. OLIVEIRA, Moacyr de, Contrato de Corretagem, Enciclopédia Jurídica. São Paulo: Saraiva, vol. 19, p. 271. BITTAR, Carlos Alberto, Contratos Cíveis. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 229. CHAVES, Antônio, Corretagem, Enciclopédia Jurídica. São Paulo: Saraiva. vol. 21 p. 1. DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. III, p. 391. COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Contrato de Corretagem Imobiliária. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29.

⁽¹³⁾ SILVA, Justino Adriano da, Mediação, Enciclopédia Jurídica, Saraiva, vol. 52, p. 128. GOMES, Orlando, Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 386. RIEZLER e REULING, citados por Caio Mário Pereira, op. cit. p. 206.

é o objetivo daquela mediação e, assim que for atingido, deverá o incumbente remunerar o corretor. É fato, no entanto, que nem sempre o resultado útil é expressamente previsto pelas partes, como será analisado a seguir

Ressalta-se, por fim, que outras condições suspensivas podem dar causa ao direito de remuneração como no casos regulados nos artigos 726, 727 e no próprio 725 *in fine* do Código Civil. Porém, é objeto do presente estudo, apenas, a remuneração adquirida nos termos da primeira parte do artigo 725 do diploma civil.

2 – Previsão do resultado entre as partes:

Conforme o disposto “resultado previsto no contrato de mediação”, as partes, ao firmarem o contrato de corretagem, poderão, desde então, definir qual é o momento em que deverá ser paga a remuneração. O resultado não é delimitado por lei, mas pelas partes. Há liberdade de acerto entre corretor e incumbente. A única ressalva é que este momento deve estar vinculado ao contrato principal, pois à mediação presume-se a existência de um negócio, sem o qual se descaracteriza.

Portanto, poderá ser estipulado que o momento em que se formar o contrato principal caberá a comissão; poderão esperar o início da sua execução; não há maiores problemas se a remuneração for devida junto à extinção do negócio; nem há entrave se o resultado previsto se der num prévio acerto, ainda que não presentes todas as formalidades do negócio, bastando que tenha nascido um liame jurídico entre as partes. Como se pode ver, as possibilidades são múltiplas, cabendo ao corretor e ao incumbente definirem de acordo com seus interesses.

A norma determina a prevalência da vontade das partes. No entanto, é preciso que o resultado previsto tenha ligação com o contrato principal, em qualquer de suas fases. Não poderá ser estipulado o resultado útil na simples aproximação de interessados, ou pontuação, momento em que apenas discutem o contrato.

A remuneração pressupõe algum tipo de vínculo jurídico entre as partes aproximadas, pois esse é o mínimo do resultado útil nesse contrato. Se se definir a remuneração em momento anterior a um vínculo, não será mais corretagem, pois, não se adequará ao seu conceito e à sua natureza, cujas bases estão na obtenção de um ou mais negócios pelo corretor (art. 722 CC). Se a remuneração não estiver atrelada a qualquer negócio, não poderá ser mediação, será um outro contrato.

3 – Momento em que nasce o direito à remuneração se não estipulado pelas partes:

Há a possibilidade de as partes não terem delimitado qual seja o resultado útil. Não é, por isso, que a remuneração deixará de ser devida. Em algum momento, a remuneração deverá nascer.

Partindo-se de uma análise objetiva do contrato, deve-se conhecer a vontade das partes dentro do princípio da boa-fé (art. 422 CC), prezando pelo equilíbrio das prestações. Entendemos que tal equilíbrio é a equidistância dos interesses em relação aos riscos assumidos por cada parte. Para o corretor, o risco é de não receber a remuneração mesmo tendo já aproximado as partes, esgotando-se sua obrigação principal. Para o incumbente, o risco é de ter pago a remuneração sem a segurança ou concretude do contrato principal.

Com base no equilíbrio contratual, o momento em que o resultado útil se dá deve garantir: a) a utilidade para o incumbente, ou seja, que ao remunerar já tenha em suas mãos o negócio que buscava em segurança; b) a remuneração a tempo para o corretor, pois, embora tenha assumido um risco, não poderá estar sujeito aos caprichos do incumbente e terceiro após a promoção do negócio.

Sabe-se que, para o corretor, o quanto antes tiver direito à remuneração, melhor será. Já para o incumbente, quanto mais tempo puder ficar sem remunerar na intenção de ter a segurança do negócio mediado, melhor será. Pode-se verificar que os interesses se alternam conforme se dão as fases da execução da corretagem. Como as intensidades dos interesses variam gradual e inversamente, há um momento em que tanto o interesse do incumbente e do corretor se equivalem. Esse momento é o cume do contrato, o ponto máximo, o equilíbrio dos interesses, a equidistância de cumprimentos das obrigações que a bilateralidade proporciona junto a *alea*.

Para encontrar esse importante equilíbrio, que proporciona justiça às partes, serão analisados os diferentes posicionamentos da doutrina e depois trazidos à norma posta. Será, portanto, analisada cada corrente para que, ao final, possa-se fazer uma síntese e trazer à realidade do atual Código Civil.

3.1 – Execução:

Para esse grupo, a remuneração é devida a partir da execução do contrato desejado. Não basta

simplesmente um acerto de vontades, que tenha criado um liame jurídico, nem a observância de todas as formalidades exigidas. É necessário que o contrato principal seja executado, que a sua prestação seja colocada em prática (RT 162/227).

A explicação desta corrente é que o direito do corretor de ser remunerado só pode surgir se, do fruto de seu trabalho, nascer um resultado real e economicamente eficaz. Não há motivo em remunerar o corretor se, ainda, não se executou o contrato principal, objetivo da corretagem¹⁴.

O resultado útil que defendem não pode se limitar à simples formação de contrato, visto que o incumbente não obterá seu lucro antes da sua execução. O corretor oferece o seu serviço, sabendo que ao incumbente, apenas, interessa a efetivação dos efeitos daquele contrato. Se a expectativa de um é a execução do contrato, e o outro assume esse risco, a remuneração só pode ser paga quando tal expectativa for suprida.

3.2 – Acerto prévio:

O segundo grupo entende nascer o direito do corretor de receber sua remuneração quando o incumbente e terceiro chegarem a um acordo preciso em que nasça um vínculo jurídico entre eles, de tal maneira que, em caso de inadimplemento, um possa exigir do outro indenização. Considera acordo o acerto dos elementos mínimos ou substanciais do contrato, mesmo que não verificada a sua formalidade.

Um defensor deste grupo é o grande mestre Antônio Carvalho Neto. As suas palavras delimitam bem tal momento: “não basta, porém, servir de intermediário, aproximar as partes, por em contato a

oferta e a procura. É preciso mais: que entre oferente e pretendente se estabeleça acordo sobre condições substanciais do negócio; que ele fique virtualmente fechado, moralmente consolidado, faltando, apenas, a solenização legal do formalismo jurídico”¹⁵. É necessário um acerto mínimo. Sem qualquer acordo não há remuneração (RT 200:342; Adcoas, 1981, n. 80.508; RTJ 90/596). No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar¹⁶.

A explicação desta tese é que ao aproximar as partes, de tal forma que nasça um vínculo entre elas, o corretor nada mais poderá fazer. Sua função se esgota nesse ponto. As eventuais desistências ou arrependimentos em nada atingem o trabalho do corretor que deverá ser remunerado.

Essa corrente entende que não há necessidade de formalização do contrato para o nascimento de um vínculo jurídico. Basta o acordo de vontades, o mútuo consenso. Carvalho Neto¹⁷ defende, até mesmo, que para o mútuo, contrato real, basta apenas o consenso entre as partes para que nasça o negócio, o que, em nossa opinião, não procede em nosso direito.

3.3 – Formação:

O terceiro grupo entende que o direito à remuneração nasce com a formação do contrato principal, respeitadas todas as suas formalidades. Se a lei determina que o ato tem valor, apenas, após a solenidade, não há de se falar em resultado útil sem esta, pois, não está perfeito o contrato principal. O incumbente não terá a tranquilidade, segurança no contrato que almeja enquanto não estiver perfeito. Como ensina Clóvis Bevilacqua, a forma “é uma valiosa garantia dos interesses, quer individuais, quer sociais”¹⁸.

⁽¹⁴⁾ MERCADO, Antônio, *Agente de Negócio*, Ver. Trib., vol. 24-246 - ao defender essa posição, dá à expressão “conclusão” uma interpretação mais vulgar e acaba, até, dificultando a compreensão do texto. Mas, ainda assim, sustenta claramente a execução como resultado útil. Ele afirma: “o agente de negócios, o corretor, não tem direito a uma retribuição, à corretagem, à comissão, se o negócio de que se incumbiu deixou de realizar-se, se não for concluído, se, portanto, nenhum efeito útil resultou do emprego de sua atividade, com o intuito de dar-lhe existência. Não sendo o seu serviço, o seu esforço que se remunera, mas sim o resultado, a utilidade efetiva que deles promanou, quando o negócio de que se incumbiu não se realizou, não foi ultimado, não se traduziu em fato, a nenhuma remuneração faz jus o corretor, o agente de negócios”

⁽¹⁵⁾ CARVALHO NETO, Antônio, *Contrato de Mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956, pág. 133.

⁽¹⁶⁾ BITTAR, Carlos Alberto, *Contratos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pág. 233 - “o comitente fixa as condições desejadas para o negócio, incumbindo-se o corretor de se obter a sua efetivação, com a aproximação do interessado. (...) Considera-se que, efetivada a operação (venda, permuta, locação ou outra), compete ao comitente pagar a comissão ao corretor”.

⁽¹⁷⁾ CARVALHO NETO, Antônio, *Contrato de Mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956, págs. 146 e 147 - “o corretor para fazer jus à corretagem, nos contratos de mútuo, há, apenas, que levar os interessados a concordarem no negócio, tradicionalmente o negócio da convenção, posteriormente. Neste momento o mútuo se torna perfeito e o corretor credor da corretagem”.

⁽¹⁸⁾ BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, pág. 242.

Muitos autores nacionais se posicionam nessa corrente como Sílvio Venosa¹⁹, José da Silva Pacheco²⁰, Cunha Gonçalves²¹, Carvalho de Mendonça²², Maria Helena Diniz²³, Arnoldo Wald²⁴.

Não é necessária a execução para se ter o resultado útil, mas um liame jurídico forte que una as partes. Por isso, basta a formação com a observação das possíveis solenidades.

3.4 – Encontro de terceiro interessado:

Esse grupo entende que a remuneração do corretor será devida quando ele encontrar terceiro que se adeque às instruções do incumbente, colocando-os em contato. A justificativa está no fato de o corretor não participar do negócio mediado como o comissário ou o mandatário. Ele, simplesmente, une as partes e se retira no momento da negociação, porque se obriga tão somente a obter um negócio conforme as instruções do incumbente. Ao encontrar e aproximar alguém que aceite os termos exigidos pelo dono do negócio, não é necessário que os aproximados cheguem a qualquer acerto ou acordo, pois a sua atividade se esgotou. Ele já cumpriu com seu dever e saiu de cena. A sua atividade se esgotou e o fato de os interessados formarem ou não o negócio não faz parte de sua incumbência.

Embora, até onde conhecemos, não exista qualquer autor nacional que defenda essa tese, algumas decisões têm se pautado nesta linha:

“A obrigação do corretor é de resultado, que se concretiza no momento em que o comprador é apresentado ao vendedor, em condições que caracterizam seriedade do negócio, no prazo da opção contratada, colocadas as partes em situação de firmarem acordo de vontades. A partir

de então é devida comissão conven-cionada, ainda que o negócio não se tenha concretizado por culpa do vendedor” (Adcoas, n. 83.182).

“O intermediário, aproximando as partes e, em consequência de sua intervenção, tornando possível a efetivação do negócio, tem direito à remuneração” (Adcoas, 1982, n. 87.562)²⁵.

O ministro Fontes de Alencar do STJ explica que

“sem embargos dos ponderáveis argumentos das correntes antagônicas, que se fixam respectivamente, no resultado útil e na aproximação das partes, mais razoável e justo se afigura o entendimento da corrente intermediária, segundo o qual o corretor faz jus à comissão se, tendo aproximado as partes, o negócio não se consuma por decisão exclusiva do vendedor que o contratara” (STJ – REsp 4269).

Portanto, para esse grupo, se o corretor encontrar e aproximar interessado que se adeque e aceite os termos que o incumbente exigiu nas instruções para o negócio adquirirá direito a receber a remuneração, pois terá atingido o resultado útil e sua obrigação estará cumprida.

3.5 – Síntese e conclusão:

Como visto, os quatro posicionamentos encontram explicação e base jurídica. Ainda assim, é possível que se trace algumas críticas a cada um deles.

A quarta corrente, que defende haver remuneração pelo fato de terceiro aproximado se interessar por todos os termos estipulados pelo incumbente nas instruções, tem como base de

⁽¹⁹⁾ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2002, vol. III, pág 556.

⁽²⁰⁾ PACHECO, José da Silva, *Corretor*, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. XXIII, págs. 157 e 159.

⁽²¹⁾ GONÇ GONÇALVES, Luís da Cunha, *Dos Contratos em Especial*, Coleção Jurídica Portuguesa. Lisboa: Ática, 1953, pág 102 - “a comissão contratada com o corretor só lhe será devida quando o contrato visado se tenha realizado (...) o contrato visado, porém, deve estar validamente concluído”.

⁽²²⁾ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, 3ª ed., vol. II, pág. 370 - “a conclusão (não a execução) do negócio é, pois, indispensável para que o corretor possa exigir a corretagem, embora não seja efetivamente executado ou seja mais tarde rescindido ou desfeito”.

⁽²³⁾ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. III, pág. 390 - “o contrato de corretagem terá por finalidade por em acordo comprador e vendedor. Depois que isso é conseguido, em documento devidamente formalizado, fará o corretor jus à sua comissão”.

⁽²⁴⁾ WALD, Arnoldo, *A Remuneração do Corretor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 561, pág. 9 - “se o negócio não foi efetivamente concluído, não tendo sido lavrada a devida escritura de compra e venda, indevida se afigura a comissão”.

⁽²⁵⁾ Jurisprudência citada por Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 3, pág. 335.

argumentação o fato de o corretor não participar no contrato mediado. No entanto, não leva em consideração os interesses do incumbente. O dono do negócio pretende obter um contrato, sem o qual, não lhe interessa a mediação. O contrato que almeja nem sempre pode ser totalmente previsto pela parte quando instrui corretor. As decisões e escolhas de muitos negócios diante de sua complexidade só podem ser tomadas quando em sua efetiva contratação. Quando um incumbente deseja uma prestação de serviço, ele especifica ao corretor uma faixa de valor que pretende pagar e dá uma noção da qualidade do serviço que pretende obter. No entanto, só quando o incumbente realmente tiver contato com o prestador de serviços, poderá avaliar se deseja aquela qualidade de serviço oferecido e pagar determinado preço. Não é porque o corretor encontrou terceiro que ofereça serviço e preço dentro da faixa que desejava o incumbente que atingiu o resultado útil. Em regra, a equivalência entre as prestações do negócio perseguido deve ser concretamente analisadas, no exemplo, o incumbente sabe que existem serviços de maior e menor qualidade, logo tem direito a analisar o preço conforme a qualidade. Além da necessidade de se analisar as prestações, em muitos contratos é preciso que haja uma relação *intuitu personae*, que evidentemente só pode ser analisada quando as partes aproximadas começam a esboçar o negócio. Portanto, como o corretor não é parte do contrato mediado, não pode considerar o contrato obtido pelo simples fato de ter encontrado terceiro que se adeque às instruções antes que o dono do negócio analise concretamente o contrato.

O segundo motivo por que a remuneração não é devida pelo simples encontro de terceiro interessado é a necessidade de se alcançar um resultado útil. A promessa que faz ao intermediário se dá em troca da obtenção de um negócio, não de simples interessado. Como o negócio ocorre a alguns passos adiante do interesse, não se pode falar que a simples aproximação de interessado se confunda com resultado útil. O resultado útil só pode girar em torno do negócio principal, não antes de se quer começar a pontuação. Se não fosse assim, em virtude da intenção do incumbente, ele não se sentiria estimulado ou atraído por contrato de corretagem em que o simples encontro de terceiro interessado lhe traria a obrigação de remunerar mesmo antes de saber se em concreto deseja contratar com o

terceiro. Haveria um desestímulo ou desprestígio para o contrato.

Ressalta-se que não se pode entender ser injusto para o corretor o fato de ter de esperar pela conclusão do negócio entre as partes, embora não figure na relação, para só então adquirir o direito à remuneração. Ele sabe o que interessa ao dono do negócio, assume a obrigação de obter-lhe um contrato e tem consciência da *alea* que cerca o negócio. Ora, se o terceiro que aproximou não se enquadra em concreto ao que almeja o incumbente não intermediou com sucesso. De qualquer forma, não fica o corretor desprotegido, pois a hipótese de o incumbente se negar a contratar sem justificativa plausível não tira o direito do corretor ser indenizado, por agir de má-fé e abusar de seu direito (art. 927 cc 187 CC).

Entendemos ser descartada a hipótese de o direito à remuneração nascer antes da conclusão do negócio. Por isso, voltamos a análise da síntese para as outras três correntes que compreendem haver resultado útil ligado ao negócio principal em si, seja em sua formação, acerto prévio ou execução.

A execução é a própria observância do resultado útil para o incumbente. A execução redundará em lucro ao dono do negócio. O seu objetivo final é concretizado. Mas não por isso a execução se confunde com o objetivo do corretor. Muitas vezes, a execução se dá tempos depois da formação do contrato. Se assim se entender, nesse intervalo, o corretor ficará esperando o seu início para que receba a remuneração, distanciando demais o pagamento da remuneração em relação à segurança jurídica que proporcionou com o negócio formado. Esta hipótese é muito mais vantajosa ao incumbente.

O corretor visa a formação de um liame jurídico entre as partes, este é o seu serviço, não está em suas mãos o sucesso da execução ou não, pois vai além da *alea* que assume. Caio Mário explica que o risco está na não obtenção do contrato²⁶. A execução é posterior. Como ensina Orlando Gomes²⁷, o corretor não é responsável pela execução do negócio, pois em nada depende dos seus serviços ou esforços se já estiver formado o contrato. Caio Mário, ainda, diz que a comissão “não depende ela do recebimento integral do preço, ou da execução do contrato”²⁸. Mas, indiscutivelmente, as partes podem acertar previamente assim. Nessa hipótese, o corretor assume a *alea* de ter que esperar pela execução.

(26) PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições*, Rio de Janeiro: Forense, vol. III, pág. 245 - o objetivo do corretor é “enviar esforços e dedicar sua atividade na angariação do negócio ou do contrato (...) até que o negócio se considere fechado”.

(27) GOMES, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, pág. 389.

(28) IDEM ao PEREIRA, pág. 245.

Já o acerto dos elementos do contrato, antes que se verifique as solenidades previstas em lei, privilegia o corretor frente ao incumbente. É de se notar que nem sempre o resultado útil é atingido. Quanto aos contratos formais, se a solenidade não for observada não têm valor, se quer passam a existir ou a ter efeitos no mundo jurídico. Bessone explica: “a ausência da forma o torna inexistente porque impede que se aperfeiçoe. A forma ou a solenidade se apresenta, portanto, como uma condição para a formação do contrato, vale dizer, como um elemento constitutivo”²⁹.

Ora, o vínculo anterior à formação do contrato não expressa a obtenção de resultado útil, visto que mantém incertezas em relação à obtenção do contrato principal. Tal vínculo, apenas, gera um liame pré-contratual, não constituindo qualquer obrigação referente às prestações contratuais, mas obrigação em decorrência da boa-fé e justa expectativa entre as partes. Portanto, nessas circunstâncias, o dono do negócio não teria direito à indenização em virtude de inadimplemento, mas por eventuais perdas e danos causadas por quebra de justa expectativa.

Evidentemente, a crítica que se faz a esta corrente só se procede nos casos de contratos reais ou formais, em que o simples acerto nem sempre gera a obrigação de adimplemento, o que não se repete nos contratos simplesmente consensuais.

Analisando a terceira corrente, entendemos que a formação perfeita do contrato, sendo observadas todas as suas formalidades ou, no caso de contrato real, a sua execução é um momento, em regra, bem adequado para se efetuar o pagamento da comissão. A partir de então, o incumbente poderá contar com as garantias que o contrato lhe fornece. Pode exigir da outra parte o adimplemento da obrigação, se ainda não executada, enquanto o corretor, que em nada mais poderá atuar, não fica mais sujeito às surpresas que poderão impedir a execução.

Embora, em regra, haja nessa tese maior equivalência entre as prestações do corretor e incumbente, há certos casos em que não se verificará equilíbrio entre as partes. Na corretagem de compra e venda de imóveis, é muito comum que, ao invés de se contratar a compra e venda em si, se acorde o compromisso de compra e venda de imóveis. Se for seguida tal tese, a corretagem só será devida com a formação da escritura pública, que se dará, normalmente, após longos meses, visto que a

corretagem era de compra e venda de imóveis e não do compromisso de venda e compra. Ora, é evidente que o compromisso acertado, embora seja apenas contrato preliminar de compra e venda pura, é um resultado útil para o incumbente porque poderá exigir o adimplemento da outra parte, mesmo que através da adjucação compulsória (RT 594/72). Não há porque o corretor ter de esperar até que se forme a escritura pública para ter direito à sua comissão, se já se verificou o resultado útil.

O Código Civil dispõe sobre o contrato preliminar entre os artigos 462 e 465. Para que seja um contrato preliminar, é necessário que se tenha todos os elementos do contrato a ser celebrado, exceto a formalidade (art. 462 CC). No entanto, para que uma parte possa exigir o adimplemento da outra, é necessário que, além de não haver estipulação de retratabilidade, o contrato seja registrado em cartório (art. 463 CC). Isso nos faz concluir que apenas os contratos preliminares realizados por escrito permitem a cobrança de adimplemento, pois precisam ser registrados. Caso não haja a efetivação do contrato, o juiz poderá suprir a vontade do inadimplente, dando caráter definitivo ao contrato, a menos que tal ato se oponha à natureza da obrigação (art. 464 CC).

Assim como a promessa de compra e venda, o contrato preliminar poderá ser considerado como resultado útil se propiciar a garantia de se poder exigir judicialmente a formação do contrato em definitivo. Para que o contrato preliminar tenha tais características, é preciso que sejam verificadas duas condições:

1) o contrato preliminar deve ser formado por escrito, para que se possa registrá-lo.

2) a vontade do inadimplente a ser suprida pelo juiz não seja incompatível com a natureza da obrigação.

Ora, a primeira condição está clara por si, mas, para que se entenda a segunda, é necessário que se compreenda o que se entende por incompatível à natureza da obrigação. A manifestação de vontade é uma obrigação de fazer, mas não se refere a trabalho propriamente dito³⁰, pois, como ensina Clóvis Bevilacqua, o consentimento consiste em “ato ou fato, para cuja execução se não exige um desenvolvimento de forma física ou intelectual”³¹. Assim, embora seja personalíssima, a manifestação de vontade pode ser suprida por decisão judicial. Ainda que a manifestação

⁽²⁹⁾ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Teoria dos Contratos. São Paulo: Saraiva, 1949, pág. 37.

⁽³⁰⁾ SANTOS, J. M. de Carvalho, Código Civil Brasileiro Interpretado. São paulo: Freitas Bastos, 1951, vol. XI, pág. 80.

⁽³¹⁾ BEVILAQUA, Clóvis, Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, pág. 75.

de vontade de contratar seja suprida, será incompatível com a natureza da obrigação se não for possível, apenas com o consentimento, tornar o contrato preliminar em definitivo. É o caso dos contratos reais. Os contratos reais são aqueles que são concluídos apenas quando se dá entrega da coisa que versa, o seu objeto, não basta o consentimento. Logo tratando-se de contrato real, ainda que se suprisse a vontade do inadimplente, não se formaria o contrato em definitivo por ausência da entrega da coisa, pois, “trata-se de um contrato que, para sua perfeição, exige a tradição”³².

Concluímos que as três correntes apresentam forte embasamento jurídico, mas percebe-se que, pela grande quantidade e variedade de contratos capazes de serem mediados, não se pode delimitar um único momento, como demonstrado, sob pena de causar injustiças para as partes. A análise deverá recair sobre cada tipo de contrato principal, para que se reconheça em que momento o resultado útil é verificado.

A forma para que se saiba quando se verifica o resultado útil é simples. Precisa-se saber a partir de que momento nasce um vínculo jurídico capaz de criar entre as partes - incumbente e terceiro - a possibilidade de um cobrar judicialmente o adimplemento da obrigação da outra, caso seja da natureza do contrato. Do acerto deve advir efeito indireto³³ da obrigação. Essa possibilidade nada mais é que a exteriorização de um forte vínculo entre terceiro e incumbente, que é fruto da segurança almejada por este.

Insta ressaltar que na hipótese de as partes terem previsto cláusula penal, o instituto de arras, a possibilidade de arrependimento, que leve à resolução do contrato, nasce também a obrigação de remuneração (Adcoas, 1981, n. 79.739). Neste caso, já há um forte vínculo jurídico que possibilitaria a cobrança de adimplemento entre as partes se não fosse o acerto contrário que estipularam. Só estipularam o contrário porque não queriam que um deles pudesse cobrar a execução do outro. Esta é uma outra forma de se exteriorizar o forte liame jurídico entre as partes, pois, o comprometimento de cada contratante é de tal seriedade que precisaram estipular a possibilidade de arrependimento. Evidentemente, o resultado útil pode ser observado e nasce o direito à remuneração, mesmo porque o arrependimento não é uma circunstância que exclui o direito a remuneração (art. 752 CC).

Do mesmo modo, se o contrato acertado for de obrigação personalíssima, ainda que não se possa obter a execução precisa da obrigação por meios judiciais, será verificado o resultado útil, pois é essa a natureza do contrato principal pretendido pelo incumbente, o que não desconfigura a caracterização do forte liame jurídico formado entre as partes.

Se não houver acerto prévio entre as partes de delimitação do momento da remuneração, o disposto no atual Código Civil ratifica o entendimento de que é necessário esse forte vínculo jurídico como acima exposto. Em nosso ordenamento, a remuneração só é cabida ao corretor se por fruto de seu esforço nascer um resultado útil, formação de um negócio.

A expressão “resultado previsto” do artigo 725 é referente, primeiramente, ao acerto feito entre incumbente e corretor. Porém, não havendo acerto o especificando, o resultado previsto deverá ser conhecido pelo conceito e regras gerais do contrato de corretagem, pois, mister se faz delinear a estrutura jurídica implícita ao contrato. O conceito legal está no artigo 722 do Código Civil e afirma que o corretor “obriga-se a obter um ou mais negócios”. Está aí, portanto, o resultado útil. Não é a execução, nem o prévio acerto, mas a certeza da existência do negócio planejado.

III – CONCLUSÃO

Como visto, o contrato de corretagem é aleatório, de forma que o direito à remuneração do corretor não é observado juntamente com a formação da mediação, mas é necessário que o corretor tenha promovido um resultado útil ao incumbente. A ocorrência do resultado útil, isto é, a obtenção do negócio, é o evento da condição suspensiva que faz nascer o direito à remuneração.

O caminho traçado para todo o contrato de corretagem é a obtenção do contrato perseguido. Como, em virtude da *alea*, nem toda corretagem atinge tal êxito, pode-se dizer que o contrato de mediação cujo negócio foi obtido pelo corretor é bem sucedido.

A primeira parte do artigo 725 do Código Civil trata especificamente da remuneração do corretor em virtude do contrato de corretagem bem sucedido. É o direito que nasce pela ocorrência do resultado útil promovido diretamente pelo corretor.

⁽³²⁾ IDEM ao SANTOS, vol. XVII, pág. 394.

⁽³³⁾ SERPALOPES, Miguel Maria de, Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, volume II, pág. 209. – “efeitos indiretos, são os direitos conferidos pela lei ao credor, para obter a execução precisa e exata da obrigação”.

O resultado útil pode ser estipulado pelas partes, que, dentro de sua autonomia de vontade e flexibilidade contratual, podem estipular o momento em que se dá o encontro, equilíbrio, de seus interesses. O único requisito é que o determinem em uma das fases do contrato perseguido, já que o objeto da mediação é sempre a obtenção de um negócio (art. 722 CC), não havendo sucesso contratual antes de nascer qualquer vínculo obrigacional (ainda que pré-contratual) entre os aproximados.

Se as partes não expressamente estipularem o resultado útil, deve-se encontrar o ponto de equilíbrio entre as prestações do incumbente e corretor para se saber o momento em que nasce o direito à remuneração.

Concluímos que o resultado útil do contrato de corretagem, em uma análise genérica, não pode ser reduzido a uma fase contratual do negócio perseguido, tal qual entendem vários autores que o estipulam nos acertos prévios, formação ou execução. A corretagem pode ser utilizada para a obtenção de uma gama de contratos, variando o contrato acessório conforme o seu principal. Por haver tantos tipos de corretagem, tomar o acerto prévio, a formação ou a execução como única regra é cometer injustiça, é promover um desequilíbrio contratual em muitos tipos de mediação.

Por outro lado, não sugerimos que não exista meios de se encontrar um equilíbrio numa análise abstrata. Esse não é um exercício cabido unicamente ao aplicador. Tal análise não é feita diretamente no caso *sub judice*. O contrato de corretagem deve ser analisado objetivamente conforme o contrato objeto que possui. Assim, sempre é possível que se encontre uma regra quanto ao resultado útil para cada tipo de corretagem.

O equilíbrio entre os interesses do incumbente com os do corretor, isto é, o resultado útil se dará quando o incumbente tiver segurança tal no negócio pretendido que possa exigir o adimplemento da prestação ou que haja um vínculo de tal magnitude que as próprias partes estipulem que não se poderá exigi-lo uma da outra. Em tal momento, o corretor já terá colocado as partes em contato, esgotada estará sua atuação essencial de aproximação.

Verificado o resultado útil, caberá a remuneração ao corretor por sucesso contratual.

IV – BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BITTAR, Carlos Alberto, *Contratos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CARVALHO NETO, Antônio, *Contrato de Mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CHAVES, Antônio, *Corretagem*, Enciclopédia Jurídica. São Paulo: Saraiva. vol. 21.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Contrato de Corretagem Imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. III.

_____, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 3.

FERNANDES, Adauto, *O Contrato no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Fº, 1945, vol. II.*

FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960, vol. I.

FIDA, Orlando, FERREIRA CARDOSO, Edson, *Contratos*. São Paulo: E.U.D., 1980, vol. 1.

GOMES, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Luís da Cunha, *Dos Contratos em Especial*, Coleção Jurídica Portuguesa. Lisboa: Ática, 1953.

JUNQUEIRA, Gabriel J. P., *Corretagem e Transação Imobiliária no Novo Código Civil*. São Paulo, Edipro, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, 3 ed.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, 3ª ed., vol. II.

MERCADO, Antônio, *Agente de Negócio*, Ver. Trib., vol. 24-246.

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, 3ª ed., tomo XLIII.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, Saraiva, São Paulo, 1996, volume I.

OLIVEIRA, Moacyr de, *Contrato de Corretagem*, Enciclopédia Jurídica. São Paulo: Saraiva, vol. 19.

PACHECO, José da Silva, *Corretor*, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. XXIII.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições*, Rio de Janeiro: Forense, vol. III.

RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2002.

RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. III.

SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. São paulo: Freitas Bastos, 1951, vol. XIX.

SERPALOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SILVA, Justino Adriano da, *Mediação*, Enciclopédia Jurídica, Saraiva, vol. 52.

SMITH, Adam, *The Welth of Nations*, P. F. Collier and Son, Nova Iorque, 1901.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2002, vol. III.

WALD, Arnaldo, *A Remuneração do Corretor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 561.

_____, *Obrigações e Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

A POSTURA DO TRABALHADOR BRASILEIRO EM TEMPO DE REFORMA LEGAL: CONTRIBUIÇÕES PARA UMA ANÁLISE MAIS AMPLA

Silvio BELTRAMELLI NETO¹

Mirta Gladys Lereña Manso de MISAILIDIS²

RESUMO

Este artigo propõe-se a dar informações para uma análise mais ampla da situação do trabalhador brasileiro, tendo em conta, principalmente, a reforma trabalhista que vem sendo implantada pelo Governo Federal; e o faz, pretendendo revelar alguns dos contornos da herança cultural e procedimental do operariado brasileiro, confrontando-a com as importantes mudanças experimentadas pela relação de trabalho, em decorrência das alterações do sistema capitalista, desde a segunda metade do século XX até os dias de hoje. Busca-se, assim, distância dos reducionismos, a que podem conduzir as avaliações superficiais das implicações da reforma trabalhista brasileira, demonstrando ser necessário ao trabalhador brasileiro conhecer sua inserção em contexto eivado de tendências globais, mas dotado de determinadas peculiaridades, pois só assim será possível engajamento efetivo e produtivo em processo social dotado de profundo dinamismo.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista, Relações de Trabalho, Estado, Toyotismo, Flexibilização, Autotutela, Sindicalismo Brasileiro.

ABSTRACT

This article aims to provide information for a wider analysis of the Brazilian worker's situation taking mainly into consideration the Labor Reform which has been implemented by the Federal Government. In doing so, it aims to reveal some of the cultural and procedural inheritance traces of the Brazilian workforce, facing it with the important changes experienced by the labor relations, due to the capitalist system alterations registered from the second half of the XX century up to now. It aims to avoid simplifications to which superficial evaluations of the Brazilian Labor Reform implications can lead, showing it is necessary for the Brazilian worker to be aware of his insertion in a context full of global tendencies, but endowed of certain peculiarities. Only this way an effective and productive engagement will be possible in a strongly dynamic social process.

Keywords: Labor Reform in Brazil, Labor Relations, Neo-Liberal State, "Toyotismo", Flexibilization, Self-custody, Brazilian Unions.

⁽¹⁾ Docente da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Bolsista CAPES).

⁽²⁾ Docente da Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

INTRODUÇÃO

A gente quer ter voz ativa, no nosso destino mandar. Mas eis que chega a roda-viva e carrega o destino pra lá. (Chico Buarque de Holanda)

A “menina dos olhos” da atual discussão jurídico-trabalhista brasileira é a recente colocação em prática da reforma legislativa de há muito reivindicada pelos mais diversos setores sociais ligados ao trabalho. Pelos desdobramentos até aqui levados a efeito, tal reforma implantar-se-á em três etapas, tendo as duas primeiras alcançado um estágio mais avançado de realização: a) a ampliação da competência da Justiça do Trabalho; b) a regulamentação própria da atividade sindical; e c) a adaptação das normas substantivas de Direito do Trabalho.

Diante deste quadro, não é surpreendente e nem tão pouco despropositado que as manifestações acerca da Emenda Constitucional nº 45, da Proposta de Emenda Constitucional nº 369/2005 e do Projeto de Lei que a esta regulamentaria³, tematizem exatamente a alteração jurídica que se pretende, sob o prisma de aspectos de validade normativa, sob o da pertinência destas readequações à efetividade da prestação jurisdicional trabalhista e, ainda, por consequência, o da proposta de proteção do hipossuficiente.

A produção normativa reformadora em pauta evidencia uma ação estatal voltada para responder à necessidade de uma readequação jurídica do mundo do trabalho. Interessante, no entanto, é perceber o quão paradoxal esta realidade pode parecer, se confrontada com a atual identificação do afastamento da figura do Estado da regulação das atividades privadas, nelas incluída a relação de trabalho.

Percebe-se, pelos rumos tomados pela Emenda Constitucional nº 45 e pelas propostas de reforma dos direitos trabalhistas individuais, a conduta neo-liberal do Estado brasileiro ao deixar nítida a idéia de que sua participação na regulação das relações de trabalho cada vez mais resumir-se-á, na essência, à via da decisão judicial em sede de Reclamação Trabalhista – casuisticamente, portanto –, enquanto que o processo regulatório em si será amplamente transferido para as partes envolvidas (empregado-empregador), por intermédio da

negociação coletiva, satisfazendo, assim, a tendência mundial flexibilizadora.

Entretanto, com relação à estrutura sindical, a PEC nº 369/2005 e o Projeto de Lei que a acompanha parecem contrariar a inspiração desregulamentadora dos dois outros campos de reforma, na medida em que detalhadamente disciplina a gestão dos sindicatos brasileiros. Ou seja, o paradoxo está no fato do Estado afastar-se da produção normativo-trabalhista, deixando à Justiça do Trabalho um campo de ação mais estendido, mas, ao mesmo tempo, submetendo a estrutura sindical aos rigores da lei.

Em meio a todas estas alterações normativas, parece escapar às análises a apreciação da efetividade desta postura estatal frente à realidade que se apresenta, cívica de nuances e vertentes, e, pior, sem permitir qualquer avaliação definitiva acerca do futuro das relações sociais no mundo. Não se pode simplesmente ignorar que, como denuncia David Harvey, “o pós-modernismo nada, e até se esboja, nas fragmentárias e caóticas correntes de mudança, como se isso fosse tudo o que existisse”⁴.

O que parece não emergir das discussões fundamentalmente jurídicas e, muitas vezes, econômicas, que permeiam as reformas trabalhistas em suas três vertentes (Justiça Especializada, Sindicatos e Direitos Individuais), é o reconhecimento de que o trabalhador brasileiro, tal qual o trabalhador de todos os cantos do mundo, está sendo obrigado a colocar-se de frente para si mesmo, numa verdadeira posição de autocrítica, disto dependendo os rumos de sua condição de existência, sob pena de, definitivamente, admitir que seu futuro não mais lhe pertence ou nunca pertenceu.

Neste passo, o que esperar do trabalhador brasileiro quando confrontado com as novas situações trazidas pelas reformas em implantação? Se o Estado convoca este trabalhador a promover diretamente a ordem de direitos e deveres a que se submeterá, quais as condições com que pode contar para manter as rédeas de seu destino, em tempos de fragmentação e instabilidade?

As respostas para estas questões tornam-se problemáticas na medida em que se está a tratar de uma herança trabalhista de intervenção estatal, na qual os anseios do capital e do trabalho sempre foram, por

⁽³⁾ A Proposta de Emenda Constitucional e o correspondente Projeto de Lei são resultado do Fórum Nacional do Trabalho, realizado em Brasília, em fevereiro de 2005, o qual envolveu representantes do Governo Federal e figuras representativas dos empregados e empregadores.

⁽⁴⁾ HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa Sobre as Origens da Mudança Cultural**, p. 49.

princípio, endereçados ao Estado Nacional. Os empregados brasileiros, ao reivindicarem melhores situações, esperavam reconhecimento através de novas leis ou decisões judiciais favoráveis. Querendo ou não, a CLT, na sua infinidade de regras, sempre foi vista como um conforto. Se a produção normativa trabalhista muda de mãos e nela se alicerça a apreciação judicial, a grande questão é saber como se portar sem ter o Estado como ouvidor.

Em suma, analisar o real impacto das reformas trabalhistas propostas pelo Governo brasileiro nas relações de trabalho do País não se resume a uma avaliação dos direitos e deveres que emanam dos artigos que compõem o texto das novas normas. É preciso algo mais. Algo que passe pela constatação da intensa mutação estrutural daquilo que se entende como prestação de trabalho e, principalmente, pela investigação de como o trabalhador identifica-se e, a partir daí, pela indicação de quais os caminhos de atuação viáveis para a preservação eficaz de seus interesses.

Fiel ao seu título, este breve estudo pretende, em verdade, contribuir com a exposição das contingências próprias da realidade do trabalhador brasileiro, para isso percorrendo duas vertentes, que, no fim das contas, acabam por se enredar. A primeira delas nos remete a um raio-x de cunho subjetivo, a partir do resgate da “bagagem histórica” deste trabalhador; aspectos daquilo que se poderia chamar, metaforicamente, de “DNA do trabalhador nacional”, constituído pelo acúmulo de experiências e ações presentes ao longo do desenrolar das relações de trabalho no Brasil. Já a segunda finca base numa análise mais objetiva, buscando o apontamento das principais características da transformação das relações laborais no mundo, presentes também no contexto brasileiro.

É certo que esta proposta, dentro da sua singeleza, não se atreve a esgotar a descrição desta realidade mutante, muito menos a apontar qual a direção da classe trabalhadora brasileira, como que num exercício de futurologia. O que se quer é fornecer elementos que possam enriquecer as discussões comprometidas com uma análise mais ampla dos destinos do brasileiro em matéria de trabalho.

1. A CULTURA BRASILEIRA DO PÁTRIO PODER ESTATAL

O Direito do Trabalho, no Brasil, foi submetido a um processo peculiar de solidificação enquanto ramo autônomo do Direito. Pelas mãos de Getúlio Vargas, em 1943, realizou-se a união das normas trabalhistas, até então esparsas, no diploma da Consolidação das Leis do Trabalho. E isto, como gabava-se o próprio Presidente à época, sem derramar sequer uma gota de sangue, ao contrário dos ferozes embates europeus.

O Brasil via-se, então, diante do “resultado de 13 anos de trabalho, nos quais uma série de destacados pensadores jurídicos se reuniu para criar uma arena jurídica inteiramente nova no Brasil”⁵, conferindo, com isso, proteção legal à classe trabalhadora, tendente a inflar-se de maneira rápida e definitiva com a implantação da política de industrialização do país, sob a batuta do Estado Novo.

Eis, pois, o retrato fiel da então tendência mundial, vigente por muito tempo, de centralização na figura do Ente Estatal não somente das ações políticas, mas também econômicas, sociais, culturais e jurídicas. Presenciava-se um paradoxo prático-teórico da concepção moderna de Estado de inspiração rousseauiana, – encampada, na estrita medida de seus interesses, pelas revoluções liberais francesa e americana –, que permitiu a consolidação, na figura do governante-ditador, da representação dos interesses gerais populares. Para remontarmos ao tempo getulista, são exemplos disso também o nazismo alemão, o fascismo italiano e o comunismo soviético, todos gozando de alta popularidade quando instalados.

Para os empregadores capitalistas, financiadores do desenvolvimento nacional, a centralização estatal representou a maneira mais eficaz de criar condições para a expansão das indústrias, e, em última análise, para a disseminação do próprio capitalismo como sinônimo de evolução, ainda mais nos países de menor expressão econômica.

O Estado, assim, funcionava como catalisador dos anseios dos mais variados atores sociais, entre eles os trabalhadores. O exemplo europeu mostra que as reivindicações operárias voltavam-se contra as precárias condições de trabalho, mas o faziam pressionando o Ente Estatal a reconhecer-lhes garantias jurídicas.

⁽⁵⁾ FRENCH, John D. *Afogados em Leis: A CLT e a Cultura Política dos Trabalhadores Brasileiros*, p. 14.

Neste contexto, a ordem jurídica trabalhista, dotada de diploma normativo próprio, nasceu pelas mãos do Estado, que, para as massas, assumiu a suposta figura do pai que cumpre o dever de dar guarida ao filho, este cada vez mais fazendo-se representar pelo cidadão-operário.

O rigor jurídico e a abrangência da CLT, para a época, foram algo de causar inveja, merecendo todo o louvor, já que “em seu escopo e em sua ambição, a CLT é um verdadeiro corpo caleidoscópico de leis que fornece orientação em quase todos os aspectos importantes do mundo do trabalho, num sentido amplo.”⁶

Vê-se, pois, que o diploma trabalhista brasileiro, em seu conteúdo, representou a regulamentação exaustiva da relação empregatícia, disciplinada em seus mínimos detalhes. E, o melhor de tudo: esta conquista do trabalhador brasileiro foi fruto de ação estatal visionária e benemérita, que presenteou os trabalhadores, sem que eles precisassem pedir – idéia veiculada pelo Estado Novo populista. Aliás, aos olhos daquele governo, o “Príncipe” deu à classe trabalhadora o que ela não teria sequer condições de reivindicar, como pensava um dos mentores da CLT e da legislação sindical getulista, Oliveira Vianna, ao afirmar que “o insolidarismo é um dado cientificamente comprovado da nossa psicologia social, coletiva – de povo. É uma verdade experimental e indiscutível.”⁷

Destaque-se que a presença estatal central na promoção da ordem jurídica não se resumiu ao governo de Vargas, mas perpetuou-se, por meio de normatizações importantes, como as leis sobre a gratificação natalina (1962), o FGTS (1966), e sobre os empregados domésticos (1972) e rurais (1973), bem como, em âmbito constitucional, o rol de garantias do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Uma legislação quase perfeita, direitos resguardados, liberdade de associação regulamentada e Justiça do Trabalho à disposição para fazer valer as regras do jogo. Ora, por que, então, não obstante tanta perfeição, necessitou-se e ainda se necessita, e muito, discutir o Direito do Trabalho no Brasil? Pergunta que ficaria sem resposta, a não ser pela presença do fenômeno social, com suas dinâmicas, nem sempre conjugadas com os códigos. A história brasileira, neste ponto, corrobora a constatação de que a mera previsão de direitos não se concretiza em proteção de fato pela simples promulgação legal.

Como não poderia deixar de ser, com o advento da CLT e ao longo do tempo, em períodos de ditadura ou não, o trabalhador brasileiro manteve um *modus operandi* em relação às situações em que se sentia lesado, recorrendo ao pátrio poder estatal, expresso pela Justiça do Trabalho e, às vezes, pelo próprio Legislativo. Seja individualmente (mais comum), seja por intermédio da estrutura sindical, atada à vontade política do Governo, a realidade é que o operário brasileiro sempre correu para os braços do Pater-Estado para a satisfação, ou, ao menos, a exposição de seus anseios, o que, por certo, não significava ser atendido. Aliás, quase nunca o foi desinteressadamente, diferentemente do capital, que sempre gozou de maior prestígio junto ao Estado.

Não é à toa que, dando-se conta do alcance do “presente” ganho, o trabalhador brasileiro, tendo a CLT como sua bíblia, abarrotou, como ainda abarrota, o Judiciário com ações trabalhistas, obtendo certo e delimitado êxito. Tal quadro, contudo, encarregou-se, ao longo do tempo, de evidenciar que a promessa estatal constante em cada artigo celetista consubstanciara-se em fardo doloroso de ser carregado, principalmente por estar em confronto com o ideário capitalista, que, ao mesmo tempo em que se responsabilizava pelo subsídio do próprio “Príncipe” (via impostos, internalização de divisas, mínima distribuição de renda, etc.) e pela sustentação do mercado de trabalho, também sofreu e ainda sofre transmutações, como se poderá constatar a seguir.

2. AS METAMORFOSES DA RELAÇÃO DE TRABALHO E O BRASIL

A abordagem da relação de trabalho nos séculos XX e XXI pressupõe, obrigatoriamente, clareza quanto à passagem do sistema fordista de organização de produção ao sistema toyotista, de origem japonesa, mas cuja expansão já abraça o Globo.

Esta passagem, contudo, deu-se, e ainda se dá, em meio a uma série de contradições inerentes ao período, que teve início a partir do final da década de 60 e que se convencionou denominar pós-modernidade, pois, como esclarece Harvey, “os contrastes entre as práticas político-econômicas da atualidade e as do período de expansão do pós-guerra são suficientemente significativos para o que poderia ser chamado regime de acumulação ‘flexível’.”⁸

⁽⁶⁾ FRENCH, John D. *Op. Cit.*, p. 13.

⁽⁷⁾ VIANNA, Oliveira. *Problemas de Direito Sindical*, p. v.

⁽⁸⁾ HARVEY, David. *Op. Cit.*, p. 119.

A engenharia operacional idealizada por Henry Ford serviu com eficiência à acumulação capitalista, ao solidificar um sistema, descrito com clareza pelo sociólogo do trabalho e professor Ricardo Antunes,:

(...) cujos elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e dos produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela separação entre elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas.⁹

Inserida neste horizonte, a relação de trabalho traduzia-se em números e conceitos tão absolutos quanto a própria produção. A verticalidade do trabalho fabril coletivo não trazia dúvidas acerca da caracterização da relação de emprego, sempre nítida frente à exatidão dos papéis do empregado e do empregador, permitindo definir-se, também no Brasil, um conceito delimitado de vínculo empregatício, nascido a partir dos clássicos cinco requisitos extraídos do artigo 3º da CLT (Pessoalidade, Habitualidade, Onerosidade, Subordinação e Alteridade).

Por outro lado, a aglomeração espacial da mão-de-obra permitiu que os trabalhadores se auto-identificassem, enquanto classe de interesses comuns, incentivando, com isso, a associação para reivindicação, e propiciando uma atividade sindical mais incisiva e incômoda para o capital.

Apesar do Brasil ainda não integrar diretamente o epicentro da produção massificada e da acumulação de capital, seu processo de industrialização e consequente desenvolvimento dentro do cenário mundial, ao

longo do século passado, o fez e faz experimentar da mesma realidade, ainda que com um pequeno atraso no tempo e guardadas as suas peculiaridades.

O movimento sindical nacional protagoniza uma história de ações pontuais contundentes de reivindicação, por vezes vitoriosas, mas, de todo modo, sem linearidade ou estabilidade no que tange à sua presença decisiva para a definição dos contornos da relação de trabalho brasileira.

Os registros da atividade associada do trabalhador brasileiro remontam “a um período que não é propriamente sindical e sim mutualista, na medida em que o trabalho livre concorria com o trabalho escravo”.¹⁰ O pioneirismo do Primeiro Congresso Operário de 1906, adepto do sindicalismo revolucionário, criou, ainda que com atuação precária, a Confederação Operária Brasileira¹¹ e “através de seu jornal A Voz do Trabalhador, permitiu pela primeira vez uma certa coordenação e troca de informações no interior do movimento operário, em nível nacional”¹², produto de associações sindicais, inicialmente, à margem da regulação estatal.

Merecem destaque, na evolução da atuação sindical brasileira, os movimentos grevistas do início do século XX¹³, passando pelas frequentes reivindicações dos anos 30, as ações típicas dos anos 40 ao início dos 60, até culminar com a reorganização sindical do final dos anos 70, após sistemático alijamento pela ditadura militar, e abrindo espaço para os movimentos sindicais das montadoras do ABC paulista, no início da década de 80. Todos estes eventos permitem contrariar a malfadada opinião de Oliveira Vianna, reportando-se a Tobias, de que “no Brasil, povo significa multidão

⁽⁹⁾ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao Trabalho? Ensaio Sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho, p. 23.

⁽¹⁰⁾ MISAILIDIS, Mirta Leren de. **Os Desafios do Sindicalismo Brasileiro Diante das Atuais Tendências**, p. 43.

⁽¹¹⁾ A ata de resoluções produzida pelo Congresso Operário, no Rio de Janeiro, ao constituir a Confederação Operária Brasileira, assim explicita seus fins:

“1) A Confederação Operária Brasileira organizada sob as bases de acordo tem por fim:

- a) Promover a união dos trabalhadores salarizados para a defesa de seus interesses morais e materiais, econômicos e profissionais;
- b) Estreitar os laços de solidariedade entre proletariado organizado, dando mais força e coesão aos seus esforços e reivindicações, tanto moral como material;
- c) Estudar e propagar os meios de emancipação do proletariado e defender em público as reivindicações econômicas dos trabalhadores, servindo-se para isso de todos os meios de propaganda conhecidos, nomeadamente de um jornal que se intitulará A Voz do Trabalhador;
- d) Reunir e publicar dados estatísticos e informações exatas sobre o movimento operário e as condições do trabalho em todo o país.”

⁽¹²⁾ VIANNA, Oliveira. **Op. Cit.**, p. v.

⁽¹³⁾ A mais importante expressão das greves do início do século passado foram os movimentos deflagrados no Rio de Janeiro, até 1904 e, de 1905 a 1917, em São Paulo, destacando-se a greve dos ferroviários da Companhia Paulista, de 15 de maio de 1906, iniciada em Jundiaí e Campinas e a greve geral de 1917, em São Paulo. MISAILIDIS, Mirta Leren de. **Op. Cit.**

de homens, como porcada significa multidão de porcos".¹⁴

Não obstante, a cultura do trabalhador nacional sempre permaneceu calcada nas providências individuais, destacadamente as reclamações trabalhistas, sendo forçoso admitir que estas expressões do movimento sindical brasileiro não foram suficientes para implantar uma consciência sindical na comunidade trabalhadora nacional, disso impossibilitada, corriqueiramente, por manobras meramente políticas, quando não pela imposição da violência escancarada.

Ocorre que toda a intensidade da eficiência produtiva fordista, difundida mundialmente, teve seu preço finalmente apresentado a pagamento no período entre 1965 a 1973, tempo em que "o capitalismo estava afogado pelo excesso de fundos; e, com poucas áreas produtivas reduzidas para investimento, esse excesso significava uma forte inflação"¹⁵, traduzindo, portanto, um verdadeiro quadro de auto-estrangulamento, provocado pela acumulação de capital elevada em série, na proporção da produção de mercadorias. Em perigo, o capitalismo viu-se obrigado a adaptar-se para sobreviver. Para tanto, flexibilizou-se.

A simples e absoluta concentração de riquezas impedia a sustentação do capitalismo, pois implicava o declínio da capacidade geral de consumo, base do sistema. Neste passo, a saída engenhosamente encontrada foi flexibilizar esta acumulação, dando oportunidade para este consumo. Por consequência, a acumulação passou a efetivar-se por força da relativização dos padrões consumistas, dos padrões financeiros e, por óbvio, das relações de trabalho.

A fragmentação característica da era pós-moderna vê-se impressa na efemeridade dos produtos e serviços (modismos), no consumo desenfreado, na otimização da produção (*just in time* com abandono dos estoques), entre outras situações.

Para o êxito deste processo, as evoluções da globalização no campo da tecnologia foram fundamentais. Grandes avanços no transporte (de pessoas e de mercadorias) e na comunicação transformaram a realidade do trabalho, que passou a ter lastro no conhecimento e na informação. A aproximação das fronteiras geográficas permitiu que a mão-de-obra

pudesse ser amealhada em todo o planeta, de acordo com a conveniência de quem emprega, como que confirmando a avaliação marxista de 1848, segundo a qual, "impelida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia invade todo o globo terrestre. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda a parte, criar vínculos em toda a parte."¹⁶

Aproveitando-se desta situação favorável é que o sistema toyotista de produção fez-se conhecer mundialmente, com raízes remotas fincadas na conjuntura nipônica de caos do pós-Segunda Guerra e com princípios diferentes do fordismo. Pensado e desenvolvido pelo engenheiro japonês Ohno, nas frentes de trabalho da montadora Toyota, o toyotismo possui orientações evidentes de inspiração do modo flexível de acumulação de capital, para cuja descrição é válida, novamente, a explicação de Ricardo Antunes:

*(...) ao contrário do fordismo, a produção sob o toyotismo é voltada e conduzida diretamente pela demanda. A produção é variada, diversificada e pronta para suprir o consumo. É este quem determina o que será produzido, e não o contrário, como se procede na produção em série e de massa do fordismo. Desse modo, a produção sustenta-se na existência do estoque mínimo. O melhor aproveitamento possível do tempo de produção (incluindo-se também o transporte, o controle de qualidade e o estoque), é garantido pelo just in time.*¹⁷

O sistema toyotista privilegia o trabalhador polivalente (ao contrário da divisão de tarefas típica do fordismo), com conhecimento técnico de todo o processo produtivo, dando-lhe liberdade para criar e flexibilidade de jornada. Com isso, fomenta-se sobremaneira a concorrência individual entre os profissionais, que, cada vez mais, buscam, por si, conhecimento para obterem destaque e habilitarem-se a perseguir vorazmente níveis de produtividade que, em última análise, reverterem em total benefício do empresário. É a onda do trabalho especializado e do controle de qualidade, que transfere a responsabilidade do resultado final para o trabalhador, para quem a competência e o sucesso profissional dependem exclusivamente da excelência de seu resultado.

⁽¹⁴⁾ PINHEIRO, Paulo Sérgio & HALL, Michael M. **A Classe Operária no Brasil: 1889-1930 Documentos. Vol. 1 – O Movimento Operário**, p. 41.

⁽¹⁵⁾ HARVEY, David. **Op. Cit.**, p. 136.

⁽¹⁶⁾ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**, p. 43.

⁽¹⁷⁾ ANTUNES, Ricardo. **Op. Cit.**, p. 34.

Esta corrida ao conhecimento é bem detectada pelo aprofundado estudo de Manuel Castells sobre a Sociedade em Rede, quando explica aquilo que chama de “Sociedade Informacional”, afirmando que:

(...) essa nova estrutura social está associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX”¹⁸, para, em seguida, esclarecer que “no novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos.”¹⁹

Os custos da produção também se flexibilizam através da horizontalização da mão-de-obra, operacionalizada pela mescla de terceirização e subcontratação (contratos sazonais, a tempo parcial, etc.) e também do atendimento da demanda na medida da sua necessidade, afastando os prejuízos com estoques encalhados. Daí as estatísticas recorrentemente apontarem o aumento do setor de serviços e o crescimento das pequenas empresas de caráter familiar²⁰, constituídas para atendimento, muitas vezes, apenas de uma grande empresa, sobrevivendo em verdadeiro sistema de simbiose.

De quebra, este modo horizontalizado e concorrencial de organização obreira mina qualquer condição de identidade de interesses entre trabalhadores, sufocando as associações sindicais e todo o incômodo que elas trazem ao capital.

Diante de todas estas características, entender porque o sistema de Ohno caiu nas graças do capitalismo não exige muito esforço, pois além de favorecer sobremaneira a acumulação de capital, ainda elimina vários dos inconvenientes inerentes ao fordismo, como o custo de estocagem, de alocação e manutenção de mão-de-obra subordinada e do movimento sindical, entre outros.

Apesar do Brasil ainda contar com vários setores industriais que abraçam o sistema fordista de

produção, é fato que a tendência mundial de adoção do toyotismo de há tempo já se revelou em terras brasileiras. No aspecto da mão-de-obra, tem-se, a partir dos anos 90, clara busca pela especialização e qualificação pessoais, traduzidas pelo “boom” das certificações do sistema “ISO”, que precedeu e agora convive com a atual corrida aos cursos de MBA, nas mais variadas áreas de gestão empresarial. Já no tocante à explosão dos pequenos empreendimentos, a situação não deixa dúvidas. O SEBRAE (“Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas”), em 4 de maio de 2005, noticiou que “do total de empresas existentes no País, 99% são de micro e pequeno porte - percentual que se mantém entre as 1,3 milhão de empresas do estado de São Paulo”, sendo que, para São Paulo, centro produtivo do país, os números mostram “11 milhões de pessoas ocupadas em empreendimentos formais e informais no Estado, 67% (7,5 milhões de pessoas) estão nos pequenos negócios.”²¹

Igualmente, a terceirização, antes vista pela comunidade jurídica nacional como temerária, começa a dar sinais de uma possível previsão legal mais liberal, a julgar pela Súmula nº 331 do TST, que a autoriza nos casos das chamadas “atividades-meio”, sem, contudo, delimitar o exato alcance desta expressão, permitindo, assim, as mais diversas interpretações.

Em relação ao sindicalismo, assim como no resto do mundo, o Brasil experimenta gradativa redução nas taxas de sindicalização, muita embora a associação sindical tenha apresentado traços de evolução organizacional, como a criação das Centrais Sindicais – ainda que carentes de reconhecimento jurídico, o que pretende resolver a PEC nº 369/2005, juntamente com Projeto de Lei que a acompanha. Não se pode deixar de lado, da mesma forma, a desvinculação do registro dos Sindicatos da autorização estatal, promovida pelo artigo 8º da Constituição Federal de 1988, que também reafirmou o direito de greve.

É de reconhecer-se, desse modo, que, no Brasil, a relação de trabalho vem sofrendo todo o processo de alteração de padrões e fragmentação, próprios da transmutação do capitalismo da simples acumulação em

⁽¹⁸⁾ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede, p. 32.

⁽¹⁹⁾ CASTELLS, Manuel. Op. Cit., p. 35.

⁽²⁰⁾ (...) a subcontratação organizada abre oportunidades para a formação de pequenos negócios e, em alguns casos, permite que sistemas mais antigos de trabalho doméstico, artesanal (patriarcal) e paternalista (‘padrinhos’, ‘patronos’ e até estruturas semelhantes à da máfia) revivam e floresçam, mas agora como peças centrais, e não apêndices do sistema produtivo. HARVEY, David. Op. Cit., p. 145.

⁽²¹⁾ AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS. in **Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas**. Disponível em <http://asn.interjornal.com.br/site/noticia.kmf?noticia=3098992&canal=207>. Acesso em 20 de maio de 2005.

série para o regime flexível, afetando diretamente as condições e garantias individuais e coletivas do trabalhador.

3. CONSCIÊNCIA E INFORMAÇÃO DO TRABALHADOR

Toda a exposição até aqui levada a efeito teve a real intenção de demonstrar que a apreciação da atual circunstância brasileira de reforma jurídico-trabalhista não pode pretender ser efetivamente honesta com o momento histórico se não for produzida considerando todos os fatores que envolvem a cultura do trabalhador brasileiro e sua inclusão nas profundas alterações sociais inerentes aos tempos recentes. Aliás, é missão quase impossível extrair de qualquer apreciação, nesta seara e em outras tantas, uma conclusão que implique prognósticos, haja vista parecer este início de século XXI situar-se exatamente no momento de maior intensidade desta transformação de hábitos humanos, impulsionada com a velocidade de transmissão de um e-mail.

A partir da rearticulação do capitalismo e de sua adesão à acumulação flexível, estabilizando-se e voltando a crescer sem medidas, somada à implosão do regime comunista, a situação do trabalhador mostra-se em toda a sua gravidade, contexto no qual se insere a realidade brasileira.

O fato é que o capital, globalizado, vê-se cada vez menos obrigado a prestar contas ao Estado, que, por sua vez, tem cada vez menos condição, e menos vontade, de abraçar os seus antigos tutelados. Aquele trabalhador, que se acostumou a correr para os braços do Estado, mesmo sem ser atendido, é inserido numa tendência de discursos e atitudes neo-liberalistas, com conseqüente flexibilização jurídica.

Sendo assim, os desafios da relação de trabalho, e seus contornos jurídicos, apresentam-se ao trabalhador brasileiro, sempre acostumado a pleitear as garantias concedidas pelo Estado-Legislador junto ao Estado-Julgador e que, agora, defronta-se com a necessidade de inserir-se num contexto de auto-tutela, permeada pelo conflito de interesses travado com o capital. A expectativa, assim, fica exatamente por conta de saber como a sociedade que depende do trabalho irá comportar-se perante tal desafio e, para tanto, de quais instrumentos ela tem à sua disposição.

Parece certo, no entanto, que à atuação eficaz da sociedade trabalhadora brasileira, em resposta a este

desafio, deve preceder uma auto-identificação enquanto classe, o que, necessariamente, exige uma consciência de suas características e das características que cercam as metamorfoses da relação de trabalho. E os problemas já começam por aí.

Hoje em dia, a concorrência pessoal profissional, a qualificação da mão-de-obra e a horizontalização da produção pelo capital dificultam demais o auto-reconhecimento dos trabalhadores com interesses comuns. A idéia de união emergida do “chão da fábrica” não mais se justifica numa cadeia produtiva baseada na terceirização e nas contrações sazonais. Muito embora existam, muitas vezes, para prestar serviços a uma só empresa, os pequenos empreendedores vêem-se como donos do próprio negócio, patrões, e não como pertencentes a uma comunidade que vive do trabalho e que depende, para sobreviver, do sucesso final de uma mercadoria, de cujos benefícios diretos não participam. Se as pequenas empresas concorrem diretamente em seus ramos de atividade, não é menos verdade que o mesmo ocorre com os trabalhadores, individualmente, uma vez que, nos mesmos locais de trabalho, empregados registrados competem com empregados informais, e ambos competem com os temporariamente contratados e os chamados “terceirizados”.

Até mesmo para o Direito a visualização da condição de trabalhador está cada vez mais complicada. Aos juízes é cada vez mais oneroso o reconhecimento pronto e acabado do vínculo empregatício, tal qual definido pelo artigo 3º da CLT. Outro exemplo, mais recente, foi a confusa ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela edição da Emenda Constitucional nº 45, que, desde a sua vigência até agora, não conseguiu ver delimitado o real alcance desta extensão, dando ensejo aos mais diversos entendimentos – como a suposta inclusão das relações de consumo nesta competência –, com isso dando azo até à indesejável intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, entender-se como classe é fundamental para que o trabalhador brasileiro possa inserir-se de maneira eficaz no processo de desenvolvimento e, por conseguinte, de regulação das relações de trabalho. Quando e como isso pode acontecer é mais uma das perguntas que dão margem a diversas especulações, mas a nenhum desfecho definitivo.

Com o Estado entregando nas mãos das partes envolvidas a normatização laboral e resguardando apenas

as portas do Judiciário – ainda assim com restrições²² –, não se mostra competente uma atuação individual típica da cultura demandante do empregado brasileiro, ainda mais porque as próprias decisões judiciais terão que levar em conta as regras dos contratos coletivos. Partindo-se do princípio de que o trabalhador não ficará entregue ao poder econômico (o que não se pode afirmar em termos absolutos), restam, assim, as possibilidades de ação coletiva. Aqui, portanto, chega-se a um ponto crucial: ação coletiva clássica ou em novos termos? A análise dos caminhos que se segue não pretende afirmar qual a melhor e, muito menos, apontar qual será a eleita afinal.

A ação coletiva aqui dita clássica, dentro dos parâmetros oferecidos pela legislação pertinente e pela tradição história, fica entregue aos Sindicatos, Federações, Confederações e Centrais Sindicais. Antes de mais nada, neste ponto, cumpre observar a interessante atuação estatal de intervenção normativa em relação à organização sindical nacional, pleiteada através da PEC nº 369/2005, que não segue a linha liberal em relação aos direitos individuais, como pode inicialmente poderia parecer. Nela, sobrevivem a unicidade sindical e a divisão de categorias, e definem-se critérios objetivos para a apuração da representatividade do Órgão Sindical. Isto, contudo, não retira dos entes sindicais a responsabilidade, cada vez maior, sobre os rumos da classe trabalhadora. Entretanto, alguns problemas devem ser vencidos.

O primeiro deles é exatamente a reversão do quadro de queda de taxas de sindicalização, o que, além de uma aproximação entre órgão e representado, demandará um maior esforço relacionado à identidade dos trabalhadores, pois a constatação da categoria de que fazem parte, a cada dia que passa, torna-se mais tormentosa. São presentes as confusões de enquadramento em categoria econômica ou em categoria profissional diferenciada, assim como o problema de associação dos profissionais liberais, importando sublinhar que “essas categorias são esfareladas pelo processo de descentralização produtiva muitas vezes

posto em prática justamente para desorganizar os sindicatos fortemente articulados”²³. Uma categoria que não se reconhece enquanto categoria carece de força representativa; e muitas categorias sem força representativa sufocam a atuação sindical como um todo.

O segundo problema diz respeito à necessidade de uma linha de conduta dos dirigentes sindicais que seja efetivamente conjugada com os interesses dos representados, numa visão mais ampla do processo global atual e suas perversidades, sob pena de, na verdade, simplesmente incluir-se neste processo, conformar-se com ele e deixar-se manipular. Neste aspecto, as vertentes políticas de atuação sindical mostram-se particularmente perigosas, ainda mais por induzir à alteração do foco das ações, o que não é novidade, como outrora reconhecido, em 1906, pelo Primeiro Congresso Operário, ao recomendar, em uma de suas resoluções, “a pôr fora do sindicato a luta política especial de um partido e as rivalidades que resultariam da adoção, pela associação de resistência, de uma doutrina política ou religiosa, ou de um programa eleitoral.”²⁴

Por fim, a capacidade de organização sólida dos Entes Sindicais em extensão nacional e também internacional, tendo em vista que o capital que emprega tem, na globalização, as condições ideais de intensificar seu caráter transnacional.²⁵ “O internacionalismo sindical e a participação dos sindicatos nos fóruns sociais mundiais dão esperança de que isso esteja acontecendo”.²⁶

É evidente a dificuldade de promoção de todas estas adequações, ainda mais sem a liberdade ampla de associação, obstada pela unicidade sindical, em que pese a reforma sindical prever a possibilidade de substituição de sindicatos em caso de comprovação de maior representatividade por parte do substituto, alternativa que se mostra distanciada da prática frente aos entraves burocráticos e às disputas internas que existem neste meio. A participação espontânea dos trabalhadores no movimento sindical talvez seja condição para que haja homogeneidade de atuação. Se esta participação

⁽²²⁾ De se destacar o crescimento das pressões para que, no Brasil, sejam instaladas instâncias extrajudiciais alternativas para a solução de conflitos, em que pese a mal-sucedida experiência das Comissões de Conciliação Prévia.

⁽²³⁾ RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Emancipação em Rede: Condições Jurídicas Para a Defesa Coletiva dos Direitos dos Trabalhadores no Século XXI**, p. 73.

⁽²⁴⁾ PINHEIRO, Paulo Sérgio & HALL, Michael M. **Op. Cit.**, p. 47.

⁽²⁵⁾ São exemplos as convenções coletivas negociadas por multinacionais em conjunto com os Sindicatos dos países em que se faz presente. Assim já fez a Volkswagen, no Mercosul, em 29 de março de 1999, quando promoveu Acordo Coletivo entre as unidades argentina de Córdoba, brasileira de São José dos Campos e os representantes dos empregados metalúrgicos das regiões do ABC e de Taubaté e da Argentina.

⁽²⁶⁾ RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Op. Cit.**, p. 75.

espontânea parece longe da realidade brasileira, é tarefa dos próprios sindicatos conquistá-la.

Caso os padrões de representação até aqui estabelecidos sejam entendidos como inadequados, a via alternativa que resta a ser eleita é a da organização da sociedade civil trabalhadora, desvinculada das instituições até então conhecidas, aliando-se ao entendimento de que “a nova experiência não é uma globalização unitária da sociedade sob a condução da política, e sim processos globalizadores fragmentados da sociedade civil em relativa independência da política”.²⁷

Isto pode acontecer, como dito, também por intermédio dos sindicatos, mas apresentam-se como alternativa de auto-organização os movimentos sociais espontâneos delimitados, como as ONGs e similares.

Em tempos de globalização acelerada, a mobilização da sociedade civil, em caráter transnacional, nas diversas áreas de interesse (meio-ambiente, nutrição, saúde, educação, etc.), tem-se mostrado uma alternativa fomentadora de discussões e mesmo de conquistas frente à realidade individualizante impositiva que se apresenta. Haja vista os diversos Fóruns Mundiais organizados nos últimos tempos. Por quê não, então, imaginar o mesmo em relação ao trabalho? Uma conscientização nacional produto de um esforço comum de agrupamentos de proporções internacionais. Talvez aí pudesse estar a chave para a sedução dos trabalhadores brasileiros, sempre receptivos às causas importantes e de grande repercussão. Neste caso, as condições de atuação em âmbito internacional seriam facilitadas.

Mas, impõe-se reconhecer que este caminho é tão ou mais difícil de ser trilhado que o anterior; todavia, em direção a nenhum deles será dado o primeiro passo sem que os maiores interessados, os trabalhadores, tenham exata noção da sua condição dentro do atual processo das relações de trabalho, inclusive para fins de direito do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida de que o Direito, nem nas mais novas formas de relação social, deixará escapar seu poder

simbólico, que é, “com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”²⁸. Mas, mesmo o Direito vem demonstrando, voluntariamente ou não por parte do Ente Nacional, esta tendência do afastamento estatal em relação à tutela das relações de trabalho, tendo como ações principais a desregulamentação e a transferência de poder legiferante do setor público para o privado.

O Estado, emancipando o trabalhador para diretamente participar da promoção de seus direitos, coloca-o de frente para os dilemas da sua existência, sem dar-lhe de quem se socorrer. A jurisdicação deste processo, tal qual estamos presenciando no Brasil, por si só, respalda o equilíbrio necessário ao hipossuficiente? Como a CLT não o fez, certamente a atual reforma não o fará.

No fim das contas, o que toca a este breve estudo é chamar a atenção, mesmo correndo o risco de cair no lugar comum, de que a consciência é condição primeira para que os trabalhadores brasileiros possam, com certa chance de sucesso, manter uma voz ativa, dentro do conjunto social organizado futuro²⁹, impedindo um futuro enegrecido pelo temor “dos contratos coletivos negociados se tornarem contratos de adesão com cláusulas pré-formuladas que serão impostas às partes que se encontram numa posição mais fraca o mercado.”³⁰

Neste cenário, a reforma trabalhista brasileira deve ser analisada dentro do horizonte amplo em que está inserida. Um horizonte que, em sua amplitude, contempla aspectos globalizados em comunhão com as peculiaridades da mão-de-obra nosso país, todos os quais devem, necessariamente, ser conhecidos, pois, “os riscos imaginários são os chicotes que fazem andar o tempo presente”.³¹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio Sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. 9 ed. Campinas: Cortez, 2003.

BECK, Ulrich. *O Que é Globalização?* Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁽²⁷⁾ TEUBNER, Gunther. *Bukowina Global: Sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*, p. 12.

⁽²⁸⁾ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 7.

⁽²⁹⁾ A organização social futura desperta grande interesse, tendo como chamariz os indícios pós-modernos do destino do Estado Nacional frente à globalização, principalmente quanto aos seus traços de transnacionalização.

⁽³⁰⁾ RÜDIGER, Dorothee Susanne. *Op. Cit.*, p. 74.

⁽³¹⁾ BECK, Ulrich. *O Que é Globalização?*, p. 179.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. 3 Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Trad. de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 2 Ed. Porto Alegre: Globo, 1968.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FRENCH, John D. **Afogados em Leis: A CLT e a Cultura Política dos Trabalhadores Brasileiros**. Trad. de Paulo Fontes. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

GIUGNI, Gino. **Introduzioni Allo Studio Della Autonomia Collettiva**. Ristampa Inalterata. Milano: Guiffre, 1977.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa Sobre as Origens da Mudança Cultural**. Trad. de Adail Ubirajara e Maria Stela Ginçalves. 13 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Trad. de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2002.

MATIAS, Beth. Pequenos negócios paulistas criaram 200 mil vagas em um ano. in **Agência SEBRAE de Notícias**.

Disponível em <http://asn.interjornal.com.br/site/noticia.kmf?noticia=3098992&canal=207>. Acesso em 20 de maio de 2005.

MAUS, Ingeborg. Do Estado Nacional ao Estado Global: O Declínio da Democracia. **Impulso**. Trad. de Amós Nascimento. Piracicaba, v. 14, n. 33, jan./abr. 2003.

MISAILIDIS, Mirta Leren de. **Os Desafios do Sindicalismo Brasileiro Diante das Atuais Tendências**. São Paulo: LTr, 2001.

PINHEIRO, Paulo Sérgio & HALL, Michael M. **A Classe Operária no Brasil: 1889-1930 Documentos. Vol. 1 – O Movimento Operário**. São Paulo: Alfa Ômega, 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Emancipação em Rede: Condições Jurídicas Para a Defesa Coletiva dos Direitos dos Trabalhadores no Século XXI. In: VIDOTTI, Tércio José & GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Direito Coletivo do Trabalho Em Uma Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: LTr, 2004.

TEUBNER, Gunther. Bukowina Global: Sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**. Trad. de Peter Naumann. Piracicaba, v. 14, n. 33, jan./abr. 2003.

VIANNA, Oliveira. **Problemas de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: Max Limonad, s.d.

JOAQUIM NABUCO E O DIREITO INTERNACIONAL

Valdeci dos SANTOS¹

PUC-Campinas

RESUMO

Este trabalho procura resgatar para as novas gerações uma das mais fulgurantes inteligências da cultura brasileira. Joaquim Nabuco foi político brilhante, orador extraordinário, escritor fecundo e, principalmente, um dos maiores diplomatas que o país já teve. Não bastasse, foi insuperável defensor da causa abolicionista. O trabalho trata de sua notável contribuição para o Direito Internacional e para a Diplomacia e mostra que continuam atuais muitas das idéias do primeiro embaixador brasileiro acreditado perante o governo dos Estados Unidos da América.

Palavras-chave: Joaquim Nabuco, Direito Internacional, Diplomacia.

ABSTRACT

This production achieves to rescue for the new generations one of the most sparkling intelligences of brazilian culture. Joaquim Nabuco was a brilliant politician, an extraordinary orator, a fertile writer and, mainly, one of the biggest diplomats that our country already had. In despite of, he was a insuperable defender of the referring to abolitionism cause. This production deals with his notable contribution to the International Law and to the diplomacy and shows that a lot of the first trusted brazilian ambassador ideas continue actual in the presence of the government of United States of America.

Keywords: Joaquim Nabuco, Internacional law, diplomacy.

INTRODUÇÃO

A paisagem do Engenho de Massangana, cenário da infância de Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo, jamais o abandonou. A terra e os escravos da propriedade marcaram definitivamente a sua vida, apesar de tê-los deixado aos oito anos de idade, quando se transferiu para o Rio de Janeiro em companhia dos pais. Esses anos deixaram traços indeléveis no caráter do futuro político e do defensor incansável da causa da abolição, que sempre declarou ser esta a grande missão de sua vida.

A propósito, o próprio Nabuco² afirma: “a escravidão para mim cabe toda em um quadro inesquecido da infância, em uma primeira impressão, que decidi, estou certo, do emprego anterior de minha vida. Eu estava uma tarde sentado no patamar da escada exterior da casa, quando vejo precipitar-se para mim um jovem negro desconhecido, de cerca de dezoito anos, o qual se abraça aos meus pés suplicando-me, pelo amor de Deus, que o fizesse comprar por minha madrinha, para me servir. Ele vinha das vizinhanças, procurando mudar de senhor, porque o dele, dizia-me, o castigava, e ele tinha fugido com risco de vida... Foi esse o traço

⁽¹⁾ Juiz Federal titular da 2ª Vara Federal em Campinas. Diretor do Fórum da Justiça Federal em Campinas. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da PUC de Campinas. Ocupou a Cadeira Joaquim Nabuco na Academia de Letras da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁽²⁾ NABUCO, Joaquim, *Minha Formação*, W. M. Jackson Inc., Rio de Janeiro, 1948, p. 231.

inesperado que me descobriu a natureza da instituição, com a qual eu vivera até então familiarmente, sem suspeitar a dor que ela ocultava”.

Com a eleição de seu pai para ocupar uma cadeira de deputado no Parlamento do Império, no Rio de Janeiro, foi deixado aos cuidados de seus padrinhos que viviam no Engenho de Massangana. Porém, com a morte de sua madrinha, passou a residir com os pais no Rio e foi matriculado no Colégio de Friburgo e, mais tarde, no Colégio Pedro II, onde estudou de 1860 a 1865.

Em 1866, Joaquim Nabuco transferiu-se para São Paulo e ingressou no primeiro ano da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, passando a conviver com Rui Barbosa, Castro Alves, Rodrigues Alves, Afonso Pena, entre outros, desenvolvendo intensa atividade intelectual e política, conquanto nas Arcadas circulavam as idéias liberais, além de cristalizar no seu espírito a necessidade da abolição da escravatura.

Em 1868, caiu o gabinete liberal chefiado por Zacarias de Góis e Vasconcelos. Os deputados liberais protestaram e o imperador dissolveu a Câmara, medida contra a qual se colocou José Bonifácio, o moço, líder dos liberais e professor da Academia de São Paulo. Os seus alunos, solidários com o mestre, prestaram-lhe homenagem com um jantar realizado a 13 de agosto, sendo Joaquim Nabuco um dos oradores da ocasião.

Em 1869, Joaquim Nabuco voltou para Recife e lá concluiu o curso de direito. Nessa sua estada, chocou a aristocracia pernambucana ao assumir a defesa de um escravo que havia assassinado o seu senhor porque este o açoitara publicamente e, preso, escapou da prisão matando um guarda. Na defesa, Nabuco sustentou³ que “aquele que luta contra os agentes da punição faz, de algum modo, a própria defesa individual contra uma ordem jurídica que não o respeita nem o protege”. Esta tese fez fortuna nos processos contra escravos que cometiam crimes, pois representava um duro ataque ao sistema escravagista. Quanto ao escravo, foi condenado à prisão perpétua, livrando-se da fatal pena de morte.

Em 1870, já no Rio de Janeiro, tentou, sem bons resultados, o exercício da advocacia na banca de seu pai. Nesse mesmo ano, surge o Manifesto Republicano, mas Nabuco declara-se liberal, como de fato era, e mantém firmes as suas convicções no sistema monárquico, notadamente nos moldes da monarquia britânica.

Em 1872, publicou o ensaio literário *Camões e os Lusíadas*, que obteve excelente repercussão.

Em 1876, com a sua nomeação para o cargo de adido na legação de Washington, tem o primeiro contato com a diplomacia e, em 1877, foi removido para Londres, motivo de regozijo intelectual, pois estaria em contato com a cultura política que mais admirava.

Em 1878, faleceu-lhe o pai, Conselheiro Nabuco de Araújo. Eleito para a nova Câmara, dá início ao grande embate parlamentar de sua vida – a luta pela abolição da escravatura.

Como afirma Hildon Rocha⁴, Nabuco via a escravidão “como questão social que era política, mas além de nacionalmente política, para elevar-se ao nível de ecumênica”. Por essa razão, conseguiu apoio do Papa Leão XIII para a causa da abolição.

A luta parlamentar pela causa da abolição e defesa da monarquia durou um decênio (1879 a 1889).

Em 1883, Nabuco publicou o livro *O Abolicionismo*, onde expressa cristalino e avassalador pensamento liberal, porém monárquico, de quem não concordou com a Proclamação da República e criticava o novo regime no plano elevado das idéias e do debate pela imprensa, com o mesmo ardor da polêmica que travara entre 1875 e 1876 com o romancista José de Alencar, um dos intelectuais de maior envergadura daquela época.

O decênio seguinte (1890 a 1899) marcou o afastamento de Nabuco da vida parlamentar. Foi um período de intensa atividade intelectual, como advogado, jornalista, escritor, historiador e estudioso aplicado das questões nacionais e do continente sul – americano. Entre 1893 e 1899, publicou *Um Estadista do Império*, mais do que uma biografia extraordinária de seu pai, uma obra de história política; *Balmaceda*, onde registra o seu pensamento sobre a América Latina; e *Minha Formação*, extraordinária autobiografia, considerada a sua obra mais importante.

Para o sociólogo Gilberto Freyre⁵, “a obra de Nabuco tem caráter parassociológico... singularmente plural... o Nabuco dos discursos parlamentares... o Nabuco jornalista literário... o Nabuco diplomata, mais intelectual do que político... sua personalidade, um mito de revolucionário e conservador... um intelectual que quase um século depois é contemporâneo... o Nabuco orador de palavra vibrante, clara, nítida..., discursos os

⁽³⁾ Cf. MOREIRA, Thiers Martins, *Grandes Personagens da Nossa História*, Abril Cultural, 1972, v. III, p. 610.

⁽⁴⁾ ROCHA, Hildon, *Abolicionismo e Pensamento Liberal*, Suplemento Cultura do jornal O Estado de S. Paulo, nº 153, p. 6/7.

⁽⁵⁾ FREIRE, Gilberto, *Por que Ler Joaquim Nabuco Hoje*, Suplemento de Cultura do jornal O Estado de S. Paulo, nº 13, p. 12 a 14.

mais belos que já foram proferidos no Brasil desde os dias de Antonio Vieira..., excedeu em vigor de expressão a Rui Barbosa.”

Mais adiante concluiu o autor de Casa-Grande & Senzala que “Nabuco atrai pela substância do que nele é um saber, um humanismo, uma preocupação com assuntos sociais que fazem dele, além de um historiador, um pensador e, como pensador, um para-sociólogo e, dentro dessa categoria, um sociólogo da política”.

1. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIPLOMACIA

Para compreender a ação diplomática de Joaquim Nabuco é preciso compreendê-lo pleno, complexo, singularmente plural, na feliz expressão de Gilberto Freyre. Daí, alhures a tentativa de mostrar o desenvolvimento de suas idéias, forjadas numa gama diversa de áreas de interesse, que produziu, na maturidade, o diplomata de primeira grandeza que foi.

Marotta Rangel⁶ define o Direito Internacional Público como “o complexo de normas jurídicas cujo âmbito de validade ultrapassa o território de um Estado”. Para Karl Deutsch⁷, “o Direito Internacional pode ser concebido como a mais universal e a mais específica das formas de organização internacional”. E continua o mestre de Harvard asseverando que “grande parte do Direito Internacional é estabelecido em tratados e convenções internacionais. Esses, é claro, vinculam diretamente apenas aquelas nações que assinaram e ratificaram cada documento; se, porém, forem amplamente aceitos, especialmente por todas as grandes potências, também indicam o consenso da comunidade internacional. Pontos controversos poderão ser resolvidos através de ‘diplomacia direta’, isto é, através de negociação entre as partes diretamente interessadas”.

Cogordan, em definição recolhida por Rubens Ferreira de Mello e citada por Marotta Rangel⁸, afirma que “a diplomacia é o direito das gentes aplicado”.

Os mestres citados demonstram com singular propriedade a íntima ligação existente entre o Direito Internacional Público e a Diplomacia, ramos da experiência humana que Joaquim Nabuco amalgamou

para construir a sólida estrutura que lhe deu base para a defesa obstinada de suas idéias de integração pan-americana.

Hoje, a Constituição Federal de 1988 consagra (art. 4º) que o Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e buscará a integração econômica, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Aliás, este objetivo é menos arrojado do que aquele sonhado por Nabuco da integração entre todos os povos americanos.

2. JOAQUIM NABUCO E A REPÚBLICA BRASILEIRA

A primeira experiência diplomática de Joaquim Nabuco se deu, como visto anteriormente, entre 1876 e 1878. Após, durante uma década (1889 a 1899), vivendo no Rio de Janeiro, escreveu e estudou a política continental, mudando o enfoque de seu interesse da política interna para a externa, graças ao desalento com o regime republicano implantado no país em 1899. Mas a República precisava do talento de antigos monarquistas e, em 3 de março de 1899, convidado pelo Presidente Campos Sales, aceitou chefiar a delegação brasileira que, em Londres, discutiria com a coroa britânica a questão de fronteira com a Guiana Inglesa.

Escreveria para justificar a sua decisão: “Eu quero viver até o fim monarquista, mas quero morrer reconciliado com os novos destinos do meu país”.

3. A QUESTÃO DE LIMITES COM A GUIANA INGLESA

A reconciliação de Nabuco com o seu país se deu, observa Olímpio de Souza Andrade⁹, “voltando-se direta ou indiretamente para os problemas de política externa, para os assuntos americanos” e sua vida pública, continua o referido ensaísta, “compreendia já duas fases principais distintas, a do abolicionismo e a do americanismo, que seria pan-americanismo”.

A disputa de limites envolvia uma faixa territorial de 33.200 km² de área no extremo norte do Brasil com a

⁽⁶⁾ RANGEL, Vicente Marotta, *Direito Internacional Público*, apostila do Departamento de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da USP, volume I, 1985, p. 34.

⁽⁷⁾ DEUTSCH, Karl W., *Análise das Relações Internacionais*, coleção Pensamento Político, Editora da UNB, 1978, p. 208/212.

⁽⁸⁾ RANGEL, Vicente Marotta, *Opus cit.*, nota 3, rodapé da página 36.

⁽⁹⁾ ANDRADE, Olímpio de Souza, *Joaquim Nabuco e o Brasil na América*, Coleção Brasileira, vol. 270, Cia. Editora Nacional e MEC, 2ª ed., 1978, p. 22.

Guiana Inglesa. A Inglaterra invadiu a região em 1842 e apoiou a sua tese, preparada pelos especialistas do *Colonial Office*, na posse atual, exercício da soberania na área e influência comercial, política e militar.

A primeira fase do trabalho de Nabuco consistiu em convencer a Inglaterra a concordar com o arbitramento para o deslinde da questão. Após muita negociação, logrou conseguir seu intento e o rei Vitor Emanuel III, da Itália, aceitou o encargo da arbitragem e foi aceito como árbitro pelas partes.

A esta altura, falecera o ministro da legação de Londres e Nabuco foi nomeado para o cargo, passando a acumulá-lo com a questão de limites ainda em andamento.

A defesa do direito do Brasil à área em litígio foi um trabalho extraordinário de Geografia, de História e de Direito Internacional, tendo Nabuco produzido as Memórias do Tratado, em dezoito volumes, onde demonstrou com mapas, memoriais e descrições o domínio do Brasil sobre o território, desde Cabral, de forma mansa, tranqüila e pacífica, bem antes, pois, de 1842. Observou, ainda, que, na época da invasão inglesa, o território não poderia mais ser possuído por descobrimento ou ocupação originária e nem por *derelictio*. Portanto, desconhecia as razões da pretensão da coroa britânica.

Apesar da beleza e da substância da tese brasileira, na sentença arbitral de 14 de junho de 1904, o árbitro declarou-se inseguro do direito das partes e resolveu dividir a área contestada entre os litigantes, conforme as suas linhas naturais. Foi um resultado amargo para Nabuco e para o Brasil, levando Graça Aranha, seu colaborador, a comentar: “a Inglaterra alegrou-se com a justiça de Salomão. Era a falsa mãe”¹⁰.

Todavia, a aceitação incondicional da decisão ensejou oportunidade ao país de reafirmar o seu respeito pleno às normas de Direito Internacional que regem as relações entre nações soberanas.

4. A DEFESA DO PAN-AMERICANISMO

O revés doloroso na questão de limites foi amenizado pelas manifestações de apoio da sociedade brasileira e pelo pronto reconhecimento da Chancelaria pelo trabalho que realizara.

Com efeito, em 16 de junho de 1904, o ministro das Relações Exteriores, Barão de Rio Branco, telegrafou a Nabuco convidando-o para ocupar a Embaixada do Brasil em Washington. Esse gesto implicou na mudança do eixo da política externa brasileira da Europa para os Estados Unidos. Em verdade, a idéia da mudança do eixo da política externa é do próprio Nabuco, manifestada, pela primeira vez, em 1902.

Em carta endereçada a Graça Aranha, em 1905, escreveu: “Ninguém é mais do que eu partidário de uma política exterior baseada na amizade com os Estados Unidos. A doutrina de Monroe impõe aos Estados Unidos uma política externa que se começa a desenhar, e, portanto, a nós todos também a nossa. Em tais condições a nossa diplomacia deve ser principalmente feita em Washington”.¹¹

Em 25 de maio de 1905, Joaquim Nabuco apresentou credenciais ao Presidente Theodore Roosevelt, como primeiro embaixador brasileiro em Washington. Assim, após quase um século de política externa orientada a partir de Londres, o Brasil voltava-se para a América e, com o peso da inteligência e da maturidade de Nabuco, dava início a uma nova fase da diplomacia brasileira, comprometida com o ideal de integração das Américas.

Aliás, referido ideal é realçado na brilhante fala de Joaquim Nabuco na cerimônia de entrega de credenciais quando, dirigindo-se ao Presidente americano, disse: “No seu cargo há horas que se tornam épocas, gestos que ficam sendo atitudes nacionais imutáveis. Essa é a perpetuidade da administração Monroe, como das de Washington e de Lincoln. A notável popularidade que o elevou ao poder supremo pareceu ao mundo presságio duma dessas decisões que balizam, como as deles, a estrada do nosso continente. O fato é que a posição deste país no mundo lhe faculta grandes iniciativas ainda nessa direção do nosso comum ideal americano.

Pela nossa parte o veremos sempre tomá-las com o mesmo interesse continental e a mesma seguridade nacional de até hoje. Todos os votos do Brasil são, com efeito, pelo aumento da imensa influência moral que os Estados Unidos exercem sobre a marcha da civilização e que se traduz pela existência no mundo, pela primeira vez na história, de uma vasta zona neutra de paz e de livre competição humana.

Nós imaginamos esta influência ainda mais largamente benfazeja no futuro, não só para as duas

⁽¹⁰⁾ Cf. Olímpio de Souza Andrade, opus cit. nota 7, p. 28.

⁽¹¹⁾ Idem nota anterior, p. 32 e 33.

Américas como para o mundo inteiro. Com estes sentimentos, senhor Presidente, felicito-lhe duplamente de observar por toda parte que esta poderosa nação se revê neste momento, inteira, com o mesmo orgulho em um chefe talhado ao seu molde e à sua estatura.”¹²

Iniciou-se, assim, de forma brilhante, a nova fase da diplomacia brasileira agora com o eixo da política externa deslocado para Washington.

Comentando o papel de Nabuco nas relações do Brasil com os EUA, o ex-embaixador Marcílio Marques Moreira¹³ anota que “todos os que compreendem a importância de que se revestem as boas relações entre países que se comprazem na identidade e se respeitam na diversidade identificam em Joaquim Nabuco o executor privilegiado de uma das mais claras e bem delineadas estratégias diplomáticas do Brasil. A contribuição pessoal de Nabuco, como protagonista símbolo do momento de maior criatividade nas relações entre o Brasil e os Estados Unidos, revela as suas dimensões de sensibilidade humana, talento político e excelência literária. Nabuco honra a nossa vida pública e eleva nossa diplomacia à condição de orgulhosa herdeira de valores que constituem a base de sua grandeza institucional”.

Algum tempo depois, com a morte de John Hay, foi nomeado secretário de Estado o jurista Elihu Root, de quem Nabuco se tornaria amigo em face da concordância de ambos com as atividades pan-americanistas, capazes de conduzir à integração das Américas.

Nesse período, o trabalho para a defesa do interamericanismo entrou em sua fase definitiva. O embaixador brasileiro, de oratória incomparável e brilhantismo incomum, ocupou todos os espaços possíveis para a sua pregação: contatos com o corpo diplomático acreditado em Washington; entrevistas na imprensa americana; discursos em reuniões e conferências pelo país. Tentou vencer duas ordens de problemas: de um lado, a presunção e indiferença americanas; e, de outro, o rancor e a desconfiança de países americanos.

As relações interamericanas, segundo Joaquim Nabuco, deveriam ser dinâmicas e o papel dos Estados Unidos, na defesa da doutrina Monroe, não deveria ser encarado como ofensivo à dignidade de qualquer outro país das Américas. De fato, os americanos procuravam

fortalecer o movimento pan-americanista porque viam nele excelente instrumento para a execução de sua política externa para as Américas.

A Terceira Conferência Pan-Americana, realizada no Rio de Janeiro, em 1906, realçou o prestígio do embaixador brasileiro em Washington, conseguindo trazê-la para a então capital do Brasil, apesar dos esforços da Venezuela, que desejava sediá-la em Caracas.

5. A CONFERÊNCIA PAN-AMERICANA NO RIO DE JANEIRO

Presidida por Joaquim Nabuco, estendeu-se de 23 de julho a 27 de agosto de 1906, reunindo os mais ilustres diplomatas, juristas e homens públicos das Américas. Ficou patente, na reunião, que o pan-americanismo não significava confronto ou hostilidade à Europa, mas a definição de um caminho natural para os países do continente americano. O secretário de Estado Elihu Root, cuja presença representou importante gesto de prestígio e confiança na visão brasileira do americanismo, procurou afastar dúvidas e apagar ressentimentos em relação à política externa de seu país para o continente.

Como resultado da Conferência, foi criada a União Pan-Americana; foi aprovada resolução de louvor pelo ajuste de paz entre Guatemala, Honduras e El Salvador; foi ratificada a adesão dos Estados Unidos ao princípio do arbitramento; foi reorganizado o Bureau Internacional das Repúblicas Americanas, em Washington; foram regulamentados os direitos de naturalização; foi criada comissão para estudar a legislação aduaneira do continente; e foi instituída uma comissão de juristas para a elaboração de projetos de Códigos de Direito Internacional Público e Privado, destinados a regular as relações entre os países do continente.

Enfim, foram muito animadores os resultados da Conferência e, em razão disso, somente aumentou o sólido prestígio de Joaquim Nabuco, tanto no plano interno quanto no âmbito da diplomacia das Américas.

6. A PREGAÇÃO DO PAN-AMERICANISMO NO BRASIL

Encerrada a Terceira Conferência Pan-Americana, Joaquim Nabuco viajou para São Paulo onde

⁽¹²⁾ ANDRADE, Olímpio de Souza, opus cit., p. 39/40.

⁽¹³⁾ MOREIRA, Marcílio Marques, Nabuco e as Relações Brasil-EUA, Suplemento Cultura nº 392, O Estado de S. Paulo, 16. 1. 88, p. 1/3.

pregou o pan-americanismo e recebeu as mesmas manifestações de apreço de que fora alvo em Recife, Salvador e Rio de Janeiro. Em São Paulo, no dia 15 de setembro de 1906, foi recebido na Academia de Direito do Largo de São Francisco, recordando os tempos de estudante, os colegas, como Castro Alves, e os antigos mestres, dentre os quais os Conselheiros Brotero e Crispiniano e aproveitou a ocasião para lembrar que “ninguém adere às instituições de seu país, mas aos destinos de sua Pátria”. Era o monarquista se manifestando.

7. A PREGAÇÃO DO PAN-AMERICANISMO NOS ESTADOS UNIDOS

Retornando a Washington, Joaquim Nabuco, apesar da saúde abalada, continuou com a pregação da causa do pan-americanismo em conferências que proferiu em diversas universidades americanas.

Como anota Olímpio de Souza Andrade¹⁴, “ao pan-americanismo dava espontaneamente tudo o que tinha de suas últimas e desinteressadas forças, como se ainda fosse o enérgico e invencível demolidor da escravidão”.

Em 1907, foi à Europa para tratamento de saúde e aproveitou para preparar a participação de Rui Barbosa na Conferência de Paz de Haia. Nabuco já havia sido escolhido para chefiar a delegação brasileira, mas os problemas de saúde se agravaram e Rui foi então convidado para o encargo.

Entre 1908 e 1909, proferiu conferências em Yale, Chicago e Cornell, sendo duas sobre Camões e uma sobre o pan-americanismo.

Ainda em 1909, conheceu Cuba e quando de lá regressou para Washington, o Congresso americano ameaçava taxar a importação de café brasileiro, porém, em face de sua pronta atuação perante aquele órgão e junto ao Executivo americano, a nova lei aduaneira americana excluiu o café da taxa, bem como o cacau, a borracha e o couro, todos produtos importantes na pauta de exportações brasileiras de então. No final do mesmo ano, conseguiu outra brilhante vitória diplomática num incidente entre os Estados Unidos e o Chile que não reconhecia as concessões de exploração de minas da empresa *Alsop*. O governo americano apoiou a empresa e não admitia o arbitramento. Nabuco interferiu, em nome do pan-americanismo, e conseguiu que o caso fosse arbitrado pela Inglaterra.

Contudo, as suas forças chegavam ao fim e, atingido pela surdez e arteriosclerose, morreu, na embaixada brasileira em Washington, a 17 de janeiro de 1910.

8. CONCLUSÃO

A contribuição de Joaquim Nabuco para o direito das gentes foi profunda e generosa, pois ele ofereceu o melhor de sua cultura e lucidez para a solução de questões internacionais, passando pela questão de limites com a Inglaterra, no caso das Guianas, na época possessão britânica; pela causa da aceitação do princípio do arbitramento nas questões envolvendo países do continente americano; e a razão maior de sua pregação – a integração das Américas.

A doutrina Monroe, na concepção de Nabuco, tinha o sentido e a finalidade de integração das Américas, por identidade territorial e destino comum, afastando a clássica divisão entre América Inglesa e América Latina. Isso não implicando em hostilidade à Europa. Esse o sentido da mudança do eixo da política externa brasileira de Londres para Washington, se bem, que, no momento em que ocorreu, não deixou de soar como desdobramento da questão da Guiana Inglesa, apesar de ter sido decisão sopesada e que se impunha em face do papel crescente dos Estados Unidos nas relações internacionais.

O sentido da integração interamericana em Nabuco o colocou a salvo dos efeitos perniciosos que durante os dois grandes conflitos mundiais a doutrina Monroe causou. Estou seguro que o grande diplomata tinha consciência da possibilidade de deflagração de um conflito global, como a I Grande Guerra, daí o seu empenho na mudança do eixo da política externa brasileira.

O trabalho de Joaquim Nabuco continua atual: a União Pan-Americana foi integrada à Organização dos Estados Americanos; o seu esforço de integração continental continua sendo tarefa a ser realizada, agora com os ingredientes impactantes da globalização e as suas conseqüências no comércio e nas relações transnacionais; a sua pregação interamericana é contemporânea e a integração continua sendo um objetivo a ser alcançado pela diplomacia das Américas.

Para analisar o complexo quadro das relações internacionais entre os países das Américas hoje, após a queda da ideologia comunista e o surgimento da

⁽¹⁴⁾ ANDRADE, Olímpio de Souza, opus cit., p. 43.

globalização, fenômenos que Nabuco não conheceu, seria, ainda assim, frutífero relê-lo, pois a sua idéia de integração é universalista, fundada na fraternidade, no direito e na harmonização dos mais lúdimos interesses dos povos.

Ora, fraternidade e harmonia na convivência entre os povos são princípios norteadores do Direito Internacional Público desde a sua antiga concepção de direito das gentes e sempre contribuíram para a coexistência civilizada de todos no concerto das nações.

POLEMIZANDO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Wellington Soares da COSTA¹

RESUMO

Este artigo tem como propósito discorrer acerca do que se denomina “direitos de personalidade”, compreendidos como intrínsecos ao ser humano e condição básica para a fruição de uma vida digna.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade.

ABSTRACT

This article has as intention to discourse concerning that if it calls “personality rights”, understood as intrinsic to the human being and basic condition for the enjoyment of a worthy life.

Keywords: *Personality Rights.*

1. INTRODUÇÃO

Concebidos como inerentes à natureza humana¹, os direitos da personalidade, quer estejam positivados ou não, são de importância inquestionável para todos os indivíduos e, atualmente, podem ser vistos como a condição *sine qua non* à vida social digna de uma humanidade que se qualifica civilizada, conquanto os disparates de violências as mais diversificadas os desrespeitem nos quadrantes da propalada aldeia global.

Os direitos da personalidade necessitam ser estudados e exigidos numa perspectiva ampla de enumerações e sob o aspecto não estritamente nacional para fins de sua defesa por parte dos povos e dos Estados. A esse propósito, cita-se a seguinte legislação internacional:

- Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (CASDH);

- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH);

- Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH);

- Protocolo à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte.

Várias são as denominações para os direitos aqui tratados: direitos individuais, direitos sobre a própria pessoa, direitos pessoais, direitos de estado, direitos originários, direitos inatos, direitos humanos, direitos essenciais, direitos fundamentais, direitos personálíssimos, direitos de personalidade. Essa última expressão é a mais usada hodiernamente.

Segundo RODRÍGUEZ (<http://...>):

*[...] En sentido estricto nos referimos a los derechos inherentes a la **personalidad** como*

⁽¹⁾ Pós-Graduado em “Gestão e Desenvolvimento de Seres Humanos”, Graduando em Direito, Servidor Público do Instituto Nacional do Seguro Social, wsc333@hotmail.com

facultades que ostenta el que goza de personalidad, por el mero hecho de tenerla. [...] Los derechos de la personalidad tienen por objeto la protección de la persona misma, y que a pesar de no integrar el patrimonio, pueden servir de fundamento a una demanda de indemnización cuando son lesionados.

Os direitos de personalidade, consoante PEREIRA (2001: 297), são:

insuscetíveis de modificação subjetiva [= referente à pessoa do titular] [...] pela própria natureza [ou por se terem] constituído intuitu personae, não [podendo] sofrer substituição do sujeito. São por isso mesmo qualificados de personalíssimos, e se extinguem com a morte do titular ou se alteram na estrutura com substituição do sujeito

DINIZ (1998: 100) faz referência ao pensamento de Simón Carrejo. O autor de língua espanhola diz que os direitos de que ora se trata:

'se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho; sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales...'

De conformidade à exposição de CORTIANO JÚNIOR (1996: 21), "Do fato jurídico da personalidade irradiam-se direitos que servem justamente para a realização desta própria personalidade e proteção da dignidade de seu titular". Assim:

[...] Os bens de personalidade são os mais importantes de todos: em sua ausência perderia sentido a própria existência do indivíduo. Em verdade, o objeto dos direitos da personalidade são alguns dos atributos da personalidade: atributos que, indissociavelmente ligados à pessoa em concreto, permitem-na ter uma existência digna. [...] (CORTIANO JÚNIOR, 1996: 24)

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE – CLASSIFICAÇÃO E POLÊMICAS

Autores há que dividem os direitos de personalidade em adquiridos e inatos, entendidos como,

respectivamente, os direitos que são positivados no ordenamento jurídico e os que independem dessa posituação porque intrínsecos à natureza humana. Em sendo assim, pode-se falar que os direitos de personalidade adquiridos compreendem "os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio" (Goffredo Telles Jr. *apud* DINIZ, 1998: 100), ao passo que os direitos de personalidade inatos são absolutos (oponíveis *erga omnes*), irrenunciáveis (não podem ser objeto de abdicação), intransmissíveis (somente o titular pode gozá-los), imprescritíveis (exigíveis em qualquer tempo), ilimitados, impenhoráveis, inexpropriáveis, extrapatrimoniais, vitalícios e necessários.

Considerados os inúmeros direitos de personalidade adquiridos e inatos, serão discutidos alguns exemplos, a partir da classificação de Limongi França *apud* DINIZ (1998: 101).

2.1. Direitos da personalidade quanto à integridade física

Os direitos de personalidade, quanto à integridade física, dividem-se em direitos à vida, ao corpo vivo e ao corpo morto.

O **direito à vida** (o direito inalienável hobbesiano), elevado à categoria de direito fundamental pelo Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), é o primeiro direito do ser humano e, consoante o ordenamento jurídico pátrio (Art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/88), não pode ser abolido por emenda constitucional.

Todo ser humano é titular do direito à vida, o que é reconhecido pela:

1) Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu Art. III;

2) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), no Art. I;

3) Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (CASDH), Art. 4, n. 1, apesar de essa Convenção, no mesmo artigo, aceitar a pena de morte nos casos que especifica - observa-se, todavia, que a aplicação da pena de morte é deferida somente em caso de guerra, "de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar" (Art. 2 do "Protocolo à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte", de 8 de junho de 1990).

A importância do direito à vida é inquestionável, tanto que o Art. 2º do Código Civil Brasileiro preceitua que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, e o Art. 4, n. 1, da CASDH diz que a proteção legal desse direito deve ocorrer “em geral, desde o momento da concepção”.

Em razão da fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, divergem os juristas quanto ao direito à vida do nascituro. Concordamos com DINIZ (1998: 122), quando a autora expõe a convicção de que “o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade [...] independem do nascimento com vida”, e por isso também manifestamos o mesmo entendimento que VIANA (<http://...>), quando esse autor comenta que “O problema do aborto [...] deve ser acompanhado de uma reflexão quanto ao direito à vida, ou melhor, quanto ao direito de nascer, como direito privado da personalidade [...]”.

Também está prevista a proteção à vida no Art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

O Art. 5º da CF/88 ainda prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (inciso III) e que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (inciso XLIX) - preceitos que podem ser considerados corolários da norma constitucional que proclama o direito à vida. Não há penas de morte no Brasil, ressaltando-se os casos de guerra declarada (CF/88, Art. 5º, inciso XLVII, “a”).

Alguns autores propugnam a pena de morte, como SZKLAROWSKY (<http://...>):

A verdadeira justiça reside na punição exemplar dos que se voltam contra a própria sociedade, não como instrumento de vingança, o que é inadmissível, senão como forma de, tal qual erva daninha, extirpá-los do meio social, como proteção aos membros dessa mesma sociedade, até com a pena de morte, para os crimes hediondos que abalam a consciência dos homens de bem e projetam a animalidade desses desertores da lei.

[...]

Nem se fale de direitos humanos desses criminosos, porque, modernamente, há que se

lembrar da nova ciência - a vitimologia, em favor da vítima e de sua família. Pagnar pelos direitos humanos desses malfeitores, olvidando-se as vítimas, significa apostar, cada vez mais, no massacre de pessoas indefesas, que não mais têm em quem confiar.

A polêmica dos que militam nas diversas áreas do conhecimento é grande, quanto à possibilidade de utilização da eutanásia. Diz WENDT (<http://...>) que:

Entram em choque dois grandes aspectos éticos: a ética da sacralidade da vida - considerada como propriedade de Deus, dada ao homem para administrá-la, com o que o homem não tem nenhum direito sobre a vida própria e alheia - e a ética de qualidade de vida - que utiliza uma abordagem científica dizendo que a vida é um dom recebido, mas que fica a disposição daquele que o recebe, com a tarefa de valorizá-lo quantitativamente. Aqui o princípio fundamental é o valor qualitativo da vida e lá é a inviolabilidade da vida.

Entendemos que a vida é o valor maior e, por isso, somos contra os expedientes que ceifam a vida, a exemplo da eutanásia e da pena de morte. Entendemos que “não nos cabe dispor da vida do semelhante. [...] Cercar a vida de alguém, mesmo que esse alguém tenha cometido um crime bárbaro, é uma atitude que desvala para a mesma barbárie” (COSTA, <http://...>). Disserta Enrico Morselli *apud* SILVA (<http://...>): “uma humanidade verdadeiramente superior pensará em prevenir o delito e a enfermidade, não em reprimi-lo com sangue, nem em curar a dor com a morte”.

O **direito ao corpo vivo** envolve, dentre outros, o direito ao exame médico, à transfusão de sangue e ao transplante.

No que diz respeito ao **transplante**, que envolve, ainda, o direito ao corpo morto, diz a Lei Nº 9.434/97:

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou 'post mortem', para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

[...]

§ 3º *Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.*

[...]

Somos adeptos da opinião de que a venda de órgãos humanos é contrária à ética e à solidariedade que deve imperar no seio da humanidade. Em relação à ilegalidade desse comércio, a Lei Nº 9.434/97 é clara ao preceituar, no caput do Art. 1º (anteriormente transcrito), que a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano deve realizar-se a título gratuito.

O **direito ao corpo morto** engloba os direitos a culto religioso, ao sepulcro, à cremação, à utilização científica. Relativamente ao **transplante**, a Lei Nº 9.434/97 assevera:

Art. 3º *A retirada 'post mortem' de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.*

Art. 4º *Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica 'post mortem'.*

§ 1º *A expressão 'não-doador de órgãos e tecidos' deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.*

[...]

§ 4º *A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.*

2.2. Direitos da personalidade quanto à integridade intelectual

Citam-se como direitos de personalidade, quanto à integridade intelectual, os direitos à liberdade de pensamento, de autor e de inventor. Consoante a Carta Magna de 1988:

Art. 5º [...]

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

Art. 220. *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

§ 1º *Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

§ 2º *É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

[...]

§ 5º *Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.*

§ 6º *A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.*

Em relação ao Direito Internacional, os direitos de personalidade voltados à integridade intelectual podem ser encontrados:

1) na DUDH, segundo a qual:

Artigo I - *Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de*

razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

2) no Art. I da DADDH, cujo teor é o mesmo do Art. III da DUDH;

3) na CASDH, estando registrado em seu preâmbulo:

Os Estados americanos signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Lembra-se que os direitos de qualquer titular implicam deveres, porque, necessariamente, devem ser observados os direitos das demais pessoas (físicas e jurídicas), sendo coibidos por lei os abusos cometidos. Nesse aspecto, citam-se o direito de resposta² e as responsabilidades civil e penal.

Sobre o fato de os direitos implicarem deveres, PAESANI (2000: 51), ao estudar a internet sob a ótica jurídica, faz a assertiva de que:

As considerações sobre os riscos provenientes do uso da informática conduzem ao reconhecimento de um direito à 'autodeterminação informática' ou à 'privacidade informática', que devem ser incluídos entre os direitos fundamentais e contrabalançados entre os interesses do Estado (segurança interna ou internacional, polícia, justiça), e relevantes direitos individuais e coletivos, como, por exemplo: o direito de crônica ou, mais intensamente, o direito à saúde em sua dimensão coletiva, ou seja, a difusão da informação deverá tutelar a saúde da coletividade, mas não discriminar o indivíduo.

A evolução do conceito de privacidade chegou a incluir no próprio conceito o 'direito de não saber', identificado como poder negativo, como direito de excluir da própria esfera privada uma categoria de informações (ex.: notícia de uma doença mortal que poderia abater o ânimo da pessoa que venha a ter conhecimento de seu estado).

GONÇALVES (2001: 91-92), ao discorrer sobre a ética no jornalismo, diz que:

A ação jornalística ética deve almejar: a boa fé do leitor; a promoção do interesse público em

detrimento de qualquer vontade privada; uma ação voltada a rechaçar publicação ofensiva à reputação ou ao caráter moral dos indivíduos; o serviço ao bem-estar geral das pessoas, possibilitando a emissão de julgamentos como tal, verificados à época do fato; a procura incessante de formulação construtiva de críticas; advogar livremente formas e inovações necessárias à sociedade; suplantar opiniões preconceituosas e interpretações pessoais de fatos com efeitos gerais; a proteção de fontes confidenciais de informação.

Às crianças e aos adolescentes, conforme o Art. 16, inciso II, do ECA, é assegurada a liberdade de pensamento.

Acerca da **liberdade de pensamento**, há preceitos na legislação internacional:

1) DUDH:

Artigo XVIII - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento [...].

Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

2) DADDH: "Artigo IV. Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio";

3) CASDH:

ARTIGO 13 - Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

[...]

Sobre a **liberdade de opinião e expressão**, assim se posiciona ANAYA (<http://...>):

2) La libertad de opinión es un derecho absoluto, es decir que no admite restricción alguna, pues nadie puede ser condenado por la posición que ha asumido respecto a un asunto. Implica la

facultad de emitir juicios sobre los datos recogidos o hechos conocidos y de exponer sobre ellos los puntos de vista, análisis o críticas que se juzguen pertinentes. Este derecho se sustenta en la convicción de que todas las opiniones concurren a la formación de corrientes de pensamiento y de que es legítima la expresión de adhesión o rechazo a determinados hechos y personas, lo que en la vida democrática puede madurar en la emisión de un voto con determinado sentido u orientación, acto que constituye la máxima expresión formalizada de la voluntad política de una comunidad. [...]

[...]

3) *La libertad de expresión radica en la posibilidad de utilizar cualquier forma de exteriorización de las ideas y de la creatividad. Enunciada en otros términos, es la libertad de estilo de la persona [...].*

Os **direitos autorais**, que estão previstos na CF/88, Art. 5º, incisos IX, XXVII, XXVIII, letras a e b, “têm como pressuposto a necessidade de identificação do autor em sua obra intelectual, que passa a ser considerada uma extensão de sua personalidade” (CARBONI, <http://...>) e encontram-se consolidados na Lei Nº 9.610/98. Em consonância ao disposto nessa lei, são “os direitos de autor e os que lhes são conexos” (Art. 1º), considerando-se autor “a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (Art. 11), pertencendo-lhe “os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou” (Art. 22). A lei acima citada reza:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

[...]

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

A propósito da expressão “criações do espírito”, constante no caput do Art. 7º da Lei Nº 9.610/98, BRUNO (<http://...>) assevera: “Entendo que criação do espírito, consiste em tudo aquilo que decorre da livre manifestação de pensamento do ser humano, de cunho eminentemente subjetivo e proveniente da sua

intelectualidade, e que poderá ou não, ser exteriorizado perante a coletividade.”

A DUDH, ao discorrer sobre direitos autorais, deixa consignado: “Artigo XXVII [...] 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”

Consoante Henrique Gandelman apud D’AZEVEDO (<http://...>):

“São direitos morais do autor:

1) o de reivindicar, a qualquer momento, a paternidade da obra;

2) o de ter o seu nome mencionado, quando da utilização de sua obra;

3) o de conserva-la inédita;

4) o de lhe assegurar a integridade, opondo-se a qualquer modificação que possa prejudicar sua reputação ou honra;

5) o de modificar sua obra antes ou depois de sua publicação; e

6) o de retirá-la de circulação, ou suspender qualquer forma de utilização, mesmo as que já foram autorizadas”

A concepção tradicional de direitos autorais passa por mudanças, haja vista a presença marcante e inafastável da internet. A esse respeito, CARBONI (<http://...>) comenta:

O reconhecimento da autoria é, sem dúvida, um direito inerente ao criador da obra intelectual. Na obra digital, porém, a autoria pode se apresentar de forma diluída, pelo fato de ser aberta à interatividade e se transformar nas mãos de diversas pessoas. Por essa razão, muitas vezes fica difícil identificar o verdadeiro autor da obra digital. Isso resta evidente se considerarmos as diversas “recombinações” feitas por artistas multimídia sobre obras de terceiros protegidas por direitos autorais, criando sempre uma obra nova, completamente diferente das obras utilizadas na sua composição.

Quando o assunto em pauta é o direito autoral, as especificidades da internet não podem deixar de ser lembradas:

- *deixa de ser relevante a figura de quem exerce a atividade de intermediação da troca de*

informações entre o autor e o público, o que resulta na inadequação de toda a normativa centrada na cópia e na distribuição das cópias;

- *a obra não é oferecida a pessoas indeterminadas, mas é depositada (stored) para poder ser divulgada; e a divulgação só ocorre em relação ao usuário que a demanda;*
- *não existe um exemplar material, logo, falta uma das características da obra protegida pelo direito de autor ligado à materialidade da exteriorização: a fixação. Em consequência desses fatores, torna-se necessária uma nova interpretação dos institutos fundamentais do direito de autor, como, por exemplo, o esgotamento da obra;*
- *o próprio conceito de obra entra em crise hoje, pois, com a nova tecnologia, a obra pode ser decomposta em partes infinitesimais (como uma fotografia). Indaga-se até que ponto pode ser aplicada a tutela do direito de autor para a utilização por terceiros e qual é o limite além do qual se torna necessário o consentimento do autor;*
- *a desmaterialização da obra diminui os limites entre a reprodução, difusão e sua circulação. A presença do suporte material é que tem determinado o direito à multiplicação e comercialização da mesma, diversamente do direito de utilização (como por exemplo, o direito de execução, de representação e de radiodifusão); nas estradas eletrônicas, ao contrário, reprodução, circulação e difusão parecem coincidentes. (PAESANI, 2000: 64)*

PAESANI (2000: 65) observa que:

Embora tenha sido colocada em dúvida a aplicabilidade do direito de autor na Internet, permanece a questão de como proteger esse direito.

É opinião corrente que na Internet tudo é permitido sem necessidade de assumir nenhuma responsabilidade. Aplicando esse conceito ao direito patrimonial do autor e traduzindo em termos financeiros - ou responsabilidade pelo ressarcimento -, conclui-se que qualquer pessoa pode publicar uma obra na Internet, seja ela musical, literária ou artística, sem necessidade de autorização e sem obrigação de ressarcimento ao autor.

Entretanto, o conceito apresentado afronta os princípios do Direito, e é possível afirmar, pelo menos genericamente, que os direitos de autor se aplicam também à Internet; [...]

Em relação à Lei Nº 9.610/98, CARBONI (http://...) diz que:

Alguns exageros na proteção do autor em detrimento do interesse público podem ser observados na Lei de Direitos Autorais. Um bom exemplo está na proibição da cópia integral de uma obra, ainda que para uso privado sem finalidade lucrativa. Nesse caso, o ato é inclusive tipificado como crime, sem que haja o estabelecimento de qualquer limite quanto ao uso justificado da reprodução, o que poderia ser alegado, por exemplo, por um estudante que efetua a cópia integral de um livro pelo fato de sua edição estar esgotada.

E para ser encerrada, por ora, a discussão sobre direitos autorais, procede-se à citação de um trecho do Projeto do Código de Honra das Nações Unidas de 1952 *apud* PAESANI (2000: 5):

'A liberdade de informação e da imprensa é um direito fundamental do homem e o ponto de referência de todas as liberdades reconhecidas na Carta das Nações Unidas e proclamadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem... Essa liberdade estará melhor protegida se, com um esforço sério de vontade, os responsáveis da imprensa e da informação, qualquer que seja o modo de expressão utilizado, não deixarem jamais enfraquecer o sentimento da própria responsabilidade e passarem a se compenetrar sempre mais da obrigação moral que lhes impõem de ser verídicos e de aspirar à verdade na exposição, na explicação e na interpretação dos fatos... O exercício honrado da profissão exige a dedicação ao bem público.'

2.3. Direitos da personalidade quanto à integridade moral

A título exemplificativo, arrolam-se como direitos de personalidade, quanto à integridade moral, os direitos às liberdades civil, política e religiosa, à segurança moral, à honra, à intimidade, à imagem, à identidade sexual³, ao nome.

A importância da integridade moral é inquestionável, notadamente nestes dias em que a

globalização galopa célere e os valores humanos mais elementares (se é que tais valores são susceptíveis a gradações desse tipo) são, algumas ou muitas vezes, invertidos. Reconhece-se que:

3. O ser humano tem uma esfera de valores próprios que são postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas, também, na convivência com os seus semelhantes. Respeitam-se, por isso mesmo, não apenas, aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, mas aqueles direitos relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos. Não é mais possível ignorar esse cenário em uma sociedade que se tornou invasora porque reduziu distâncias, tornando-se pequena, e, por isso, poderosa na promiscuidade que propicia. Daí ser desnecessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. (Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, http://...)

Encontra-se na DUDH o seguinte trecho:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

No Preâmbulo da CASDH, está consignado:

Reiterando que, de acordo com a Declaração universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais, culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

Ainda no Direito Internacional:

1) DUDH:

Artigo XVIII - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

2) DADDH:

Artigo III. Toda pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e praticá-la pública e particularmente.

Artigo IV. Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.

3) CASDH:

ARTIGO 12 - Liberdade de Consciência e de Religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças. Ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crença.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

ARTIGO 23 - Direito Políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior,

exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

O Art. 5º da CF/88 é categórico, quando afirma

que:

Art. 5º [...]

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo de as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...]

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

[...]

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

A CF/88 ainda dispõe:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

[...]

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Por sua vez, o ECA prevê:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

[...]

III - crença e culto religioso;

[...]

VI - participar da vida política, na forma da lei;

ROZICKI (<http://...>), ao se referir à **liberdade de consciência**, afirma:

[...] o desenrolar do Estado Moderno e a progressiva limitação dos poderes que o Absolutismo monárquico permitia, o aparecimento dos pensamentos que erigiram os movimentos da Reforma e da Contra-Reforma, trazendo a revolução das idéias religiosas, são fatos que favoreceram e explicam o surgimento de um dos primeiros direitos da personalidade a ser reivindicado, na época, pelos grupos religiosos minoritários que reclamavam por tolerância e pelo direito à liberdade de opção religiosa, isto é, o direito à liberdade de consciência, já que as perseguições religiosas não correspondiam ao espírito de Cristo.

MARÍN (<http://...>), ao estudar a evolução dos direitos fundamentais, registra:

La Edad Moderna se ve convulsionada, en sus mismos comienzos, por las guerras religiosas, que concluyeron con la denominada Paz de Augsburgo (1555), en la que se consagró el principio cuius regio, eius religio, en virtud del cual los súbditos habrán de profesar la religión oficial, es decir, la del príncipe que gobierne el territorio donde aquéllos residan.

Esta solución constituía un flagrante ataque a la libertad de conciencia, por lo que fue la chispa que hizo nacer el movimiento en pro de la conquista de los primeros derechos fundamentales; y así, la aspiración más apremiante en este terreno fue la de conseguir de los reyes el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento y del derecho a profesar libremente una religión.

Na Declaração dos Direitos da Virgínia, observa-se:

Artigo 18º - A religião ou o culto devido ao Criador, e a maneira de se desobrigar dele, devem ser dirigidos unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela força e pela violência, donde se segue que todo homem deve gozar de inteira liberdade na forma do culto ditado pôr sua consciência e também da mais completa liberdade na forma do culto ditado pela consciência, e não deve ser embaraçado nem punido pelo magistrado, a menos, que, sob pretexto de religião, ele perturbe a paz ou a segurança da sociedade. É dever recíproco de

todos os cidadãos praticar a tolerância cristã, o amor à caridade uns com os outros.

Os seguintes documentos legais tratam do **direito à honra e à intimidade**, protegendo-o:

1) DUDH:

Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

2) DADDH: “Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

3) CASDH:

ARTIGO 11 - Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Milton Fernandes *apud* SANTOS (1999: 182) faz a assertiva de que:

A honra, em sentido objetivo, é associada com a idéia de comportamento aberto, correspondendo na psicologia ao eu social. O comportamento coberto, no qual se situa a honra em sentido subjetivo, não se performa na presença dos outros e como tal não são avaliáveis, em razão de não serem perceptíveis por sua natureza ou pelo fato do sujeito optar em subtraí-los da indiscrição pública. A intimidade, no mais restrito de seus círculos concêntricos, passa-se no eu individual; nas esferas de confiança e da vida privada, em sentido estrito, desenvolve-se no eu social’

Para Luís M. Fariñas Matoni *apud* SANTOS (1999: 183), “ ‘[...] la intimidad es un derecho subjetivo que se basa en la autoconciencia de ser alguien diferente a los otros y en el deseo y en el sentimiento de querer en ocasiones estar apartado de ellos, en querer tener secretos. [...]’ ”.

O **direito ao nome** - a esse respeito, assim se expressa DINIZ (1998: 124-125):

O nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade, daí ser inalienável, imprescritível.

[...] E o aspecto individual manifesta-se na autorização que tem o indivíduo de usá-lo, fazendo-se chamar por ele, e de defendê-lo de quem o usurpar, reprimindo abusos cometidos por terceiros, que o exponham ao desprezo público ou ao ridículo.

A Lei Nº 6.015/73, ao disciplinar o registro civil das pessoas naturais, dispõe, no parágrafo único do Art. 55, que “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. [...]”. À pessoa, no primeiro ano em que atinge a maioridade, é deferido o direito de mudar o nome, “desde que não prejudique os apelidos de família” (Art. 56 da Lei Nº 6.015/73). Após esse período, é possível alterar o nome “somente por exceção e motivadamente” (caput do Art. 57 da Lei Nº 6.015/73), através de sentença judicial.

Quanto ao **direito dos autores à segurança moral**, a DUDH afirma:

Artigo XXVII

[...]

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXIX

[...]

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Por sua vez, a DADDH, no Art. XIII, exara o preceito de que “[...]Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais, no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria”. E a CASDH faz a afirmação:

ARTIGO 5 - Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

De conformidade à Lei Nº 9.610/98, pertinente aos direitos autorais:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

[...]

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais do homem [categoria na qual estão insertos todos os direitos de personalidade], longe de nascer de uma concessão da sociedade política, são direitos que se erguem diante do poder estatal, limitando a ação do Estado. Este, o instrumento jurídico a serviço da coletividade que declara, garante e respeita estes valores consagrados universalmente, os Direitos do Homem significam o resultado da luta dos homens por um direito ideal, justo, igualitário e humano, que foram e vão sendo descobertos, aperfeiçoados e estendidos ao longo do tempo pela própria experiência de vida dos homens. (ROZICKI, <http://...>)

O pleno exercício dos direitos de personalidade deve ser a tônica dos regimes democráticos de governo. Como bem acentua TORELLY (2000: 87):

o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem [que, nessa ampla acepção, engloba os direitos especificamente personalíssimos], pois ‘direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos’ [citação de Bobbio].

Acrescente-se que:

É pelo recurso à Filosofia que se reflecte sobre a dignidade humana. Não é o Direito, enquanto tal, que nos permite aferir essa dignidade. Não são as constituições que a definem. O Direito limita-se a cristalizar uma consciência colectiva - ou uma consciência de elite... - sobre a dignidade e sobre os direitos, liberdades e garantias que a asseguram. Mas não se constitui como reflexão sobre a sua existência ou sobre as suas características. Limita-se a construir uma forma de tutela. Cabe-lhe apenas garantir o respeito por essa dignidade intuída, descoberta ou racionalizada. (DURO, <http://...>)

E nestes tempos da propalada globalização, é mister não se perder de vista a triste realidade das gravíssimas exclusões económico-sociais, que levam os assim marginalizados ao descrédito do Poder Judiciário:

'[...] O que representa o direito à inviolabilidade do lar para aqueles que, nas favelas, nos guetos e na periferias, têm seus barracos, cortiços e casas invadidos pela polícia e presos sem ordem judicial? 'E, ainda, qual é o 'alcance do direito à livre expressão para quem não dispõe dos meios necessários - educação básica, por exemplo - para se expressar? [...]' (José Eduardo Faria apud STELZER, 2000: 17)

Um questionamento profundo faz-se imprescindível para que seja promovida e resguardada a dignidade humana que todos querem. Na busca de tal desiderato, nunca será demais ter sempre em mente que a dignidade é para todos, sem exceção.

4. NOTAS

1. Os direitos da personalidade são vistos como "faculdades atribuídas ao homem, imbricadas na sua condição de indivíduo e pessoa" (PEREIRA, 1999: 153). O segundo considerando da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) registra que, "[...] em repetidas ocasiões, os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana". No mesmo sentido, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (CASDH), a qual, em seu preâmbulo, assevera que:

[...] Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional

de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos. [...]

2. O direito de resposta é regulamentado, por exemplo, pelas Leis 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e 5.250/67 (Lei de Imprensa). O Código supramencionado, no Art. 90, reza que o direito de resposta "consiste na transmissão da resposta escrita a do ofendido, dentro de 24 (vinte e quatro) horas do seu recebimento, no mesmo horário, programa e pela mesma emissora em que se deu a ofensa". A Lei de Imprensa trata do assunto em seu Capítulo IV.

3. O direito à identidade sexual será nosso objeto de estudo em outro artigo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAYA, José Perla. La información, las comunicaciones e el derecho. **Conferencia Virtual "El derecho a comunicar y la comunicación de los derechos" - 11 de mayo 1998 / 26 de junio 1998**. Disponível em: <<http://commposite.uqam.ca/videaz/docs/jpanes.html>>. Acesso em: 21 out. 2002.

BRASIL. Código Civil.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**.

_____. **Lei Nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências.

_____. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. **Lei Nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

_____. **Lei Nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

BRUNO, Gilberto Marques. Considerações sobre os direitos autorais no "w.w.w" - A proteção das criações do espírito e a necessidade de registro como meio de prova em casos de publicação e/ou reprodução sem o prévio consentimento do autor. **Boletim Paulista de Direito**.

Disponível em: <http://www.bpdireadv.br/artigos_003.doc>. Acesso em: 29 out. 2002.

CARBONI, Guilherme C. Era digital: os desafios do direito autoral em tempos de internet. **Revista Consultor Jurídico**, jul. 2002. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/view.cfm?id=11914&print=yes>>. Acesso em: 21 out. 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/inter_dirhumanos.htm>. Acesso em: 08 nov. 2002.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulth. A teoria geral dos direitos da personalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba: Imprensa Oficial do Estado do Paraná, v. 10, n. 5, p. 20-37, dez. 1996.

COSTA, Wellington Soares da. Contra a pena de morte e em defesa da vida e da liberdade de expressão. **Acadêmica** - Acadêmica Social, ano 1, n. 4, maio 2000. Disponível em: <<http://www.terraviva.pt/enseada/5831/social/s2000031.html>>. Acesso em: 25 jan. 2001.

D'AZEVEDO, Rejane Ferretto. A legislação autoral brasileira e a internet. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2488>>. Acesso em: 16 dez. 2002.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM, DE 1948. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/cdh/Tratados_e_Convencoes/tratados_submenu.htm>. Acesso em: 08 nov. 2002.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA, DE 12 DE JUNHO DE 1776. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/internacionais/declaracao_universal_dos_direitos_humanos.html>. Acesso em: 08 nov. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** - 1º volume. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DURO, Pedro. **Uma nova contextualização do Direito: a transdisciplinaridade**. Lisboa (Portugal): Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. "Working Papers". Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/pt/wps/wp_list.htm>. Acesso em: 06 jan. 2004.

GONÇALVES, Jair (Coord.). **Direito em questão: aspectos éticos**. Campo Grande: UCDB, 2001.

MARÍN, Angel-Luis Sánchez. Concepto, fundamento y evolucion de los derechos fundamentales. **InterCodex Librería Jurídica** - Artículos. Disponível em: <<http://www.intercodex.com/ficharticulo.php?ID=12>>. Acesso em: 08 nov. 2002.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos)

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** - volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Biblioteca Virtual** - Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência - Volume II: Jurisprudência Nacional - 8. Direitos Civis - 8.2. Direitos de Personalidade. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/dirhum/volume%20II/ementario.htm>>. Acesso em: 29 jan. 2001.

PROTOCOLO À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS REFERENTE À ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE, DE 8 DE JUNHO DE 1990.

RODRÍGUEZ, Rogelio Moreno. **Diccionario Instructivo de Ciencias Sociales** - Diccionario. Disponível em: <<http://www.dicciobibliografia.com>>. Acesso em: 21 out. 2002.

ROZICKI, Cristiane. O que impede o exercício das liberdades. **Espaço Acadêmico**, ano II, n. 16, set. 2002. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/16col_rozicki.htm>. Acesso em: 21 out. 2002.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. Proteção dos direitos fundamentais das minorias transexuais. **Ministério Público do Paraná**. Disponível em: <<http://www.mppr.com.br/teses/Teses/Tema%203%20-%20Tese%2033.htm>>. Acesso em: 29 jan. 2001.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Eutanásia. **INFOJUS**. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br/area2/sonia%20maria%203.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2001.

STELZER, Joana. Globalização e direito: uma revisão da justiça social. **Alcance**, Itajaí: UNIVALI, ano VII, n. 3, p. 9-19, ago. 2000.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Sociedade indefesa e pena de morte. **Âmbito Jurídico** - Revista Jurídica Eletrônica Trimestral, Seção "Crônicas", Rio Grande (RS). Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0012.html>>. Acesso em: 21 out. 2002.

VIANA, Jorge Cândido S. C.. A mulher grávida e os direitos do nascituro. **Âmbito Jurídico** - Revista Jurídica Eletrônica

Trimestral, Seção “Crônicas”, Rio Grande (RS). Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0063.htm>>. Acesso em: 29 out. 2002.

TORELLY, Paulo Peretti. A luta pela efetividade da justiça. **Logos** - Revista de Divulgação Científica (Especial

Cachoeira do Sul), Canoas: ULBRA/Pró-Reitoria Acadêmica, ano 12, n. 2, p. 83-88, set. 2000.

WENDT, Emerson. Eutanásia. **Boletim Paulista de Direito**. Disponível em: <http://www.bpdireito.br/artigos_007.doc>. Acesso em: 21 out. 2002.

PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

O novo Modelo Gerencial do Estado. Da outorga dos serviços públicos a particulares: o Princípio da Eficiência e a Discussão sobre Permissões e Concessões, e Contratos de Gestão com as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público¹

Wilson Roberto MATEUS²

RESUMO

O artigo em tela oferece uma reflexão sobre o instituto da Parceria Público-Privada como novo modelo gerencial das atividades estatais, as quais se atribuem a entidades não-estatais como as OSCIPs e outras organizações sociais, por meio de mecanismos legais como a permissão, a concessão e os contratos de gestão; para tanto, discute o princípio da eficiência como orientador destas medidas administrativas.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada, concessão, princípio da eficiência.

ABSTRACT

The article in screen offers a reflection on Public-Private Partnership institute as new managerial model of the state activities, which are attributed to non-state entities as OSCIPs and other social organizations, through legal mechanisms as the permission, the concession and the administration contracts; whereas, it discusses the principle of the efficiency as advisor of these administrative measures.

Keywords: Public-Private Partnership, concession, principle of efficiency.

INTRODUÇÃO

O Estado existe com o objetivo de proporcionar o bem comum³. Mas evidente, a

dificuldade se faz quando se indaga o que seja o bem comum...

Em determinado momento histórico, entendeu-se que o Estado deveria deixar o indivíduo livre para

⁽¹⁾ Palavras-chave / Key-words= parceria, concessão, gestão, gerencial, Estado.

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

⁽³⁾ "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.

desenvolver-se, voltando-se única e exclusivamente para a atividade de controle da ordem interna e de invasão externa. Era o Estado Policial, ou Liberal⁴.

O Estado Liberal resultante da ascensão política da burguesia, se organizou de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como o Estado mínimo ou o Estado Policial, com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas⁵.

O modelo econômico do liberalismo se relaciona com a idéia de propriedade, do individualismo econômico e do sistema de livre empresa ou capitalismo. Seus pilares têm sido a propriedade privada e uma economia de mercado livre de controles estatais.

No modelo liberal, o que há, efetivamente, é uma exclusão da atuação estatal interventiva frente ao processo econômico.

Este modelo liberal, evidentemente, capitula ao fato de que os indivíduos não são iguais, mas todos fazem parte do Estado, o que veio a trazer grandes e nefastas distorções sociais.

Nesse processo histórico, a transformação do Estado Liberal em Intervencionista dá-se pelo fato de ter sido considerada a venda da força de trabalho como a venda de qualquer mercadoria, certo que a bem da verdade, o trabalhador não vende sua força de trabalho porque quer, mas por ter de utilizá-la para sua sobrevivência, tendo que aceitar as condições de trabalho impostas pelo poder econômico. Ademais, como a quantidade de mão-de-obra é sempre mais numerosa e pulverizada no mercado do que o capital, este leva vantagem no ato de contratar⁶.

Em consequência ao conflito, advém desse processo chamado *Welfare State*, ou Estado do bem-estar social – emergindo a partir das grandes guerras e das crises da década de 1930.

À vista disso pode-se caracterizar este modelo de Estado como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político.

Assim, nessa breve apreciação histórica, podemos entender a motivação do Estado em estar presente em diversas áreas, não somente naquelas

entendidas como próprias, mas também aquelas impróprias, que normalmente seriam tocadas à iniciativa privada.

Basta a simples leitura do Texto Constitucional para observar a vontade do Estado em estar sempre presente na regulação da atividade econômica:

“Art.173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

...

Art.174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

...

Art.177 *Constituem monopólio da União:*

I a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I e II deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

...

⁽⁴⁾ Lenio Luiz Streck; José Luis bolzan de Moraes. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 46 e ss.

⁽⁵⁾ Idem, idem, p.61, lembrando o Prof. Dallari.

⁽⁶⁾ Idem, idem, p. 66.

Art. 180 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico."

Parece, *a princípio*, um contraste ante às experiências de Estados controladores, ou totalitários, os quais sucumbiram com as idéias do socialismo, bem certo que hoje impera um mundo globalizado, tomado por grandes blocos econômicos e agências internacionais, mercê do ideal neoliberal.

Destarte, no Brasil, o Estado pôs-se a gerir siderúrgicas, bancos, estradas, construção de moradias, turismo e uma infinidade de outras atividades.

Há um infindável número de Autarquias, Empresas Públicas, Fundações e Sociedades de Economia Mista espalhadas por todo território nacional, criadas em todos os níveis de Poder (União, Estados e Municípios), as quais têm em sua lei de criação/estatuto a missão de destacar um serviço público, atendendo ao princípio da especialidade, ou de gerir/intervir na atividade econômica.

Vez por outra, é nítido que a manutenção destes entes estatais não surtiu os efeitos esperados para a comunidade, exceto o nocivo empreguismo e desperdício de recursos públicos, razões que contribuíram para o processo de desestatização inaugurado na década passada.

A bem da verdade, o mundo, agora globalizado, reclama por soluções rápidas e eficientes, e é de se esperar que o Estado, promotor do bem comum tenha as respostas às necessidades vitais de sua comunidade.

Esta é a visão crítica de um Estado que necessita atender às expectativas materiais da população, diga-se de passagem, com eficiência e rapidez, mas paradoxalmente, se vê impossibilitado pelas amarras do sistema burocrático da Administração Pública.

Anote-se, o sistema burocrático da Administração Pública, em especial o regime de contratos e de pessoal, além da responsabilidade fiscal, segue ritos que visam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e pretendem a eficiência, contudo, em face de suas peculiaridades, fazem levantar críticas ferozes

de membros da própria Administração, talvez por que desejassem ter maior liberdade para escolher e contratar, tal qual se atribui ao administrador privado.

O novel diploma fiscal⁷, que também alcança a Administração Indireta⁸, impõe a redução drástica de despesas com pessoal pelos parâmetros de limites percentuais em relação à Receita Corrente Líquida (54%); e quanto às outras despesas, de qualquer natureza, acaso a receita estimada no Orçamento anual não se concretize, há expressa determinação para seu contingenciamento⁹.

Nesta esteira, de forma coercitiva, há a lei de crimes fiscais - Lei 10.028/01, e a efetiva fiscalização dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e do Poder Legislativo, além da fiscalização popular através da ação popular.

Mas sem dúvida, a razão de todas as angústias da Administração é de natureza econômica, razão maior de vivermos um momento difícil, de pura escassez material, aliada a um Estado gigante, que pretendia ter controle sobre a ordem econômica e financeira, mas que não consegue suprir necessidades básicas, tais como as obras de infra-estrutura, necessárias para o escoamento da produção nacional, ou de saneamento básico, a fim de evitar as mazelas que atingem a sofrida saúde da população.

Neste contexto, em apelo dramático ao Congresso Nacional, com o fito de fazer aprovar a Lei que regula as Parcerias Público Privadas, as chamadas PPP's, o Executivo mencionou *que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país*, o que certamente será uma missão hercúlea ante aos compromissos de natureza fiscal, sobretudo de pagamento da dívida – superávit primário.

No norte desta discussão contemporânea das Parcerias Público Privadas, razão desse nosso modesto trabalho, acrescentamos pontos no sentido desta bússola, quais sejam os contratos de gestão e a transferência de serviços públicos ao particular, por

⁽⁷⁾ Lei complementar nº 101/00, de 04.05.00 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁽⁸⁾ Exceção feita as empresas não dependentes

⁽⁹⁾ **Lei Complementar 101/01** "Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias".

meio das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP's.

1. SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

O Estado, a quem comporta realizar a atividade coletiva, é uno e indivisível, pelo que possui distinção de poderes, afetos às suas funções distintas: legislativa, executiva e jurisdicional¹⁰.

- Poder Legislativo - a função legislativa tem a finalidade de editar leis de caráter abstrato, genérico, e de observância obrigatória, além da fiscalização.
- Poder Judiciário - função jurisdicional tem por escopo a solução de conflitos de interesse e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente.
- Poder Executivo - a função executiva, através de atos concretos, tende a realizar a satisfação das necessidades coletivas.

Partindo desses conceitos, lembrando que preponderantemente a administração pertence ao Executivo, passemos a analisar a questão da Administração Pública.

Administrar, genericamente, mesmo considerando a atividade privada, significa governar, dirigir, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil.

Mas com relação à atividade pública, os conceitos são bem mais específicos.

Devemos entender a Administração Pública como a *"a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado"*¹¹.

Nas palavras do Prof. Hely Lopes Meirelles: a *Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado*

*preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas*¹².

A organização da Administração Pública está regulamentada pelo Art. 37 da C.F/88:

"Art.37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:..."

De plano pode-se observar que estão sujeitos aos princípios determinados pelo Texto Constitucional a Administração Direta e Indireta, em todos os níveis (União, Estados ou Municípios¹³), além do Poder Legislativo e Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas.

Frise-se que em sentido amplo, Administração Pública é atividade preponderante do Executivo, mas não se olvide que os demais Poderes também exercem atos administrativos afetos à sua organização interna.

Não obstante os princípios explícitos e implícitos consagrados à Administração Pública, outros ainda podem ser encontrados no Texto Constitucional reclamando pelo zelo na condução da coisa pública:

"Art.70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder"...

"Art.74 Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

*II comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência*¹⁴, da

⁽¹⁰⁾ **Constituição Federal/88** "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

⁽¹¹⁾ Alexandre de Moraes. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2001, p.299.

⁽¹²⁾ Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: 2000, Malheiros, p. 59

⁽¹³⁾ CF/88 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:..."

⁽¹⁴⁾ **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? Conforme 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.

gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”;

Ora, enquanto a eficácia pretende o cumprimento de metas, a eficiência, pretende a diminuição de custos para atingi-las.

Em sentido objetivo, a Administração abrange as **atividades exercidas** pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde a função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo¹⁵.

Destarte, Administração Pública, em sentido subjetivo, como o **conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas** aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado¹⁶.

Assim, nos termos do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, com redação dada pela Lei 7.596, de 10.04.87:

- A administração federal compreende - a administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;
- A administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
 - Autarquias
 - Empresas públicas
 - Sociedades de economia mista
 - Fundações públicas

No dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁷, dissertando sobre o princípio da especialidade, afirma que o estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas, como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, certo que a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbem atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei.

Evidentemente, em que pese a criação de entidades específicas para a consecução de objetivos próprios, descentralizando-se a Administração, ainda assim, não há possibilidade de desvincular-se do regime

de contratos regulados pela Lei 8666/93, com prévio certame licitatório, e o mesmo se diga à contratação de pessoal, que deverá obedecer a prévio certame público e regular motivação para dispensa, sem esquecer dos ditames da lei fiscal.

Nestes aspectos, em que pese a descentralização administrativa, residem os mesmos contornos burocráticos existentes no poder central.

2. AUTORIZAÇÃO - PERMISSÃO - CONCESSÃO

O Estado, entendendo que nem sempre consegue bem servir a coletividade, poderá transferir ao particular por meio de concessão ou permissão, uma atividade ou serviço público.

É a mudança do conceito de Estamento Burocrático para o Estado Gerencial.

Estabelece o Texto em seu Art.175:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Primeiramente, é preciso fazer uma distinção entre autorização, permissão e concessão.

Na autorização, o interesse é próprio ao particular, cabendo à Autoridade autorizá-lo, ou seja, não é um serviço público típico, mas cabe à Administração conhecê-lo e autorizá-lo. É o exemplo da autorização de transporte por meio de táxi, a qual como os congêneres, têm o controle e fiscalização do Poder Público, mas prescindem de licitação.

Entre a permissão e a concessão também há diferenças.

A primeira tende a ser precária e dispensar termo contratual, podendo ser revogado a qualquer momento pela Administração por razões de interesse público. A permissão presta-se à execução de serviços ou atividades transitórias, ou mesmo permanentes, mas que exijam frequentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou das variações do interesse público, não gera privilégios, nem assegura exclusividade ao permissionário; é ato precário, mas que não permite a substituição do permissionário sem prévia autorização¹⁸.

⁽¹⁵⁾ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 58 e ss.

⁽¹⁶⁾ Idem, p. 62.

⁽¹⁷⁾ Idem, p. 72.

⁽¹⁸⁾ Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2000, p.366 e ss.

Já nos casos de concessão, não há precariedade, pois nestes casos tende-se a haver maiores investimentos por parte do concessionário.

Contudo, a Permissão e a Concessão, são reguladas pela Lei 8987/95, precedidas necessariamente de licitação, e têm por escopo:

- *Regência pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas indispensáveis aos contratos.*
- *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação, buscando atender às peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.*
- *Considera-se:*
 - *Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;*
 - *Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;*
 - *Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;*
 - *Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.*
- *As concessões e permissões sujeitam-se à fiscalização pelo poder concedente respon-*

sável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

- *A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos da lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.*
- *A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.*

Uma questão interessante que deve ser frisada quanto às concessionárias e permissionárias de serviço público é que em se tratando de **entidades privadas**, embora exerçam uma atividade delegada pelo poder público, não perdem tal característica para efeitos de fiscalização pelos Tribunais de Contas.

Ou seja, a princípio, **os valores arrecadados** por concessionárias e permissionárias não devem sofrer a fiscalização dos Tribunais de Contas.

É o que se extrai da leitura do Texto Maior:

Art.70 A fiscalização...

Parágrafo único Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Assim, vale dizer que a concessão em si, por meio de licitação, e a execução contratual sofrerão o crivo e análise dos órgãos de controle externo – Poder Legislativo, Tribunal de Contas e Ministério Público; bem assim, o estabelecimento de tarifas, que devem ser módicas, e a exigência do cumprimento das cláusulas pactuadas pertencem ao poder concedente (Executivo).

Exemplo do exercício do controle externo é a verificação do cumprimento contratual pela construção de pontes, faixas de rolamentos e passarelas por empresa concessionária de estrada pedagiada, com a possibilidade de imposição de multas ou acionamento dos órgãos competentes, mormente Ministério Público e Legislativo.

Contudo, sobre os valores auferidos, seja pelo pagamento direto do usuário ou pelo órgão concesso, a concessionária / permissionária tem o livre domínio e distribuição de lucros ao seu arbítrio, tal qual empresa

que lança produto no mercado e, ao vendê-lo, reparte o lucro entre seus sócios.

Assim, neste tocante não há interferência dos órgãos de controle interno.

Por fim, também deve ser dito que as concessões e permissões são controladas diretamente pelo Estado, ou ainda, por meio das Agências Reguladoras, as quais têm natureza jurídica de Autarquia ou Fundação.

3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OSCIP'S

Após o advento da Reforma Administrativa (Emenda 19/98), o legislador procurou um novo modelo, buscando a experiência do administrador privado na condução dos negócios, além do seu livre trânsito de amarras próprias do regime público, mas com o fito de proporcionar à sociedade serviços de melhor qualidade.

Reza o Texto Constitucional:

Art.241 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Nesta esteira foram editadas as Leis nº 9637, de 15.05.98, disciplinando as Organizações Sociais, e nº 9.790, de 23.03.99, que disciplina a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Tomando apontamentos da Profª Zanella Di Pietro¹⁹, temos as seguintes características das Organizações Sociais (OS):

- Pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- Criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública, para obter a qualificação de organização social; ela é

declarada como *entidade de interesse social e utilidade pública*;

- Atua nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- Seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e membros da comunidade;
- As atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da OS são definidas por meio do **contrato de gestão**, o qual irá estipular programa de trabalho e metas a ser atingidas, inclusive prazos de execução e critérios objetivos de avaliação;
- A execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada;
- O fomento pelo Poder Público poderá abranger destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão; cessão de servidores; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração e a OS.
- Desqualificação como OS no caso de descumprimento.

Primeiramente, é necessário dizer que Estados e Municípios poderão editar normas próprias para qualificação de entidades como Organizações Sociais, contudo, de boa técnica seguindo o padrão geral imposto pela Legislação Federal.

Quanto à fiscalização das Organizações Sociais, no Estado de São Paulo, o E. Tribunal de Contas do Estado já editou normas específicas para levar a efeito as auditorias, por meio das Instruções nº 1 (Área Estadual) e nº 2 (Área Municipal)²⁰.

Do novo modelo de gestão, de nossa parte temos pela experiência profissional, algumas restrições.

⁽¹⁹⁾ Obra citada, p.410 e ss.

⁽²⁰⁾ Instruções nº 2 - TCE-SP - disponíveis no endereço www.tce.sp.gov.br

"Artigo 199. As prestações de contas abrangerão o total dos recursos recebidos do Poder Público, incluindo o resultado de sua aplicação financeira, comprovado por extratos e/ou documentos bancários.

Artigo 200. Os documentos de receitas e despesas referentes à comprovação da aplicação dos recursos de origem pública, após contabilizados, ficarão arquivados na organização social, separadamente dos relativos a outras fontes de recursos financeiros, à disposição deste Tribunal".

Não raro, as Organizações Sociais são criadas no afogadilho, de última hora, por vezes por membros da própria Administração, havendo uma íntima relação entre a nova entidade e o Poder Público, eis que na verdade é uma verdadeira extensão deste, tal qual verdadeira autarquia ou fundação, agora sob nova roupagem jurídica.

Em tais situações há nítido caráter de prejuízo à exigência e controle do cumprimento de metas estabelecido no Contrato de Gestão, pela falta de independência e desapego ao princípio da moralidade, sem olvidar que a situação permite a fuga do controle pela Lei de Responsabilidade Fiscal, do necessário certame público para admissão de pessoal e despesas / contratações mediante licitação, não obstante a Organização Social sobreviva do envio de repasses orçamentários.

As OS's se servem para mitigar o papel do Estado, por vezes anulando ou estimulando a extinção do órgão antecessor que prestava o serviço público.

Humildemente, não estamos sozinhos nesta crítica, eis que a eminente juspublicista Prof^a Zanella Di Pietro, chama tais Organizações de *entidades constituídas ad hoc...entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria..viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público*²¹.

Já no que diz respeito a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, as chamadas OSCIP's, criadas pela Lei 9790/99, têm conceito muito semelhante ao da organização social, mas desempenham verdadeiro papel de parceria.

As OSCIP's, tal qual as OS's, têm sua constituição regida pelo novo Código Civil, qual seja:

"Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

(...)

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V - o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução".

Destarte, assim como a Organização Social, a OSCIP também é entidade privada, sem fins lucrativos e que receberá a qualificação pelo Poder Público, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Por diferenças, nas OS's o intuito é que assumam determinadas atividades desempenhas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, chegando a justificar a própria extinção do órgão público; **na OSCIPs, a qualificação da entidade não afeta a existência ou atribuições dos órgãos da Administração**, e além disso, a entidade deve ter existência legal (exige-se apresentação de demonstrativos contábeis e fiscais), evitando que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício²².

*"Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas".*²³

Cabe ressaltar que por expressa determinação na Lei, as OSCIP's sofrerão a fiscalização dos órgãos de controle externo, por excelência, dos Tribunais de Contas.

⁽²¹⁾ Obra citada, p. 412.

⁽²²⁾ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, obra citada, p.414 e ss.

⁽²³⁾ Idem, p.415.

Evidentemente, tanto no caso das OSCIP's como no caso das Organizações Sociais, a fiscalização pelos Tribunais de Contas será mitigada, eis que na verdade, reduzir-se-ão ao estabelecido pelo contrato de gestão, no que diz respeito à transferência de bens e valores públicos.

Outra questão interessante guarda a crítica lançada na obra do mestre Hely Lopes Meireles, para quem o contrato de gestão, não é um *contrato* propriamente dito, eis que não revela interesses divergentes, tratando-se sim de um **acordo operacional**, pelo qual a Administração estabelece uma meta a ser cumprida pela entidade privada, a qual irá fazer jus à destinação de verbas próprias²⁴.

4. PARCERIA PÚBLICO PRIVADA - PPP

a) O que é PPP?

Todos os que se prestaram a comentar sobre as PPP's são unânimes em afirmar que surgiram na Inglaterra, sob o Governo de Margareth Thatcher (1992), como forma de investimento público, quando não se tem capital para investir. Os investimentos naquele país estariam totalizando mais de US\$ 50 bilhões.

Naturalmente, o berço das PPP's é também o berço do neoliberalismo, política para a qual o Estado deve ser mínimo.

Fala-se que em Portugal o primeiro projeto foi lançado em 1993 (Central Termelétrica do Pego) – com investimentos de 875 milhões de euros.

Outros países que estão implantando as PPP's seriam o Japão Austrália, Canadá, México, África do Sul, Alemanha, Holanda e Islândia.²⁵

Por justificativa está a falta de recursos públicos para financiamento de obras de infra-estrutura, e o retorno econômico e/ou social seria maior do que o retorno financeiro do projeto de infra-estrutura, já que o pagamento de tarifas não é suficiente para cobrir todos os custos das obras.

Assim, por objetivo tem-se a participação de capital privado para investimentos em infra-estrutura, gerando benefícios para ambos os lados.

O setor privado realiza o serviço e recebe por isso, seja diretamente do usuário ou por complemen-

tação; e o setor público viabiliza a prestação do serviço, incentivando a geração de produto, emprego e renda, minimizando e diferindo o impacto de investimentos.

No Brasil, a parceria público privada será regida por lei própria, aplicando-se a lei de licitações e contratos e a lei de concessões e permissões.

A propósito, entre a atual legislação de concessões e permissões e as PPP's, diz respeito que naquelas podem ser concedidas, mediante licitação, obras e serviços que já existem e são prestados, a exemplo de uma rodovia pedagiada, conquanto no novo modelo, a iniciativa pressupõe investimento por parte do parceiro privado, o que afasta a possibilidade de recair sobre obras e serviços já existentes²⁶.

Tomando emprestados os conceitos debatidos no Congresso Nacional, agora no Projeto de Lei nº10, junto ao Senado Federal, considera-se contrato de parceria público-privada o acordo firmado entre a administração pública e entes privados, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, ao parceiro privado, observadas as seguintes diretrizes:

- Eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício de poder de polícia;
- Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- Transparência dos procedimentos e das decisões;
- Repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los; e
- Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas do projeto de parceria.

E mais, poderá ser objeto de parceria público-privada:

(24) Obra citada, p. 250.

(25) Revista Jurídica consulex, Ano VIII, nº 185 – 30.09.04, p. 22 e ss.

(26) Régis Fernandes de Oliveira, disponível em <http://www.revistaautor.com.br/artigos/37ext1.htm>

- A delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública;
- O desempenho de atividade de competência da administração pública, precedido ou não da execução de obra pública;
- A execução de obra para a administração pública;
- A execução de obra para sua alienação, locação ou arrendamento à administração pública;
- E mais, nas concessões e permissões de serviço público, a Administração poderá oferecer ao parceiro privado contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário, ou, em casos justificados, arcar integralmente com sua remuneração;
- Nas hipóteses de execução de obra, ao término da parceria público-privada, a propriedade do bem móvel ou imóvel caberá à administração pública, independentemente de indenização, salvo disposição contratual em contrário.

Está estabelecido como cláusulas necessárias dos contratos:

- Prazo de vigência compatível com a amortização dos investimentos realizados, limitado a trinta anos;
- **As penalidades aplicáveis à administração pública e ao parceiro privado para a hipótese de inadimplemento das obrigações contratuais;**
- **As hipóteses de extinção antes do advento do prazo contratual, bem como os critérios para o cálculo e pagamento das indenizações devidas;**

A contraprestação da administração pública poderá ser feita:

- Pagamento em dinheiro;
- Cessão de créditos não tributários;
- Outorga de direitos em face da administração pública;
- Outorga de direitos sobre bens públicos;
- Outros meios admitidos em lei;
- Os contratos poderão prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho na execução do

contrato, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade previamente definidos;

- **A liberação dos recursos orçamentário-financeiros e os pagamentos efetuados para cumprimento do contrato com o parceiro privado terão precedência em relação às demais obrigações contratuais contraídas pela administração pública;**

Sobre as garantias, chama por demais a atenção

que,

- **Será admitida a vinculação de receitas e instituição ou utilização de fundos especiais.**
- A União poderá integralizar recursos em Fundo fiduciário de Incentivo às Parcerias Público Privadas criado por instituição financeira, cuja integralização poderá ser realizada com dotações consignadas no orçamento, transferência de ativos não financeiros e transferência de bens móveis e imóveis. Ressalve-se que a integralização de recursos mediante transferência de ações de companhias estatais não poderá acarretar a perda do controle acionário da União.
- Estados, Municípios e o Distrito Federal poderão, mediante lei específica, autorizar a integralização de fundos fiduciários.

A parceria público-privada deve ser precedida de licitação na modalidade concorrência, observando-se:

- A submissão da licitação e do contrato serão à lei da PPP;
- A concorrência será promovida no regime de pré-qualificação;
- O edital poderá exigir -
 - Garantias de proposta e de execução de contrato superiores às estabelecidas na legislação em vigor, desde que compatível com o ônus decorrente do seu descumprimento;
 - Que o licitante apresente promessa de financiamento, por empresas ou instituições financeiras que atendam aos requisitos de solidez e segurança definidos no edital;
 - Que o licitante constitua sociedade de propósito específico para implantar ou gerir seu objeto, bem como a adoção de contabilidade e demonstração financeira padronizadas;

- Prever que o licitante vencedor deva ficar encarregado da elaboração do projeto pertinente ao objeto da licitação ou admitir a apresentação de projeto alternativo no procedimento licitatório;

- **Facultar a adoção da arbitragem para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato.**

Dos tópicos colocados em relevo, temos os comentários a seguir expostos.

A primeira questão que contraria todo o conceito de que a Administração Pública gerencia interesses públicos e portanto deve estar acima do particular, naquilo que conhecemos como cláusulas exorbitantes, é a possibilidade neste novo modelo de que lhe sejam previstas penalidades aplicáveis, para a hipótese de inadimplemento das obrigações contratuais.

Tal situação retira qualquer discricionariedade do Administrador, e diga-se de passagem, pelos próximos 30 (trinta) anos, de avaliar a conveniência e oportunidade de manter a avença.

Outra questão, é a possibilidade de pagamento através de entrega de bens públicos, o que vem a tornar possível de plano a sua desafetação, o que entendemos somente ser permitido mediante lei expressa.

A liberação de recursos orçamentários-financeiros de forma precedente aos demais credores da Administração, sem dúvida alguma nos faz refletir sobre o acento desta nova modalidade nos princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade, não obstante, o atual Estatuto de Licitações - Lei 8666/93, prever a observância da ordem cronológica de pagamentos.

A vinculação de receitas nos parece inaceitável, eis que a Carta/88 impõe a proibição desta prática, exceto para despesas alocadas à Educação e à Saúde²⁷, além de prestação de garantia por antecipação de receita, mas jamais como garantia contratual.

Interessante, ainda no aspecto das garantias, que o novo modelo forçará os entes públicos a formar um fundo de bens públicos, inclusive sobre parcela das ações de empresas controladas, o que não deixa de ser uma desestatização oblíqua, ainda que não seja transferido o controle acionário.

Questão inovadora, nos parece a possibilidade do licitante vencedor apresentar projeto alternativo no procedimento licitatório, eis que a rigor, quebra o princípio da vinculação ao instrumento convocatório inserto no atual Estatuto de Licitações.

Contudo, o que nos chama muito a atenção é a possibilidade de que a Administração, ao estabelecer a parceria público privada, poderá estabelecer o juízo arbitral como solução de divergências contratuais.

Ora, a solução arbitral é deslocamento da competência natural do Poder Judiciário para Tribunal privado, previsto pela Lei 9307/96, amplamente utilizada nos contratos internacionais, para direitos disponíveis. Aqui o princípio da anafastabilidade da jurisdição é mitigado, posto que somente em casos de inobservância formal da lei é que poderá haver análise pelo Poder Judiciário.

No caso dos contratos internacionais é aceitável a adoção da justiça privada, eis que trata-se de evitar a complexidade de análise de legislações de vários países, por vezes conflitantes, conquanto a prática comercial necessite de soluções urgentes - principalmente quando há carga parada em portos ou aeroportos, necessitando ser escoada.

Contudo, trata-se de mecanismo que atende a práticas de comércio, e portanto, de direitos disponíveis.

Ora, se estamos falando de contrato onde uma das partes será a Administração Pública (Direta ou Indireta), e portanto, deve-se guardar a indisponibilidade do interesse público, questiona-se, *a princípio*, como poderá subscrever-se termos em que o Estado, delegará funções ao particular, mas estará na mesma posição

⁽²⁷⁾ **Constituição Federal/88**

Art.167 São vedados:

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

deste, e pior, sem a possibilidade de revisão da decisão pelo Poder Judiciário²⁸.

Evidentemente, todos os pontos enfocados conduzem a dizer que a Parceria Público Privada é uma atividade sem risco para o capital, em especial porque o Estado estará declinando de sua posição de supremacia do interesse público.

b) Da legislação estadual

De início, consigne-se que em meio às discussões em Brasília sobre a regulamentação das PPP's, o Estado de São Paulo, verdadeira locomotiva da Nação, já saiu à frente com a edição da Lei Estadual nº 11.688, de 19.05.04, recentemente regulamentada pelo Decreto Estadual nº 48.867/04.

Faça-se justiça, o Estado de Minas Gerais também já editou norma congênere, através da Lei Estadual nº 14.868/03, aliás, antes mesmo de São Paulo.

Conforme César Moreno²⁹, *o grande diferencial do programa paulista em relação ao aprovado por Minas Gerais, e aos que estão tramitando no Congresso Nacional e em outros Estados, é a criação da Companhia Paulista de Parcerias (CPP), empresa estatal que terá por objeto viabilizar a implementação das PPP's e gerir os ativos patrimoniais do Estado que as garantirão. A CPP já nascerá com diversos imóveis em seu capital, os quais lhe serão transferidos pelo Estado de São Paulo, além de ter mais possibilidades de financiamento. Com isto, o Estado pretende realizar investimentos em diversos projetos de infra-estrutura, tais como ampliação das malhas rodoviária e ferroviária, aeroportos internacionais, transporte coletivo intermunicipal, dentre outros.*

No tocante à edição de normas estaduais, já se colhem críticas respeitáveis³⁰, eis que a boa técnica seria o aguardo da lei geral, conforme dispõe da leitura do Art.24 da CF/88:

“Art.24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A crítica surge da possibilidade de que a norma geral venha a contrastar a legislação estadual, e neste ponto, esta última seria revogada, o que traria grande desconforto aos pactos já celebrados, forçando questionamentos judiciais, quando os próprios contratos já não estivessem inflacionados financeiramente ante a tais incertezas.

Ainda com relação ao Estatuto Paulista, fazemos transcrever alguns trechos da norma:

“Artigo 1º - Fica instituído, no âmbito do Governo do Estado e de sua Administração Pública direta e indireta, o Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP, destinado a fomentar, coordenar, regular e fiscalizar a atividade de agentes do setor privado que, na condição de colaboradores, atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao

⁽²⁸⁾ Lei 9307/96 – Lei da Arbitragem

Art. 18 O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

(...)

Art. 31 A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelo órgão do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁽²⁹⁾ Disponível em www.bragamarafon.com.br/novo/boletins_velhos/158_Jun/1_BI_158.html

⁽³⁰⁾ “Por outro lado, a insegurança jurídica que cerca a legislação estadual, pode fazer com que os entes públicos estaduais que desejem utilizar o instituto da parceria público-privada, não venham obter bons preços, pois, na dúvida, o “custo Brasil” agregado às planilhas orçamentárias das obras poderá fazer com que os valores dos investimentos sejam maiores do que o justo ou o necessário, penalizando a sociedade, que terá que pagar tarifas mais elevadas para reembolsar os investimentos privados”. Insegurança jurídica no contrato de parceria público-privada estadual, disponível em www.miguelneto.com.br/newsletter-ago-2004.htm

desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo.

Parágrafo único - O PPP observará as seguintes diretrizes:

1 - eficiência no cumprimento das finalidades do Programa, com estímulo à competitividade na prestação de serviços e à sustentabilidade econômica de cada empreendimento;

2 - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos agentes privados incumbidos de sua execução;

3 - indisponibilidade das funções política, normativa, policial, reguladora, controladora e fiscalizadora do Estado;

4 - universalização do acesso a bens e serviços essenciais;

5 - transparência dos procedimentos e decisões;

6 - responsabilidade fiscal na celebração e execução dos contratos;

7 - responsabilidade social;

8 - responsabilidade ambiental.

(...)

Artigo 3º - Fica criado o Conselho Gestor do PPP, vinculado ao Gabinete do Governador, integrado pelos seguintes membros:

I - o Secretário-Chefe da Casa Civil;

II - o Secretário de Economia e Planejamento;

III - o Secretário da Fazenda;

IV - o Secretário da Ciência, Tecnologia, Desenvolvimento Econômico e Turismo;

V - o Procurador Geral do Estado;

VI - até 3 (três) membros de livre escolha do Governador do Estado.

(...)

5º - Caberá ao Conselho Gestor:

1 - aprovar projetos de parceria público-privadas, observadas as condições estabelecidas no artigo 4º;

2 - recomendar ao Governador do Estado a inclusão no PPP de projeto aprovado na forma do item 1;

3 - fiscalizar a execução das parcerias público-privadas;

4 - opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação dos contratos de parceria público-privadas;

5 - fixar diretrizes para a atuação dos representantes do Estado nos órgãos de administração da Companhia Paulista de Parcerias - CPP;

6 - fazer publicar no Diário Oficial de Estado de São Paulo, as atas de suas reuniões.

(...)

§ 9º - O Conselho Gestor remeterá para a Assembléia Legislativa, semestralmente, relatório detalhado das atividades desenvolvidas no período e de desempenho dos contratos de parceria público-privadas.

(...)

Artigo 4º - São condições para a inclusão de projetos no PPP:

I - efetivo interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais;

II - estudo técnico de sua viabilidade, mediante demonstração das metas e resultados a serem atingidos, prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados;

III - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função de sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;

V - a necessidade, a importância e o valor do serviço ou da obra em relação ao objeto a ser executado.

Parágrafo único - A aprovação do projeto fica condicionada ainda ao seguinte:

1 - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro;

2 - demonstração da origem dos recursos para seu custeio;

3 - comprovação de compatibilidade com a lei orçamentária anual, a lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual.

Artigo 5º - Parcerias público-privadas são mecanismos de colaboração entre o Estado e agentes do setor privado, remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados, podendo ter por objeto:

I - a implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infra-estrutura pública;

II - a prestação de serviço público;

III - a exploração de bem público;

IV - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado, tais como marcas, patentes, bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão, resguardada a privacidade de informações sigilosas disponíveis para o Estado.

§ 1º - Não serão objeto de parcerias público-privadas a mera terceirização de mão-de-obra e as prestações singelas ou isoladas.

§ 2º - Os contratos de parceria público-privada deverão prever que, no caso de seu objeto reportar-se a setores regulados, as regras de desempenho das atividades e serviços deverão ficar submetidas àquelas determinadas pela agência reguladora correspondente.

Artigo 6º - Poderão figurar como contratantes nas parcerias público-privadas os entes estatais a quem a lei, o regulamento ou o estatuto confirmam a titularidade dos bens ou serviços objeto da contratação, incluindo autarquias, fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Artigo 7º - As parcerias público-privadas determinam para os agentes do setor privado:

I - a assunção de obrigações de resultado definidas pelo Poder Público, com liberdade para a escolha dos meios para sua imple-

mentação, nos limites previstos no instrumento;

II - a submissão a controle estatal permanente dos resultados;

III - o dever de submeter-se à fiscalização do Poder Público, permitindo o acesso de seus agentes às instalações, informações e documentos inerentes ao contrato, inclusive seus registros contábeis;

IV - a incumbência de promover as desapropriações decretadas pelo Poder Público, quando prevista no contrato.

Artigo 8º - Os contratos de parceria público-privada reger-se-ão pelo disposto nesta lei, na lei federal correspondente, pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos, de licitações e contratos administrativos e deverão estabelecer:

I - as metas e os resultados a serem atingidos, cronograma de execução e prazos estimados para seu alcance, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante adoção de indicadores capazes de aferir o resultado;

II - a remuneração pelos bens ou serviços disponibilizados e, observada a natureza do instituto escolhido para viabilizar a parceria, o prazo necessário à amortização dos investimentos;

III - cláusulas que, dependendo da modalidade escolhida, prevejam:

a) a obrigação do contratado de obter recursos financeiros necessários à execução do objeto e de sujeitar-se aos riscos do negócio, bem como as hipóteses de exclusão de sua responsabilidade;

b) possibilidade de término do contrato não só pelo tempo decorrido ou pelo prazo estabelecido, mas também pelo montante financeiro retornado ao contratado em função do investimento realizado;

IV - identificação dos gestores responsáveis pela execução e fiscalização.

§ 1º - Compete ao Poder Público declarar de utilidade pública os bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto do contrato, bem como

à implementação de projetos associados, podendo promover as requisições e as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes ao contratado.

§ 2º - Não serão objeto de repactuação as parcerias estabelecidas anteriormente a esta lei.

Artigo 9º - A remuneração do contratado, observada a natureza jurídica do instituto escolhido para viabilizar a parceria, poderá ser feita mediante a utilização isolada ou combinada das seguintes alternativas:

I - tarifas cobradas dos usuários;

II - pagamento com recursos orçamentários;

III - cessão de créditos do Estado, excetuados os relativos a impostos, e das entidades da Administração Estadual;

IV - cessão de direitos relativos à exploração comercial de bens públicos materiais ou imateriais;

V - transferência de bens móveis e imóveis;

VI - títulos da dívida pública, emitidos com observância da legislação aplicável; e

VII - outras receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados.

Artigo 10 - Sem prejuízo das sanções previstas na legislação pertinente, o contrato poderá prever, para a hipótese de inadimplemento da obrigação pecuniária a cargo do contratante, o acréscimo de multa de 2% (dois por cento) e juros segundo a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Estadual.

Artigo 11 - Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor.

Parágrafo único - Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade.

Artigo 12 - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade por ações, denominada Companhia

Paulista de Parcerias - CPP, para o fim específico de:

I - colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas;

II - disponibilizar bens, equipamentos e utilidades para a Administração Estadual, mediante pagamento de adequada contrapartida financeira;

III - gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Estado ou por entidades da administração indireta, ou que tenham sido adquiridos a qualquer título.

(...)

Não obstante os comentários já feitos à norma federal, na Lei Paulista, outra questão importante é a submissão de relatórios à Assembléia Legislativa.

Ora, O Legislativo Estadual é órgão de controle externo por excelência, notadamente órgão político, que poderá até mesmo questionar a licitude e interesse da manutenção dos contratos firmados.

E mais, embora não esteja previsto na Lei Paulista, o órgão de controle externo, de natureza técnica, a quem bem compete analisar a legalidade dos contratos firmados é o Tribunal de Contas, e a essa Corte especializada competirá examinar a moderna prática que se avizinha e, para tanto, deverá desenvolver estudos para implementar mecanismos de fiscalização sobre os futuros termos e a sua execução.

CONCLUSÃO

Dia destes, lemos um artigo do eminente Prof. Stephen Kanitz, no qual dizia que os grandes animais é que têm dificuldades para sobreviver, eis que precisam de maior quantidade de alimentos e, no entanto, são mais lentos, ao passo que pequenos animais, mais velozes e com menores necessidades, têm sua perpetuação mais garantida.

A analogia pode ser aplicada ao Estado.

Um Estado gigantesco, paternalista, presente em todas as atividades, inclusive na regulação da economia, certamente está fadado a fracassar naquilo que dever-lhe-ia ser mais caro, ou seja, na promoção do desenvolvimento social, na extirpação da pobreza e da marginalidade, procurando reduzir as desigualdades

sociais e regionais, em busca do bem comum, e por extensão, da paz.

Exemplo maior são os países do leste europeu que sucumbiram às idéias socialistas, sendo a queda do muro de Berlim um símbolo da queda da própria utopia.

Por outro lado, sobre a diminuição do Estado, situação que a história já demonstrou no advento do liberalismo, e notadamente, sobre a panacéia das PPP's, como salvação do desenvolvimento nacional, temos muitas dúvidas.

Em passado recente, o *milagre econômico* serviu para endividar-nos, a ponto de colhermos frutos nefastos nesta, e nas futuras gerações.

Não é por acaso que fora implantada a fórceps a Lei de Responsabilidade Fiscal, L.C.101/00, a qual exige grandes sacrifícios, a fim de que tenhamos um superávit primário, e em outras palavras, para que honremos nossas dívidas.

O próprio pagamento de juros da dívida é que vem a contaminar a capacidade de investimentos.

Ainda utilizando a analogia, são notórios os casos de amigos que em momentos de dificuldades recorreram a empréstimos bancários, e agora, dificilmente os deixarão.

O que causa temor é que o modelo das PPP's venha a tornar ainda mais fundo o nosso déficit interno e externo.

Pior, após assinado o contrato, sob pena de pesadas sanções criadas pelo próprio Estado, não se comporta mais qualquer análise sobre conveniência ou oportunidade de mantê-lo, e nem mesmo poderão os Administradores que se sucederem questioná-lo perante o Poder Judiciário, se adotada a forma arbitral.

De outro norte, é interessante chamar o novo modelo de *parceria*, posto que nesta as partes têm o mesmo objetivo, sendo o instrumento adequado o convênio.

As empresas, por sua própria natureza, visam o lucro, e tão somente. É da essência do capitalismo a busca pelo lucro, pelo seu próprio instinto de sobrevivência.

Ao Estado, no entanto, cabe o papel de visar o bem comum, certo que as suas atividades não necessitam dar lucro (superávit), ao contrário, não se espera tal posição da manutenção da Justiça ou do

Legislativo, conquanto sejam necessários para o Estado Democrático de Direito.

Esperamos, sinceramente, que o novo modelo dê resultados positivos. Contudo, nos preocupa por demais a posição em que o Estado se nivelará ao particular, abdicando da sua supremacia natural, lembrando que estarão sendo superados vários institutos hoje previstos, tidos como basilares da Administração Pública, a fim de atrair o investidor privado.

Outra questão, para nós a parceria público privada é uma derivação da concessão/permissão. Contudo, a lei que rege este instituto, diferentemente do novo modelo, não prescinde da supremacia e indisponibilidade do interesse público, permitindo inclusive que o Poder Concedente promova a intervenção sobre a concessionária, situação que não é incomum.

De outro modo, pelo que vimos até aqui, a PPP será um ótimo negócio, ao menos para as empresas que vierem a ser contratadas, eis que o seu capital não terá o menor risco, muito embora, a possibilidade de perda e morte seja a seara natural de quem compete no mercado.

Finalizamos este breve e pálido trabalho, entendendo que há muito a ser discutido e aperfeiçoado, pensando que mais do que nunca os órgãos de controle externo deverão se adaptar ao novo modelo.

Se possível, pensamos que a análise dos contratos de parceria público privada, em face das suas peculiaridades aqui comentadas, deveriam sofrer avaliação *a priori* por parte dos órgãos que integram o controle externo, a fim de que seja preservado o interesse público, e para que os ajustes venham, de fato, a colaborar com o desenvolvimento do País, cuja população tão sofrida, merece e precisa de melhorias naquilo que lhe é mais elementar para a sobrevivência.

BIBLIOGRAFIA

1. COSINI, Roberto Pádua. Disponível em www.miguelneto.com.br/newsletter-ago-2004.
2. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2003
3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 58 e ss.

4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: 2000, Malheiros.
5. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2001.
6. MORENO, César. Disponível em www.bragamarafon.com.br/novo/boletins_velhos/
7. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Disponível em <http://www.revistaautor.com.br/artigos/37ext1.htm>
8. REVISTA JURÍDICA CONSULEX, Ano VIII, nº 185 – 30.09.04, p. 22 e ss.
9. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
10. TOLEDO JR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de Responsabilidade Fiscal - comentada artigo por artigo*, São Paulo: Editora NDJ, 1ª Edição.

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

toração: Beccari Propaganda e Marketing

Rua Pedro Alvares Cabral, 183 – Campinas – SP. – Fone Fax (19) 3255-6311

E-mail: editora@beccari.com.br

resso 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