

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2002 – Volume 2

ARGUMENTUM - Revista de Direito - Universidade de
Marília – Volume 2 – Marília: UNIMAR, 2002.

Anual

ISSN - 1677-809X

1. Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –
UNIMAR

CDDir 340

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof^a Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

DIRETORA

Prof^a Dr^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

COORDENADOR DE CURSO

Prof. Sérgio Tulio Vialogo Marques de Castro

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Hygino Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – S.P. – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 421-4005 – fax: (0xx14) 433-8691

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

1. Dr. Achim Ernest Röhrmann
Corte de Justiça Superior de Berlim
2. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
3. Dr. Jorge Esquirol
Universidade da Flórida - USA
4. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
5. Dr. Leonardo Greco
Universidade Gama Filho
6. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná
7. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Universidade Federal de Santa Catarina
8. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
9. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza
Universidade Estadual de Maringá

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

ANO 2002 - Volume 2

MARÍLIA - ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

APRESENTAÇÃO

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juizes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martin Fontes, 1999

A *Argumentum*, em seu segundo número, reafirma compromisso com a qualidade e a seriedade na disseminação da produção científica do corpo docente e discente da Faculdade de Direito de Marília, além da indispensável contribuição de autores convidados. Neste volume, foi acrescida a sessão - Resumos: dissertações e monografias.

A *Argumentum* define uma nova fase com a contribuição de publicações de valor ímpar, que abordam temas atuais, polêmicos e instigantes, objetivando divulgar as muitas modificações e a evolução do Direito.

Priorizando a construção crítica do direito, é que a *Argumentum* segue, em sua linha editorial, inspiração aurida em Dworkin, na busca de um direito atitude. Atitude contestadora, atitude construtiva e por fim atitude fraterna.

O Direito representa o equilíbrio na busca de uma sociedade justa, solidária e desarmada. Fica reafirmado a fé na força do Direito e a fé na força da Paz.

Pela paz mundial.

Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Diretora da Faculdade de Direito - UNIMAR



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
DOCTRINA.....	13
O IMPACTO DAS MUDANÇAS SOCIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA (NAVEGANDO ENTRE DOIS BRASIS: DO CASAMENTO CODIFICA- DO ÀS FAMÍLIAS NÃO MATRIMONIALIZADAS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA)	
<i>Luiz Edson Fachin.....</i>	15
A QUESTÃO AMBIENTAL, O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS	
<i>Gustavo José Mendes Têpedino.....</i>	35
A INTELIGÊNCIA ÉTICA DAS METODOLOGIAS JURÍDICAS	
<i>Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.....</i>	59
CIBERTRIBUTOS: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS INTERNACIONAIS DAS ATIVIDADES NO ÂMBITO DA INTERNET E SUAS REPERCUS- SÕES NO BRASIL	
<i>Maria de Fátima Ribeiro.....</i>	71
OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO FRENTE AO AVAN- ÇO TECNOLÓGICO	
<i>Lourival José de Oliveira.....</i>	85
ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EM FACE DO MAN- DADO DE SEGURANÇA AMBIENTAL	
<i>Ruy de Jesus Marçal Carneiro.....</i>	95
BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS SOCIEDADES COO- PERATIVAS E ASPECTOS DA SUA RESPONSABILIDADE CIVIL	
<i>Oscar Ivan Prux.....</i>	125
TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: NORMAS CONS- TITUCIONAIS E AS REGRAS DA APRENDIZAGEM.	
<i>Wilson Tarifa Lembi.....</i>	145

LA EXPERIENCIA ARGENTINA EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Alejandro Daniel Perotti.....169

INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Heraldo Garcia Vitta.....185

O TURISMO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Juliana Kiyosen Nakayama..... 203

A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO *JOINT VENTURE* NO DIREITO DO TURISMO

Heloísa Helena de Almeida Portugal.....213

PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA

Cintia Laia dos Reis e Silva Pupio.....225

RESUMO DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2002..... 239

O CARÁTER NÃO-ALEATÓRIO DOS CONTRATOS DE SEGURO

Alceu Teixeira Rocha..... 241

TRANSEXUALISMO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA E A TENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Amauri José do Nascimento..... 242

O HABEAS DATA COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA

Antonio Alberto Cristofalo Lemos..... 243

CONTRATO DE TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO. LOCAÇÃO DE SERVIÇOS E EMPREITADA

Antonio Claudio Maximiano..... 245

UMA ANÁLISE DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Averaldo Francisco Pinheiro de Souza..... 246

A DUPLICATA E SUA RELAÇÃO COM O COMÉRCIO ELETRÔNICO	
<i>Carlos Eduardo Pinto</i>	248
PRISÃO CAUTELAR E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS	
<i>Edgard Pereira Lima</i>	249
A PUBLICIDADE ENGANOSA EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS MECANISMOS DE CONTROLE	
<i>Edson Fernando Picolo de Oliveira</i>	250
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA AO CIDADÃO FRENTE A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
<i>Eduardo Augusto Vella Gonçalves</i>	251
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE MATERIAL AO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	
<i>Eduardo Mombrum de Carvalho</i>	252
CONSÓRCIO DE EMPREGADORES RURAIS	
<i>Eliane Teixeira</i>	254
DA UTILIDADE E DA EFICÁCIA DO PLANO DIRETOR EM CIDADES COM MENOS DE VINTE MIL HABITANTES	
<i>Francisco da Silva Deamo</i>	255
TÍTULOS DE CRÉDITO RURAL: A CÉDULA DE PRODUTO RURAL	
<i>Genésio Paulo Matter</i>	256
A ARBITRAGEM E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ARTIGO 1º E 2º DA LEI 9.307/96	
<i>Gerson José Beneli</i>	258
SIGILO BANCÁRIO: PRESERVAÇÃO E QUEBRA	
<i>Ideval Inácio de Paulo</i>	259
RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL MÉDICO	
<i>Italmira Silva Brito</i>	261

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO

João Carlos Lanzi Alcalde.....262

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS

João Henrique Ferreira.....264

DIREITO DOS COMPANHEIROS NA UNIÃO ESTÁVEL E A UNIÃO AFETIVA ENTRE HOMOSSEXUAIS

Leandry Fantinatti.....266

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Marcelo Sergio Pereira..... 267

DO CONTRATO ELETRÔNICO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS - A DEFESA DO CONSUMIDOR

Maria Claudia Mendonça Bragato.....268

O PLANEJAMENTO MUNICIPAL BRASILEIRO À LUZ DO SER E DO DEVER-SER

Maria Cristina Dias..... 269

IGUALDADE JURÍDICA ENTRE HOMEM E MULHER

Martinho Otto Gerlack Neto..... 270

CRIMES NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: TIPOS PENAIIS, CONDUITA DO AGENTE E QUESTÕES DE CONSTITUCIONALIDADE

Paulo Roberto de Lara Silva.....271

LEASING FINANCEIRO: ASPECTOS JURÍDICOS E CONTROVERTIDOS

Regina Celia de Carvalho Martins Rocha.....273

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMO MECANISMO DE MANUTENÇÃO DA IDEOLOGIA DO ESTADO

Ricardo Muciato Martins.....275

AS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>Ricardo Pinha Alonso</i>	276
RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS <i>Selma de Freitas Haddad</i>	277
A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL <i>Sergio Cardoso</i>	279
ARBITRAGEM: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, SOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA VIA PARTICULAR E MUDANÇA CULTURAL PARA A SUA APLICABILIDADE <i>Silvia Regina Tacla Pietraroia</i>	280
INSTITUTO DA ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO SOB OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO <i>Teresa Cristina Menegucci de Oliveira</i>	281
A LEI DE MAQUILA: IMPACTOS NO MERCOSUL <i>Vinicius Baltazar Milani</i>	282
CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE <i>Wilson Tarifa Lembi</i>	284
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO.....	285



DOCTRINA



O IMPACTO DAS MUDANÇAS SOCIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA (NAVEGANDO ENTRE DOIS BRASIS: DO CASAMENTO CODIFICADO ÀS FAMÍLIAS NÃO MATRIMONIALIZADAS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA)¹

THE IMPACT OF SOCIAL CHANGES IN FAMILY LAW (NAVIGATING BETWEEN TWO BRAZILS: FROM LEGAL MARRIAGE TO NON-MARRIAGED FAMILIES IN BRAZILIAN EXPERIENCE)

Luiz Edson FACHIN²

RESUMO

O presente artigo refere-se ao impacto das mudanças sociais no Direito de Família no Brasil. Através da história do Brasil, compara-se a família face à legislação que a regula nos diferentes momentos que o Brasil enfrentou.

Palavras-chave: Código Civil; divórcio; família; filhos; separação.

ABSTRACT

This article refers to the impacts of social change in Family Law in Brazil. Through Brazil's history, families are compared faced on the law (formal and non-formal families) that rules the different historical moments in Brazil.

Key-words: Civil Code, divorce, family, children, separation.

¹ O texto reproduz, com ajustes, aquele preparado para o Ciclo de Conferências da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra.

² Professor Titular de Direito Civil, Diretor da Faculdade de Direito da UFPR - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Procurador do Estado do Paraná; Membro da "International Society of Family Law" e do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família; autor de diversas obras e artigos sobre Direito de Família. Endereço postal: Avenida Cândido de Abreu, 526, Torre B, conj. 1112, CEP 80530-905, fone 0055 41 254 1603, fax 0055 41 253 6064, Curitiba, PR, Brasil; e-mail: fachin@mps.com.br.

Introdução

Martín Santomé é protagonista de um paradoxo em uma novela (BENEDETTI, 1992) sem igual, *La trégua*³, poeta uruguaio. A aparente contradição daquele homem estava entre a supostamente incontornável rotina diária, fonte de flagrante desencantamento, e a impossibilidade de converter seu consciente sentimento de vida sonogada em alavanca de transformação.

Somente quando um evento rompe o enfadonho cotidiano dá-se uma trégua na vida resignada daquele homem. Eis o paradoxo que aparece nessa sua segunda obra de teatro, inspirada em um fato real. No palco, no início, está um homem de 49 anos, prestes a se aposentar, conformado, entregue à própria circunstância e que contava, dia a dia, o tempo faltante para encerrar sua rotina, e, no término da peça teatral, com 50 anos, o mesmo homem, à espera do fim, contemplativo, paciente submisso de sua própria resignação.

As cenas revelam, no interregno desse ano que antecede a sua aposentadoria, entre o homem do início do espetáculo e o homem do final da encenação, o nascimento, o crescimento e a morte de um amor outonal, estação, que parecia ter feito Martín Santomé renascer. Foi apenas uma trégua, breve luz, que nasceu, passou por ele, temporariamente, mal lhe tocou, e se apagou, fugaz. Dessas luzes que, mesmo em efêmera passagem, parecem existir para revelar a imensa escuridão. Continuou Martín Santomé ao sabor do vento ou mesmo da correnteza.

No final, o paradoxo entre a falta de tempo para tomar conta do que realmente transforma a vida e a disponibilidade das horas pretensamente livres⁴, espelha a diferença entre duas perspectivas e dois planos. A primeira perspectiva que contrapõe ao saber como cartolina decorativa àquela outra, de movimento e de mudança. Já o primeiro plano toma a história como museu a ser contemplado, feito cultura apressada e superficial; o segundo plano, porém, apreende tempo e lugar presentes no contemporâneo, ao menos aptos a lançar luzes sobre a sociedade e o Estado.

É dessa segunda ordem de idéias que iremos tratar, captando, não a vida inteira conformada de um Martín Santomé passivo e restrito, mas, sim, o intervalo criativo do que não dá trégua e reflete como forma de proposição transformadora.

Dele trataremos em três momentos, escolhidos sem muito rigor científico, um pouco à deriva, desdobrando-se na revisão crítica dos códigos familiares da Colônia, como partida para a viagem que empreenderemos, passando, na ponte histórica que traçaremos, pelo relevante papel desempenhado pela codificação civil, e alcançando, no porto da provisória chegada, o recente texto constitucional

³ Mario Benedetti, após publicar, em 1945, seu primeiro livro *La vispera indeleble*, escreveu várias novelas, livros de contos, e, especialmente, poesia; jornalista, trouxe à lume diversos trabalhos de crítica literária. Nasceu em 14 de setembro de 1920 (BENEDETTI, Mario. *Antologia poética*. Eeeção, tradução e apresentação de Julio Luís Gehlen. Rio de Janeiro: Record, 1988).

⁴ São palavras de Martín Santomé: "Ultimo dia de trabajo [...] Se acabo la oficina. Desde mañana y hasta el día de mi muerte, el tiempo estará a mis ordenes. Después de tanta espera, esto es ocio. Qué haré com él?" (à página 180 da obra *La trégua*, antes mencionada).

brasileiro.

Para tanto, antes da partida, a nau a ser construída no curso da empreitada revela estar ancorada em premissas que se encontram na revisão crítica dos pilares do Direito Privado clássico, o qual, enquanto sistema, espelhou a sociedade circundante e seus valores. Por isso mesmo, capta, nas origens e no desenvolvimento, elementos históricos e sociológicos do Código Civil brasileiro e o modelo latino. Projeta-se na interlocução entre Direito Civil e Constituição, nos limites e supremacia dos interesses sociais, recolocando em cena o público e o privado na remodelação do Direito Civil ao final do século XX.

Ciente de tratar-se de navegação de longo curso, assume, numa concepção plural, a superação dos sistemas tradicionais, suas causas e razões, apreendendo, na transição do Estado liberal ao Estado social, falácia e realidade nos diversos mecanismos do tráfego jurídico.

Ilumina no palco contemporâneos fenômenos como a “repersonalização”, os princípios básicos das reformas recentes, a dimensão emancipatória da mulher, o novo sentido do “viver juntos”, no entremeio de relações jurídicas e relações de fato, refletindo sobre desafios e perspectivas nesse ensaio de investigação que busca alguma serventia.

Uma busca de respostas que sai do conforto da âncora segura, atravessa o embarcadouro que armazena e carrega dilemas contemporâneos, e alcança as águas bravias que publicizam dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas.

O cais de partida desta reflexão recolhe os impactos significativos no Direito de Família gerados pelas mudanças sociais e econômicas, levando em conta uma realidade complexa, caracterizada por tensões políticas e graves deficiências no atendimento de necessidades básicas. Toma como objeto de exame a experiência brasileira, das origens⁵ até este século, para demonstrar as conseqüências de tais transformações.

Este trabalho retoma a família brasileira do passado, uma unidade rural de produção, integrada por numerosa descendência, matrimonializada, consangüínea e patriarcal, nela encontrando os aspectos que marcam as relações sociais e econômicas no Brasil do começo do século. Ali expõe um país cujo desenho jurídico da família vai, mais tarde, inspirar o Código Civil brasileiro.

Feito isso, examina as mudanças e transformações ocorridas para chegar à família do presente, uma unidade⁶ urbana de consumo, com número reduzido de

⁵ O objeto a ser radiografado, uma decodificação que se propõe, não pode perder de vista a dimensão material e histórica da sociedade que dá a moldura para nela inserir a família. A propósito já se escreveu: “In all known societies, family structure has been closely linked to economic structure” (GLENDON, Mary Ann. *The new family and the new property*. Toronto: Butterworths, 1981, p. 01). Parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

⁶ Se a família, como afirmou HORKHEIMER “cuida, como um dos componentes educativos mais importantes, da reprodução dos caracteres humanos tal como os exige a vida social”, trata-se de um ente mantido a partir de (e sob) certa ordem. No ensaio *Autoridade e Família*, constante da obra *Teoria Crítica*: uma documentação. São Paulo: Perspectiva / Editora da USP, 1990, p. 214.

filhos, baixa taxa de fecundidade, não mais centrada apenas no casamento.

Valorizando as relações de mútua ajuda e afeto, analisa, então, o Brasil do final do século, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas, de divórcios e separações, e com o aumento do número de mulheres que chefiam famílias.

Ao final, navega entre idéias e questões para mergulhar, às portas do novo milênio, na busca de equilíbrio na tensão entre a voz do sangue e a chama do afeto⁷.

1 – Os fatos, a ruptura e os códigos familiares da Colônia⁸

Sob a consciência que relembra, a todo instante, nesta viagem empreendida, que estamos sobre navio de pequeno calado, busquemos, nas origens, aspectos do legado histórico para o Brasil contemporâneo, principiando pela formulação colonial⁹ cuja análise não pode descurar da herança colonial do Estado cartorial brasileiro.

1.1. Traços básicos da organização política, social e judiciária no

⁷ Alguns cuidados iniciais são tomados, especialmente porque nesta viagem melhor é seguir o prudente conselho de não se afastar demasiado da área próxima ao porto. Não parece legítimo pensar que haja um modelo suscetível de análise que constitua objeto genérico de redução das diversas e complexas estruturas familiares. Por isso mesmo, tem razão a historiadora Michelle PERROT: “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”. (O nó e o ninho, p. 75, estudo encartado no livro *VEJA 25, Reflexões para o futuro*. São Paulo: Editora Abril, s.d.)

⁸ O autor registra o contributo da pesquisa levada a efeito pela Doutora Rosana Fachin, no âmbito da pós-graduação (Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná), quanto aos aspectos históricos tratados neste capítulo.

⁹ Se é, realmente difícil encontrar respostas conclusivas na busca de traços caracterizadores das instituições coloniais, as dúvidas fomentaram diferentes modos de percepção desse lacunoso lapso temporal no registro da memória. Para alguns pesquisadores, as origens da colônia são marcadas por “décadas esquecidas”, palco em que se apresentam “personagens enigmáticos”. Esse estereótipo não dá o amplo sentido que sujeitos e instituições passam a ter naquele período histórico. Essa é a linha pela qual se conduz Eduardo Bueno, no volume II, “*Náufragos, Traficantes e Degredados*; as primeiras expedições ao Brasil” (Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, Coleção Terra Brasilis). Registre-se que aquele autor, que já houvera escrito e publicado “A Viagem do Descobrimento; a verdadeira história da expedição de Cabral” (Rio de Janeiro: 1998, Coleção Terra Brasilis), que a história daqueles anos não pode ser vista “como um processo orgânico e coerente, nem narrada com os detalhes e a dramaticidade que a trajetória individual dos homens que a forjaram parece exigir e importar”. A propósito, nesse sentido: “Não quer dizer com isso que devemos adotar o estereótipo de um Brasil ocupado por degredados, entendidos como malfeitores que, tão logo, desembarcavam, só tratavam de enriquecer, enquanto se uniam com várias índias ao mesmo tempo, adotando sem demora a poligamia indígena. Avessos ao casamento, errantes, aventureiros.” (“Moralidades Brasília”, in *História da Vida Privada no Brasil*; cotidiano e vida privada na América portuguesa. Laura de Mello e Souza (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 222. v. 1 da Coleção História da Vida Privada no Brasil, dirigida por Fernando A. Novais).

Brasil Colônia

É certo que não é fácil tarefa fundear uma nave investigativa com seguro arrimo no Brasil Colônia, ponto de nossa partida, porto de muitas chegadas. O contexto, sem embargo, é de um processo de expansão¹⁰ dos modos de produção, um país que nasce na miscigenação e se funda na exclusão social, traço que perdura desde a herança colonial. Um Brasil, não raro, descrente de si, mas cioso da solenidade - daí a importância do bacharelismo - da formalidade - daí a celebração matrimonial profundamente influenciada pela Igreja Católica - e temente da autoridade judicial - daí o papel central do Judiciário¹¹, desde o Brasil Colônia¹².

A família colonial dominante, por isso, está assentada nas seguintes dimensões: matrimonializada - fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico - hierarquizada - jungida ao *pater familias* colonial - e patriarcal.

O laço social colonial foi tecido sob o jugo das relações parentais na união da Igreja com o Estado. Livros eclesiásticos governavam o ser e o estar em família, nascimentos, casamentos e óbitos ali registrados. Livres ou cativos também eram as qualificações dos indivíduos registrados, propiciando-se, pois, por meio dos assentamentos cartoriais, também nessa seara, a manutenção de um *status quo*.

Uma sociedade patrimonial e uma estrutura familiar pré-determinada ser-

¹⁰ É inegável que “a História do Brasil, nos três primeiros séculos, está intimamente ligada à da expansão comercial e colonial européia na época moderna”. Nas palavras de Fernando A. Novais, no estudo “O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial”, In MOTA, Carlos Guilherme. *Brasil em perspectiva*, 11. ed. São Paulo: DIFEL, 1980, p. 47 e s.). E aí os dois elementos fundantes da ordem colonial: a expansão da economia mercantil européia, e a realização dos interesses da burguesia comercial, com fortalecimento das camadas urbanas da Europa que se antepôs, no fim do medievo, às barreiras da Idade Média. Na Colônia, faz-se nascer um país sob um *modo* determinado de produção, com fins preestabelecidos.

¹¹ Consoante HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 157. O Judiciário desempenhava um papel basilar na administração colonial. O emolduramento e a manutenção da estrutura de poder não teria tido o menor êxito se não contasse com a participação decisiva dos juizes.

O Judiciário cartorial deita raízes na Colônia, recheado de ritos e procedimentos. Não apenas na *excelência* da titulação *doutoral*, mas também no poder concreto de ser a *boca da lei*, o juiz chama para si uma função de distinguir entre o bem e o mal, muito mais atento ao soberano e a um suposto direito natural. A solenização da vida, com ritos e praxes judiciárias, espriada por uma cultura colonial de cargos públicos, ofícios e escravarias, tem ali solo fértil.

Não se pode esquecer de situá-lo no contexto dos planos alheios ao direito indígena, às práticas comunitárias de justiça, e ciente de suas funções para impor uma legalidade alienígena, compulsória e estranha. Formou-se, pois, um Judiciário comprometido com uma “legislação transferida”, com um Direito imposto e com uma prática administrativa feudal. Tal formação se deu para propiciar a consolidação de um projeto expansionista. O juiz da colônia é o aplicador do Direito estatal formalista, inserido numa sociedade patrimonialista, sob o monopólio e poder do soberano.

¹² Nesse sentido, v. SCHWARTZ, Stuart na recente entrevista concedida à revista *VEJA*, em 21 de abril de 1999, página 11 e seguintes, na qual destaca, de um lado, o papel dos juizes como base da administração colonial, e de outro, o traço pessimista do “ver brasileiro”.

viram, perfeitamente, para dividir pessoas e classes. Não apenas a sociedade se dividia, de uma parte, os abastados e “livres”, de outra, os submetidos (indígenas, negros, mulheres), mas também era o Estado, a Igreja e o Direito que celebram o fosso do ingresso no estatuto jurídico da matrimonialização, um rito de passagem solenizado¹³.

Daí a importância do casamento como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão. Uma cerimônia que não teve *trégua* das relações concubinárias, dos amores ilícitos e filhos ilegítimos, sempre pública e oficialmente rejeitados.

A sociedade colonial valorizou o casamento, quer na solenização religiosa, quer no convívio da sociabilidade, uma condição honrada e venerada¹⁴. Projeta-se, também, a relevância do “pertencer à família”, não apenas como expressão do patriarcalismo, como expressão de poder, revelada em muitas disputas de família (LEAL, 1997, 89).

O *status familiar* colonial se insere num campo em que sujeito e objeto não demarcavam fronteiras nítidas.

O Estado, a família e o Judiciário foram chamados à colação para desempenharem seus papéis. Os fatos, porém, se impuseram. O transcurso do tempo e as alterações sociais¹⁵ geraram mudanças na estrutura do Direito, da família e de suas funções¹⁶.

Nucleados nessa perspectiva, os elementos culturais de caracterização social alcançarão as bases do Estado brasileiro: um Estado cartorial¹⁷, arquitetado pelo reino dos solenidades e celebrações, ritos e processos.

¹³ Somente o século XIX vai assistir às *abolições*, a principiar pela independência do Haiti e até chegar à Lei Áurea, passando, por certo, pela ruptura, também, dos padrões familiares. A propósito, a partir da página 338, v. Hebe M. Mattos de Castro, na pesquisa “Laços de família e direitos no final da escravidão”, inserida no volume 2 da obra *História da vida privada no Brasil; Império: a corte e a modernidade nacional*, organizada por Luiz Felipe de Alencastro e dirigida por Fernando A. Novais (São Paulo: Companhia das Letras, 1997).

¹⁴ “Em terra tão avessa à família, não faltaram assim o reconhecimento, o elogio e a busca angustiada do casamento - fatos tão corriqueiros na Colônia quanto a generalização dos concubinatos. Estamos, longe, nesse terreno, do absoluto desregramento que supostamente marcara nosso passado. Apenas das enormes dificuldades que o colonialismo e a escravidão opunham ao matrimônio, o fato é que o número de casamento no Brasil foi muito superior ao normalmente exposto, ultrapassando, em boa medida, o estreito círculo das elites coloniais. Além dos esforços da Igreja, sempre empenhada em promover casamentos a começar pela propaganda jesuítica do século XVI-, também o Estado iria empenhar-se no mesmo sentido”, escreve às páginas 96 e 97 o professor Ronaldo VAINFAS na obra *Trópicos dos Pecados; moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

¹⁵ Nesse sentido, para HABERMAS, a esfera da família, a qual designa de *esfera íntima*, “não está livre das coações a que a sociedade burguesa submete como qualquer outra sociedade anterior” (*Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 63).

¹⁶ “La famiglia -escreveu ROSENBERG, como struttura cambia col transcorrere del tempo” (*La famiglia nella storia*. Torino: Giulio Einaudi, 1979, p. II).

¹⁷ Essa *cartorialidade* se expressa num aparato estatal público, principiado com o governo reinícola, e aos poucos, por concessão ou delegação, se espraia por ofícios, escriturarias e registros, instalando uma

As instituições cartoriais se circunscrevem, ainda mais, na tutela de interesses dominantes¹⁸ específicos, corporativos¹⁹, ligados ao modo dominante da produção em cada momento histórico²⁰, e se projetam no microcosmo da família patriarcal e hierarquizada, assentada na visão matrimonializada monolítica.

1.2. Da família colonial aos vínculos sonogados

Mapear a família brasileira ao longo de seus quinhentos anos²¹ é tarefa das mais pretensivas, caso o pesquisador²² não guarde a convicção da extensão territorial

tradição tabelionatícia da vida pública e privada. FAORO diferencia: “No agente público - o agente com investidura e regimento e o agente por delegação ... o funcionário será apenas a sombra real” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 7 ed, Rio de Janeiro: Globo, 1987, p. 171. v.1). A administração colonial, de uma parte, emerge assentada no cargo público, vinculando os desdobramentos políticos às vicissitudes do relacionamento entre a metrópole e a colônia intercedido por agentes e funcionários públicos.

De outra, bens e rendas formam as classes dominantes, nem sempre hegemônicas, mas harmônicas na tutela da dominação e da exploração do território. Do soberano ao Estado, no pacto colonial entre o Estado reinícola e as classes dominantes estão privilégios, garantias e emanações fiscais, provocando turbulências e crises na seara dos tributos.

¹⁸ Atente-se para uma relevante advertência: “Não se pode, entretanto, compreender o funcionamento das instituições daquele tempo, inclusive das autoridades locais, com a noção moderna da separação dos poderes, baseada na divisão das funções em legislativas, executivas e judiciárias”, como afirma Victor Nunes Leal (1977, p. 82). Nessa estrutura administrativa pública colonial o poder se desdobra na seguinte ordem descendente: rei, governador-geral (ao qual, de certo modo, equivalia o vice-reinado, especialmente a partir de 1640), os capitães (daí o regime das capitânias) e as autoridades municipais.

Numa síntese, a cena colonial, sob o comando reinícola, coloca no palco quatro personagens: o cobrador de tributos e renda, o juiz, o militar e o padre.

Para a fazenda, repositório da tributação, especial atenção, eis que ali se fundava boa parte da economia colonial. Na autoridade da justiça, no topo da pirâmide o Ouvidor-Geral, dele descendo para os corregedores, os juizes de fora, os juizes ordinários e os leigos. No campo militar, efetua-se a integração do colono à ordem metropolitana, apta a garantir conquista e suposta paz, especialmente na repressão à rebeldia; nela, a ordem e a disciplina, tudo para assegurar os privilégios reais, inclusive na cobrança de tributos.

¹⁹ Conforme Darcy Ribeiro (1995, p. 211). Por trás do palco no qual tais personagens se apresentavam, emerge a distância social entre as classes e entre o povo e o Estado. De um lado, o patronato oligárquico e parasitário, conjugado com um patriciado estatal, quer político, militar e tecnocrático, quer civil, com eminências, lideranças e celebridades; de outra parte, os dependentes, o campesinato, os marginais em sentido amplo.

²⁰ Para essa clivagem, especial papel desempenhou o regime jurídico da propriedade que propiciou, progressivamente, a apropriação privada do patrimônio público. No regime econômico colonial, quer feudal, quer capitalista, a titularidade privada esteve no núcleo da estruturação de poder. Do monopólio territorial do soberano ao poder absoluto dos latifundiários, mediante concessão e outorgas, manteve-se um regime monopolista, imune à justa distribuição das terras. Nasce e se desenvolve o latifundismo brasileiro, sob um tipo feudal, com relações de domínio sobre coisas e pessoas. É o que expõe, por todos, Alberto Passos Guimarães (1989, p. 37 e ss)

²¹ Volver à cultura regional é privilegiar as nuances da família, e ater-se ao tempo em que ela existiu é

imensa de nosso país que abrigou as diversas formas culturais, com as quais as famílias foram moldadas no decorrer dos séculos.

Insofismável é, pois, essa historicidade plural. Assim se vê no período colonial, em sua realidade intrínseca ao sistema escravista de produção, assim como o período imperial, marcado pela derrocada desse sistema, e, por fim, o início do século XX, tão influenciado pela ideologia da modernidade européia.

Tal situação verteu no surgimento de diversos costumes no interior da vida cotidiana e que marcou, em maior ou menor grau, a acepção de família colonial.

A igreja era o espaço ao qual as moças poderiam recorrer sem serem taxadas de incorretas, pois, afora o espaço do pátio interno de suas próprias residências, as missas pareciam ser um dos poucos espaços de sociabilidade utilizados pelas mulheres que se encontravam nessa situação.

Finalmente, encontramos a família do período colonial envolta num manto de polidez e respeito em sua intimidade, o qual era marcado pelo formalismo das relações sociais nos meios mais abastados, e motivado, em grande parte, pela excelência do espaço público na socialização dos indivíduos.

Já a família do período imperial tem como principais “molduras históricas”, a gradativa desestruturação do sistema escravista de produção, e a inserção, cada vez mais intensa, dos imigrantes europeus em solo brasileiro.

A primeira feição da família desse período se deu com a consolidação, ainda que em cativeiro, de núcleos familiares de escravos, que foram duramente tratados no que concerne ao comércio interno de escravos, pois, ao consolidarem famílias em cativeiro tornam dificultoso o deslocamento definitivo de um escravo para outro lugar que não o seu de origem.

A manutenção da união da família escrava era marcada, portanto, pelo constante sobreaviso da separação compulsória, do desmembramento ao acaso do mercado, e, por vezes, com a utilização dos próprios mecanismos de alforria, que ao liberarem alguns membros da família da condição de cativos, acabavam por promover uma espécie de “reescravização”, já que os membros libertos não apresentavam vontade de se separar do restante da família ainda escrava.

Dessa maneira, diversas culturas começam a interagir, ora pela necessidade do contato com as outras culturas, como nos casos das grandes lavouras de café, onde conviviam nacionalidades diferentes junto aos escravos, ora pela necessidade

deitar as idéias sobre o fértil solo do relativismo histórico, o qual faz dialogar tal instituição com a proximidade mais justa que a ciência pode conceber ao passado dos homens em sociedade.

²² Tais diretrizes teórico-metodológicas fazem quebrar uma análise uniforme sobre a família brasileira; isto porque ela assumiu diferentes aspectos conforme o tempo em que é estudada, a região na qual existia, bem como parâmetros um pouco mais específicos que os do espaço e do tempo: são elas a realidade urbana e rural, bem como a compreensão da família de acordo com o estatuto social, entre ricos e pobres, e escravos e livres.

Resguardados tais cuidados na análise histórica, pode-se optar por uma abordagem um pouco mais ampla, a espaço-temporal, na qual, quando necessário, serão tratados outros parâmetros metodológicos, como o do estatuto social. Surge nesse texto um breve histórico sobre a família brasileira, um pouco liberto das amarras científicas para se conceber como uma visão panorâmica sobre essa instituição, fornecendo alguns elementos históricos influentes na família, bem como algumas características principais que ela assumiu no clássico “corte temporal” da história brasileira.

do contato externo que as colônias promoviam com várias finalidades, dentre elas o comércio, principalmente.

A família, mergulhada nesse contexto, por vezes se fecha nos costumes de suas nações de origem, negando o contato e a miscigenação com as demais, assim como assume uma espécie de cultura compartilhada com os demais elementos da comunidade, o que acaba por conferir, na adoção de costumes e hábitos em comum, uma certa identidade regional.

Por mais que a mulher houvesse conquistado uma gama maior nas áreas de atuação social, ainda, e mais do que nunca, se encontrava sob a égide do marido, sob sua proteção e seu comando, assegurado explicitamente na legislação de época.

A dignidade masculina residia no trabalho, enquanto a da mulher estava cada vez mais ligada à administração da casa e à educação dos filhos, sendo responsável pelo zelo e bom nome da família, pela honra familiar.

Por outro lado, a crescente urbanização levava às casas o “discurso higienista”, levando à família um princípio regedor de sua existência, qual seja, o princípio de regulação e reprodução: o casamento²³.

Não sem razão, mais tarde, ao final do século XIX e começo do século XX, a projeção do desenho jurídico da família não se distancia de tal origem.

2 - Da Colônia para o Código

Do berço colonial vem ao código a família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal²⁴. Era, agora, a *família codificada*, inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo.

Não estava nesse projeto a construção de espaço plural do existir humano, fomento de aspirações, protagonista de um arranjo parental de esperança possível. Essa não era uma dimensão acentuada das uniões²⁵.

O casamento, no sistema clássico, chama para si a origem, porto de partida e ancoragem²⁶. A sua própria finalidade está na celebração do matrimônio

²³ MALUF, Marina & MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau. *História da Vida Privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 386. v.3.

²⁴ Escreveu acerca do assunto Ricardo Pereira Lira: “O nosso Código Civil refletiu um espírito voltado para o século passado, já que o projeto de Clóvis foi elaborado em 1899, tratando de um país essencialmente rural, sem qualquer traço inicial de industrialização, o que só veio a ocorrer embrionariamente no início dos anos 40, e mais intensamente na década de 50”, às páginas 28-29 do trabalho “Breve estudo sobre as entidades familiares”, publicado na obra BARRETO, Vicente (org.) *A nova família: problemas e perspectiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²⁵ “O casamento, na verdade, não sobreviverá como instituição social, no formato que herdamos, se não for compreendido como a solidariedade plural, por meio da qual cada cônjuge, fiel no amor, preserva, para cultivá-lo com sabedoria, o espaço da individualidade, de modo a manter a união o tempo todo, o todo do tempo”, na poética vernacular ímpar do Ministro Carlos Alberto MENEZES DIREITO (“Da união estável como entidade familiar”, publicada na *Revista dos Tribunais* nº 667, maio de 1991, p. 17).

²⁶ “No sistema do Código Civil, a família repousa necessariamente no casamento e na filiação que dele

como componente essencial da família.

O sistema do Código se caracteriza pela estrutura do acesso ao casamento²⁷. Conjugam-se, de um lado esse estatuto, para o qual elaborou-se uma série de formalidades prévias, cerco de segurança jurídica ao ato que é objeto de realização, e ao mesmo tempo, de outro lado, esse mesmo sistema estatui a indissolubilidade do vínculo. Tudo nele começa e nele se mantém, formalmente indissolúvel.

O Direito matrimonial se ocupa do casamento, quer do casamento civil²⁸, quer do religioso com efeitos civis²⁹. Pressupostos e requisitos são estabelecidos para essa formalização jurídica do vínculo. Um rito de passagem sob as vestes de um ato de autonomia privada.

Formalidades preliminares e solenidade concomitante à celebração se reúnem num ato que se consolida e se prova, prioritariamente pelo viés formal, secundariamente pela posse de estado de casados.

Localiza-se o plano do Código no contexto de sua época que define o

decorre” nas palavras irretocáveis de Francisco José Ferreira Muniz, no estudo “A família na evolução do Direito brasileiro”, à página 77, da obra “*Textos de Direito Civil*”, Curitiba: Juruá, 1988.

²⁷ A respeito, o estudo “Casamento”, de João Batista de Oliveira Cândido In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, org. “*Direito de Família contemporâneo*”. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 33-78).

²⁸ O casamento civil é aquele realizado segundo as regras emanadas do Estado-legislador e se encontra na expressão positivada dessas regras, no Código Civil e na Lei de Registros Públicos. Ao lado, o casamento religioso com efeitos civis, contemplado em algumas legislações. No Brasil, a partir do alvorecer da República, vem mais tarde, na legislação ordinária, disposto no artigo 71 e seguintes da Lei dos Registros Públicos (nº 6.015/73), regulado anteriormente pela Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950.

²⁹ Segundo a legislação atualmente em vigor no Brasil, mais especificamente o artigo 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, e segundo a Lei de Registros Públicos, só há um tipo de casamento válido, a modalidade do casamento civil.

Durante muito tempo, a Igreja manteve o monopólio dessa jurisdição matrimonial. O casamento era exclusivamente reputado a um sacramento, acepção usual decorrente de um conjunto de leis e regras do Direito Canônico. No Código Canônico, o casamento pode ser tomado por um contrato que, permitido para ungar as relações entre o homem e a mulher sob as bênçãos da admissibilidade carnal, pelas leis da Igreja é elevado à condição de sacramento. Essa é a concepção que fundou o monopólio da Igreja nessa questão e que a levou historicamente a chancelar as relações e a julgar as causas matrimoniais.

O começo da Idade Moderna manifesta a separação do poder da Igreja e o do Estado. Repercute, mais tarde, no Brasil, quando, em 1890, o governo republicano, com a primeira Constituição, a de 1891, o Estado assume o monopólio da celebração e da jurisdição matrimonial. Na proclamação formal da República no Brasil, o primeiro governo anunciava a separação entre a Igreja e o Estado. Disposição de índole penal confirmatória dessa intenção: o ministro religioso que celebrasse casamento era punido.

Alteração se dá com a Constituição Federal de 1934, quando se instaura o regime da unidade pelo qual o casamento é civil, admitindo as formas do civil propriamente dito e do religioso com efeitos civis. As Constituições posteriores repetiram. A Lei nº 1.110 regulamentou o procedimento por meio do qual se realizava o casamento religioso para ter os efeitos civis, tendo perdurado até 1976 quando entra em vigor a Lei de Registros Públicos, promulgada em 1973. Disciplina renovada, mas na essência esse aspecto estrutural não se alterou. Mais recentemente, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 226, §§ 1º e 2º, manteve essa dicotomia de formas e unidade de tipo em matéria matrimonial.

casamento³⁰. Se se refere ao vínculo jurídico, a natureza dessa relação entre marido e mulher se estabelece à luz do padrão cultural dominante; se se reporta ao ato inicial que cria o vínculo, o espaço aberto pelo sistema jurídico aos que podem se “matrimonializar” determina sua natureza.

3 - De Beviláqua ao Constituinte

A *trégua* instaurada com a codificação civil foi sendo atropelada pela força construtiva dos fatos e encontro ou rompimento no texto constitucional de 1988.

Esse ponto de chegada, talvez não passe de uma nova partida. O ente familiar não é mais uma única definição³¹. A família se torna plural³². Da superação do antigo modelo da *grande família*, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos.

Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação³³. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração

³⁰ A família, no âmbito do Código Civil, era uma comunidade de sangue calcada no casamento. No modelo de ontem, estatuindo a “família legítima”, o Código Civil definiu-se por um conceito matrimonializado, ponte com a legitimidade dos filhos.

Sendo o ponto de partida o modelo clássico, sentido tinha o artigo 229 do Código Civil: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns antes dele nascidos ou conferidos”. Anota a propósito Heloísa Helena Barboza que “sobre o casamento repousava a própria sociedade civil. A República, que há pouco atingira a maioridade, só reconhecera o casamento civil ..”, à página 88 do estudo “O direito de família brasileiro no final do século XX” publicado na obra *“A nova família: problemas e perspectivas”*, organizada por Vicente Barreto (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997).

³¹ Daí a importância do saber interdisciplinar e multidisciplinar em matéria de Direito de Família, como exposto por Fernanda Otoni de Barros no estudo “Interdisciplinaridade: uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha, org. *“Direito de Família contemporâneo”*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 781-835).

³² “Longe estamos de acreditar na predominância de um único modelo familiar na vida social atual na sociedade brasileira” (SILVA PEREIRA, 1996, p. 186).

³³ Em diversos julgamentos versando sobre guarda de menor, esse tema aparece sob o viés do valor jurídico do afeto, *verbi gratia*, Agr. de Instrumento 17.496-0, rel. Des. Lair Loureiro, julgado em 02.09.93 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual impediu-se a devolução da criança à mãe biológica sob o argumento de que o menor se encontrava bem com o casal guardião; já houvera trilhado essa linha a Apelação Cível 13.281-0 julgada em 26.09.91, rel. Des. Cezar de Moraes, o mesmo TJSP, destituindo do pátrio poder a genitora diante da impossibilidade de se tirar a menor do ambiente sadio em que vive com os atuais guardiões. Mais recentemente, em 29.06.95, no julgamento da Apelação Cível 25.099-0, perante a Câmara Especial também do TJSP o Des. Lair Loureiro remarcou a tese de proteger a família substituta quando o menor se encontra bem assistido. Como se vê, o valor jurídico do afeto se sobrepõe ao valor jurídico do sangue. Isso de modo algum quer sugerir a dissociação entre os laços naturais e os de afeto.

à felicidade³⁴.

Anote-se, à guisa de exemplo, os espaços que revelam o arco histórico que vai da família de fato à família de direito. Acrescente-se, ainda, os aspectos relevantes e positivos do fenômeno da “constitucionalização”³⁵ do Direito de Família, dentro de certas possibilidades e alguns limites³⁶.

Patenteiam-se transformações que suscitaram rearticulações em diversos domínios do Direito de Família, crise e superação assinaladas e reconhecidas na jurisprudência³⁷. Apresenta-se, enfim, uma concepção sociológica plural

3.1. Do Código Civil à Constituição

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para assegurar seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permita aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações).

³⁴ MICHEL, André. Na páginas 131 e 132 de “Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines”. In: *Archives de philosophie du droit* : réforme du droit de la famille. Paris : Sirey, 1975. t. 20, p. 127-36.

³⁵ É da palavra de Gustavo Tepedino o atestado inequívoco dessa realidade: “A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e de da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores”, à página 48 do estudo “A disciplina civil-constitucional das relações familiares”, na obra “A nova família: problemas e perspectivas” organizada por Vicente Barreto (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997).

³⁶ Escreveu precisamente sobre esse ponto Marcela Castro de Cifuentes: “[...] si bien el derecho privado deve acoger e incorporar los principios y valores de la nueva Constitución y sobre todo deve propugnar por las medidas que tiendan a evitar o remediar la inequidad, no todos los conflictos entre particulares deven constitucionalizarse”, referindo-se a circunstância análoga à realidade constitucional brasileira diante da vigência da Constituição colombiana de 1991, no editorial “Constitución y Derecho Privado” da *Revista de Derecho Privado* da Facultad de Derecho de Universidad de Los Andes, nº 19, volume X, junho de 1996, p. XVI.

³⁷ A presença do Estado-administração, do Estado-legislador e do Estado-juiz na família é inequívoca, e até mesmo, em diversos pontos, necessária quando se deve assegurar a observância de princípios como o da igualdade e o da direção diárquica, embora a remessa das questões familiares internas ao debate judicial é uma exposição da fratura do projeto parental. “A intervenção do juiz na vida da família, quando alcança relações essenciais, fere a autonomia do grupo, desacredita o seu valor comunitário, e, como disse um escritor, burocratiza uma relação que se reencontra numa dimensão que a dispensa. Abrindo uma brecha na intimidade doméstica parece ser, no entanto, uma prática necessária no processo de *politização* da família, especialmente em relação ao seu governo, que, de monocrático, passou a ser *diárquico*. Outra alternativa não se tem para a solução dos conflitos de interesses quando a família deixou de ser uma unidade para se tornar uma pluralidade de convivência” (GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 74).

Apontando mudanças substanciais, é indisfarçavelmente reconhecida a relevância do texto constitucional no Direito de Família³⁸. Foi na Constituição que se venceu o “desvelar” dos filhos não matrimoniais vigente sob a noção patriarcal que associava a legitimidade ao casamento.

A filiação jurídica abandona o sistema de estabelecimento das “filiações fictícias”, passando por novos critérios e parâmetros, também hoje na pauta das discussões.

O legado do sistema clássico, fundado na *lei de desigualdade*, deve ser apreendido para bem compreender o estatuto unitário da filiação e não discriminação³⁹ entre as diversas espécies de filhos.

Para tanto, no Texto Maior há princípios constitucionais vinculantes⁴⁰, dentre eles o da igualdade, da neutralidade e da inocência. Na elasticidade que o espaço jurídico principiológico propicia, a jurisprudência reafirma seu papel de construção⁴¹, e põe em relevo o direito sumular. Sob os interesses superiores da filiação, o porvir desafia os pronunciamentos dos tribunais em conferir papel constitutivo à posse de estado.

Ancorado nos princípios constitucionais, o Direito de Família “constitucionalizado” não deve ser como horizonte final o texto constitucional expresso. Os princípios desbordam das regras e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.

3.2. Uma nova codificação?

Pode ser paradoxal apontar, nessa perspectiva aberta, plural e porosa, para a possibilidade de uma nova codificação⁴² que se propõe a governar juridicamente o que se apresenta na base organizativa da sociedade: as titularidades de apropriação, o projeto parental e o trânsito jurídico.

É de exclamação a primeira nota destinada não apenas ao debate impres-

³⁸ “Apenas três artigos da nova Constituição alteraram em profundidade o arcabouço jurídico da família brasileira. Embora de número reduzido, estas normas atingiram mais de sessenta artigos do Código Civil, revogando-os ou derogando-os”, destacou Milton Fernandes, no artigo “A família na Constituição de 88”, *Revista Forense*, vol. 308, p. 69.

³⁹ O princípio da igualdade, ensina o professor Paulo Luiz Netto Lôbo, “não apenas se revela como diretiva essencial da aplicação do direito mas igualmente da produção do direito”, numa dupla dimensão, *perante* a lei e *na* lei. No estudo “Igualdade conjugal - direitos e deveres” (In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, org. *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, página 221-236).

⁴⁰ “Os princípios constitucionais do Direito de Família têm eficácia jurídica direta e são, portanto, normas vinculativas” (MUNIZ, Francisco José Ferreira. “O Direito de Família na solução dos litígios”. Curitiba: edição da conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, levado a efeito em Belo Horizonte, de 14 a 16 de novembro de 1991. Março, 1992).

⁴¹ Especialmente expressivo, nessa toada, é o acórdão da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, proferido no Recurso Especial 4.987, julgado em 04 de junho de 1991 pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, assentando que “o Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana”.

⁴² A referência é ao projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984, que institui Código Civil, debate e já

cindível sobre o projeto do novo Código Civil, mas sim sobre o conjunto de transformações necessárias pelas quais passou e deve ainda passar o Direito de Família e o próprio Direito Civil brasileiro. Reforma⁴³, sim. Daí o sentido dessa clivagem entre os limites da codificação e as possibilidades da reforma.

É certo que o vigente Código Civil brasileiro, espelhado em suas raízes históricas e sociológicas⁴⁴, edificou um sistema de direito privado não imune à idéia de reforma e em grande parte coerente com sua história. A norma civil codificada foi produto da sua época e sobre sua quadra também dialeticamente interagiu; o tempo e o lugar do Código foram também a estação européia, vivificada pela força dos fatos e das idéias que suplantaram a *escola histórica*.

O *código patrimonial imobiliário*, com imensas repercussões no Direito de Família, dava conta do individualismo oitocentista num modelo único de sociedade. Adotou, por essa mesma razão, um *standard* de família, de vínculo e de titularidade, e promoveu a exclusão legislativa das pessoas, bens, culturas e símbolos *estrangeiros* a essa definição⁴⁵.

Nada obstante, o sentido de permanência indefinida ou da vizinhança com a imutabilidade esteve mais em quem do Código se serviu e menos em quem o elaborou⁴⁶. Sem embargo de tratar-se, no plano axiológico, de um projeto do século XIX promulgado em 1916, fruto da *belle époque* do movimento codificador, o Código Civil brasileiro, a seu modo e a seu tempo, resultou numa grande projeção⁴⁷ dos interesses que alinhavaram esse corpo legislativo por mais de oitenta anos.

aprovado pelo Senado Federal ao final de 1997, e que se encontra desde o início de 1998 na Câmara dos Deputados, tendo sido, no Senado, relator-geral o Senador Josaphat Marinho (*Código Civil*: projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984 : redação final. Brasília: Senado Federal, 1997, 528 página). Em tema de família, o projeto aprovado no Senado superou em muito a formulação inicial centrada na manutenção do sistema anterior à Constituição Federal, apreendendo valores constitucionais, incorpora o princípio da igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, elimina, no fundamental, quase todas as distinções entre todas as espécies de filhos, encaminha-se para o reconhecimento da união estável como entidade familiar, distinta do concubinato assumido como “o convívio não-eventual do homem e da mulher que não podem casar”, entre outros aspectos. Fica, porém, ainda, aquém das possibilidades abertas pela Constituição Federal de 1988.

⁴³ A reforma é um processo em construção, governado por princípios que formam um rede axiológica de sustentação sistemática. Conjunto monolítico de regras, a codificação enquanto proposição de unidade pode apenas um evento, evento esse que no tempo opera, mediante a tradição, uma função de modo. Mais na codificação e menos na reforma contínua, se observa um mapeamento tributário dos valores culturais predominantes. Reafirme-se que a codificação e a reforma têm entre si grau de parentesco, há entre elas certa transitividade, mas não pertencem necessariamente à mesma *família epistemológica de sangue*.

⁴⁴ A propósito, Orlando Gomes (1958). Na mesma perspectiva, Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 157 e ss).

⁴⁵ A exemplo, anota Serpa Lopes: “Os costumes indígenas não tiveram qualquer influência na evolução do Direito brasileiro” (1996, p. 127).

⁴⁶ Referindo-se à vigência por “algum tempo” da codificação, Clovis Beviláqua (1906, p. 15), ligava à codificação a noção de momento histórico.

A *historicidade* da codificação ressalta o desenho jurídico das suas instituições de base que se altera à medida que vão se transformando⁴⁸ os valores que governam o projeto parental, as titularidades e os contratos.

Relevante é o debate entre a reforma e a nova codificação que se propõe. De um lado, recolhe-se na discussão o questionamento contemporâneo sobre o papel dos códigos; de outro, fomenta e enaltece o papel *criador* da jurisprudência⁴⁹ e a porosidade do fenômeno jurídico. Ao contrário do que se proclama, essa disposição não se enfileira com a idéia segundo a qual as codificações se destinam tão-só a dar guarida a institutos e soluções sedimentados e estáveis⁵⁰; diversamente, assume posição contrária à afirmação assentada na idéia que *codificar não é modificar*⁵¹. Se assim for, a representação simbólica da codificação se torna uma luz para requentar o passado e não um caminho para apreender o presente e descortinar o futuro.

Ao largo do Código, e mesmo contra o Código Civil, até afrontando certos *códigos culturais*, os fatos foram veiculando sua reforma que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não discriminação.

Acolhemos, para esse fim (apenas), a afirmação de Clovis Beviláqua (1906) segundo o qual “os Códigos são equiparáveis aos sistemas filosóficos. Cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção de mundo”⁵². E nessa acolhida segue, de um lado, o reconhecimento da proximidade entre os naufrági-

⁴⁷ “O Direito latino-americano, com suas próprias características, também contribuiu para a história da codificação, aliás de forma significativa. Primeiro, mediante o Direito brasileiro, que apresenta características ímpares por força da influência do Direito português” (ANDRADE, 1997, p. 170-71).

⁴⁸ Assim se vê que o surgimento de *l'età della decodificazione*, como designada por Natalino Irti, trouxe para esse sistema desafios, perplexidade e fragmentação. A formação dos *microsistemas* baseada em expressivo número de leis especiais, e a *constitucionalização* de suas categorias principais, selam um tempo diverso daquele que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico. A exemplo, Pietro Perlingieri (1997). Do mesmo tema, “A caminho de um Direito Civil Constitucional”, Maria Celina B. M. Tepedino, artigo na *Revista dos Tribunais* nº 65, a partir da página 21. Mais especificamente, v. Gustavo Tepedino, “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”, in “*Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*”, organizado por Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, cujo texto foi publicado originariamente sob o título “Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988”, in “*Rassegna del diritto civile*”, n. 1, p. 96-119.

⁴⁹ Exemplo saliente entre nós, para citar outra seara que não a da própria família e sua regulação jurídica sumular (em especial, em seu tempo, a da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, embora hoje superada), é o teor da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça (“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que *desprovido de registro*”), com nosso destaque, superando a direção equivocada da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, que exigiu tal registro. Sobre o tema, ver a obra de Marcelo Domanski (1997), fruto de dissertação de Mestrado defendida e aprovada no âmbito da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

⁵⁰ Sobre o tema, ver a publicação “*Código Civil; anteprojetos*”, volume 1, do Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF, 1989, p. 7.

⁵¹ Tal debate, a respeito do novo Código Civil do Québec, está no artigo “Le nouveau Code Civil du Québec et la théorie de la codification: une perspective française”, de Jean-François Niort, publicado na

os e triunfos dos projetos codificadores no Brasil e as vicissitudes históricas e socioeconômicas, e de outra parte, a vinculação entre o elemento motor da *descodificação* com nuances de um tempo que aponta para o ocaso das codificações na crise do racionalismo e a retirada do Código Civil do território central das relações privadas clássicas.

Dáí porque a dimensão propositiva da reforma não começa necessariamente na codificação, pode até passar por ela se a proposição chamar para si o compromisso com o futuro, e alinhava um programa de repensar os alicerces e os fundamentos da ordenação social, do privado ao público, e do público ao social.

As dificuldades e obstáculos encontrados revelam que se inexistem aquelas condições para a plena realização das pessoas e da sociedade, na assim designada “*liberté d’épanouissement*”, concorrem, de outro lado, elementos suficientes para compreender, na história, a *era da descodificação*, aliada aos movimentos de *repersonalização* e *despatrimonialização* do direito privado.

Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução e o Direito.

Notas finais

Deu-se uma travessia que compreende a família e a filiação em novas definições. Compreendeu-se, nesse estudo, a principal alteração legislativa ocorrida em cem anos, apta a incorporar no Direito de Família valores como amor e solidariedade. Superando a unidade de fontes estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil cede espaço para a família constitucionalizada.

É outro o país que nasce e encontra uma diferente arquitetura jurídica com a nova Constituição Brasileira e diversas leis posteriores, à luz dos desafios das perspectivas da família sem casamento e de um regime jurídico familiar aberto e fraterno, igualitário e plural, sob a lei de igualdade ética e jurídica entre homem e mulher.

Já em 1996, 78,36% da população brasileira vivia em cidades, revelando predominância de uma sociedade urbana e industrializada sobre a rural. Consoante dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, deixa o homem de ser provedor único e a mulher, em percentual expressivo (21%), um quinto do total de famílias brasileiras passa a exercer a chefia da família. Nas relações familiares registra-se queda do número de casamentos civis de 27% entre 1986 e 1995, e o aumento do número de separações (13%) e divórcios (2141%). Cresce, também, o número de pessoas que vivem sozinhas, constatando-se, em 1996, 9% de moradias habitadas apenas por uma pessoa.

Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques, PUF/CNRS, p. 135 e ss, v.24. Ainda mais específica e pormenorizadamente sobre a mesma experiência há a obra “*La réforme du Code Civil*”, textos reunidos e publicados pelo Barreau du Québec e pela Câmara des notaires du Québec em conjunto com a Université Laval, de 1993.

⁵² BEVILAQUA, C. Op. cit., p. 15.

A liberdade de casar, simétrica à liberdade de não permanecer casado, faz emergir a retomada do valor jurídico da *affectio maritalis*, a qual, por si só, denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a “constitucionalização”⁵³ princípios e normas básicos do Direito de Família⁵⁴.

Do legado do sistema, esmaece a filiação fictícia, mitiga-se o estatuto unitário da filiação e os princípios do Código Civil se arrastam pela margem de outros saberes que vão formando novo núcleo para a disciplina jurídica da família, aberta e plural.

Instituições e funções da vida privada, apropriadas pelo Direito, desbordaram da arquitetura jurídica e se lançaram por impor sua história e realidade. Está vencido, por certo, o modelo que inspirou os sistemas latinos a forjar uma “constituição do homem privado”.

Mas esse momento não pode ser apenas uma *trégua*, como se passou na aparente contradição de Martín Santomé, personagem de Mario Benedetti; esse encantamento constitucional, em princípio apto à possibilidade de converter aquele sentimento de vida sonogada em alavanca de mudança e transformação, requer efetividade e realização.

As perspectivas devem ir além de um amor outonal, fora de estação, que parecia ter renascido Martín Santomé. Não deve ser apenas uma *trégua* que, feito breve luz, nasce e se apaga, fugaz.

Eis o desafio do Direito no Brasil, em especial do Direito de Família. Afastar-se do saber decorativo e não tomar a sua própria história como museu a ser contemplado.

Como proposto, em sua viagem de navio que nem de longe lembra aqueles de alto bordo, o presente trabalho se ocupou de um tempo e um espaço definidos, a partir do Brasil Colônia. Intentou focalizar as instituições, o regime jurídico aplicável à família e o papel desempenhado pelo Judiciário.

A tentativa foi demonstrar o *leitmotiv*: o Brasil Colônia teria feito seu testamento histórico deixando herança cartorial fundada em práticas e normas instituidoras de solenidades e formalidades, quer na vida privada, quer na pública. Deu-se aí o berço da codificação civil brasileira.

A Constituição de 1988 rompe, formalmente, com esse quadro. Eis uma possibilidade de análise, um trajeto que se dispõe a percorrer toda nave destinada a enfrentar águas turbulentas. Por isso mesmo, ao invés de Martín Santomé, resignado e paciente submisso à vida, poderá emergir, não apenas uma cessação temporária dos paradoxos, e sim, o sonho de uma proposição transformadora.

⁵³ Sobre o tema, “A caminho de um direito civil constitucional” de autoria de Maria Celina B. M. Tepedino, trabalho publicado na *Revista de Direito Civil*, n. 65, p. 21-32.

⁵⁴ “A Constituição revolucionou o Direito de Família. É imprescindível assumir esta revolucionariedade, a nível exegético, colimando evitar se tolham e minimizem as conquistas” (PEREIRA, S. G. , 1989, p. 252).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 170-71.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX In: BARRETO, Vicente (org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROS, Fernanda Otoni de. Interdisciplinaridade: uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- BENEDETTI, Mario. *Antologia poética*. (Seleção, tradução e apresentação de Julio Luís Gehlen). Rio de Janeiro: Record, 1988.
- _____. *La tréguia*. Montevideo: Arca Editorial /Editorial Nueva Imagem, 1992.
- BEVILAQUA, C. *Em defesa do projecto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.
- BUENO, E *Náufragos, Traficantes e Degredados: as primeiras expedições ao Brasil* Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, v. 2 (Coleção Terra Brasilis) .
- CÂNDIDO, J.B Casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p 33-78.
- CASTRO, H. M. M. Laços de família e direitos no final da escravidão, In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de. (org.) e NOVAIS, Fernando A. (dir.) *História da vida privada no Brasil; Império: a corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 338. v.2.
- CIFÜENTES, Marcela Castro de. Constitución y Derecho Privado. *Revista de Derecho Privado* da Facultad de Derecho de Universidad de Los Andes, nº 19, v. X, jun. 1996, p. XVI.
- CÓDIGO CIVIL: anteprojetos do Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília: DF, 1989, p. 7. v.1.
- DIREITO, Carlos Alberto MENEZES. Da união estável como entidade familiar. In: *Revista dos Tribunais* nº 667, mai 1991.
- DOMANSKI, Marcelo, *Posse: da segurança jurídica à questão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987, p. 171. v.1.
- FERNANDES, M. A família na Constituição de 88, *Revista Forense*, v. 308, p. 69.
- GLENDON, Mary Ann. *The new family and the new property*. Toronto: Butterworths, 1981.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso /Universidade da Bahia, 1958.
- _____. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- GUIMARAES, Alberto Passos *Quatro séculos de latifúndio* 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 37 e ss.
- HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 63.
- HOLANDA, S B. *Raízes do Brasil* 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 157.

- HORKHEIMER Autoridade e Família. In: *Teoria Crítica: uma documentação*. São Paulo: Perspectiva / EDUSP, 1990, p. 214.
- LEAL, V N *Coronelismo, enxada e votos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares In: BARRETO, Vicente (org.) *A nova família: problemas e perspectiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto Igualdade conjugal - direitos e deveres In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- MALUF, Marina & MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau. *História da Vida Privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 386. v.3.
- MARINHO, Josaphat. *Código Civil*: projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984 (redação final). Brasília: Senado Federal, 1997
- MICHEL, Andrée. “Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: *Archives de philosophie du droit : réforme du droit de la famille*. Paris : Sirey, 1975. t. 20, p. 127-36.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira, A família na evolução do Direito brasileiro. In: *Textos de Direito Civil*, Curitiba: Juruá, 1988.
- _____. *O Direito de Família na solução dos litígios*. Curitiba: edição da conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, de 14-16 de nov.1991; mar. 1992.
- NIORT, J F Le nouveau Code Civil du Québec et la théorie de la codification: une perspective française, “*Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, v. 24, PUF/CNRS.
- NOVAIS, Fernando A. O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial, In: *Brasil em perspectiva*. Organizada por Carlos Guilherme Mota. 11. ed. São Paulo: DIFEL, 1980, p. 47 e s.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (org). “*Direito de Família contemporâneo*”. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. *Revista dos Tribunais* nº 639, jan. 1989.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERROT. M.: A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas. *O nó e o ninho*, In: *VEJA 25*: Reflexões para o futuro. São Paulo: Editora Abril, s.d. p. 75 (encarte)
- RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed, 12. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- ROSENBERG. *La famiglia nella storia*. Torino: Giulio Einaudi, 1979, p. II.
- SCHWARTZ, S. *VEJA*, 21 abr. 1999, p. 11 e s.
- SERPA LOPES: Os costumes indígenas não tiveram qualquer influência na evolução do Direito brasileiro In: *Curso de Direito Civil*, 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996. v.I
- SILVA PEREIRA, Tânia da. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 186.

SOUZA, L.M. Moralidades Brasília. In: *História da Vida Privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 222. v. 1 (Coleção História da Vida Privada no Brasil, dirigida por Fernando A. Novais).

TEPEDINO, G J M A disciplina civil-constitucional das relações familiares In: BARRETO, Vicente (org) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

_____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.) *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

TEPEDINO, M C B M. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista dos Tribunais* nº 65, p. 21-32.

VAINFAS, R. *Trópicos dos Pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 96-97.

A QUESTÃO AMBIENTAL, O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

ENVIRONMENTAL ISSUE, PROSECUTING COUNSEL AND PUBLIC CIVIL ACTION

Gustavo José Mendes TEPEDINO*

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo abordar a necessidade de se tornar compatível o instrumental técnico-jurídico com a proteção do interesse ambiental que se apresenta, essencialmente, em sua dimensão coletiva e extrapatrimonial. Tal necessidade advinda da análise da ação civil pública e a atuação do Ministério Público como formas de tutela previstas, mas ainda controvertidas.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Meio Ambiente. Ministério Público. Questão ambiental.

ABSTRACT

The present study has as objective to approach the necessity of making the technician-legal instrument compatible with the protection of the environmental interest which presents, itself essentially, in its collective and extra patrimonial dimension. Such necessity from the analysis of the public civil action and the performance of the prosecution service counsel works as foreseen forms of guardianship, but it is still controverted.

Key-words: Civil action public. Environmental question. Environment. Prosecuting counsel.

1. Introdução: Importância da Questão Ambiental. O Meio Ambiente como valor social e existencial: a despatrimonialização dos Institutos de Direito Privado

Há mais de vinte anos, quando a questão ambiental entrou na pauta da academia, impondo-se, pouco a pouco, como prioritária, para o jurista europeu,

* Procurador Regional da República, Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

¹ Le azioni civilistiche. In Le azioni a tutela degli interessi diffusi, Atti del convegno di studio. (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova: Cedam, 1976, p. 90.

o Professor Stefano Rodotà, durante um importante congresso sobre a até então desconhecida categoria dos interesses difusos, advertia para o fato de que a tutela do meio ambiente suscitaria um “risveglio complessivo della magistratura”..¹ Mais do que um novo ramo do direito, o direito ambiental representava, com efeito, uma ruptura com o instrumental teórico e processual do passado, chegando a alterar até mesmo o papel desempenhado pelos profissionais do direito e, em particular, pelo magistrado.

Na experiência brasileira, na qual a questão ambiental encontra-se na ordem do dia, percebem-se nitidamente as dificuldades dos operadores diante de uma temática que exige a superação da ótica patrimonial e individualista que caracterizou, na esteira do paradigma do direito subjetivo e da propriedade, as técnicas do direito substantivo e do processo civil. Com efeito, a patrimonialidade e o individualismo – expressos quer no pressuposto subjetivo para a responsabilidade civil, quer no âmbito processual, como referência à individualização dos interesses – serviam, no passado, como critérios seguros para a solução de controvérsias privadas, informando o vasto leque de questões atinentes à violação de direitos, à reparação de danos, à liquidação de obrigações, à legitimidade processual, aos efeitos da coisa julgada e assim por diante.

A introdução, no cenário jurídico, da matéria ambiental, coloca em crise toda a consolidada dogmática, exigindo a formulação de novas categorias e a releitura da normativa vigente, de sorte a tornar compatível o instrumental técnico-jurídico com a proteção do interesse ambiental que se apresenta, essencialmente, em sua dimensão coletiva e extrapatrimonial, exigindo tutela jurídica, mesmo quando não se tenha presente um direito subjetivo previamente tipificado pelo ordenamento.

De fato, segundo a dicção do art. 225 da Constituição da República,

“[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O preceito é seguido por seis parágrafos que atribuem ao Poder Público, deveres específicos para lhe dar efetividade, sendo certo que o art. 225 deve ser lido em consonância com os princípios fundamentais definidos nos arts. 1º a 4º, que fazem da tutela ao meio ambiente um instrumento de realização da cidadania e da dignidade da pessoa humana.²

Considerando-se como meio ambiente “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana” (SILVA, 1981, p.435) sublinhou-se, em doutrina, a necessidade de incluir na tutela constitucional todos os elementos que “de alguma forma contribuam para a existência, a manutenção e o aprimoramento da vida e de sua

² Ver, para uma acurada análise do meio ambiente como direito fundamental do homem, In: GUERRA 1997, p. 65 e segs.

³ Sobre o conteúdo positivo da função social da propriedade analisada sob a perspectiva civil-constitucional, seja consentido remeter a Gustavo Tepedino, Contornos Constitucionais da Propriedade Priva-

qualidade. Nesse campo inclui-se, sem dúvida, o patrimônio cultural, seja ele natural, paisagístico, histórico, artístico etc [...]”. (GUERRA, 1997, p. 65 e segs).

O art. 186, II, por sua vez, ao definir o conteúdo positivo da função social da propriedade rural, inclui, dentre os requisitos para o seu cumprimento, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente,³ fazendo desse – não mais uma restrição administrativa heteronômica, externa ao núcleo dominical senão – elemento interno, essencial e definidor do núcleo de poderes do proprietário.

Também em tema de responsabilidade civil, grande é a transformação advinda com a proteção ao meio ambiente.⁴ O art. 21 inciso XXIII, alínea c, traz previsão expressa de responsabilidade objetiva do causador de danos nucleares, adotando aqui, nitidamente, a teoria do risco. O mesmo preceito, em sua alínea a, estabelece medida preventiva, ao dispor que “toda a atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional”.

De outra parte, o art. 37, § 6º, estende a responsabilidade objetiva a todos os danos causados pelo agente das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, o que se aplica, naturalmente, à matéria ambiental, vinculando todos os agentes do Poder Público que causem danos ao meio ambiente.

Aliás, o legislador especial, já anteriormente à Constituição de 1988, no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, dispunha:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados”.

Isso significa que, nas ações coletivas, quando o objeto se referir a dano ambiental, incide a responsabilidade objetiva, seja o agente, pessoa física ou jurídica, seja de direito público ou privado, bastando ao autor provar o dano, o nexo de causalidade e a atribuição ao réu da atividade danosa.

Corroborar-se aqui, no plano da tutela coletiva, a profunda alteração na dogmática tradicional provocada pelas novas demandas relacionadas ao meio ambiente, que exigiu uma intervenção do constituinte e do legislador especial compatível com as exigências vitais de um meio ambiente equilibrado.

2. Papel do Ministério Público como Agente de Efetivação da Tábua Axiológica Constitucional. A Função Promocional do Ministério Público

da, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito* (org. Carlos Alberto Menezes Direito), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 309 e s.

⁴ A matéria é tratada em profundidade por Francisco Sampaio, *Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente*, no prelo da Editora Lumen Iuris (original cedido gentilmente pelo autor), que alvitra, em sua inovadora obra, como pressupostos para a reparação dos danos ambientais, a figura do dano presumido, “se houver estudo científico suficiente à demonstração de que tais efeitos são decorrência usual do exercício da atividade lesiva indicada”.

Agente privilegiado de tutela do meio ambiente e dos demais interesses coletivos é o Ministério Público, cuja atividade fiscalizadora, extremamente ampliada, enfrenta ora resistências corporativas, ora objeções ideológicas, ora pura e simples incredulidade.

Não é difícil compreender os dois primeiros obstáculos, em um país de problemas múltiplos e complexos como o Brasil. Entretanto, verifica-se que a descrença em relação às novas atribuições decorre da incompreensão, não raro localizada também no seio da própria instituição, acerca do papel do Ministério Público no projeto constitucional.

A rigor, as intermináveis discussões que se têm travado sobre o tema parecem restritas ao exame das atribuições do Ministério Público do ponto de vista estrutural – isto é, o conjunto de poderes postos à disposição do parquet. Não tem sido objeto de suficiente reflexão, no entanto, o perfil da instituição em seu aspecto funcional – vale afirmar, a função (axiológica) atribuída pela Constituição ao Ministério Público. Sem tal definição, preliminar e impostergável, não se conseguem compreender os instrumentos e o conjunto de atividades que lhe foram cometidos pelos constituintes.

No liberalismo, como se sabe, o Estado limitava-se a ditar as regras do jogo, emanando leis que, conhecidas previamente por todos, permitiam à livre iniciativa desenvolver-se ilimitadamente. É a sublimação do indivíduo, suporte ideológico, que com a derrubada da nobreza, destacou a igualdade formal – “todos são iguais perante a lei” – como elemento demarcador do fim dos privilégios feudais e da ingerência do Poder Público em favor de interesses privados. Na conhecida expressão de Stefan Zweig, cuidava-se da “era da segurança”, restando ao Estado, verdadeiro *veilleur de nuit* (Lassalle), o papel de fazer respeitar as leis e coibir os atos ilícitos, sem interferir na atividade e nos objetivos econômicos, entregues à inteligência de cada um e aos riscos inerentes aos negócios.⁵

Tal ideologia seria absorvida, na virada do século, pelo Código Civil, não obstante as transformações que, desde a metade do século, alteravam o panorama jurídico dos países europeus, indicando uma crescente intervenção do Estado na economia. Movimentos sociais e filosóficos, assim como, a evolução econômica serviu para desmistificar a crença igualitária da Revolução Francesa.

Formou-se, pouco a pouco, uma casta de novos privilegiados, com o sistema de liberdade negocial instaurado, consolidando-se desigualdades não transponíveis espontaneamente, e que recrudesciam pela garantia do cumprimento obrigacional inexorável e inelutável conferida à parte mais forte das relações contratuais, em detrimento dos contratantes em situação de inferioridade. O marxismo concebeu, pela primeira vez, a propriedade não mais como expressão e expansão da inteligência humana, mas, de forma pragmática, como mercadoria, ou elemento mobilizador de riqueza, objeto de troca e de supremacia do capital sobre o trabalho. Para a doutrina marxista, com efeito, o direito de propriedade se apresentava “como direito sobre o trabalho alheio”, assinalando-se a “impossibili-

⁵ Sobre a influência desse período histórico e dos valores do liberalismo nas relações contratuais, v. Natalino Irti, *Letà della decodificazione* Milano: Giuffrè, 1976, p. 9 e segs., o qual se vale da expressão de S. Zweig aludida no texto.

dade para o trabalhador de apropriar-se de próprio produto”. (MARX; ENGELS, 1983, p. 96).

A Primeira Guerra, na Europa, marcaria, então, definitivamente, a modificação do papel do legislador, antes mero árbitro das relações privadas. O Estado, primeiro de maneira excepcional, e depois sistematicamente, intervém na economia, objetivando atender os interesses básicos da população carente e impedir a expansão das desigualdades. Os “sem-terra”, os “sem-teto”, as legiões de subempregados, os desassistidos dos serviços básicos formam um robusto contingente reivindicante, fomentador de notáveis movimentos sociais, no âmbito dos quais a revolução bolchevique e a experiência constitucional de Weimar servem de pontos de referência.

Países como a França, a Inglaterra e a Itália sofrem radical alteração legislativa, processo identificador do chamado Welfare State, que não mais se limita a mediar as relações privadas e controlar as regras do jogo, passando a intervir, incisivamente, em busca de objetivos fundamentais de justiça social. A meta da justiça retributiva, conquista da Revolução Francesa, dá lugar à justiça distributiva, com o acentuado intervencionismo estatal e o dirigismo contratual que, no Brasil, é fartamente documentado a partir dos anos 30.⁶

O estuário desse processo histórico identifica-se, no Brasil, com a Constituição de 1988 que, ao lado do princípio de isonomia formal enunciado no art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” -, introduz o princípio da igualdade substancial de que trata o art. 3º, III - constitui objetivo da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” -, consagrando, portanto, a justiça distributiva isto é, a cada um segundo as suas necessidades.

Tão profunda alteração do papel e dos objetivos do Estado implica a radical transformação das funções do Ministério Público. A preservação da ordem pública, cometida ao parquet, não se identifica mais com a aplicação de sanção pelo descumprimento de leis. E o gendarme noturno, mero observador dos protagonistas sociais em ação, torna-se agente ativo e protagonista, ele próprio, das transformações impostas à sociedade pelo constituinte.

Por outro lado, se a repressão ao ilícito nada mais é que a reprovação de comportamentos considerados extravagantes à ordem pré-estabelecida, a atuação dos membros do Ministério Público, no Estado liberal, tinha característica nitidamente conservadora e repressora.

Não por acaso, a sociedade atribui ao promotor de justiça do passado o estigma de solene, grave e conservador – e por que não dizer carrancudo –, aquele que apenas atua na esfera penal e que, no cível, não se sabe bem a que veio. Afinal, na ideologia do liberalismo o próprio direito era concebido como instrumento de manutenção de uma ordem pública em que o Estado deveria estar distante da atividade econômica. O direito atuava, portanto, somente de maneira a reprimir ilícitos – tudo que não é proibido é permitido – e o Ministério Público haveria de cumprir o papel de zelar por aquela ordem pública, historicamente determinada. Não há qualquer demérito em relação a esse tipo de atuação. O que importa

⁶ O processo histórico de intervenção legislativa no Brasil é analisado por FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 193 e segs.

assinalar, no entanto, é que tal função responde a uma lógica e a uma ideologia condizentes com o sistema positivo do passado, inteiramente diversas das que hoje presidem o ordenamento jurídico.

A passagem para o Estado Social, portanto, coincide com a alteração do papel do direito, que adquire, conforme entreviu Norberto Bobbio, verdadeira função promocional,⁷ identificava na intervenção normativa destinada a promover os valores definidos pelo Estado. Alteram-se radicalmente os parâmetros da ordem pública e os meios de tutelá-la.

A garantia de preservação dessa nova ordem pública foi atribuída pelo constituinte de 1988 ao Ministério Público, alçado assim pela Constituição Federal a principal agente de promoção dos valores e direitos indisponíveis, situados no vértice do ordenamento. Trata-se de atribuição distinta da que, no sistema pré-vigente, fora cometida aos membros do parquet. O Ministério Público adquire assim uma função promocional, coerente com o papel definido para o Estado nos princípios gerais da Constituição e especificado pelo art. 129 do Texto Maior.

Do Ministério Público não se exige apenas coibir ilícitos, as lesões perpetradas contra bens de interesse público, situando-se, ao revés, entre as suas funções institucionais, a promoção de medidas necessárias à garantia dos serviços de relevância pública e dos direitos assegurados na Constituição (art. 129, I), a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 129, III).

Em outras palavras, o Ministério Público deixa de atuar simplesmente nos momentos patológicos, em que ocorre lesão a interesse público, sendo convocado a intervir de modo permanente, promovendo o projeto constitucional e a efetividade dos valores consagrados pelo ordenamento.

O promotor de justiça, antes identificado quase que exclusivamente com a promoção da ação penal, transforma-se no promotor de valores, para cuja tutela a ação judicial não é mais do que um de seus instrumentos. Não mais aguarda o inquérito ou o processo para, só então, pronunciar-se, devendo, ao contrário, buscar os meios de tutela mais adequados e avocar a si a iniciativa da defesa da sociedade.

Essa intervenção ativa e direta, por sua vez, por meio de atuação judicial ou extrajudicial, não há de ser aleatória, tendo conteúdo claramente estabelecido pela Constituição em seus princípios gerais, que definem os objetivos e os fundamentos da República, suscitando a reavaliação, em sede interpretativa, de postulados que, por muito tempo, passaram despercebidos pelos juristas.

Não se poderiam aqui percorrer as inúmeras hipóteses de atuação do Ministério Público, o qual, na defesa da sociedade, promoverá a tutela dos valores eleitos como prioritários pelo ordenamento constitucional. A título exemplificativo, no entanto, poder-se-ia afirmar que, nas relações de trabalho, a saúde e a dignidade do trabalhador devem servir de parâmetro para o controle da atividade econômica, ainda quando não ocorra o acidente de trabalho propriamente dito. Nem se poderá admitir a troca da integridade psicofísica do empregado por um adicional de insalubridade abstratamente considerado, quando o res-

⁷ Ver as estimulantes páginas de Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*. Nuovi studi di teoria del diritto, 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1984, (1ª ed. 1977).

peito formal ao acréscimo da remuneração implique o sacrifício da saúde, da dignidade ou da expectativa de vida. Também as relações de consumo, a atuação empresarial e sua interação com o meio ambiente, a utilização do patrimônio público, todas essas atividades terão tutela jurídica condicionada ao respeito dos valores constitucionais, cuja promoção permanente e incessante. A consecução de tais objetivos, entretanto, está a exigir uma mudança de mentalidade bastante profunda que deverá iniciar pelo convencimento de que a Constituição da República não é uma Carta Política a enunciar princípios destinados exclusivamente ao legislador, desprovida de força normativa e de efetividade imediata.

Procura-se, dessa forma, construir uma espécie de efetividade seletiva das normas constitucionais. Não parece demasiado afirmar que a cultura jurídica dominante criou duas Constituições. Há uma Constituição que vem sendo zelosamente aplicada, tomada em retalhos, disciplinadora de certos princípios da ordem e da manutenção do domínio econômico, da estruturação do Estado e dos Poderes e da República. É, de fato, o Texto Maior. E há outra Constituição, transformada numa espécie de carta de intenções, que assegura os direitos indispensáveis à cidadania e à dignidade do homem, e tem como princípio fundamental a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. Essa foi reduzida, de fato, ao Texto Menor.

A reforma agrária, a previdência social, a saúde pública, a educação básica, prioridades constitucionais, integram a Carta Menor. Tais metas, cruciais para o exercício da cidadania, são destinadas ao esquecimento ou à malversação, ao mesmo tempo em que os reveses impostos à sobrevivência retiram o fôlego reivindicacionista dos grupos organizados, relegados às lutas corporativas, contingenciais e localizadas.

Ao Ministério Público cabe a tarefa – nada simples – de unificar o sistema constitucional assim fragmentado, pugnando pela efetividade dos interesses sociais indisponíveis, os quais devem servir, a um só tempo de leitmotiv e de limite, escapando de suas atribuições institucionais a tutela de interesses que, embora coletivos, e atinentes a matérias que lhe seriam próprias, não apresentam a relevância social e a indisponibilidade que caracterizam a ordem pública no sistema constitucional vigente.

Renunciar à concepção segundo a qual o texto constitucional é uma carta meramente política, significa sublinhar os princípios fundamentais do ordenamento. O art. 1º, III, elege como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. O art. 3º, III, afirma constituir, objetivo fundamental da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. Há que se perquirir o significado normativo de tais enunciados. Cuida-se em realidade de opção prioritária do constituinte, traduzida em norma jurídica situada no vértice do ordenamento e que, por isso mesmo, deve permear todo o tecido legislativo infraconstitucional, bem como a atividade do poder Executivo e as relações de direito privado. Não se justificariam tais dispositivos gerais, topograficamente precedentes aos títulos específicos, não fossem para eleger a pessoa humana como valor prioritário e a justiça distributiva como característica do Estado.

A partir de tais postulados, toda a atividade estatal e a iniciativa econômica privada tornam-se vinculadas ao atendimento dos valores constitucionais indica-

dos. Isto é, a atividade estatal e empresarial merecerá tutela jurídica se – e somente se – preservar e promover os princípios e objetivos de República enunciados como norma jurídica de vigência e eficácia plena, situados que estão no topo do ordenamento.

3. A Ação Civil Pública como Instrumento Privilegiado de Exercício Coletivo da Cidadania. Aspectos Controvertidos

Muitas foram as controvérsias que floresceram com o surgimento, no cenário jurídico brasileiro, da ação civil pública, que se constitui talvez no principal instrumento posto à disposição do novo Ministério Público. À natural dificuldade dos operadores diante de um instituto completamente novo, soma-se a argúcia das teses de defesa, que procuraram restringir a amplitude da ação civil pública, quer quanto ao seu objeto, quer quanto a aspectos subjetivos, valendo enfrentar alguma das polêmicas que ainda agitam os tribunais, dentre as quais, se destaca, certamente, a determinação de seu objeto.

3.1 O objeto da ação civil pública

O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24.7.85, que regula a ação civil pública, tem dicção deliberadamente ampla, sendo assim vazado:

“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso e coletivo;

V – por infração da ordem econômica.”

Ao dispositivo, que teve o inciso V introduzido pelo art. 88 da Lei nº 8.884, de 11.6.94, e o inciso IV acrescentado pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor, hão de ser acostadas a Lei nº 7.853/89 (tutela dos portadores de deficiência), a Lei nº 7.913/89 (mercado de valores mobiliários) e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para que se tenha delineado o amplo panorama em que se insere a ação civil pública.

O fato é que o legislador especial, como se vê, ao lado da previsão específica de interesses a serem resguardados com a ação civil pública, utiliza-se da cláusula geral do inciso IV acima transcrito, de modo a que qualquer interesse de dimensão coletiva, nos termos especificados pelo Código de Defesa do Consumidor, possa ser tutelado nos termos da Lei nº 7.347/85.

Rompe-se, desse modo, a técnica do *numerus clausus* adotada anterior-

⁸ Sobre a ampliação dos interesses protegidos na ação civil pública por força do texto constitucional, v., dentre outros, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no Processo Civil e Pena* 5. ed. Rio de

mente pela Lei nº 7.347/85, na mesma esteira do constituinte que, ao definir as funções institucionais do Ministério Público, no art. 129, III, vale-se da referência genérica a outros interesses difusos e coletivos. Em outras palavras, a Lei nº 7.347/85, recepcionada pelo sistema constitucional, adquiriu, paulatinamente, novos contornos, espalhando sua disciplina processual para as hipóteses de violação de interesses difusos e coletivos de qualquer natureza.⁸

Por outro lado, a dicção do art. 3º, segundo o qual “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, associada à previsão do fundo de defesa dos interesses difusos (regulado pela Lei nº 9.008, de 21.3.95), destinado à recuperação dos bens atingidos, faz com que se possa cogitar a formulação de pedido vário, desde que compatível e necessário à obtenção da tutela pretendida.

Discute-se se o teor do art. 3º acima mencionado reduziria o conteúdo do pedido na ação civil pública à natureza condenatória, excluindo-se as hipóteses de objeto de conteúdo constitutivo, o que diz respeito diretamente às ações em que se visa à anulação de atos lesivos a bem jurídico coletivamente tutelável.

A matéria tem suscitado aceso debate em torno da tutela do patrimônio público e social, nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público em sua defesa, quando argumentou-se que somente a ação popular poderia ser destinada à anulação dos atos impugnados. De fato, o art. 1º da Lei nº 4.717/65, ao contrário da Lei nº 7.347/85, refere-se expressamente à legitimidade de qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

A restrição, contudo, não merece acolhida, à luz de uma interpretação teleológica da Lei nº 7.347/85, que pretende oferecer tutela ampla aos interesses coletivos, parecendo mesmo que, nesse diapasão, o legislador especial admite, como implícito ao pedido condenatório alvitado pelo art. 3º, as providências de caráter declaratório e constitutivo que a condenação pressupõe – ou que são dela pressupostas.

No caso do Ministério Público, o argumento encontra-se reforçado pela amplitude da garantia constitucional insculpida no art. 129, III, segundo o qual, como já antes analisado, é função institucional do parquet “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Ora, se o constituinte não restringiu não caberia ao intérprete fazê-lo, máxime quando a legislação especial, disposta por meio da técnica das cláusulas gerais e exemplificativas, denota vocação expansionista.

Como se não bastassem, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/93, no art. 25, IV, b, compete expressamente ao Ministério Público

Janeiro: Forense, 1995, p. 23 e s.; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 46; FERREIRA, Raquel Elias. Ação Civil Pública: do Ministério Público e da Eficácia da Liminar, in *Seleções Jurídicas ADV-COAD*, nº 02/90, p. 23; MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação Civil Pública, in *Estudos Jurídicos – Revista do IEJ*, v. 4, Rio de Janeiro, p. 95.

⁹ Para uma análise minuciosa do tema, v. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por artigo*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 54 e s, o qual traz à colação dois interessantes casos judiciais. No primeiro deles, objeto da Apelação Cível nº 29.976-8, prolatado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (DJ de 14.8.95, in ADCOAS, nº 1.001.179), sendo

o ajuizamento de ação civil pública “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”, dissipando, assim, qualquer dúvida quanto à ampliação do objeto da ação civil pública, ao menos no que tange à legitimidade do Ministério Público na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.⁹

Restaria dúvida, no entanto acerca da possibilidade de formulação de pedidos de natureza constitutiva quando a parte autora não for o Ministério Público ou quando o pedido visar à tutela de bens diversos dos atinentes ao patrimônio público e à moralidade administrativa. A matéria, vê-se de logo, é controvertida, inexistindo previsão autorizadora expressa. Todavia, coerentemente com a posição acima enunciada, em homenagem seja à *ratio* da Lei nº 7.347/85, destinada à proteção coletiva e ampla de bens jurídicos indisponíveis, seja à técnica adotada pelo legislador, que não pretendeu ser taxativo ou regulamentar, preferindo sempre as cláusulas gerais, seja, enfim, ao princípio da igualdade das partes projetado no campo processual, não é de se admitirem restrições ao objeto da ação civil pública, pois ela é capaz de comportar a tutela declaratória, constitutiva e condenatória.

Não se justificam, portanto, nos termos da Constituição e da lei especial, as restrições ao pedido a ser formulado na ação civil pública, que a coloquem, neste aspecto objetivo, em posição de inferioridade em relação à ação popular regida pela Lei nº 4.717, de 29.6.65. De modo que, a despeito das numerosas e respeitadas vozes em contrário,¹⁰ parece que a distinção entre os dois tipos de ação se encontra no plano subjetivo, distinguindo-se ambas pela legitimidade processual, sendo a ação popular o instrumento privilegiado para o exercício jurisdicional da cidadania, e a ação civil pública a expressão maior da tutela da sociedade organizada, ora no âmbito associativo, ora por meio do Ministério Público, como tradução de sua antes enunciada função promocional.

3.2. A defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público

Outra questão extremamente polêmica e ainda não pacificada refere-se à possibilidade de propositura de ação civil pública pelo Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos. A discussão normalmente vem à

relator o Des. Rubens Xavier Ferreira, em que se admite a legitimidade do Ministério Público para intentar ação civil pública visando à anulação de atos lesivos ao erário, conclui-se: “A idoneidade da ação civil pública, como instrumento de defesa e proteção ao patrimônio público, com manejo assegurado pelo art. 129, III, da CF, adquiriu amplitude maior do que aquela prevista na Lei nº 7.347/85, motivo por que a sua propositura e a legitimidade do seu patrocinador só devem encontrar obstáculo nos casos de evidente contrariedade ao ordenamento”. O segundo, relatado pelo mesmo autor (p. 56)

¹⁰ RT, vol. 716, p. 253: “Para se obter a restituição ao erário municipal de dinheiro desviado por prefeito, a via processual cabível é a ação popular e não a ação civil pública, porquanto a primeira visa à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, e a segunda destina-se à proteção de determinados direitos e interesses difusos ou coletivos previstos em lei específica”. Mas, a rigor, poder-se-ia indagar: como proteger tais direitos sem que se pudesse formular o pedido de recomposição do erário público, quando for o caso?

tona em hipóteses concernentes às relações de consumo, embora se enquadre, perfeitamente, nos casos de lesão ao meio ambiente, subsumindo-se na definição estampada no art. 81, III, do Código do Consumidor.

A rigor, não seria exagero afirmar que, em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo a que se pudesse identificar, diante de uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo. Daqui a conclusão inelutável de que, nas relações de consumo, a restrição ao Ministério Público de atuação na defesa dos interesses individuais homogêneos significa, praticamente, a obstrução de suas funções institucionais.

A Constituição Federal, como antes demarcado, atribui ao Ministério Público a função de promover a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, além de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). O Texto Maior trata, assim, dos interesses coletivos de maneira genérica, deixando ao legislador especial a tarefa de especificar as diversas categorias ou espécies de interesses e ações coletivas.¹¹

Na esteira de tal regulamentação, a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 81 e seguintes, prevê três espécies de interesses coletivos, a suscitarem a chamada defesa coletiva, aí incluindo-se os interesses individuais homogêneos. Por outro lado, o art. 117 da Lei nº 8.078/90 introduziu o art. 21 na Lei nº 7.347/85, determinando a aplicação dos dispositivos constantes no Título III do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas. Daí, portanto, a indiscutível legitimidade do Ministério Público para atuar na proteção dos direitos individuais homogêneos.

Todo esse gênero de interesses comporta a tutela processual coletiva por meio de ação civil pública, por força do aludido art. 117 do mesmo diploma, sendo o Ministério Público legitimado para a sua defesa. Não fossem os preceitos antes mencionados, poder-se-ia invocar, ainda, a Lei Complementar nº 75/93, cujo art. 6º, XII, estabelece:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XII – promover ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos.

¹¹ V., sobre o tema, WATANABE, Kazuo, Comentários ao art. 81 da Lei nº 8.078/90, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 511, para quem a ação para a defesa dos interesses individuais homogêneos é uma “modalidade de ação coletiva”. O mesmo autor observa (in *Demandas Coletivas e Problemas Emergentes da Praxis Forense*, in *As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sálvio de Figueiredo (coord) Saraiva, 1993, p. 118 e segs. que “a tutela coletiva abrange não somente os interesses e direitos essencialmente coletivos, que são os difusos e coletivos propriamente ditos, como também os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os “individuais homogêneos”, definidos no art. 81[...].”

¹² Cf. RT 689/134; 691/170; RTRF – 4º Reg. 15/359; 14/309; RJTJ-SP 116/33; 137/312; 149/34; ADV-COAD nº 66.788/94.

¹³ DJ 17.10.94, Seção I, p. 27.868.:

A jurisprudência dos Tribunais Estaduais e Regionais, por sua vez, vem consagrando, paulatina e decididamente, a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos atinentes às relações de consumo.¹² Na mesma direção posiciona-se o egrégio Superior Tribunal de Justiça, valendo transcrever acórdão proferido por unanimidade de votos pela 1ª Turma, sendo relator o Ministro Demócrito Reinaldo, no R. esp. nº 49.272-6-RS¹³

“Ação civil pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de iluminação pública. Possibilidade.

A Lei nº 7.345, de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva, e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante de seu contexto.

O art. 21 da Lei nº 7.347, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90), estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e “direitos individuais homogêneos”, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-lo (art. 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/90).

Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – ‘a ação coletiva’. O incabimento de ação direta de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais nºs 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime”.

De recente, inclusive, o col. Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no mesmíssimo sentido, em acórdão unânime da lavra do eminente Ministro Maurício Correia, versando sobre aumento de mensalidade escolar e assim ementado:

“Não está, como visto, o Ministério Público defendendo subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa enquanto integrante deste grupo. Vejo, desta forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. [...]
Ademais, estava o parquet mais do que impelido a promover a ação, pelo dever de ofício, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação, amparados, como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205)”.

Nem se objete que tal entendimento levaria a uma legitimação desmesurada do Ministério Público para a defesa de interesses individuais. Em realidade, há dois outros característicos que evitam tal anomalia, determinando perfeitamente a atribuição constitucional do Ministério Público: a indisponibilidade e o alcance social dos direitos tutelados. Daí o equívoco em que incorreu certa decisão judicial que, ao negar a legitimidade do Ministério Público, referiu-se a uma suposta restrição do Superior Tribunal de Justiça à “pertinência subjetiva do parquet quanto à tutela de direito individual homogêneo, na medida em que o mesmo é disponível e destacável, fugindo a *ratio* da atuação ministerial”.¹⁴

A afirmação não resiste à colação da jurisprudência daquela Corte.¹⁵

Nem serve de paradigma o Recurso Especial nº 35.644-MG, invocado pela mesma sentença, já que inteiramente inadequado à espécie, por cuidar de interesses que a Corte entendeu, aí sim, particulares, de “um grupo de alunos de um determinado colégio”, como consta na ementa do julgado. Não pretendeu o Superior Tribunal de Justiça, como é de palmar evidência, negar ao Ministério Público legitimidade para a defesa de interesses individuais homogêneos: apenas considerou (e o fez sem unanimidade, por maioria de votos) que, na hipótese concreta, aqueles interesses não tinham o alcance social que justificasse a sua defesa pelo parquet.¹⁶

O mesmo ocorreria, a título de exemplo, se um grupo de latifundiários,

¹⁴ A decisão, proferida pelo juízo da 19ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, foi impugnada pelo Ministério Público Federal, mediante o agravo nº 96.02.43432-5, interposto perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sendo agravadas a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde e outra. O ilustre magistrado, em sua decisão, entendeu ser o Ministério Público Federal carecedor de ação em relação à pretensão indenizatória, alegando que a indenização de segurados de plano de saúde envolve tutela de direitos disponíveis e divisíveis, não tendo sentido que o parquet formule demanda em favor dos respectivos titulares

¹⁵ É ver-se: R. Esp. nº 95.993-MT, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; R. Esp. nos 37.171 e 35.644, Rel. Min. Garcia Vieira; R. Esp. nº 47.019, Rel. Min. César Rocha; R. Esp. nº 38.176-2-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar

¹⁶ RSTJ, vol. 54, p. 310. Tal conclusão se depreende, aliás, da própria declaração de voto vencedor do Ministro Gomes de Barros: “No entanto, neste caso, não se trata exatamente de direito coletivo definido pelo art. 81. O que há, na realidade, é um grupo estritamente definido, de um colégio determinado. Parece-me que é um grupo muito estreito, para corresponder ao espírito do art. 81”.

unidos por interesse comum, ou um grupo de condôminos de um refinado prédio de apartamentos, pretendesse bater às portas do Judiciário, pelas mãos do Ministério Público, para a tutela de seus direitos. A indisponibilidade e o alcance social, portanto, servem de critérios seguros para, no âmbito da tutela coletiva, determinar a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses difusos, interesses coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos, todas espécies de ações coletivas *lato sensu*.

O acórdão antes mencionado, contudo, tem servido de paradigma para hipóteses que lhe são completamente estranhas, como a sentença acima referida, prolatada em ação civil destinada a tutelar os interesses, não de um grupo estreito, mas de milhões de consumidores do serviço de seguro-saúde em todo o país; atingidos pelas cláusulas contratuais abusivas, praticadas sem qualquer cerimônia nos contratos de adesão. Diga-se, entre parênteses, que o sistema privado de saúde brasileiro conta com cerca de 32 milhões de consumidores, dos quais aproximadamente 16 milhões vinculam-se aos serviços de seguro-saúde. Ora, afirmar que a pretensão indenizatória torna disponível e divisível o direito do segurado significa desvirilizar por completo a atuação ministerial, subtraindo-lhe a defesa de qualquer interesse coletivo com repercussão patrimonial na esfera individual, ou seja, todo e qualquer interesse individual homogêneo, cuja tutela é ao parquet atribuída pelo sistema constitucional e le a propósito, vale invocar, em apoio à tese aqui desenvolvida, o pensamento da doutrina especializada. Ada Pellegrini Grinover, Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em contribuição específica sobre o tema, reafirma exaustivamente a “possibilidade jurídica de se buscar, pela via da ação civil pública, a reparação dos danos sofridos por particulares, muito embora não se trate de interesses coletivos (indivisíveis): trata-se de interesses (ou direitos) individuais homogêneos, tratados coletivamente, igualmente protegidos pela LACP”.¹⁷

Observa, ainda, a mesma autora que “a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição diante de uma questão concreta, deve, portanto, o magistrado, antes de mais nada, conferir a indisponibilidade e o alcance social do objeto da demanda – na hipótese antes aludida, o direito constitucional à saúde. De qualquer sorte, como releva a melhor doutrina, o caráter coletivo da demanda, em regra, é suficiente para dar aos interesses individuais – divisíveis - a dimensão coletiva que caracteriza a atribuição do Ministério Público.

A indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, por outro lado, não é obscurecida pela patrimonialidade das pretensões individuais. O que releva é a indisponibilidade do interesse atingido pela relação jurídica original, que serve de base para a demanda comum. Uma vez atingidos direitos fundamentais do homem, como a saúde, a educação, o meio ambiente, tem-se por violados inte-

¹⁷ In “Ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos”, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 5, p. 206 e seguintes, especialmente, p. 212.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 213.

resses indisponíveis, ainda que desses mesmos interesses decorram danos conversíveis em parcela patrimonial individualizada em relação a cada um dos titulares da ação.

Se assim não fosse, far-se-ia tábula rasa das demandas coletivas já que, em regra, as pretensões ressarcitórias resultam na expressão patrimonial das violações dos interesses extrapatrimoniais e indisponíveis atingidos. A dimensão coletiva da demanda, com efeito, posta a lume no excerto da Professora Ada Grinover¹⁸, desde que socialmente relevantes os interesses em jogo, parece cada vez mais capaz de tornar indisponíveis os pleitos individuais.

Nessa direção, entendeu-se que “quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar”.¹⁹

Em posição ainda mais avançada, afirmou-se, em recentíssima contribuição sobre o tema, que “os interesses, quando tratados coletivamente, sejam quais forem, perdem o caráter de disponibilidade, traço que somente os identificará em sua dimensão individual”. Mais ainda: “os interesses – individuais – deduzidos de forma coletiva tornam-se indisponíveis, tanto para o adequado portador, que se apresenta a juízo como pelo grupo de vítimas, seus titulares.

Da mesma forma preleciona Antonio Gidi, adjetivando como falacioso o argumento que rejeita o caráter social da proteção ao direito patrimonial individual disponível”.²⁰

Resulta daí, como evidente a mais não poder, a legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa dos interesses individuais homogêneos, notadamente quando versar a controvérsia sobre interesses derivados de direitos indisponíveis e socialmente relevantes como é o caso do meio ambiente ou da saúde dos consumidores.

3.3. Litisconsórcio entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados

Outra tormentosa discussão, ainda hoje acesa, refere-se à previsão, inculpada pelo legislador especial, de litisconsórcio entre os diversos ramos do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Estados, bem como a possibilidade de os dois últimos, em consequência da atuação conjunta, postularem na Justiça Federal.

Sustentam ilustres doutores, incluindo aí eminentes membros do Ministério Público Federal, que o litisconsórcio assim formado violaria o princípio

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino, “O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos”, in *Revista Inf. Legislativa*, nº 117, p. 185, (original não grifado).

²⁰ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de, “A Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos dos Consumidores e a Questão da Legitimidade do Ministério Público”, original no prelo da *Revista de Direito Renovar*, cedido gentilmente pela autora.

²¹ A matéria deu ensejo ao Agravo de Instrumento nº 96.02.33912-8, interposto pelo Ministério Público Federal junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no âmbito do qual manifestei-me através de parecer ora sintetizado.

federativo, com a contrariedade dos arts. 1º, 25, e § 1º e 128 da Constituição Federal. Afirma-se que o princípio federativo “pressupõe distribuição de competências e atribuições” e que “a Federação implica que os órgãos de cada entidade federativa cuidem dos assuntos relacionados à sua área de atuação”. Em remate, lança-se a interrogação: “Se não fosse assim, para que se criarem órgãos distintos e, em consequência, se distribuíssem atribuições?”²¹

A argumentação, entretanto, em que pese a cultura jurídica de seus autores, parte de falsa premissa interpretativa, segundo a qual, no ordenamento constitucional vigente, a atribuição do Ministério Público coincide perfeitamente com a distribuição de competência jurisdicional. Com efeito, o que poderia ser verdade sob a égide do regime constitucional anterior, invocado e reavivado por renitente misoneísmo, não há de se repetir sob o texto de 5 de outubro de 1988. E é bem fácil entender o porquê.

A Constituição Federal de 1988, ao conceber o Ministério Público com autonomia funcional e administrativa (art. 127, CF), desvincula suas atividades institucionais da órbita do Poder Executivo ou do Judiciário, ao mesmo tempo em que, deliberadamente, prevê funções ministeriais extrajudiciais, vinculando sua atuação não a órgãos ou Poderes mas a interesses, constitucionalmente tutelados. Assim é que, embora essencial à função jurisdicional do Estado, a teor do art. 127 da Constituição, a atuação do Ministério Público não guarda qualquer paralelo com a do Poder Judiciário, incumbindo àquele a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, missão para a qual poderá, se necessário, recorrer à Justiça.

É precisamente por esse motivo que, não obstante persista aqui e ali o entendimento comprometido com o regime pré-constitucional do sistema das competências, a maior parte das atividades do parquet, hoje, é extrajudicial, particularmente no que tange à defesa dos interesses difusos e coletivos. O Ministério Público deixa de ser configurado como instituição reativa para assumir função institucional ativa, exercendo a fiscalização por meio de inquérito civil público, recomendações, inspeções, termos de ajustamento de condutas etc. Da mesma forma, não há qualquer vedação constitucional ou legal a que o Ministério Público Estadual possa atuar na Justiça Federal, desde que comprove a legitimidade processual, vale dizer, a pertinência do pedido com o seu âmbito de atuação institucional.

De outra parte, quis o constituinte, no § 5º do art. 128, atribuir às leis complementares a tarefa de estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada ramo do Ministério Público, o que, só por si, serve a afastar qualquer pecha de inconstitucionalidade que pudesse ser lançada contra as leis complementares e ordinárias que regulam a atuação ministerial.

E de fato, segundo as leis complementares em vigor, que cuidam do Ministério Público, a tutela dos interesses constitucionalmente protegidos deve ser perseguida a todo custo, determinando a Lei Complementar nº 75/93 que “somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União” (art. 5º, VI, §2º). Tanto esse diploma legal, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, quanto a Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625/93), vistos do ponto de vista sistemático, preocupam-se com a ampliação da tutela dos interes-

ses considerados prioritários, deixando às leis setoriais a forma processual de atuação.

Imbuído dessa *ratio*, expressa na Constituição e nas Leis Orgânicas, é que o legislador do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 113, que acrescentou os §§ 5º e 6º à Lei nº 7.347/85, previu a ação conjunta dos diversos ramos do Ministério Público sempre que os interesses protegidos, por se imbricarem no âmbito de atuação de cada um deles, justificarem tal expediente. É a hipótese frequente e corriqueira de danos ao meio ambiente que afetam a mais de um Estado da Federação ou que atingem bens públicos federais e estaduais. É o caso, ainda, das lesões ao patrimônio público que atinjam simultaneamente o erário federal e estadual. Basta pensar nos financiamentos de obras públicas pelo governo estadual e federal.

Poder-se-ia objetar, com alguns processualistas, que na verdade tais hipóteses, no rigor dos termos, não expressariam litisconsórcio, mas uma dupla representação, ou superfetação, tratando-se de entidade única, não já de duas partes que se associam. A objeção, todavia, não guarda conseqüências práticas, já que a eventual atecnia não exclui a atuação conjunta pretendida pelo legislador.

A verdade é que, em todos os casos acima exemplificados, poderia o legislador, mercê da reserva legal antes aludida (art. 128, § 5º), ter preferido um sistema de atribuição exclusiva. Não o quis e não o fez, entretanto, para evitar que os interesses constitucionalmente protegidos acabassem por restar indefesos. Preferiu o legislador complementar, portanto, deliberada, ostensiva e enfaticamente, sobrepor atribuições e invocar a atuação conjunta, sempre que o interesse fosse comum entre dois ramos do Ministério Público, justamente para intensificar a tutela de tais interesses, prioritários na tábua de valores constitucional.

Não é por acaso, destarte, que o art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85 admite o litisconsórcio entre os diversos ramos do Ministério Público. E nem se diga, como pretenderam alguns, que tal preceito não se encontre formalmente em vigor – a menos que se quisesse proceder a inusitada ecdótica dos diários oficiais, homenageando a pretensa *mens legislatoris* em detrimento da *mens legis*²².

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 113, acrescentou o mencionado dispositivo à disciplina da ação civil pública, exatamente porque vislumbrou, nas relações de consumo, a hipótese de interesses sobrepostos e o risco de se constituir uma espécie de zona cinzenta, a chamada “terra de ninguém” entre a esfera estadual e a federal, que suscitasse o desamparo dos valores constitucionalmente tutelados.

Ressaltou-se, justamente, em doutrina, a importância da atuação litisconsorcial, afastando-se qualquer vício de inconstitucionalidade e salientando-se a sua conveniência em hipóteses peculiares, como foi o caso do leite europeu contaminado pelo acidente nuclear de Chernobyl, verdadeiro leading case que propiciou o litisconsórcio do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Estado de São Paulo (MAZZILLI, 1989, p. 72). No mesmo diapasão, poder-se-iam contabilizar centenas de ações judiciais, em todo o Brasil, bem acei-

²² A argumentação decorre do fato de o Presidente da República ter vetado o art. 92, parágrafo único do Código do Consumidor, que previa o litisconsórcio facultativo entre os diversos ramos do Ministério Público, esquecendo-se, todavia, de fazê-lo no que tange ao idêntico litisconsórcio estatuído no art. 113 da mesma Lei nº 8.078/90, que acrescentou os aludidos §§ 5º e 6º ao art. 5º da lei da ação civil pública.

tas pelo Judiciário, em que ambos os ramos do Ministério Público se associam na defesa de interesses coletivos, reforçando, de maneira notável, as possibilidades de êxito. Ressalte-se, a título ilustrativo, a ação civil pública proposta recentemente no Distrito Federal contra atos lesivos ao patrimônio público, no financiamento das obras do metrô de Brasília. O Ministério Público, litisconsorciado, obteve liminar, graças à qual se paral Sublinhe-se, entretanto, não ser apenas nas relações de consumo, nas lesões ao meio ambiente e nas numerosas hipóteses alcançadas pela lei da ação civil pública que a atuação do Ministério Público poderá se fazer conjunta. A Lei nº 8.069, de 13.7.90, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 210, § 1º, também é taxativa: “Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei²³”

O dispositivo, recebido com aplausos pela unanimidade dos especialistas, empresta efetividade à tutela da infância e juventude, evitando-se, também aqui, que os processualistas pudessem deixar ao desabrigo as crianças e adolescentes, no afã de definir a competência jurisdicional, sendo mesmo assustadora a possibilidade de classificá-los, para efeito de tutela em infantes federais e infantes estaduais.

Na esteira de tal atuação conjunta, que se prolifera, repita-se à exaustão, em todas as Regiões do Brasil pelos órgãos do parquet responsáveis pela defesa dos interesses difusos e coletivos, o Ministério Público Federal celebrou dois convênios de cooperação técnico-jurídica com os Ministérios Públicos Estaduais, firmados, o primeiro deles, mediante instrumentos individuais com cada Estado, pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira de Alvarenga, e o outro, de recentemente, em instrumento único pelo Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro²⁴.

Note-se, neste passo, sendo consentido indispensável parêntese, que a atuação conjunta, em sendo matéria afeta às atribuições do Ministério Público e, portanto, reservada pela Constituição à Lei Complementar, que a absorveu, resolve-se em questão administrativa, interna corporis, nada afetando ao sistema constitucional. E do ponto administrativo, são os Procuradores-Gerais da República e dos Estados que, mediante convênio, estabelecem tal atuação.

Leia-se na cláusula terceira do primeiro dos convênios mencionados que a atuação dará prioridade ao “sistema de cooperação visando a possibilitar a atuação conjunta dos conveniados em ações judiciais nos termos do § 1º do art. 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente”. No segundo instrumento é previsto, em sua cláusula terceira, o planejamento para atuação ampla, judicial e extrajudicial, ressaltando-se “a instauração conjunta de procedimentos administrativos, inquéritos civis, e outras medidas judiciais” (original não grifado).

Ora, se o Procurador-Geral da República e os Procuradores-Gerais de Justiça, autoridades principais na provocação do controle direto de constitucionalidade, não somente deixam de cogitar de inconstitucionalidade na

²³ Ação Ordinária nº 94.0005030-5, proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Distrito Federal em face do Distrito Federal, Banco do Brasil S. A. e outros, na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

²⁴ Convênios celebrados em 25 de maio de 1992 e 15 de outubro de 1996, cujos originais foram cedidos gentilmente ao autor pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

espécie mas também determinam, expressa, direta e inequivocamente, que todos os órgãos do parquet se envolvam nesta atividade, chega a ser incrível a resistência de alguns à boa aplicação da lei complementar, talvez por uma imagem que se tem do Ministério Público inserido no contexto pré-constitucional. O inconformismo poder-se-ia resolver no âmbito interno, quem sabe, junto aos diversos Conselhos Superiores do Ministério Público ou à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal (arts. 58 e segs., Lei Complementar nº 75/93), não já no âmbito do Judiciário, restando o andamento de importantes ações civis públicas propostas por outros colegas.

Daqui a conclusão inafastável segundo a qual a atuação conjunta do Ministério Público Federal e Estadual se justifica legal e constitucionalmente, sendo opção de política legislativa em favor da melhor tutela de interesses prioritários.

Resta saber se este sistema processual que, como se viu, atende ao desenho constitucional de um Ministério Público ativo, autônomo e dinâmico, esbarraria de alguma forma no princípio do federalismo, a reclamar, implicitamente (já que nada há de expresse a esse respeito), que se estremasse a atuação do Ministério Público da União e dos Estados.

A resposta, também aqui, é categoricamente negativa. No momento em que até o conceito de soberania nacional tem sido revisto, com a formação dos blocos internacionais e a globalização, não se pode conceber uma noção de federalismo que exclua a atuação conjunta dos Estados, a competência concorrente do legislador, a realização de convênios, pelo Executivo, para a cobrança de tributos, para o atendimento médico, para a realização da mais variada gama de serviços públicos assim como, no caso concreto, a parceria na fiscalização da lei e na tutela de valores comuns à Federação e aos Estados.

Tal é o conceito de Federação insculpido no Texto Maior, seguido por centenas de leis, decretos, portarias e atos regulamentares concernentes aos três Poderes e que atinge a todas as atividades públicas. Não há qualquer fundamento, portanto, do ponto de vista do sistema federativo, para que se possa sustentar que à Federação ofenderia a previsão legal de atuação do Ministério Público Estadual nas Varas Federais ou de litisconsórcio entre dois ramos do parquet.

Ao propósito, convém registrar a página clássica do federalismo brasileiro, escrita nos anos sessenta mas ainda hoje de grande atualidade, na qual se adverte, de maneira eloqüente:

A evolução demonstra que a federação experimentou um processo de mudança. A concepção clássica, dualista e centrífuga, acabou sendo substituída pela federação moderna, fundada na cooperação e na intensidade das relações intergovernamentais. A relação entre federalismo e cooperação já se encontra na etimologia da palavra federal, que deriva de foedus: pacto, ajuste, convenção, tratado, e essa raiz entra na composição de laços de amizade, foedus amicitiae, ou de união matrimonial, foedus thalami. Em termos de prospectiva, é razoável presumir que a evolução prosse-

² HORTA, Raul Machado. Tendências do Federalismo Brasileiro, in *Revista de Direito Público*, nº 9, 1969, p. 7 e seguintes, especialmente, p. 26 .

*guirá na linha do desenvolvimento e da consolidação do federalismo cooperativo para modernizar a estrutura do Estado federal.*²⁵

Não há que extremar, pois, a federação da cooperação, mecanismo indispensável ao federalismo contemporâneo, previsto pelo constituinte e praticado pelo Executivo, Legislativo e até mesmo pelo Judiciário (bastaria lembrar o empréstimo de jurisdição de que trata o art. 109, §3º, CF). No caso do Ministério Público, o expediente resulta de convênios nacionais, além de responder a imperativos legais e constitucionais, configurando nítida atribuição concorrente, na medida em que possibilita a tutela mais ampla possível de interesses comuns, perseguidos ora pelos Ministérios Públicos dos Estados, ora pelo Ministério Público da União, ora por ambos.

3.4. O local do dano e a competência funcional-territorial para a propositura da ação. A Súmula nº 183 do STJ

Tem-se disputado, também de maneira intensa, a interpretação a ser dada ao art. 2º da Lei nº 7.347/85, segundo o qual as ações civis públicas “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. A polêmica surge, freqüentemente, em matéria de dano ambiental, quando a lesão se dá em município que não seja sede de Vara Federal. Interroga-se, neste caso, será competente a Seção da Justiça Federal com jurisdição naquela região ou se, ao contrário, o juízo de direito da comarca onde ocorreu o dano é que será o competente, nos termos do art. 109 § 3º, da Constituição Federal.²⁶ Esse último entendimento acabou por prevalecer no seio do Superior Tribunal de Justiça, que emanou, após sucessivos embargos de divergência, a Súmula nº 183, nos seguintes termos:

Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de Vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.

A questão, todavia, não parece estar definitivamente resolvida, sendo objeto do Recurso Extraordinário nº 161.4510, Relator Min. Moreira Alves, a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, segundo o entendimento sumulado, o art. 2º da Lei nº 7.247/85 inclui-se entre as exceções à competência da Justiça Federal prevista no mencionado § 3º do art. 109, CF, sendo o Tribunal Regional Federal a instância recursal competente, a teor do § 4º do mesmo artigo.

Entretanto, cuidando-se de matéria concernente à competência federal, em cujo âmbito a Lei Maior concede uma espécie de empréstimo de jurisdição à Justiça Estadual, a reserva legal para novas hipóteses depende de lei expressa com motivação vinculada à preocupação constitucional de assegurar o acesso à Justiça

²⁶ A posição é sustentada, de recente, por GUERRA, Isabella Franco. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente.*, p. 46 e s.

no domicílio do demandante, não sendo de interpretar a simples referência legal à justiça local como uma fixação excepcional de competência. O constituinte, repita-se ainda uma vez, em favor da efetividade do acesso à justiça, concede ao juiz estadual jurisdição federal em hipóteses absolutamente excepcionais, em razão da peculiaridade da matéria previdenciária e acidentária.

A possibilidade de criação legal de novas hipóteses não pode significar, sob pena de ruptura de todo o sistema, que qualquer previsão normativa de competência territorial viesse a suplantar as demais previsões constitucionais de competência funcional em razão da pessoa – *ratione personae* –, como é o caso do disposto no mesmo art. 109, § 1º, acerca da União Federal.

O art. 2º da Lei nº 7.347/85 limitou-se a preferir o foro do local do dano em detrimento do foro de domicílio do réu. Não pretendeu, à evidência, com isso, derogar a competência funcional estabelecida pela Constituição em razão da presença, na relação processual, da União Federal que, segundo quis o constituinte, fixa a competência dos juízes federais de determinada seção judiciária.

Nem se diga, invocando argumento concernente à política legislativa, que a Justiça estadual teria a seu favor a maior proximidade entre o juízo e o local do dano, facilitando, assim, a instrução processual. Em primeiro lugar, tal distância não é necessariamente menor da que separa o referido local do dano e a sede da Justiça Federal mais próxima, situada embora em outra comarca. Em seguida, é de convir que certos conflitos coletivos muitas vezes podem ser melhor julgados pela Justiça Federal justamente por um certo distanciamento deste juízo com a realidade local, tantas vezes capaz de obstruir a imparcialidade do juiz titular da comarca em cuja circunscrição se verifica o ato lesivo.

Em resumo, embora o art. 109, § 3º, da Constituição Federal autorize a outorga de jurisdição federal ao juiz de direito, o expediente, para além de excepcional, depende de regulamentação legal expressa e informada pela mesma *ratio* constitucional, não sendo consentido derogar a competência funcional da Justiça Federal para as ações em que figure como autor ou réu a União Federal todas as vezes que o legislador ordinário previr hipótese de competência funcional em razão do local do evento danoso.

De toda sorte, ainda que não se concordasse com os argumentos acima despendidos, com o advento do Código do Consumidor parece indiscutível que o legislador tenha pretendido resguardar, de forma expressa, as hipóteses de competência funcional atribuídas pelo Texto Maior à Jurisdição Federal, na fixação legal de competência - mesmo funcional - em razão do local do dano.

Basta examinar a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do local onde ocorreu o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou o Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

Diante da reforma legislativa, vários julgados alteraram o seu ponto de vista, valendo conferir, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Processo Civil - Competência - Ação Civil Pública.

1. A controvérsia gerada, quanto à competência da Justiça Federal nas ações civis públicas intentadas em proteção a patrimônio nacional, ficou superada pelo art. 93, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

2. A competência funcional estabelecida no art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública - Lei nº 7.347/85-, foi alterada pela lei nova que ressalvou a competência da Justiça Federal, em qualquer situação”.²⁷

E ainda:

“Processo Civil – Ação Civil Pública

– Lei nº 7.347/85, art. 2º – Competência.

1. A competência para a ação civil pública é do juízo do local onde ocorreu o dano, ressalvada a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88 (jurisprudência divergente - por maioria, AG nº 91.01.13437-0-MG - TRF 1ª Reg; AG nº 51132-RJ-TFR. Doutrina favorável: Hely Lopes Meirelles, Hugo Nigro Mazzili, Paulo Roberto de Gouvêa Medina e outros)”.²⁸

O Prof. Carreira Alvim, que hoje integra a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, quando titular da 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro, teve ocasião de decidir, com a erudição e a elegância de estilo que o caracterizam, hipótese que versava sobre a lesão ao meio ambiente ocorrida em município desprovido de Vara Federal, destacando-se em suas conclusões:

“A referência à ‘competência funcional’, constante do art. 2º da Lei nº 7.347/85 não autoriza a exegese que dele se tem extraído, de que a competência, em qualquer caso, deve ser atribuída ao juízo estadual local.

A competência funcional, determinada pela natureza especial da função e pelas exigências especiais que o juiz é chamado a exercer num dado processo pode entrelaçar-se com o elemento territorial, dando ensejo à competência territorial-funcional, de caráter absoluto.

A competência funcional da Justiça Federal é informada pela

²⁷ Acórdão proferido à unanimidade de votos pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 1º de março de 1993, no Agravo de Instrumento nº 93.01.02093-9-BA, sendo Relatora a Juíza Eliana Calmon.

²⁸ 3232 Acórdão proferido à unanimidade de votos pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 8 de março de 1993, no Agravo de Instrumento nº 93.01.02092-0-BA, sendo relator o Juiz Tourinho Neto.

qualidade das pessoas, sobrepujando todas as demais, mesmo que orientadas por critérios de funcionalidade ou em razão da matéria (cf. Ernani Fidélis dos Santos).

A referência ao juízo do local do dano (art. 2º da Lei nº 7.347/85) não significa ‘ponto geográfico estrategicamente localizado’, porquanto pode ter conotação nacional, regional ou municipal (local), conforme a natureza e extensão do dano que se pretende prevenir ou reparar e o titular do direito lesionado(...) A qualidade do Ministério Público Federal, de parte no processo, como autor da ação civil pública, determina a competência do foro e juízos federais, em sintonia com o critério funcional, nos contornos fornecidos pela mais moderna doutrina. O Ministério Público Federal insere-se, por compreensão analógica, no contexto do art. 109, I, da CF, do mesmo modo que as fundações federais, embora não referidos expressamente.

O art. 2º da Lei nº 7.347/85 não cuidou da competência de foro em razão do ‘domicílio da parte’ - que era a fronteira, o limite até onde poderia ir a atividade integrativa ordinária, autorizada pelo art. 126 da EC nº 1/69, à luz do qual essa lei foi promulgada - pelo que não se há que falar em ‘compatibilidade’ ou ‘recepção’ à luz do art. 109, § 3º, por não ser a hipótese”.²⁹

O Superior Tribunal de Justiça, na respeitável unificação jurisprudencial, não considerou o Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência nas ações civis públicas, como acima já visto, decorre de determinação expressa do art. 117, que acrescentou o art. 21 à Lei nº 7.347/85: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que institui o Código de Defesa do Consumidor”.

Considerando-se tais circunstâncias, a matéria, embora sumulada, parece ainda sujeita a tratamento diverso, seja por parte do próprio Superior Tribunal, em futura reconsideração, seja por obra do Supremo Tribunal. É aguardar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Gomes. 19 RSTJ, vol. 54, p. 310. In: Ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 5, p. 206 e s.

BOBBIO, Norberto. Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto, 2. ed., Milano: Edizioni di Comunità, 1984.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

²⁹ Original gentilmente cedido pelo autor.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública* - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. (Comentários por artigo)
- FERREIRA, Raquel Elias. Ação Civil Pública: do Ministério Público e da Eficácia da Liminar. In: *Seleções Jurídicas ADV-COAD*, nº 02, 1990.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- GUERRA, Isabella Franco. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HORTA, Raul Machado Horta. Tendências do Federalismo Brasileiro, In: *Revista de Direito Público*, nº 9, 1969.
- MARX, Karl e Friedrich Engels. *Manifesto del partito comunista (1848)*. Trad. italiana di P. Togliatti. 2. ed. Roma: Editori Riuniti, 1983.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação Civil Pública. In: *Estudos Jurídicos – Revista do IEJ*. Rio de Janeiro, v. 4.
- _____. *O Ministério Público na Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. “A Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos dos Consumidores e a Questão da Legitimidade do Ministério Público”, *Revista de Direito Renovar*. (no prelo)
- NATALINO Irti. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1976.
- PIETRO, Maria Sylvia Di . *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 466.
- SAMPAIO, Francisco. *Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente*. Editora Lumen Iuris. (no prelo)
- SAMPAIO, Francisco. *Meio Ambiente no Direito Brasileiro Atual*. Curitiba: Juruá, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- WATANABE, Kazuo. *Comentários ao art. 81 da Lei nº 8.078/90, in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- ZAVASCHI, Teori Albino. O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos, In: *Revista. Inf. Legislativa*, nº 117.

A INTELIGÊNCIA ÉTICA DAS METODOLOGIAS JURÍDICAS

ETHICS INTELLIGENCE OF JURIDICAL METHODOLOGIES

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA*

Ensinar exige compreender que a educação é uma forma de intervenção no mundo.
Ensinar exige a convicção de que a mudança é possível.
Ensinar exige liberdade e autoridade.
Ensinar exige alegria e esperança.
Paulo Freire

RESUMO

O ensino jurídico é tratado no presente ensaio, partindo da ética, visando irradiar seus raios quicá solares sobre a apreensão do conhecimento do Direito, nas faculdades brasileiras que exploram esta vertente científica. Partindo dos princípios orientadores, os quais são propostos como paradigmáticos na introdução de um ensino jurídico ético e eficaz, o ensaio aborda a aplicabilidade daqueles princípios, e lança um olhar sobre os cursos jurídicos oferecidos no Brasil.

Palavras-chave: educação; ensino jurídico; ética; metodologia; princípios.

ABSTRACT

The juridical teaching, in the present article, is approached beginning from ethics, with the objective to radiate apprehension of Law knowledge in Law Schools in Brazil that explore this knowledge. This article also broaches the applicability of the orientated principles and highlights on juridical teaching in Brazil, based on the principles proposed as standard in the introduction of ethical and efficient juridical teaching.

Key-words: education; ethics; juridical teaching; methodology; principles.

* Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Marília e Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, em nível de Mestrado em Direito Negocial, Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Introdução

A inspiração para o enfrentamento de tema que tal, aflorou de dois grandes marcos: o primeiro expresso na campanha nacional pela Ética Profissional encabeçada, desde o ano de 1999, pelo superior Conselho Federal da Ordem. A inspiração segunda brotou da própria temática do seminário: - **Aprender a Educar**, ao que se acrescenta como plano – **aprender a Educar também através das texturas da Ética** - .

A campanha nacional pela Ética Profissional mereceu apoio e aplausos, ganhando relevo e índices nobres de adesão, contudo indicando necessidades de rever e fortalecer as bases éticas de todos os operadores do direito que sejam com o mesmo compromissados, com o saber técnico e igualmente com o saber ético, no desempenho dessas funções.

Refletindo a respeito da campanha adveio o sentido de quão relevante retorna, presentemente, a questão da formação ética do estudante de direito que no passado recebia orientações em única disciplina dedicada ao tema, - de regra, com carga horária reduzida -, relegada, no mais das vezes, ao papel de disciplina terciária, ou “compondo o conjunto dos últimos violinos” da grande orquestra sinfônica do Ensino Jurídico, o que era absolutamente incompatível com o relevo, significado e importância próprios da ética, na formação humana.

Já o Aprender a Ensinar deve estar contextualizado no ensino para este o novo milênio, destacadamente, marcado pela **revolta dos saberes**. A revolução industrial do século XX pode ser considerada, desde já, marco histórico, superado pelo capital cultural que define o século XXI como aquele da Revolução Cultural. Ano 2000, 500 anos de Brasil, e em agosto, 173 anos de ensino jurídico no país, e milênios do melhor culto à Ética. Está-se nesta exata ambiência histórica e até onde se conhece, nenhuma civilização ou cultura preteriu a ética, tão permanente quanto o homem e seus muitos saberes.

2. Considerações Preliminares

Qual a contribuição possível em relação à fidalga proposta temática – Aprender a Ensinar -, é a questão que se põe para enfrentamento.

Propõe-se uma exposição de não-erudição, mas simplesmente um relato coerente de uma gratificante experiência docente, na qual, permanentemente, analisa-se cada fase do processo qualitativo do ensino jurídico, quando por vezes faz sugestões, orienta o ensino, exigindo de todos os participantes uma postura de compreensão e revisão dos conceitos até então prevalentes.

De pronto tomar-se-ão por ‘locus’ desta preleção as texturas das metodologias e após muito refletir, surge a opção de apresentar uma proposta inaugural de reafirmação da louvável estrutura metodológica sobre a qual está sedimentado o ensino jurídico no país, porém enfatizando o viés ético e principiológico.

2.1. Das Metodologias Jurídicas

A abordagem das metodologias exige naturalmente, ordens, igualmente metodológicas do pensamento e as reflexões recorrentes.

Assim, após incursões pela temática, surge nítida, a perspectiva em favor de uma compreensão ética contida nas metodologias e possibilitadora de uma eficácia altamente satisfatória, do ensino que se pretende gerar.

Considerando que o conhecimento e a experiência, como os direitos personalíssimos, não se transmitem, podendo sim, serem informados ou, o que é muito grave, como indesejável consequência, serem deformados, avulta a finalidade das metodologias, em suas expressões de utilidade e necessidade, enquanto conjunto de estruturas técnicas como meio de criação na informação do conhecimento.

O ensino jurídico no país está muito bem localizado, metodologicamente falando, pois há, de fato, metodologia própria que o informa. Divida-se então e apenas didaticamente essa metodologia em **geral** e **especial**.

Metodologia geral é aquela própria das ciências sociais.

A **metodologia especial** decorre das diretrizes cunhadas pelo MEC¹ (Ministério da Educação e Cultura) e Conselho Federal da OAB, por meio das respectivas comissões, para o ensino jurídico, devendo, bem por essa razão, serem nominadas de metodologias jurídicas, pois decorrem de uma pluralidade de estruturas.

São consideradas metodologias jurídicas para fins deste ensaio as seguintes, extraídas em parte da Portaria 1886 de 30 de dezembro de 1994:

- estrutura curricular contemplando disciplinas de formação fundamental, formação profissionalizante e formação prática;
- interdisciplinaridade;
- projeto pedagógico, que propicie a formação técnico-profissional e formação social-política do estudante de direito;
- integração do ensino, pesquisa e extensão;
- atividades complementares;
- estágio curricular adequado e de responsabilidade de Núcleo de prática jurídica.
- oferta de opção de área de especialização.

Merece registro, intelectualmente respeitoso a definição **das diretrizes metodológicas para o ensino jurídico**, visando a aperfeiçoar a formação do bacharel em Direito.

Devem ser reunidas a estas diretrizes outras tantas, definidas pela experiência empírica do próprio ensino jurídico e reforçados pela melhor doutrina a saber:

- ênfase ao pensamento jurídico plural;
- visão holística do direito;

¹ Sigla identificadora do órgão do Governo Federal denominado “Ministério da Educação e Cultura”.

- integração dos conteúdos teóricos e práticos;
- cuidado para evitar o distanciamento dos conteúdos e práticas pedagógicas das realidades sociais;
- investimento na personalização do acadêmico;
- capacitação do bacharel para a tomada de decisões;
- desenvolvimento do senso ético-profissional.

Dúvida não há que os descritores acima desenham um perfil metodológico específico para o ensino jurídico; de real significado, devendo ser empregado com seriedade e competência, por todos os cursos de direito ofertados, considerando a universalidade das diretrizes, todas voltadas à consolidação do perfil do profissional graduado em Direito e descrito pela Portaria 526/97, como é do conhecimento de todos.

Modelo metodológico tão efetivo deveria bastar como meio assecuratório dos resultados visados em seara de ensino jurídico. Entretanto, algumas debilidades são constatadas.

Ainda não foi alcançada a plenitude desejada, sendo a expressão “plenitude” empregada como designação de um estágio ideal, sem pretender níveis de completude, aliás incompatível com o próprio conhecimento em seu aporte não finito.

Na tentativa de sugerir alguma contribuição, duas referências de força cognitiva surgiram após atenta observação da questão sob foco: os princípios e a ética.

Entendendo as metodologias jurídicas como propostas pelas diretrizes do ensino jurídico brasileiro, restou entendido, igualmente, que aquela ordem técnica explicativa deveria estar reforçada por um cardápio principiológico, também robusto, capaz de facilitar uma mais nítida compreensão e emprego daquele modelo².

2.2. Dos Princípios

Prosseguindo nesta linhagem de raciocínio chega-se à estrutura principiológica trina, sustentada, brilhantemente, pela competência, e verve incomparável do professor Miguel Reale, quando, propõe a compreensão da criação e aplicação do Direito, permeada pelos princípios da Socialidade, Eticidade e Operatividade.

Ora, ao estudante de direito é informado o próprio direito desde sua criação até o processo de aplicação. Então por que não invocar os mesmos princípios, utilíssimos, em sede do direito, também para o ensino jurídico? Permitida a “avocação” principiológica cabe explicitar cada um dos princípios referidos e respectiva correlação e contribuição em relação às metodologias. Após, será tocada a relevantíssima contribuição da ética, e tão presente nas metodologias jurídicas, segundo compreensão resultante das interpretações possíveis, tangentemente ao tema.

² O modelo, para fins do tema abordado, é concebido como representação simplificada já concretizada e que serve de referência para o desenvolvimento de análise e orientação de um objeto (ensino jurídico).

2.2.1 Princípio da Socialidade

O princípio da Socialidade consagra o “Sentido Social” do direito devendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais.

Tal princípio em relação ao ensino, está previsto na Constituição Federal³, artigo 205 que estabelece: *A Educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.*

De relevo a imensurável contribuição social da OAB inspirada pelo princípio da sociabilidade. Que cada instituição de ensino espelhada em tão louvável ação, promova a valorização dos interesses coletivos sobre os individuais. Tal valorização, no mais lato sentido possível, e para todos os níveis do ensino.

2.2.2. Princípio da Eticidade

Reale defende a imprescindível eticidade do ordenamento jurídico, sendo o princípio da eticidade aquele cujo fulcro fundamental é **o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores.**

O princípio da Eticidade, como concebido pelo douto professor Miguel Reale, exprime a um só tempo fragilidade e força. Por sua abstração não é o mais forte, por seu relevo, contudo, impõe-se como o mais valioso.

Eticidade e ensino jurídico, e porque não dizer educação, são indissociáveis. O papa João Paulo II, em alocução durante o Congresso Internacional de Universidade Católica sustentou: *A Universidade está sendo chamada a uma contínua renovação, pois ‘está em causa o significado da investigação científica e da tecnologia, da convivência social, da cultura, mas, mais profundamente ainda, está em causa o próprio significado do homem.’*⁴

A Constituição Apostólica de João Paulo II, dedicada às instituições católicas de ensino é, em verdade, orientação pontual e segura para ser adotada mundialmente, pelas instituições de ensino.

Um ensino pensado pelo homem, e para o homem, na busca de seus valores, deverá conduzir ao desvendar de duplo significado: do ensino e o dos próprios homens como educadores e aprendizes.

Bem por estes fundamentos, a reforma do ensino jurídico contempla os planos éticos aquinhoando com maiores superfícies a formação ética dos estudantes. A Ética Geral foi incluída dentre as disciplinas fundamentais ao lado da Ética Profissional que deve estar presente também na fase do estágio prático, formando assim teias éticas bem mais densas e significativas.

As diversas disciplinas, em seus aportes interdisciplinares focam a questão da própria moralidade do direito, da ética no Estado, na política, sendo tema da axiologia jurídica, e da teoria da justiça, dentre outros.

³ BRASIL, Constituição da República Federativa, Brasília, 1988.

⁴ Congresso Internacional de Universidade Católica, 25/04/89, nº 34, AAS, 18, p. 1218.

2.2.3. Princípio da Operabilidade

Miguel Reale, inspirado em Jhering, reafirma, sabiamente, que a essência do direito é a sua realização. O direito é feito para ser executado, para ser operado, por isso são todos operadores do direito. Reale afirma ser indispensável que a norma tenha operabilidade, a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades. Complementa que o princípio da operabilidade contém um outro o da Concretidade, quer dizer, o legislador deve legislar para o indivíduo situado, atendendo situações sociais, tutelando situações subjetivas concretas.

Ora, o ensino jurídico planejado e orientado pelas metodologias, necessita contemplar o princípio da Operabilidade e Concretidade, para alcançar seu caráter pleno. O ensino deve ser concebido tal qual seu objeto – a compreensão do fenômeno jurídico do direito -. Assim, tanto quanto possível, deve estar inspirado por ordens metodológicas que conduzam à realizabilidade do conhecimento, permitindo a execução e a concretidade desse conhecimento, independentemente de ser teórico ou prático, abstrato ou concreto. Invariavelmente, deve o ensino ser eficaz. As metodologias especiais representam bússolas seguras na busca destes caminhos maiores.

Pode-se afirmar que as técnicas metodológicas especiais ou também denominadas de metodologias jurídicas, como expressão de operatividade, em relação ao ensino jurídico, são meios específicos e refinados para alcançar o conhecimento do Direito, fim máximo.

A concretidade estaria a referir e também a facilitar a apuração de resultados, tanto em relação ao que se ensina, quanto em relação ao que, de fato se aprende. Princípio que permite a avaliação do processo de conhecimento desenvolvido na operatividade decorrente das estruturas técnicas próprias do ensino jurídico.

3. Da Ética e o Ensino Jurídico

Sem ter a pretensão de esgotar a riqueza do contributo dos princípios invocados (ou evocados), impõe-se como indispensável a referência ética.

Retomar tema tão expressivo e relevante implica, inexoravelmente, na retomada do pensamento filosófico grego. Dos inigualáveis *nichos* históricos são pinçadas as éticas aristotélica e socrática. A primeira orientada para a plenitude do homem em relação ao cosmos e mais tarde consagrada pela **Prudência**, quando Aristóteles escreve para seu filho a clássica *Ética a Nicômaco*. As várias concepções de prudência, após estudos plúrimos, chega ao direito para designar o que não é prudente. O que não é prudente, logo é imprudente. A imprudência passa assim, no direito, a ser designativa de ilicitude.

No ensino jurídico tem-se que as Instituições, docentes e discentes devam ser prudentes. A ciência, defendia Aristóteles, *faz-se cumprudência*, mais tarde designada apenas por prudência. O contrário era antiético. Nada mudou, deste estágio. A necessidade da prudência quer, no direito, quer no ensino jurídico, no cotidiano da vida humana, é inarredável.

- Prudente é a Instituição que segue, por exemplo, as diretrizes para o ensino jurídico, pontual e adequadamente.
- Prudente é o professor, por exemplo, que sabe o que ensina, porque **aprendeu a ensinar.**

Igualmente, prudente é o aluno que sabe o que necessita aprender, como aprender e para que aprender.

A segunda ética, a ética socrática fundamentava sua proposta na fórmula *'vive conforme tuas idéias, vive conforme tua razão'*.

Por causa da falta do domínio dos postulados éticos como sustentados por Aristóteles e Sócrates assiste-se, tristemente, a uma sucessão de *'Imprudências'* e *'não-razões'* desprezíveis, ainda práticas em detrimento do ensino jurídico. Santo Thomás de Aquino e Santo Agostinho, como defensores da ética cristã, apregoavam o amor fraterno supremo.

O ensino, - e fala-se, aqui de todo o ensino e não somente do jurídico -, se desconectado do amor fraterno, e cambiado pelo mero dever, sem um compromisso autêntico, assumindo a informação dos muitos saberes, poderá ser técnico, contudo jamais completo, por ausência da ética do amor.

É preciso poder dizer com orgulho e amor verdadeiro: *felizmente sou um professor de direito, honro a minha profissão.* O contrário é, no mínimo, aético. Da ética Kantiana, colhe-se o grande contributo que deve mapear toda a metodologia proposta para orientar o ensino jurídico.

A ética Kantiana, em relação ao ensino jurídico, merece leitura pertinente à universalidade das diretrizes metodológicas, decorrendo daí preceitos válidos para todos, professor e alunos, devendo, assim, serem seguidos.

Em Spinoza a ética e concebida como busca da perfeição, mas para alcançá-la o homem deve ser livre, para tanto se elevando ao conhecimento da verdade.

No que tange ao ensino jurídico, assiste-se a essa busca da perfeição, devendo a expressão ser compreendida como atributo de qualidade. Toda a reforma do ensino jurídico, seguida pela nova concepção metodológica, esteve, e continua inspirada, também, por mais essa concepção, muito bem expressa nas metodologias jurídicas, notadamente, quando indicam a formação fundamental, a formação profissional e a formação prática privilegiando a visão holística do fenômeno jurídico, valorizando o conhecimento interdisciplinar e valorizando a aproximação dos saberes técnicos e a realidade social.

Dentre os contemporâneos, Adolfo Sanches Vásques, em sua preciosa obra *Ética*, preceitua:

A ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, sendo possível, então se adotar uma ética científica permeada por uma moral compatível com os conhecimentos científicos. (grifo nosso)

Pela concepção adotada por Vásques, dúvida não há quanto ao emprego da ética científica, quando da reforma do ensino jurídico; permeada por uma moral compatível com os conhecimentos científicos.

Assegure-se que outra não foi a intenção introduzida nas diretrizes

metodológicas do ensino jurídico. Todas elas, a seu turno, revelam os planos éticos em que estão esculpidas.

Os descritores metodológicos referidos acima estão permeados de valores éticos, todos eles. Cabe às Instituições, docentes e alunos a retomada da concepção clássica das metodologias como técnicas instrumentais que favorecem o conhecimento, para incorporar os conceitos valorativos; sob pena de desabar tão rica e fértil ordem metodológica esculpida para o ensino do Direito.

Instituições e educadores necessitam serenar seus espíritos para consolidar a qualidade do ensino que se deseja, não se deixando levar pelos descaminhos da *metodologia do Provão*, - o ensinar para o Provão; - preparar para o Provão. Ensino e avaliação devem então, permanecer guarnecidos e contidos em seus espaços próprios. Advirta-se aqui, para o risco de se sacrificar **o corpo harmonioso do ensino jurídico que finalmente desponta** pela metodologia do *“remoer ossos” - in casu* – os ossos do provão.

A exemplo dos próprios movimentos observados no Direito deve o ensino jurídico aprofundar sulcos de atualidade metodológica, deixando de ser um estudo apenas lógico, para ser também crítico, axiológico contemplando fatores éticos, históricos, políticos e sociais.

Assim, o estudo do direito deve envolver a adequação das metodologias e demais fatores indicados e que põem o delicado problema de saber como operar o confronto entre a fria regra técnica e os saberes em seus momentos de criação, expressão e transmissão como defendido.

A adequação ou inadequação desta confluência de fatores produz a maior ou menor potência no processo ensino-aprendizagem, gerando ou não a operatividade do ensino jurídico como projetado. Imaginar que o rigor do método possa bastar ao processo cognitivo enquanto aprendizagem é expressivo mas não suficiente.

Assim presentes nas metodologias, e mais pontualmente nas metodologias jurídicas, como denominamos, a influência e presença inarredável da Ética, que nesta faixa fronteira de fim e início de milênios deve ser revitalizada de forma extraordinária.

3.1 Dos 170 Anos dos Cursos Jurídicos no Brasil

Merece ser frisado que ao talante do Conselho Federal da OAB verificaram-se os maiores e mais dignos movimentos em benefício do ensino no país, com bem mais de duas décadas dedicadas à qualificação do ensino jurídico, além, é claro, da grande batalha pela democratização do país.

Por ocasião da comemoração dos 170 anos de cursos jurídicos no país, em 1997, a OAB fez publicar edição comemorativa alusiva àquela data, reunindo contribuições dos mais convictos defensores da qualidade do ensino jurídico. Todos os articulistas **referem ou à questão ética, ou à questão metodológica, ou**

⁵ Wander Bastos, Aurélio – O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas – uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro. *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*, DF: OAB, Conselho Federal, 1997, p. 35).

ambas.

Aurélio Wander Bastos por seu turno analisando o passado do Ensino Jurídico para reconhecer o seu futuro afirmava que: “Neste contexto de análise, as principais questões da natureza pedagógica e **metodológica só muito recentemente transformam-se em questões centrais para o ensino jurídico e de sua implementação acadêmica**”⁵.

Em verdade nas décadas de 60 e 70, assistia-se a deterioração do ensino jurídico fortemente pressionado pelo próprio declínio do Estado de direito.

Assim é que Adriano Pinto defendia a credibilidade nos resultados positivos obtidos pela Comissão de Ensino Jurídico da OAB⁶ – (1^a a ser criada no país em 1991), confiante que seus dirigentes não mediriam esforços para gerar uma **mudança estrutural e metodológica** no processo de ensino jurídico.

De fato, as mudanças não tardariam. Com a criação da Comissão de Ensino Jurídico do Mec em 1993, e o trabalho conjunto desenvolvido com CEJ a reforma do ensino jurídico foi instituída pela Portaria MEC nº 1886/94, que tanto apreciamos e defendemos em relação à L.D.B⁷.

O douto professor José Geraldo de Sousa Júnior⁸, vice-presidente da CEJ, como reflexão propunha:

Esta é a base de uma cultura inquietante, apta a transformar em experiência e vivência quotidianas os sinais de futuro inscritos nas práticas das ações humanas projetadas no mundo. Discernir o sentido e o significado desta práticas supõe um deslocamento do olhar cognoscente, que há de ser por sua vez um olhar inquieto acerca das imagens de síntese que buscam compreender o mundo, em vez de manipulá-lo.

O fenômeno jurídico é para ser apreendido, compreendido e jamais manipulado.

Por sua vez o Professor João Maurício Adeodato⁹ explica:

Uma outra ordem de problemas são os éticos, os quais dependem de escolhas em alto grau autônomas em relação à formação técnica. Ainda que o ensino jurídico de terceiro grau não deva impor posições éticas específicas, a observação mostra que um maior cuidado com as disciplinas humanísticas e a ênfase sobre perspectivas mais críticas, em detrimento do argumento de autoridade que tem caracterizado tradicionalmente o ensino jurídico brasileiro, deve levar ao que parece um aperfeiçoamento ético, no sentido de tolerância que fundamenta a democracia. (grifo nosso)

⁶ Idem, p. 34.

⁷ Lei Federal Nacional nº 9394/1996, que trata das diretrizes e bases da educação.

⁸ Idem, p. 128.

⁹ Op. cit. p. 148.

Os exímios mestres citados explicitam, com profundidade, o relevo das metodologias e da ética, contextualizados no ensino jurídico.

4. Aprendendo a Educar desenhando Perfis

Pensando na parte que cabe aos educadores, constata-se ser implausível a busca do conhecimento do direito decorrente da clássica concepção metodológica dominante até então, ressalvadas algumas apoucadas experiências novas.

O tema é fascinante, dentre as novas propostas metodológicas empreendidas até então, no processo de propor um novo campo de referência metodológica. Deve ficar claro o esforço contemporâneo para responder às necessidades relativas ao conhecimento jurídico, suas origens, conceitos, natureza, elementos, evolução crítica e aplicação.

É virtualmente inconcebível que o ensino do direito possa assumir perfil adequado aos novos propósitos traçados, sem o fundamento seguro e clássico da secular ética amalgamada também nas metodologias.

Dentre as várias propostas ou aspectos modernos seis deverão ser considerados de real importância e essenciais às atividades cognitivas referentes ao ensino e aprendizagem do Direito.

Além das técnicas inarredáveis de motivação, estímulo, enfrentamento de desafios, desenvolvimento de espírito de equipe, dentre outras, são indicados os aspectos referidos a saber:

1 - Ensino Jurídico como instrumento de Justiça Social (princípio da Socialidade) envolvendo ensino de qualidade, com iguais oportunidades para todos, resgatando a dignidade intelectual de todos os envolvidos neste grande projeto.

2 - Os objetivos éticos dos ensinamentos. Citados nas citadas diretrizes, mas que devem estar explicitados de maneira muito nobre na missão de cada Instituição.

3 - Personalização do aluno. Ligado diretamente ao valor humano que o estudante representa, não podemos educar, ensinar, alunos anônimos, desconhecendo suas potencialidades ou deficiências.

4 - Resgate do sentido do Ensino Jurídico. Falo aqui de um Ensino Jurídico, contemporâneo, para o operador do direito 'localizado', capaz de criar, criticar, resolver problemas, executar sua missão.

5 - Ética comportamental – muito ligada à moral cristã é baseada na longanimidade, bondade, compreensão, domínio das emoções, equilíbrio.

¹⁰ FREITAS, Luiz Carlos, Neoteonicismo e formação do educador. In: Formação de Professores, nº 1, 5. ed. Cortez Editora, p. 96.

6 - Integridade ética - com referência as Instituições de Ensino, educadores e estudantes íntegros, justos e coerentes.

Esta parece ser uma ocasião oportuna para apresentar uma avaliação atual, sem afirmar, nesta fase, se alcançaremos todos os objetivos colimados. Assim, examinadas algumas estruturas para transmitir uma concepção reunida em torno de tipos e questões atuais, especialmente importantes do ponto de vista metodológico e ético.

O empreendimento não é de fácil enfrentamento mas não representa, óbice intransponível.

Então a questão não é aumentar a prática em detrimento da teoria ou vice-versa - “o problema consiste em se adotar uma nova forma de produzir o conhecimento no interior dos cursos [...]”.¹⁰

Nesse processo, tenta-se passar a idéia de que o professor deve ter autonomia, que a administração deve ser democrática, participativa.

A universidade deve igualmente ser autônoma e comprometida, verdadeiramente, com o processo de aprendizagem, seja a instituição pública ou privada.

Deve-se falar, também, da Ética das Universidades, da ética dos professores e da Ética dos alunos, reunidos em torno de texturas educacionais apropriadas ao culto do melhor ensino jurídico.

Seres humanos, empresas, negócios, formação profissional, mercado de trabalho, tecnologias, mercado de capitais, dentre outros reafirmam, cada vez mais, seus entroncamentos éticos na busca de sucesso dos empreendimentos encetados.

A Universidade contemporânea, pública ou privada tem o compromisso maior de agir com ética, em tempo integral; promovendo o ensino, pesquisa, extensão e pós-graduação, calcados nas mais nobres e melhores concepções éticas, se desejarem alcançar êxito em seus propósitos, do contrário estarão em curto prazo de tempo, desmerecidas e bem por isso excluídas do grande universo dos canais transmissores do conhecimento.

A Magna Carta da Universidade Européia¹¹ em seus princípios fundamentais define:

Toda Universidade, enquanto Universidade, é uma comunidade acadêmica que, dum modo rigoroso e crítico, contribui para a defesa e o desenvolvimento da dignidade humana e para a herança cultural mediante a investigação, o ensino e os diversos serviços prestados às comunidades locais, nacionais e internacionais.
(grifo nosso)

Para bem desempenhar sua tarefa, a Universidade precisa de **autonomia institucional** e de garantia de **liberdade acadêmica** preordenada à **salvaguarda dos direitos do indivíduo e da comunidade, no âmbito das exigências da verdade e do bem comum** - CONCÍLIO VATICANO II, Constituição Pastoral sobre a Igreja no mundo contemporâneo *Gaudium et Spes.*, n. 59, AAS-58, 1966,

¹¹ *La Magna Charta delle Università Europee*, Bolonha, Itália, 18.09.1988, (Princípios Fundamentais).

p. 1.080, Gravissimum educationis, n. 10, AAS-58, 1966, p. 737.

Torna-se fácil rimar estudo jurídico com metodologia jurídica e ética.

Então, em uma palavra final – O estudo jurídico não é quimera que se espera, se faz melhor por meio da metodologia que se cria, nas planícies éticas em que se esteia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição da República Federativa. Brasília, 1988.

Congresso Internacional de Universidade Católica, 25/04/89, nº 34, AAS, 18, p. 1218.

WANDER BASTOS, Aurélio. O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas – uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro. *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*, DF: OAB, Conselho Federal, 1997, 213p. p. 35.

FREITAS, Luiz Carlos, Neoteonicismo e formação do educador. In: *Formação de Professores*, nº 1, 5. ed. Cortez Editora, p. 96.

LA MAGNA CHARTA DELLE UNIVERSITÀ ERUPEE. Bolonha, Itália, 18.09.1988. (Princípios Fundamentais).

CIBERTRIBUTOS: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS INTERNACIONAIS DAS ATIVIDADES NO ÂMBITO DA INTERNET E SUAS REPERCUSSÕES NO BRASIL

CYBERTAX: INTERNATIONAL TAX ASPECTS OF THE INTERNET ACTIVITIES AND THEIR EFFECTS IN BRAZIL

Maria de Fátima RIBEIRO*

RESUMO

Apesar da tentativa de proteção legislativa interna em cada Estado, necessário se faz observar que a internet ultrapassa barreiras nacionais, envolvendo estudos sobre a soberania informativa. São apresentadas diretrizes internacionais para harmonização da legislação pertinente à incidência de tributos no comércio eletrônico e o Modelo da UNCITRAL. O Brasil deverá ajustar o seu Sistema Tributário Nacional, contemplando as inovações tecnológicas e as tendências mundiais do assunto.

Palavras-chave: comércio eletrônico; internet; imposto; tributos.

SUMMARY

Despite the law protection in each State, it is necessary to notice the Internet crosses national barriers, involving studies about information sovereignty. International directions are presented to harmonize the laws about electronic commerce taxes and UNCITRAL model. Brazil must adjust its National Tributary System, regarding the technological innovations and global tendencies.

Key words: electronic commerce, Internet, taxes, tributes.

1. Introdução:

A cada dia as empresas de tecnologia de informação investem em programas que possam dar proteção aos internautas. Por mais que aprimorem tecnologicamente o sistema de transmissão de dados e informações eletrônicas, há sempre a preocupação com a segurança jurídica desses dados. Preocupação que extrapola o território nacional e alcança espaços de outros países, especialmente no que diz respeito as operações de *e-commerce* (comércio eletrônico) e de *e-business* (negócio eletrônico) no mundo do *world wide web*.

A revolução da informação traz espaços e tempos distintos para um só lugar, o ciberespaço, fazendo surgir novos padrões e experiências jurídicas.

Há uma tendência internacional no sentido de harmonizar ou até uniformizar os procedimentos e a legislação, especialmente no que se refere a validade

* Doutora em Direito Tributário-PUC-SP, Professora e Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina e do Curso de Direito da FACCAR - Rolândia-Paraná - Brasil. Professora do Curso de Direito da UNIMAR - Universidade de Marília.

dos documentos eletrônicos, da assinatura digital, dos critérios probatórios de tais documentos eletrônicos e da incidência tributária.

Por isso, novas formas de proteção tecnológica e jurídica precisam ser criadas, e outras legislações e princípios em vigor ser ajustados para a aplicação aos casos concretos.

O comércio eletrônico mundial exige uma disciplina jurídica específica, abrangendo diversas áreas do Direito, destacando-se entre elas a incidência tributária sobre a compra e venda e prestação de serviços via internet - o cibertributo.

A proposta (Projeto de Lei do *e-commerce* nº 1589 de 1999) que tramita no Congresso Nacional brasileiro teve como base o modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) sobre o comércio eletrônico, o que possibilitará maior proximidade da legislação brasileira com a dos demais países, tendo em vista a globalização da economia, que recomenda a utilização de regras comuns.

Com isso, se faz necessário verificar a incidência tributária sobre o comércio eletrônico por meio da internet.

Alguns países deixam a tributação em aberto, aguardando novas tendências, como é o caso dos Estados Unidos.

Em outros casos, como no Brasil, o Sistema Tributário Nacional distribui competências tributárias internas, para cada um dos entes políticos da federação, com vedações de incidência de impostos, caracterizando aí a imunidade tributária.

Assim, acordos internacionais e as Diretrizes internacionais que são aprovadas, deverão ainda passar pela recepção (referendo) do Congresso Nacional do Brasil, para surtir eficácia, como será demonstrado, face à soberania do Estado.

2. Os efeitos dos tributos na Internet e a questão da soberania e da territorialidade:

Com a internet surgiram novos conceitos de comércio e serviços, de acordo com os quais os bens imateriais ou incorpóreos representam importantes inovações nas relações econômicas e sociais com as repercussões tributárias específicas pertinentes a essas atividades. O comércio eletrônico desencadeado a partir de 1997 nos Estados Unidos, alterou as formas convencionais de comércio.

Ricardo Luiz Lorenzetti (2000, p. 837) apresenta as interrogações básicas: Deve intervir o Estado mediante regulações ou pode auto-regular-se? Pode o Estado regular uma rede que opera internacionalmente? Quais outras legislações são admissíveis? Escreve, então que muitas dúvidas ainda pairam quando se tem questões pertinentes às normas de segurança, assinatura digital, pagamento de compras por meio da internet, a proteção da propriedade intelectual, o acesso ao mercado, a tributação e outros aspectos que incentivam o desenvolvimento.

Assim, tem-se que o funcionamento da internet não é uma questão meramente privada; é uma forma extrema de globalização, com efeitos políticos e sociais, que envolvem a ordem pública tendo necessidade de regulamentação abrangente.

Apesar da tentativa de proteção interna em cada Estado, necessário se faz observar que a internet ultrapassa as barreiras nacionais, envolvendo estudos sobre a soberania informativa, como destacou Lorenzetti (2000, p. 838).

Tradicionalmente a soberania é vista como a existência de um governo sobre certa população dentro de um território, que não dependa ou seja subordinada a qualquer outra autoridade.

Com a evolução da informática e das telecomunicações, a soberania não está mais circunscrita a um território. As pessoas podem acessar informações em qualquer ponto do globo, realizar atos, celebrar negócios, transmitir e receber informações. Essas condutas podem muitas vezes ficar fora do controle jurídico de cada ordenamento jurídico.

A dificuldade de controlar as transações efetuadas pela da internet poderá implicar em novas formas de evasão, com grave prejuízo para a arrecadação de receitas fiscais, principalmente no tocante ao comércio eletrônico direto, no qual os bens ou serviços são encomendados e fornecidos *on line*, podendo a transação realizar-se por *e-mail* e o pagamento ser efetuado por cartão de crédito, o que dificulta a fiscalização.

Quando se constata transferência acelerada de atividades de caráter econômico e a geração de valores, instrumentos exclusivos para a operação e o uso da internet, o Estado desperta para a questão do controle legal da internet, do exercício da sua soberania sobre a rede, e atenta para eventuais perdas desse controle ou de soberania em relação aos usuários e as trocas e operações correntes na internet.¹

Por outro lado, a celebração de acordos, entre os países, para assegurar a eficácia das respectivas legislações traz implícita a noção de parcial renúncia a um poder soberano (GRECO, 2000, p. 15).

A evolução do conceito clássico de soberania, aliada à concepção de que o desenvolvimento dos Estados depende da cooperação e integração, contribui para o surgimento dos blocos econômicos, que se oriundos de tratados internacionais juridicamente perfeitos, representam as verdadeiras organizações internacionais, devendo ser regidas pelo Direito Internacional, isso certamente repercutirá de forma considerável nas ordens internas de cada um dos Estados.

Sendo a internet uma rede de abrangência mundial, e o Direito, normalmente, algo com âmbito de validade espacial limitado, podem surgir conflitos relativamente à lei que deve ser aplicada.

Isto não bastaria face ao crescimento rápido em escala global da internet. Surge, então, a necessidade de normas de natureza internacional e/ou comunitária que fixem critérios mínimos comuns para sua aplicabilidade aos países, e que sejam capazes de manter uma aplicabilidade permanente aos novos desafios.

Muitas normas existentes podem ser adaptadas, se compatíveis com a nova realidade ao mundo digital. Os princípios gerais do Direito necessitam de uma interpretação mais moderna para serem revitalizados.

Marco Aurélio de Castro Júnior ao escrever sobre a uniformização de tratamento das relações jurídicas na internet destaca que:

¹ LUNA FILHO, Eury Pereira. *Limites Constitucionais à Tributação na Internet*. Acesso em 13 abr. 2001. <http://neofito.direito.com.br/artigos/art02/inform28.htm>, p. 2.

Partindo da concepção moderna de soberania, que encontra limite na soberania dos outros povos; tomando-se os exemplos das leis reguladoras do comércio internacional, a experiência de grande parte dos países modernos na realização de acordos internacionais, tratados e convenções em direção à tendência atual de formação de blocos de países, com legislação, moeda e justiça comum, parece não haver grande dificuldade de se compreender os problemas que afetam a internet, sob o prisma jurídico, assim como os técnicos, hão de ser tratados mediante legislação consensual entre os diversos países.²

Por isso, é importante compreender o problema da territorialidade envolvendo o domicílio das partes que transacionam na internet, o local onde se tramam as relações jurídicas e a legislação aplicável. Assim, pode ser questionado: aplica-se a legislação do domicílio de qual das partes?³

3. Aspectos tributários internacionais das atividades no âmbito da internet:

Algumas Convenções foram firmadas para evitar a dupla tributação tendo como base a mobilidade da renda, entre diversos países. A partir da nova realidade do comércio internacional, ou seja, por meio comércio denominado virtual, além da mobilidade da renda, deve ser registrada também a mobilidade do consumo e dos agentes econômicos. Por causa dessas mobilidades não se sabe ao certo onde se encontra o fornecedor ou o consumidor do produto.

A tributação das atividades negociais feita pela internet tem gerado inúmeras dúvidas. O Comitê para Assuntos Fiscais da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) está trabalhando ativamente nos assuntos correlatos ao comércio eletrônico. Referido Comitê discutiu as Diretrizes de Tributação (*Taxation Framework Conditions*), em 1998,⁴ com o objetivo de orientar os governos de países da comunidade do comércio internacional, mesmo aqueles países não-membros da OCDE. Essas Diretrizes de Tributação do comércio eletrônico envolvem quatro áreas: tratados de tributação, tributos sobre o consumo, administração fiscal e serviços destinados ao contribuinte.⁵ A OCDE tem Comissões permanentes que estão discutindo sobre essas áreas, com a apre-

² - A Uniformização de Tratamento das Relações Jurídicas Travadas na Internet, In: *Revista Jurídica da Universidade Federal da Bahia*, n. 6. Salvador, 1998, p. 223.

³ - No Brasil, os tratados e acordos internacionais, depois de assinados pelo Presidente da República, precisam ser referendados pelo Congresso Nacional para entrar em vigor. (art. 84, inciso VII e 49, inciso I da Constituição Federal)

⁴ - As Diretrizes foram recebidas pelos Ministros na Conferência Ministerial sobre o Comércio Eletrônico ocorrida em Otawa - Canadá em outubro de 1998.

⁵ - AMARAL, Gilberto Luiz do. *Internet e Tributação*. Acessado: 28 de jul. de 2001.

sentação de um Programa de Trabalho pelo Comitê para Assuntos Fiscais. O Programa trata sobre os seguintes aspectos: a) Se a competência espacial da tributação de *web sites* e servidores é do local de seu estabelecimento permanente; b) como o pagamento dos produtos digitais deve ser discriminado nos tratados de tributação; c) acerca do tributo sobre o consumo, obter um consenso sobre a definição do local do consumo, bem como conceitos internacionais de serviços e propriedade intangível; e d) buscar a adoção de identificações e convenções internacionais para as declarações do contribuinte.

Recentemente, em Genebra, estiveram reunidos todos os países associados à Organização Mundial do Comércio para decidir, se seria possível a implantação de impostos nas comercializações pela rede de internet.

Os Estados Unidos têm proposta para eliminar qualquer barreira fiscal sobre a comercialização de diversos produtos pela rede de internet, podendo encontrar dificuldade para tentar controlar a comercialização na rede, face às inovações tecnológicas e a impossibilidade de controlar o acesso das pessoas.

São estas as regras elencadas Angela Bittencourt Brasil⁶, que poderão ser impostas no ciberespaço: 1. A competência entre autoridades e legislações fiscais seria de abrangência mundial, o que também exige que as regras estabelecidas internacionalmente, competindo à Organização Mundial do Comércio, referido trabalho. 2. A pessoa poderá escolher o regime fiscal que for de seu interesse. 3. Os impostos não só afetarão a riqueza econômica e não haverá pagamentos diretos sobre os produtos adquiridos ou vendidos. Estuda-se a criação de taxas que gravariam o tráfego na rede em forma de tempo de conexão.

Ao comentar as informações apostas, a autora em questão relata que a solução para tributar os bens corpóreos que se trocam na rede, estaria na gravação do imposto na fonte, e para os bens incorpóreos, como os serviços, seria impossível ter controle sobre eles.⁷

O documento básico e fundamental para a regulamentação da internet no campo do comércio eletrônico, em todo o mundo, a partir do qual os países devem regulamentar a internet é a **Lei Modelo da Uncitral** para o comércio ele-

⁶ - BRASIL, Angela Bittencourt. *Fronteiras Eletrônicas e Paraísos Fiscais*. Acessado: 05 set. 2000 – www.teiajuridica.com/af/frontele.htm, p. 2.

⁶ - Idem, *Ibidem*, p. 02.

⁷ - Op. Cit p 2.

⁸ - Outros documentos também são considerados referências para os países estabelecerem suas normas sobre a internet e do comércio eletrônico, destacando-se: 1. O Relatório do Grupo de Trabalho em Comércio Eletrônico da UNCITRAL, publicado em fevereiro de 1997, denominado Planejamento do futuro trabalho a respeito de comércio eletrônico, assinaturas digitais, autoridades de certificação e questões legais relacionadas. 2. Cartilha sobre o Comércio Eletrônico e Propriedade Intelectual, publicada pela WIPO/OMPI em maio de 2000. 3. Parâmetros para um Comércio Eletrônico Global, publicado pelo governo dos Estados Unidos em julho de 1997, da mesma forma a Política do Governo Norte-Americano para o Comércio Eletrônico. 4. O Projeto *Diffuse* criado pela Comissão Européia para as Tecnologias da Sociedade da Informação divulgou o Guia para as regulamentações do Comércio Eletrônico. No Brasil, em 1995 foi criado o Comitê Gestor da Internet (CGI) que fornece a Cartilha de Segurança para a Internet e outras Recomendações.

trônico, produzida pela primeira vez em 1996 e atualizada em 1998.⁸

Com referência à falta de regulamentação ou ao excesso de regulamentação da Internet, o GIIC (*Global Information Infrastructure Commission*) e o Projeto do CSIS - (*Center For Strategic & International Studies*) dos Estados Unidos, publicaram pesquisas de análises do impacto da tecnologia de informação na sociedade, em âmbito internacional. O documento expõe os princípios sobre os quais deve ser fundamentada a questão da tributação na internet (*E-commerce Taxation Principles: a GIIC perspective*). Entre tais princípios, destacam-se: 1. Não devem ser criados novos impostos ou taxas para o comércio eletrônico, assim como não deve a tributação na internet basear-se em parâmetros de uso da rede ou com base em número de *bits* transmitidos ou descarregados (*downloaded*); 2. É fundamental que se evite bi-tributação ou dupla tributação, sob pena de se inibir o desenvolvimento do comércio eletrônico. 3. Os governos devem evitar reações prematuras ante o comércio eletrônico e não ceder à tentação de criar impostos específicos para as transações comerciais via internet. 4. O GIIC acredita que o princípio geral da territorialidade deve, com cautela, ser adotado por ser eficaz, seguro, simples e neutro; 5. O fornecimento e comércio de produtos em forma digital, como livros, *software*, imagem, música ou informação devem ser tratados como fornecimento de serviços, não como fornecimento de produtos ou coisas tangíveis.⁹

Com referência aos Tratados Internacionais sobre a tributação tem-se observado a aplicação das normas internacionais vigentes na área eletrônica, com as devidas ressalvas e explicitações, especialmente no que concerne ao Tratado Modelo de Tributação (*Model Tax Convention*).

Uma vez que a internet é um meio de comunicação mundial, estaria sujeita às leis nacionais?

Pertinente aos tributos sobre o consumo, as diretrizes determinam que nesta tributação, a competência é do país onde ocorre o consumo, e que o comércio de produtos digitais deve ser separado do comércio de mercadorias. Já no âmbito da administração fiscal, o lançamento tributário deve ser justo e neutro, equiparando-se em nível e modelo à tributação do comércio tradicional. Por causa dessas Diretrizes é provável que sejam incluídos no Programa, outros países e negócios que não pertencem a OCDE, com o objetivo de assegurar uma política globalizada.

Entre os diversos princípios que norteiam tais propósitos destaca-se o da neutralidade. Referido princípio consiste em que o sistema tributário deve tratar em forma economicamente equivalente os ingressos (as entradas) gerados por operações análogas. Este princípio dispõe que a incidência tributária de um determinado bem ou serviço, não deve ser um fator determinante no momento em que o consumidor eleja que produto adquirir.¹⁰

⁹ - CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. A Regulamentação da Internet no Brasil. *Revista Eletrônica de Derecho Informático*, [http://publicaciones.derecho.org/redi/No - acesso em: jul. 2001/6](http://publicaciones.derecho.org/redi/No%20-%20acesso%20em%20jul.%202001/6).

¹⁰ - Como medida preventiva, o Governo norte-americano aprovou o *Internet Tax Freedom Act*, que constitui uma norma tributária que concede uma isenção temporária ou moratória, sobre os tributos que podem afetar a internet, considerando especificamente o serviço de acesso a internet, os impostos múltiplos ou discriminatórios.

Como experiência na União Européia, todas as transmissões eletrônicas e quaisquer bens incorpóreos fornecidos por esses meios são considerados serviços para efeitos do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado).¹¹ Em 1997 foi designada uma Comissão de Especialistas, que indicou que para o desenvolvimento do comércio eletrônico e fiscalidade, seria interessante que os sistemas fiscais proporcionassem: segurança jurídica, de modo que as obrigações fiscais fossem claras e previsíveis; e neutralidade fiscal, para que todas as atividades não estejam sujeitas a encargos maiores do que o comércio tradicional. Assim, entendeu que o IVA poderia ser aplicado ao comércio eletrônico.

O desenvolvimento do comércio eletrônico impõe desafios à tributação, tanto a gestão das administrações tributárias quanto das empresas. Quanto aos impostos indiretos, em especial o imposto sobre o valor agregado, podem ser mencionados como as principais dificuldades provocadas por esse novo fenômeno: a localização do fato imponible, a distinção entre transferência de bem intangível ou prestação de serviços, a identificação e/ou localização das pessoas que participam da transação, e a redução ou exclusão, em alguns casos, dos intermediários da cadeia de comercialização.

O comércio eletrônico dá margens à discussão sobre a determinação da jurisdição (do local) na qual se consumirá o produto comercializado. Via de regra, as jurisdições fiscais se regem pelo princípio do país de destino ou de origem.

Essas jurisdições são importantes para conceituar - estabelecimento permanente - que será analisado no próximo item.

4. O Sistema Tributário Brasileiro e o *E-commerce*:

O crescimento do comércio eletrônico pela internet e por outros meios de comunicação, é polêmico quanto à ocorrência ou não de fato gerador nas aquisições de bens e serviços praticados por esses meios, quando a doutrina de-frente dificuldades em lidar sobre os tradicionais conceitos de mercadorias, de bens corpóreos e incorpóreos.

Assim, os aspectos jurídicos relativos à rede de internet alteraram os conceitos clássicos do Direito Tributário, no que se refere ao fato gerador, definição do objeto, momento de incidência, bens corpóreos e incorpóreos, estabelecimento comercial, como já indicado, adquirem contornos diferentes quando os negócios são realizados *on-line*.

No Brasil, também são registradas muitas dúvidas quanto à tributação na internet: Quais operações são passíveis de tributação? Qual o tributo incidente? ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre pres-

¹¹ - Rui Nuno Marques escreve que o crescimento do volume de serviços prestados pelos operadores fora da União Européia por via eletrônica e destinados aos consumidores finais da União Européia, tipo não sujeito ao IVA, poderá representar um fator de distorção da concorrência. Nesse sentido, a União Européia já se pronunciou a favor da sua tributação no território comunitário (COM (97) 157). Home page www.tributarista.com.br/content/estudos/internet-fisco.html acesso em: 28 jun. 2001.

tações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) ou ISS (Imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no ICMS)?

Recentemente o Conselho Nacional de Política Fazendária - (CONFAZ) entendeu que o serviço de acesso à internet se caracteriza como serviço de telecomunicações e que, portanto, estaria sujeito à incidência do ICMS e não do ISS.¹² No caso do ISS, o art. 156, I da Constituição Federal, é explícito ao afirmar que a instituição do ISS só ocorre se os fatos geradores estiverem definidos em lei complementar. Tal norma é o Decreto - Lei 406, de 31 de dezembro de 1968¹³. Como não há nele qualquer menção ao serviço de provedor de acesso à rede mundial de computadores, entendem alguns juristas que os municípios não têm legitimidade para cobrar o ISS, e, ao tributar estariam violando o princípio constitucional da legalidade.

Já no que diz respeito ao ICMS, dispõe o texto constitucional em seu art. 155, II, que compete aos Estados a instituição do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Por uma visão inicial, assim, os provedores deveriam ter sua atividade atingida por tal tributo. Ocorre, no entanto, que conforme a Lei de Telecomunicações (Lei 9.472 de 16 de 1997), o provedor de internet não possui natureza de serviço de comunicação, mas de serviço adicionado.

No campo da tributação deve ser considerada também a transferência de preços (*transfer price*). Esta prática é incrementada com o aumento do comércio eletrônico. Os paraísos fiscais não tributam os ingressos sobre as pessoas jurídicas, e impedem a identificação das pessoas físicas que atuam por meio dessas empresas, evitando a tributação do imposto de renda.

A internet facilita para empresas multinacionais a transferência de suas atividades para os paraísos fiscais ou a países com tributação baixa. Muitos países, como o Brasil, tem acordos com outros países, com o propósito de evitar a dupla imposição, porém, no campo da informática, poderão encontrar maiores dificuldades de controle das suas operações.

A natureza jurídica específica dos impostos no Brasil está determinada pelo fato gerador do correspondente imposto. Não importa para tanto o nome, as características adotadas pela lei e nem o destino legal da arrecadação dos impostos que são pertinentes para a questão. O comércio eletrônico não modifica o caráter de compra e venda de bens e serviços.

Outro problema na tributação do comércio eletrônico será estabelecer os mesmos critérios que permitam definir, em que casos se considera que se desenvolvem atividades comerciais dentro de uma determinada jurisdição. Normalmente os países tributam as empresas ou pessoas físicas estrangeiras a respeito das operações e portanto, os ingressos, obtidos dentro de sua jurisdição. Para determinar o local da atividade geradora de ingressos em uma determinada jurisdição, basta a identificação de um estabelecimento permanente, dentro do território.

¹² - A alíquota do ICMS para serviços de telecomunicações é de 25%, enquanto a alíquota do ISS varia de 0 a 5%, conforme a legislação do Município que o serviço é prestado.

¹³ - Este Decreto foi alterado pela Lei Complementar n. 56/87, referente ao ISS de competência municipal.

Para a doutrina tradicional, o estabelecimento permanente importa em um lugar fixo de negócios, mediante o qual uma empresa realiza toda ou parte de sua atividade comercial. Assim, é necessário que se configure: O elemento físico, sendo um lugar fixo de atividades; e, o elemento econômico, que requeira a realização de atividades de comércio.

Estados e municípios disputam entre si a competência para tributar os provedores de acesso a internet. Os Estados entendem que os provedores desenvolvem um serviço de comunicação, devendo portanto, recolher o imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS). Para os Municípios, esses provedores prestam atividade de prestação de serviço, sujeitando-se à incidência do ISS.

Portanto, faz-se necessário estabelecer a distinção da natureza jurídica do serviço prestado no âmbito da internet, para certificar o campo de incidência tributária. Da mesma forma é saber qual a definição de estabelecimento virtual. Outra questão ainda perdura: O *software* é considerado mercadoria para fins de tributação?

A doutrina e a jurisprudência têm apresentado interpretações diversas sobre a tributação incidente sobre o *software de prateleira*, ou seja, conjunto de instruções de programação padronizada. Aldemário Araújo Castro (2001, p.3) em recente estudo, apresenta que o *software* referido é considerado mercadoria e, portanto, está sujeito à incidência do ICMS. Já, o *software* feito sob encomenda, isto é, conjunto de instruções de programação elaboradas especificamente para o cliente, deve ser tributado pelo ISS.

No entanto, outra discussão sobre a incidência ou não de tributos sobre o CD-Rom tem sido objeto de preocupação dos tributaristas. O fato se prende ao enquadramento, do mesmo, no art. 150, inciso VI, alínea *d*, da Constituição Federal de 1988 (imunidade). A evidência vem determinada pelo propósito que teve o constituinte em proteger o livro, como conceito, como idéia, como instrumento de divulgação de informações e de cultura de uma forma geral.¹⁴

Hugo de Brito Machado¹⁵ assegura que os CDs, disquetes e similares são livros, ou, na verdade, são novos suportes físicos dos livros. Por isso, estão imunes dos pagamentos de tributos. O que houve, segundo o jurista, foi uma evolução no conceito de livro, e se o legislador não distinguiu (livros...), não cabe ao intérprete distinguir.

Outra questão que se apresenta é a de se considerar ou não os serviços de uso do usuário à internet como sujeito à incidência do ISS, de competência dos municípios. Tal tributo tem como pressuposto legal a prestação de serviço por empresa ou profissional autônomo, de serviço definido em lei complementar, não compreendido na competência tributária dos Estados (artigo 156, inciso II da Constituição Federal).

No entanto, a Lei Complementar nº 57, de 15 de dezembro de 1987, ao listar os serviços sujeitos ao ISS, não incluiu, por não existir à época, item específico

¹⁴ - O meio físico ou substrato material será definido pelos costumes e recursos técnicos da época. O livro pode se apresentar em vários formatos: o clássico, por meio de disquetes, CD-ROM ou DVD. Em todas as formas está caracterizada a imunidade, afirma Aldemário Araújo Castro. Op. cit., p. 3.

¹⁵ - Da mesma forma confira as afirmações de Hugo de Brito Machado, em seu artigo *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*, de 21 set. 2000 - home page <http://www.hugomachado.adv.br/artigos/1-eletr.html>.

a respeito da atividade exercida pelos provedores de acesso a internet. A lista de serviço é taxativa e o serviço prestado pelos provedores de acesso não se encontra expressamente previsto nela.

Apesar das discussões sobre o enquadramento das operações via internet nos tributos existentes, deve ser observado, o que está tramitando no Congresso Nacional, proposta de Reforma do Sistema Constitucional Tributário. Referida proposta dispõe sobre a alteração do ISS, ICMS e IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), possibilitando a criação do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado). Dessa forma, a tributação incidirá no destino da venda e não mais no local de origem. Referida reforma não contempla as inovações tecnológicas.

O atual sistema tributário brasileiro não foi concebido para uma economia que não fosse centrada na produção e propriedade de bens materiais.

O comércio eletrônico envolve a venda de bens tangíveis (comércio eletrônico impróprio ou indireto), destacando a venda de livros, brinquedos entre outros e de bens intangíveis (comércio eletrônico próprio ou direto). A operação começa, se desenvolve e termina nos meios eletrônicos, normalmente a internet. O último tipo de comércio, poderia estar fora da tributação.¹⁶

5. Conclusão:

A internet não pode ser contida dentro de fronteiras. Assim, todos os aspectos da internet passíveis de regulamentação no Brasil não devem ser regulamentados só no âmbito brasileiro. As normas aplicáveis à internet devem proceder de diretrizes internacionais.

O que se tem claro é que não poderá cada país legislar isoladamente no contexto do ciberespaço. É necessário um trabalho conjunto de diversas legislações provenientes de diversos países para referendar novas regras.

Recomenda-se que as regras jurídicas sejam claras, precisas, objetivas e capazes para facilitar sua interpretação, aplicação e aperfeiçoamento

As lacunas jurídicas relativas à tributação do comércio eletrônico surgem diante de diferentes jurisdições fiscais no âmbito internacional. Essa realidade influi diretamente sobre o conceito clássico de soberania e principalmente soberania fiscal.

Um dos pontos mais críticos da tributação do comércio eletrônico está na dificuldade de localizar as operações realizadas no âmbito da internet, de conceituar estabelecimento comercial, de conceituar o que seja territorialidade, e ainda considerar os tratados internacionais de dupla imposição tributária e os paraísos fiscais. Tudo isso deverá ser apresentado de forma adequada, sob pena de distorções da livre concorrência e da evasão fiscal, que poderá aumentar a diferença de desenvolvimento entre os países.

¹⁶ - Atualmente, estas operações estão fora do campo da tributação. Existe necessidade de maiores estudos para esclarecer os aspectos material, espacial e pessoal da regra matriz de incidência de tributo. Da mesma forma, Aldemário Araújo Castro, op.cit. p. 4, acrescenta que os sites não podem ser qualificados como estabelecimentos virtuais.

A tributação deve assegurar a neutralidade fiscal e a equidade entre as diferentes formas de comércio eletrônico e os meios convencionais de intercâmbio, propiciando maior segurança jurídica. Desde o início da história da tributação, as regras aplicáveis em matéria jurisdicional tributária, têm fundamentado nos conceitos que implicam uma presença física em um lugar geográfico determinado. Em sede de tributação de eletrônicos, não é imprescindível a existência de um lugar físico, como pôde ser observado na exposição do tema.

O controle do comércio eletrônico, sob a perspectiva tributária, terá que passar necessariamente pelas propostas que estão sendo preparadas nas diversas organizações internacionais, como a OCDE, a União Européia e a OMC. A OCDE tem Comissões permanentes discutindo as questões que foram apontadas no texto.

É necessária a adaptação do Brasil à realidade da informática, que embora com a tramitação de Projetos de lei, amplamente discutidos com a comunidade, o Poder Executivo tem baixado Medidas Provisórias alheias às tendências internacionais.¹⁷

Portanto, o surgimento do comércio eletrônico deve ser mais um motivo para a reforma tributária, especialmente no tocante a instituição do imposto sobre o valor agregado (IVA) que substituirá o ICMS, ISS e o IPI, bem como poderá ser instituído um Imposto sobre Vendas a Varejo (IVV) a ser cobrado pelos municípios. Para essa alteração deverão ser considerados o comércio eletrônico e as possíveis incidências tributárias.

Outra dificuldade do atual sistema tributário brasileiro é a vedação constitucional atribuída à União em instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (art. 151, inciso III - Constituição Federal) . Assim, a proposta de reforma constitucional tributária deverá contemplar maior flexibilidade do Sistema Tributário Nacional, face às novas realidades comerciais e tecnológicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio Eletrônico: Modelo, Aspectos e Contribuições de sua aplicação*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

AMARAL, Gilberto Luiz do. *Internet e Tributação*. <http://www/tributarista.com.br/content/estudos/internet.html>, Acesso: 28 jun. 2001.

BACELAR, Selma Reiche. *A Internet e seus Reflexos nos Institutos Jurídicos*. *Revista Jurídica da Universidade Federal da Bahia*, v. 6. Salvador, 1998.

¹⁷ - Os documentos emitidos eletronicamente passarão a ter validade jurídica. Para garantir a autenticidade, o governo instituiu, pela Medida Provisória nº 2.200, a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Chaves são códigos criptografados que codificarão o documento e a assinatura do seu autor. Cada usuário terá duas chaves, uma pública, que será de conhecimento de todos, e outra privada, exclusivamente pessoal. A assinatura digital precisará ser reconhecida por uma empresa certificadora. A medida provisória ainda precisa ser regulamentada. (MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200, DE 28 DE JUNHO DE 2001- publicada no Diário Oficial da União de 29.06.2001) .

- BAPTISTA, Luiz Olavo. Comércio Eletrônico: Uma visão do Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 1999.
- BORGES, Antonio de Moura. *O Fornecimento de informações a administrações tributárias estrangeiras, com base na cláusula da troca de informações, prevista em Tratados Internacionais sobre matéria tributária*. <http://www.jus.com.br>. Acesso: 22 abr. 2003
- BRASIL, Angela Bittencourt. *O Comércio Eletrônico: E-commerce*. <http://www.apriori.com.br/artigos/informatica/330/htm>. Acesso: 22 de maio de 2001
- BRASIL, Angela Bittencourt. *Fronteiras Eletrônicas e Paraisos Fiscais*. Pesquisado na home page da teiajuridica.com.br
- BRUGALETTA, Francesco. *Internet e mondo giuridico: applicazioni e problematiche ovvero il diritto all'informazione nella società del duemila*. <http://www.lazaro.guimaraes.nom.br/art1/juraint.htm> Acesso: 22 maio 2001.
- CALLEJA, Isabel Gómez. *España: Novedades en la Regulación del Comercio Electrónico*. http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitointernacional/01abr_00_19.htm Acesso: 26 maio 2001.
- _____. *Novedades Fiscales relacionadas com el comercio electrónico: informe actualizado publicado por el Ministerio de Hacienda*. Publicado na home page em 07 de julho de 2001. <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 31 - Febrero del 2001/6>
- http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitointernacional/01abr_00_19.htm. Acesso 22 abr. 2003
- CASTRO, Aldemário Araujo. Revolução da Informação – Os meios eletrônicos e a tributação na nova realidade. *Consultor Jurídico*, 14 fev. 2001.
- CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio. A Uniformização de Tratamento das Relações Jurídicas Travadas na Internet. *Revista Jurídica da Universidade Federal da Bahia*, n. 6, Salvador, 1998.
- CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. A Regulamentação da Internet no Brasil. *Revista Electrónica de Derecho Informático*. n. 36, julho, 2001.
- CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CUSSI, Angela. *Panorama de la política impositiva, la administración impositiva y las cuestiones internacionales que plantea el comercio electrónico*. Home page: http://www.ae-tax.ca/papers/spanish/brazil_paper_sp.html. Acesso: 22 abr. 2003
- DAUD, Pedro Victório. *Incidência Tributária nas Operações realizadas pela Internet*. – www.jus.com.br/doutrina/tribune2.html. – Acesso: 02 mar. 2001.
- DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores). *Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Perfil Tributário do Provedor da Internet*. <http://www.teiajuridica.com/mz/provedor.htm>. Acesso: 12 abr. 2001.
- FERREIRA, Ana Amelia de Castro. *Tributação "ponto com"*. - www.escriitoronline.adv.br/edicao14/tributacao-com.htm- Acesso: 02 mar. 2001
- FROTA, Mário. *Comércio Eletrônico na União Européia*. http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitointernacional/1fev_00_11.htm Acesso: 26 mai. 2001.
- GODOY, Alvaro Gutierrez. *El Comercio Electrónico en el Derecho Comparado*. <http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitointernacional/>

- 01abr_00_18.htm. Acesso: 26 maio 2001.
- GRECO, Marco Aurélio. Transações Eletrônicas: Aspectos Jurídicos. *In Internet e Direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*. São Paulo: Dialética, 1999.
- OYANES AGUILAR, Luis. Europa y la sociedad de la información. *In: Política Exterior*, n. 73, enero-febrero, 2000. Madrid.
- LAMY INFORMATIQUE. *La fiscalité du commerce électronique*. Droit de l'informatique et des Reseaux. Coordination Michel Vivant, Paris: Édité par Lamy S.A, 1999.
- LEIVA, Renato Javier Jijena. Nuevas Tecnologías, Impuestos y Derecho. Home page [http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No. 32 - Marzo del 2001/7](http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No.32-Marzo-del-2001/7). *Revista Eelectrónica de Derecho Informático*, marzo, 2001. Acesso: 07 de jul de 2001.
- LIMA, Mário Jorge P. de. Direito e Tecnologia. *Revista Jurídica da Universidade da Bahia*, Salvador, n. 6, jan. a dez.1998, p. 229/240.
- LOBO, C. A da Silveira. Tributação do software de prateleira. *Revista Consulex*, 14, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 2000. Tomo III.
- LUNA FILHO, Eury Pereira. *Internet no Brasil e o Direito Ciberespaço*. <http://www.apriori.com.br/artigos/informatica/258.htm>. Acesso: 22 maio 2001
- _____. *Limites Constitucionais à tributação na internet*. <http://neofito.direito.com.br/artigos/art02/inform28.htm>. Acesso 13 abr. 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. home page <http://www.hugomachado.adv.br/artigos/1-eletr.html>. Acesso: 21 set. 2000
- MARQUES, Rui Nuno e CARDOSO, Alberico. *Internet e Fisco. Os Impostos na Rede*. <http://www.tributarista.com.br/content/estudos/internet-fisco.html> Acesso: 28 jun 2001.
- OLIVEIRA, Júlio Maria de. *A Internet e Competência Tributária*. São Paulo: Dialética.
- OLIVEIRA, Liliana Saraiva. *Os Contratos Internacionais no Contexto do Mercosul*. Direito Bancário.
- OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Cibertributos: Aspectos do Direito Tributário no Espaço Cibernético*. <http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/cibertributos.htm> Acesso: 20 jun. 2001.
- ORIGGI, Italo Fernández. *Implicancias Tributarias del Comercio Electrónico. Considerações en torno al concepto de establecimiento permanente*. Em 07 de julho de 2001. Home page [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 22 - Mayo del 2000/2](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.22-Mayo-del-2000/2) Acesso 22 abr. 2003.
- PIAGGI, Ana I. *El Comercio Electrónico y el nuevo escenario de los negocios*. Konrado Adenaur Stiftung. Buenos Aires: CIEDLA n. 4, 1999.
- PICININI, Joel. *Internet: Paraíso Fiscal?* <http://www.apriori.com/br/artigos/tributario/467.htm>.
- PUGLIESI, Fabio. *Reflexões sobre o Comercio Eletrônico na Reforma Tributária*. <http://www.pro-es.com.br/portaldodireito/asp-cfm/col12000229.asp>. Acesso 04

jun 2001.

SALORD, Carlos de Paladella. *Actualidade del IVA en la Unión Européia respecto del comercio electrónico*. <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 24 - Julio del 2001/13> Acesso: 7 jul. 2001.

SOUZA, Dennis Pelegrinelli de Paula. *E-Tributos - Novas Premissas Tributárias diante da Internet*. http://www.tributario.com/ler_artigo.asp?id=1600 Acesso: 22 abr. 2003.

STUBER, Walter Douglas; FRANCO, Ana Cristina de Paiva. A Internet sob a Ótica Jurídica. *Revista Consulex*, Jan. Dez. 1997.

TORRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional. Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TRUJILLO, Elcio. *O Mercosul e a Documentação Eletrônica*. <http://www.advogado.com/zip/mercosul.htm> Acesso 10 abr 2001.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO FRENTE AO AVANÇO TECNOLÓGICO

PRINCIPLES OF LABOR LAW AGAINST THE TECHNOLOGICAL
ADVANCEMENT

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA¹

RESUMO

A acelerada revolução tecnológica trouxe dentre outras conseqüências, a transformação nas relações de trabalho. A flexibilização e a descentralização do Estado surgem como necessários para a modernização do Direito do Trabalho, com vistas à geração de empregos. Contudo, a flexibilização e a própria modernização devem ser trabalhadas de forma a não perder de vista os princípios gerais contidos na Constituição Federal, no tocante à valorização do homem frente ao capital. Qualquer processo de flexibilização que não atenda essa ordem estará em desacordo com a Constituição Federal.

Palavras-chaves: avanço tecnológico; novas relações de trabalho e tecnologia e o Direito do Trabalho.

ABSTRACT

The accelerated technological revolution process propitiated changes at the employment's relations, besides other consequences. The State flexibleness and decentralization come as necessaries aspects to the labor law modernization, in order to propitiate the employment increase. Though, the flexibleness and also the modernization must be lead in order to do not give away the general principles of the Federal Constitution (or Major Law), particularly the ones about men valorization in regard to money. On the contrary, any flexibleness process that does not follow these rules would be in disagreement with the Federal Constitution.

Key words: new labor relation and technology; labor law; technological advancement.

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais - Universidade Estadual de Londrina; Doutor em Direito das Relações Sociais - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Estadual de Londrina; Professor do Curso de Mestrado em Direito Negocial - Universidade Estadual de Londrina; Professor do Curso de Direito da UNIMAR - universidade de Marília; advogado.

I – Introdução: O desenvolvimento tecnológico e a necessidade de reformulação.

O Direito do Trabalho tem pouco mais de cem anos, sendo fruto em parte das distorções sociais da Revolução Industrial Européia. No Brasil, o Direito do Trabalho positivado manteve-se quase que inerte durante o último século, até que, num novo período, principalmente a contar da década de 90, ocorreram várias modificações nas relações de trabalho, principalmente em razão do grande avanço tecnológico ocorrido.

Desse avanço fez surgir de forma mais rápida a visão do velho, do descartável e propostas de alteração das normas trabalhistas surgiram fundamentadas na necessidade de modernizar o Direito do Trabalho de forma a fazê-lo acompanhar as mudanças ocorridas nas relações de trabalho.

Extrapolando-se o limite da norma e atentando-se para o valor, tem-se que toda norma jurídica é criada com determinado propósito. Por exemplo, uma determinada norma visa a combater a inflação, outra a reduzir o desemprego. Tem-se, então, que o conteúdo de determinada norma jurídica, além de normativo é também fático e axiológico. Para o Direito do Trabalho, a mudança ocorrida nas formas de relação de trabalho fez com que se apresentasse uma aparência de destituição de valor da norma jurídica trabalhista, a ponto de a Consolidação das Leis do Trabalho ser vista como algo obsoleto, para não dizer ultrapassado.

Como resultado dessa acelerada revolução tecnológica, o fenômeno da globalização tem proposto a liberalização das economias nacionais e a expansão dos mercados, com graves e profundas repercussões no Direito do Trabalho, as quais serão analisadas no decorrer desse estudo.

O mundo atual passa por uma fase de transição, resultante, dentre vários fatores, da necessidade de as empresas se adequarem a métodos eficientes de competição econômica em um cenário de livre fluxo de mercados. Somam-se a esse fator a profunda revolução tecnológica e a constante necessidade do combate ao desemprego. Ao mesmo tempo em que as empresas tentam reduzir os seus custos e melhorar a qualidade de sua produção, há a redução também no número de empregos e a solução liberalizante que se apresenta é deixar que o mercado de trabalho se auto-regule, sem a interferência do Estado na relação de trabalho.

Nesta nova economia, o sistema de proteção ao trabalho vem cada vez mais sendo apontado como um entrave ao livre desenvolvimento do país. Por esse motivo, a tese da flexibilização ganha hoje generalizada aplicação em qualquer ramo da ordem jurídica que necessite adaptar-se à realidade atual. Um dos fundamentos criados para a flexibilização é o seguinte: sendo verdade que o Direito é reflexo da sociedade, também é verdade que aquele deve acompanhar a evolução desta. Particularizando para o Direito do Trabalho, conclui-se que ele deve transformar-se para a regular as novas relações de trabalho que estão surgindo.

É nesse sentido que os princípios estão perdendo força e importância em sua aplicação. Destarte, os sistemas jurídicos regem-se por princípios tais como liberdade, igualdade, democracia. Esses princípios, em virtude de se reportarem a valores essenciais, desempenham o papel de fundamento das normas jurídicas, ganhando maior destaque para os ordenamentos jurídicos, tendo em vista o exa-

me de suas funções e presença no corpo das constituições contemporâneas. Contudo, esses mesmos princípios muitas vezes esbarram nas exigências de mercado, que parece não estar muito preocupado com a dignidade da pessoa humana e sim com a busca incessante do lucro, a cada dia de forma mais rápida e a menor preço.

Dentro desse contexto, é possível até afirmar que o princípio contido no artigo 7º da C. F., que trata da condição mais benéfica ao trabalhador, da valorização do trabalho contido no artigo 170 ou no artigo 193, todos do texto constitucional, acabam caindo por terra frente ao crescimento do desemprego, do subtrabalho, da redução do salário e da inexistência de políticas públicas de qualificação profissional, quadro desenhado para as próximas décadas no Brasil. Ou seja, ou os princípios não se concretizam ou a Constituição Federal é superada pelas exigências do mercado.

Por outro lado tem-se em face das novas relações de trabalho, um plano mais específico para o Direito do Trabalho. A necessidade de sua renovação é apresentada como algo absoluto, sob pena de ele ser destituído de valor, sem deixar de ter como norteadores os princípios constitucionais estabelecidos. A título de exemplo, pode ser apanhado o elemento “pessoalidade”. Sabemos que o trabalho sob vínculo de emprego deve ser prestado com o caráter de pessoalidade, pelo próprio trabalhador contratado. No entanto, diante do avanço tecnológico existente, muitos trabalhadores no Brasil já prestam seus serviços via internet, dentro de sua própria casa, sem ao menos conhecer pessoalmente a empresa que os contrata, o conhecido trabalho despersonalizado.

São situações como essa que devem ser sanadas com a chamada flexibilização das normas trabalhistas, que nada mais é que ajustar as leis a uma nova ordem de produção, de maneira a fazer com que essa legislação atenda concretamente os anseios sociais propiciando o incremento da geração de emprego, sem, contudo, deixar de atender os princípios constitucionais maiores. Sendo assim, pode ser extraída uma conclusão parcial: que a flexibilização ou a modernização do Direito do Trabalho deve vir por meio de um processo de atualização do Direito do Trabalho. Essa atualização deve buscar sempre buscando o atendimento dos princípios constitucionais da valorização do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da produção da justiça social, pela elevação do nível de vida do trabalhador e não pela busca do barateamento da mão-de-obra, com a conseqüente coisificação do homem.

Caso os estudos em torno da flexibilização não estejam sendo feitos nesse sentido, em face da Constituição Federal, qualquer mudança estará eivada do vício da inconstitucionalidade. Por essa razão, defende-se a flexibilização de acordo com os princípios constitucionais atualmente vigentes, sob pena de se ter por causa desse processo a sobreposição dos interesses meramente econômicos sobre os sociais ou então o trabalho não mais estar voltado à produção de bens sociais e sim à produção de resultados diversos, divorciados dos objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.

II - Do significado de avanço tecnológico

Para uma melhor conceituação de avanço tecnológico, faz-se relevante a análise de todo o processo que tornou necessária a expansão tecnológica, em face

da necessidade de aumento de produtividade e da busca da maior eficiência no uso dos recursos naturais e tecnológicos.

Depara-se hoje a humanidade com um novo ciclo de relações de trabalho ou de modo de produção chamado de *globalização sócio-econômica*, que pode ser conceituada como uma crescente integração internacional da produção, isto é, uma atuação em espaço universal. É ela decorrente dos efeitos da Terceira Revolução Industrial, da formação de blocos econômicos e áreas de livre comércio e da interdependência dos mercados mundiais.

Destarte, um fator considerado essencial para a tendência à globalização é o fator tecnológico. Tecnologia significa a aplicação da ciência a tarefas de ordem prática. Aplicada tanto à produção quanto ao comércio, é o fator diferenciador dos tempos atuais em relação aos momentos econômicos que precederam a globalização.

No caminho do desenvolvimento tecnológico e do processo de globalização, novas formas de competição entre empresas e sistemas econômicos começam a surgir. Essa competição se volta principalmente para a tecnologia dos processos produtivos. Buscaram-se investimentos diretos em regiões mundiais onde as vantagens eram muitas, por exemplo, mão-de-obra mais barata, embora nem tão qualificada, beneficiando, portanto os países menos desenvolvidos. No caso, a qualificação da mão-de-obra já passa a ser um fator de menor importância, partindo-se do pressuposto que em um modo de produção altamente tecnificado necessita-se de um menor número de trabalhadores qualificados. Essa é uma outra questão a ser enfrentada, ou seja, a redução da necessidade de trabalhadores qualificados e também a redução do número de trabalhadores desqualificados.

Para muitos autores, a tecnologia significa a produção sem interferência do fator humano ou, com a mínima interferência possível. A atividade do trabalhador passa a recair sobre o controle do sistema produtivo. Substituem-se as tarefas repetitivas por um processo baseado em modelos de informática. Assim, a atividade do trabalhador, deixou de se basear na materialidade do trabalho ou na habilidade do uso de máquinas e ferramentas.

Buscam-se cada vez mais trabalhadores com conhecimentos técnicos, com espírito de iniciativa e capacidade de comunicação, consoante a necessidade imposta pelas características da economia moderna para eles, sem dúvida se poderia até mesmo falar em liberalização do mercado de trabalho, no sentido de reduzir-se as normas de proteção, visto que terão força para negociarem o preço da sua força de trabalho no mercado. E os demais trabalhadores? Aqueles sem qualificação técnica, utilizados em tarefas outras de menor importância, cujo contingente é maior do que as necessidades do mercado? Como deixar esses trabalhadores jogados à própria sorte?

Sendo assim, é importante frisar a situação em que se encontra o mercado de trabalho no mundo e no Brasil. Quais as necessidades desse mercado. Qual tipo de trabalhador haverá em um futuro próximo. Quais as necessidades desses trabalhadores, que serão medida de acordo com o seu grau de importância no mercado econômico. Partindo dessas variáveis será possível trabalhar com o Direito do Trabalho, de forma a atender essa nova situação. Em outras palavras, a atualização do Direito do Trabalho está vinculada a essa nova realidade econômica, levando-se em conta a elevação dos princípios trabalhistas. Contudo, os princípi-

os trabalhistas passarão por mutações frente às novas formas de produção do trabalho? Não pode ser esquecido que princípio é a essência, a “seiva da árvore” que a nutre, fazendo-a dar frutos, encontrando-se dispostos e formando um todo harmônico, presos a uma finalidade. Caso passe por mutações, a essência do Direito do Trabalho estará sendo transformada.

III - Do avanço tecnológico e sua incidência sobre os princípios do Direito do Trabalho

Os princípios gerais se justificaram na era moderna em face de própria insuficiência das normas jurídicas, seja como meio de preencher lacunas, seja como meio interpretativo da própria norma jurídica². Trata-se de um critério integrativo das normas que compõem um dado sistema jurídico. Sem os princípios não existe sistema ou ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração, fazendo com que as normas jurídicas sejam reduzidas a um amontoado de normas positivas desarticuladas³.

Nota-se que os princípios são, na verdade, uma das maiores expressões de valor, de finalidade, de integração, razão pela qual fica difícil, por exemplo, trabalhar com uma determinada variação normativa que acabe por produzir a redução ou desqualificação do trabalho frente ao capital. Estar-se-ia criando um descompasso ao se adotar a regra da sobreposição dos fins econômicos sobre os fins sociais, e isso geraria uma desarmonia sistêmica.

Princípios são as bases norteadoras de um sistema, são os alicerces, os fundamentos da ciência.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 1º o princípio dos valores sociais do trabalho. Assim, os instrumentos normativos relativos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência desse princípio constitucional. Além disso, há uma gama de princípios que a Carta Magna ratifica em seu conteúdo, havendo a dignidade do trabalhador, a valorização do trabalho humano, a justiça social, função social do empregado, busca do pleno emprego, dentre outros que são realmente valiosíssimos e que já foram mencionados neste trabalho.

No mundo do Direito do Trabalho, como em toda a ciência, existem também princípios peculiares a sua essência. Dentre vários, tem-se o princípio da proteção do trabalhador, sendo corolários os Princípios “*in dubio pro operario*”, da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da primazia da realidade, da integralidade e intangibilidade dos salários, dentre outros. Há também o princípio da continuidade do emprego e o da irredutibilidade do salário. Todos esses diversos princípios devem ser observados, tomando-se como parâmetro as alterações que ocorreram nas relações de trabalho em face em grande parte do avanço tecnológico.

Com o atual avanço tecnológico, houve a substituição da mão-de-obra humana pelas máquinas, causando em parte a redução do número de empregos. A mão-de-obra tornou-se abundante, as funções são desempenhadas por máquinas

² DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 212.

³ Idem, p. 213.

e o emprego tornou-se cada vez mais escasso e precioso, principalmente nos países chamados de periféricos, incluindo-se nessa classificação o Brasil. Conseqüentemente, os trabalhadores, em busca da sobrevivência, fazem qualquer acordo e a força de trabalho passa a ser tratada como qualquer outra mercadoria e a lei do mercado, lei da oferta e da procura, regula o preço e as próprias condições de trabalho. Outras formas de trabalho surgem ao mesmo tempo e o trabalho sob o crivo do “vínculo de emprego” foi sendo tratado como algo que não responde mais aos anseios e necessidades do novo mundo do trabalho.

Houve a mudança de paradigmas nas formas de relação de trabalho. Com a produção automatizada e reestruturada, outro tipo de trabalhador passou a existir. Trava-se uma dura batalha, com a globalização sendo colocada como uma afronta ao Direito do Trabalho ao eliminar o emprego por causa da automação e da divisão dos empregos ao redor do planeta. Busca-se grandemente a disponibilidade de mão-de-obra qualificada para se ajustar aos novos requisitos de flexibilização do trabalho, à sofisticação no atendimento à demanda e à existência de uma infra-estrutura de serviços de apoio ao processo de manutenção das empresas e de globalização intensificada. O grande princípio norteador do Direito do Trabalho, que é o princípio tutelar do trabalhador é visto como caduco com o novo modelo de produção da segunda metade do século XX.

O Direito do Trabalho, criado como forma de manter a harmonia social, devido ao avanço tecnológico e a globalização da economia, é tratado como protetor ao extremo, a ponto de servir como um empecilho ao próprio trabalhador. Em nome da manutenção do emprego, defende-se a quebra de qualquer forma de intervenção do Estado nas relações de trabalho. A fim de salvaguardar a população, tenta-se retirar um dos seus instrumentos de proteção. Na busca da sobrevivência, na realidade gritante da substituição o do homem pela máquina, é defendida a tese da necessidade do enfraquecimento dos seus princípios e bases a fim de ajudar efetivamente os trabalhadores a sobreviver nessa economia globalizada. Isso se deve ao fato de que a exclusão social se agrava à medida que avança o processo econômico, com profundos reflexos tanto em países que estão plenamente inseridos no processo de globalização, quanto naqueles que são meros espectadores da montagem da Nova Ordem Mundial⁴.

Atualmente o trabalho humano vem sendo sistematicamente reduzido pelo processo produtivo e na próxima década o trabalho de massa, na economia de mercado, encontrar-se-á cancelado em quase toda nação industrializada do mundo.

É notório que o avanço tecnológico é benéfico para a economia mundial. Entretanto, implicitamente torna-se maléfico para a massa de trabalhadores que perdem seus empregos por serem substituídos pelas máquinas, e isso acarreta uma desintegração da classe de trabalhadores, com indicações para a segmentação.

⁴ E' necessário afirmar que os efeitos da globalização não são sentidos em todas as partes do globo da mesma forma. Da mesma maneira, as condições do trabalhador não são as mesmas em toda a parte do mundo. Regra geral, pode ser afirmado que os trabalhadores de maneira geral perderam com a globalização. Contudo, os trabalhadores que se encontram nos países periféricos perderam mais. Portanto, os efeitos da globalização variam de acordo com a localização geográfica.

Ao analisar esse contexto depara-se com um mundo do trabalho marcado pela heterogeneidade em relação à qual não mais se ajusta a legislação trabalhista clássica, de caráter rígido e protecionista. Há um choque entre o avanço tecnológico e os princípios do direito do trabalho, que para tornarem-se compatíveis devem passar por um processo de flexibilização. Seria possível flexibilizar também princípios? Poderão ser flexibilizados os princípios da dignidade humana, do direito ao trabalho, da proteção do trabalhador face à sua situação de desigualdade que agora é mais desigualdade ainda?

Existe a necessidade de tornar flexíveis das normas trabalhistas, principalmente frente às novas formas de contrato, que quase regra geral apontam para a precarização das relações de trabalho. O tempo de trabalho passou a ter uma curta duração, podendo ser bimestral, trimestral, com o intuito de acompanhar a economia, dentro do seu processo de constantes mutações. O trabalho por tempo parcial pode até tornar-se a regra geral. A diminuição de salários em troca da garantia de emprego também é um fator que se justifica perante a máxima “é melhor pingar do que faltar”, demonstrando o crescente desprestígio da estabilidade do emprego frente às necessidades de constantes mudanças do mercado. Não obstante, tudo isso, a flexibilização vem de encontro ao da concretização do princípio da proteção à dignidade do trabalhador?

No direito pátrio, alguns mecanismos de flexibilização podem ser utilizados com respaldo na Carta Magna vigente, desde que por meio de contratação coletiva e de acordo coletivo. No artigo 7º, VI da Constituição Federal, o princípio da irredutibilidade do salário não é visto como absoluto, podendo-se por acordo ou convenção coletiva reduzir salários ou a duração do trabalho. Isso se encontra nos incisos XII e XIV do mesmo artigo. Em tais hipóteses o constituinte originário admitiu a mudança por acordo ou convenção coletivos de trabalho justamente para proteger o empregado de um enfrentamento com o seu empregador. Ou seja, em uma primeira leitura dessa forma de encaminhamento, a Constituição Federal buscou resgatar o coletivo, que há muito vem sendo destacado, sobrepondo-o ao individual, destoando-se assim dos ideários pregados pela globalização.

Na perspectiva do direito do trabalho flexibilizado, já não se pode afirmar que o princípio da norma mais favorável seja o traço de maior relevo à vista da economia atual. Mediante convenção ou acordo coletivo, o salário pode ser reduzido, os períodos de trabalho aumentados ou diminuídos, as formas atípicas de contrato multiplicadas, a garantia da estabilidade modificada, a subcontratação difundida. Conseqüentemente, esse princípio deixa de ser hegemônico e sofre uma quebra ditada pela lei de mercado. O mercado vai determinar qual é a norma mais favorável. Deixar de receber férias, por exemplo, poderá ser visto como favorável ao trabalhador se comparado com o fato de poder ficar desempregado. É a chamada visão do mínimo. O trabalhador olha para o mínimo e agradece por ainda não ter chegado lá.

⁵ Artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A flexibilização, ainda que tida como necessária não pode vir a alterar os princípios norteadores do direito do trabalho, que devem sobreviver. E, a proteção do trabalhador frente ao grande avanço tecnológico ocorrido traduz-se na não-transformação da força de trabalho em mercadoria, para a fazer que os princípios constitucionais sejam garantidos, especialmente o contido no artigo 6º, que trata dos direitos sociais⁵, do artigo 170, que mostra a ordem econômica sendo fundada na valorização do trabalho humano⁶ e do artigo 193, que define os objetivos a serem alcançados pela ordem social⁷, todos da Constituição Federal. Em conclusão, a visão do mínimo é inconstitucional. Constitucional é a prevalência do valor do trabalho gerando condições concretas de uma vida digna.

Dessa maneira, como enfrentar a tese da flexibilização ou da desregulamentação, ou da não intervenção do Estado nas relações de trabalho com vistas ao objetivos a ser alcançado pelo trabalho, que é a justiça social? Com certeza, é possível afirmar que, diante de tais dispositivos constitucionais, a flexibilização em demasia ou a desregulamentação podem ser tidas como inconstitucionais. Que a coisificação do trabalhador ou a transformação do trabalho humano em mercadoria também é inconstitucional. Que a lei do mercado não pode fazer do trabalhador uma simples mercadoria desvalorizada ou em crescente desuso sob pena de ser também inconstitucional.

IV - Da Necessidade da Qualificação da Mão-de-Obra

A necessidade de qualificação da mão-de-obra é um ponto marcante para o trabalhador no novo mercado de trabalho, que está a cada vez mais sendo marcado pelo avanço tecnológico. Décadas atrás no Brasil, a perda do emprego dava ao trabalhador a condição de desempregado. Atualmente, em algumas situações, a perda do emprego pode gerar o chamado desempregado estrutural, que é ele o trabalhador que perdeu o emprego e o mercado não mais necessita do trabalho que sabe executar, criando-se uma situação muito pior que a do simples desempregado.

A produção crescentemente automatizada e reestruturada, a remodelação dos produtos, a reorganização da linha de produção passaram a exigir um maior conhecimento técnico dos trabalhadores. A tecnologia traduz-se, frequentemente, em automação, em produção sem interferência do fator humano, ou com a mínima interferência possível, observando-se a substituição de tarefas repetitivas por processos integrados.

Anteriormente, o desempregado da fábrica poderia encontrar ocupação no comércio ou no setor prestação de serviços, mas essa opção desapareceu consideravelmente no contexto contemporâneo, uma vez que mesmo as atividades

⁶ Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII- a busca do pleno emprego;”

⁷ Artigo 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social”.

simples exigem pelo menos o grau médio de escolaridade. Hoje no Brasil já não é mais suficiente um nível de estudo que há uma década era aceitável.

A própria atividade industrial automatizada exige que os trabalhadores remanescentes possuam escolaridade suficiente para operar os maquinários, o que determina um aumento no grau de escolaridade do trabalhador médio e reduz ainda mais o número de vagas.

Para melhor ilustrar tal fato, presencia-se na siderurgia a formação de um segmento particular de “operários-técnicos” de alta responsabilidade, portadores de características profissionais e referências culturais sensivelmente diversas do restante do pessoal operário. Eles se encontram, por exemplo, nos postos de coordenação, nas cabines de operação de altos-fornos, aciaria, vaza contínua etc. Observa-se fenômeno similar na indústria automobilística, com a criação dos “coordenadores-técnicos” encarregados de assegurar os reparos e a manutenção de instalações altamente automatizadas, assistidas por profissionais de nível inferior e de especialidades diferentes.

Na produção, os paradigmas mediatos deste milênio têm mudado desde a capacitação especializada, já que não se conquista mais um posto de trabalho sem que o pretendente possua uma série de habilidades e conhecimentos sobre os mais variados processos. Pelo contrário, no campo dos profissionais tradicionais, a medicina, advocacia, por exemplo, tende-se a uma especialização, que exige o máximo nível de estudo focalizado, com o apoio de um conhecimento geral ilimitado.

Dentro dessa situação, a informática é o centro básico do qual giram todas as demais atividades e especializações. A exigência de que todos em torno do qual saibam manejar ferramentas da informática chega a tal ponto que em níveis médios tem-se cobrado o manejo de idiomas distintos do nativo para a facilitar a operação de tais meios.

Ao mesmo tempo em que se aponta para a necessidade de qualificação, tem-se a cada dia a necessidade de um número menor de qualificados, que é explicado pelo avanço tecnológico. E no caso do Brasil, o não-incremento de políticas públicas para ser obtida essa qualificação faz criar um exército de desempregados que não são mais desempregados simplesmente e sim estruturalmente desempregados.

O ex-embaixador Samuel Guimarães, analisando os problemas econômicos e sociais que o Brasil vem atravessando perguntou: “ Quem empregaria mão-de-obra desqualificada? Se o país não pode disciplinar o capital, como ter política de emprego? Como estimular os setores que poderiam contribuir com o aumento das exportações, se não pudermos proteger nossa produção? ”⁸

Esses e outros questionamentos podem ser formulados e apontam principalmente para a necessidade de investimentos públicos no homem, que é outro ponto que se contrasta com os ideários de uma economia liberalizante.

⁸ BIANCHI, Benê. Ex-embaixador diz que país perderá soberania com a Alça. *Folha de Londrina*. 03 de julho de 2002, Caderno Economia, p. 3.

V - CONCLUSÕES

01. O Direito do Trabalho no Brasil atualmente vem sendo apontado como um entrave ao livre desenvolvimento econômico. Nesse sentido, tenta-se a todo custo destituí-lo dos seus princípios norteadores;
02. A flexibilização não pode ser um processo de redução dos direitos trabalhistas. A modernização do Direito do Trabalho deve ser vista como um processo de atualização constante frente às novas relações de trabalho, não podendo o capital sobrepor ao trabalho;
03. A Constituição Federal deve ser interpretada sistemicamente, de forma a sempre ser buscada a concretização dos valores sociais nela concentrados. Nenhum processo de flexibilização pode ser despojado do atendimento do princípio da valorização do trabalho, que deságua na concretização da dignidade da pessoa humana;
04. As políticas públicas, principalmente a busca da qualificação da mão-de-obra, é de grande importância para o enfrentamento pelo homem das novas necessidades do mercado, tratando-se de uma necessidade básica para o enfrentamento das exigências do mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- KON, Anita. Tecnologia e trabalho no cenário da globalização. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio e RESENDE, Paulo-Edgar (orgs), *Desafios da Globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- MAGANO, Octávio Bueno. Princípios do Direito do Trabalho e os avanços da Tecnologia. In: SILVESTRE, Rita Maria (org). *Os novos paradigmas do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 81-90.
- SUZUKI, Iwao Celso Tadayio Mura. *O paradoxo do direito do trabalho frente ao desaparecimento de seu objeto – o desemprego estrutural como efeito da globalização*. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/murasuzuki/paradoxodirtrabalho.htm>, acesso em maio/2002.

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EM FACE DO MANDADO DE SEGURANÇA AMBIENTAL

JURIDICAL TUTELAGE ANTICIPATION CONCERNING ENVIRONMENTAL

Ruy de Jesus Marçal CARNEIRO*

*“Não basta apenas viver, é preciso ter qualidade de vida.”*¹

RESUMO

A liminar do mandado de segurança pode antecipar a tutela pretendida pelo autor para defender o meio ambiente com o intuito de que ela permaneça para gerações futuras. Entretanto, há óbices quanto a caracterização do *fumu boni iuris* e do *periculum in mora*, bem como do responsável pelas agressões à flora e à fauna.

Palavras-chaves: mandado de segurança; meio ambiente; tutela antecipada

ABSTRACT

The previous decision in writ can anticipate the intended guardianship to defend the environment to author for it remain to future generation. However, has difficulties to characterize the *fumu boni iuris* and the *periculum in mora*, and responsible to agreed the forests and animals.

Key-words: environment; juridical tutelage anticipation.

1. Introdução

O presente ensaio tem o objetivo de tratar de um assunto de profunda importância para os *brasileiros e os estrangeiros residentes no País*, qual seja a da “Antecipação da tutela jurisdicional em face do mandado de segurança ambiental”, título, inclusive, deste trabalho.

*Doutor na área de Direito do Estado, sub-área de Direito Constitucional, na PUC de São Paulo Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da UNIMAR - Universidade de Marília e UEL-Londrina.

1 Globo Ecologia (Rede Globo de Televisão - reprise - 27 jun. 1997)

Como se sabe, o mandado de segurança é remédio constitucional inserido no “Título II -Dos Direitos e Garantias Fundamentais-, Capítulo I -Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos-” da Carta Magna brasileira, que busca “proteger direito líquido e certo”, anteriormente destinado a direitos de cunho individual. Hoje, entretanto, tal ação nos precisos termos do art. 5º, LXX, busca amparar o interesse coletivo.

Nessa linha de raciocínio, quando se tratar da busca da tutela de direitos ambientais, tipicamente de conteúdo difuso, um “bem da vida” ressaí com profunda relevância, merecedor, portanto, de que a máquina judiciária esteja à disposição da sociedade (e aqui está o interesse difuso) para protegê-lo. Discorre-se, como se verá ao longo desta exposição, da dicção constitucional que visa a permitir a que todos possam ter *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]*, nos precisos termos do art. 225 da Lei Maior.

Dessa forma, incursionar-se-á no âmbito da figura do mandado de segurança como o remédio pretendido para a outorga da tutela jurisdicional.

Em não podendo ser diferente, há de se verificar a evolução constitucional de tal remédio constitucional, ao tempo em que se estudará o instituto da tutela antecipada nos meandros de diversos diplomas legais e nas suas mais variadas formas de concretização.

Por força disso, e como amparo para o ponto de vista aqui lembrado, não se pode deixar de observar os ditames constitucionais que tratam do meio ambiente e a sua interação com o homem e com a sociedade, para que se compreenda o alcance tutelar do direito individual e coletivo em sede constitucional, bem como a legislação infraconstitucional que daí deflúa.

Também, haverá de se perscrutar além do meio ambiente natural, aquele que é plasmado pelo homem, ou seja o meio ambiente chamado de artificial, sobretudo nas grandes cidades, já que se conta, hoje, com as disposições de um capítulo inteiro na Constituição Federal que visa a tratar da *Política Urbana*, nos termos do seu art. 182, no qual, igualmente, repousa um outro “bem da vida”, ou seja a busca da garantia do bem-estar dos habitantes urbanos, para que estes circulem, morem, trabalhem e divirtam-se, usufruindo das plenas *funções sociais* das cidades.

É, portanto, o que se fará a seguir.

2. O Mandado de Segurança: sua evolução constitucional

O atual texto constitucional prescreve no *Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, no seu art. 5º, LXIX:

conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

No inciso seguinte contempla uma evolução no âmbito dos direitos coletivos quando prescreve

[...] o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

É, pois, o que se tem nos dias atuais. Entretanto, ao longo dos anos, houve uma evolução acentuada, tal como se transcreverá e se comentará em seguida.

Em 1934

Na Constituição de 1934, quando veio a lume o instituto, aparecia assim, no seu art. 113, 33:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.(Grifos nossos)

Cabe aqui, de pronto, uma observação acerca do dispositivo transcrito. Vê-se, à luz da preposição *do*, que antecede a locução *direito certo e incontestável*, que ali fica firmemente registrado que se trata de um direito próprio, específico para o caso em questão, e não um direito amplo, geral, não-específico. Era, portanto, a figura de um direito individual, já existente. Ou seja, só cabia a sua aplicação na hipótese da existência da violação de um direito de conteúdo concreto. Era assim que positivava o Código Civil Brasileiro (Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916), quando registrava, consoante o seu art. 75: *A todo direito corresponde uma ação que o assegura*. Destarte, haver-se-ia de perguntar: como ficaria, então, a perspectiva de uma improcedência à ação competente do mandado de segurança já que se tratava da *defesa DO direito...*? Assim, como compatibilizar o comando legal que dicionava: *Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável*. Se o direito é certo e incontestável, como conviver, então, com a perspectiva de uma improcedência. No ponto, fica o registro.

Em 1937

No “Estado Novo” de Getúlio Vargas, o instituto do mandado de segurança foi extirpado do texto constitucional de 1937. Não poderia ser diferente esta intenção do governante da época, face ao regime de arbítrio em que vivia o País. Somente corria a legislação infraconstitucional, corporificada na Lei n.º

191, de 16 de janeiro de 1936. Manteve-se, entretanto, por estranho que parecer possa, o *habeas corpus* (art. 122/16), gênese do “writ” constitucional.

Em 1946

Ao seu turno, a Constituição de 1946, em razão dos ventos democráticos que sopravam no Brasil, no pós-guerra, esta Carta prescrevia no seu art. 141, § 24, que, *para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.*

Como se depreende, à simples leitura do texto constitucional, a expressão *incontestável* foi dele eliminada para dar lugar a *direito líquido e certo*, que é o que se tem até hoje.

Esta nova locução, *direito líquido e certo* nos dias que correm, tem dado azo a interpretações diversas, que merecem ser anotadas para efeito de registro e de reflexão, como se verá no momento apropriado. Daí, vigiu tal dispositivo até a proximidade da década dos anos setenta.

Em 1967

Com a promulgação de nova Constituição Federal, foi trazida à luz o art. 150, § 21, quando registros de importância quedaram-se concretizados.

Neste caminho, o texto passou a trazer uma inovação, delimitando o campo de aplicabilidade do remédio constitucional, quando registrado estava que

Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. (grifo nosso)

No destaque acima, o que se verifica é que o texto explicita que o alcance terá conteúdo **individual**, muito embora àquela época nem se falasse nos direitos coletivos ou difusos, tão em voga nos dias de hoje. Entretanto, se a medida visava a preservação de *direito líquido e certo*, como era, anteriormente, prescrito, agora o exercício estava restrito a *direito individual*, por força da norma constitucional.

Em 1969

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

De imediato, à simples leitura do novo texto constitucional, verifica-se que a expressão *para proteger direito individual líquido e certo*, existente na

Carta anterior, dava lugar a um novo tratamento, qual seja a proteção de *direito líquido e certo* de maneira ampla, permitindo-se, então, “a tutela dos direitos que ultrapassavam a órbita do indivíduo”, espraiando-se, pois, para os metaindividuais, difusos, coletivos etc.; tal como preleciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo et al. (1996): “[...] tratava-se de uma brecha que permitia a tutela dos referidos direitos metaindividuais.”

Essa, portanto, a modificação de importância trazida à luz pelo novo texto constitucional. Notava-se, por conseqüência, a ampliação de tal dispositivo em relação ao que vigia anteriormente a ele. Pode-se dizer, inclusive, que a referida dicção ampliava o campo de atuação do citado remédio previsto em nossa Carta Magna.

Em 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Omissis

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Na prescrição dessa Constituição, como se vê, o instituto do mandado de segurança passa a ter um alcance maior, pois, se a um turno, permite continuar a impetração com vistas ao comentado direito individual, por outro, articula este recurso à observância da tutela do chamado interesse (direito) coletivo, quando, no inciso LXX, alarga a proteção ao chamado *direito líquido e certo* extensivo a: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Nessa linha da inovação constitucional, leia-se o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 352):

O mundo moderno suscita diversas situações em que a lesão a direitos se dá de forma massificada e padronizada. Não se vê por que não resolver todas essas situações numa única ação. Daí a razão pela qual a criação de um mandado de segurança coletivo afigura-se-nos oportuna e com o tempo temos para nós venha a se mostrar até muito útil.

Nesses rápidos registros a evolução, então, do tema mandado de segurança no corpo de nossas Cartas Constitucionais.

De ora em diante, ver-se-ão alguns outros aspectos que envolvem a citada ação constitucional, como a forma de sua operacionalização por intermédio da legislação infraconstitucional (Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, conceitos, juízo de admissibilidade etc.), anteriormente ao desenvolvimento do tema desta monografia.

3. O Mandado de Segurança Individual e Coletivo

3.1. - Lei n.º 1.533, 31 de dezembro de 1951: algumas reflexões:

A epigrafada é a lei disciplinadora do exercício do mandamento constitucional tradicional (individual). Foi editada à luz da Constituição Federal de 1946(art. 141, § 24); recepcionada² por três Constituições: 1967(art. 150, § 21); 1969 - EC n.º 1/69 -(art. 153, § 21); 1988(art. 5º, LXIX e LXX). A sua primeira edição tinha o condão de alterar as *disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança*. Embora essa Lei traga importantes passos para a impetração do mandado de segurança no que toca a sua processualística, alguns pontos merecem ser analisados, que, embora não seja o conteúdo do presente trabalho, podem ficar gravados como uma contribuição para a sua discussão.

Um deles diz respeito ao art. 18, que disciplina, desde 1951, o prazo para sua propositura, de forma que: “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos cento e vinte e dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

Nesse ponto, é importante que se transcreva uma lúcida conclusão em artigo³ da lavra do Professor Geraldo Ataliba, que, ao longo do mesmo, mostrava a inconstitucionalidade do prazo decadencial de cento e vinte e dias para a impetração desse remédio constitucional.

Num passo, transcrevia o ministro Carlos Velloso, quando este proferia o seguinte pronunciamento em “MS 21.356-6”, que tramitava no Supremo Tribunal Federal:

Voto - O Sr. Ministro Carlos Velloso:- Senhor Presidente, apenas duas palavras, para uma declaração de princípio. Tenho o prazo do art. 18 da Lei 1.533, de 1951 - a dizer que o direito de requerer o mandado de segurança se extinguirá decorridos cento e vinte e dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impug-

² “A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores se com ela forem compatíveis.” In: TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1992, p. 36.

³ “Decadência e Mandado de Segurança (Inconstitucionalidade do preceito do art. 18 da Lei 1.533/51)”, In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, 1993, p. 152.

*nado - como atentatório à natureza da ação do mandado de segurança. É que a Constituição, que estabelece os requisitos da ação, não prevê nenhum prazo para o seu exercício. Dir-se-á que ao Congresso é permitido, mediante leis processuais, estabelecer prazos de decadência e prazos de prescrição. Em linha de princípio, concordo com a objeção. Tenho minhas dúvidas, entretanto, quando se trata de uma ação constitucional, como é o caso do mandado de segurança, remédio constitucional, garantia constitucional, e quando o prazo estabelecido, que é de decadência, não se assenta numa razão científica, conforme lembrei em trabalho doutrinário que escrevi.i (“Conceito de Direito Líquido e Certo”, in *Curso de Mandado de Segurança*, Ed. Revista. dos Tribunais, 1986, p. 85 e ss.).*

Noutro passo, firme em Seabra Fagundes, trazia o ensinamento deste, quanto ao assunto que cuidava:

O Ministro Seabra Fagundes que, no seu precioso Do Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, sustentou a legitimidade do referido prazo, já retificou a sua opinião e sustenta, agora, ser ilegítimo o prazo de caducidade do mandado de segurança. Isto pude verificar dos debates de que S. Ex^a participou, no Instituto dos Advogados, após palestra que ali proferi, em 1984, a respeito do tema. [...].

Por fim, consciente da inconstitucionalidade do prazo decadencial em mandado de segurança, consoante o seu escrito, registrava o seu pensamento, e mais que isso, o seu apelo dizendo que

Cabe aos advogados pleitear, instar para que o Judiciário acolha esta lição e dê à Constituição a dignidade própria de Lei Magna, incontestável e Suprema.

Como dizia o saudoso e eminente Victor Nunes Leal, lei não cerceia Constituição.

E finalizava com a ênfase dos estudiosos: “Mandado de Segurança desconhece prazo constitucional (o único plano onde pode ser substancialmente regulado) para a sua propositura.”

Questão, pois, a ser cuidada pelos pesquisadores.

Além disto, outra questão merece ser tratada com o cuidado que ela merece. Trata-se da falta de uma mais cuidada e moderna regulamentação para o exercício desse remédio constitucional, sobretudo agora que se tem uma amplitude maior na sua aplicação.

A legislação infraconstitucional que trata da processualística sobre o mandado de segurança, como se sabe, tem mais de quatro décadas. Veio para *alterar*

disposições do Código de Processo Civil de 1939, carecendo de novas tintas para que se ajuste às novas dicções do atual texto constitucional.

Uma delas, registrada anteriormente, quanto ao prazo de sua impetração, está claro que não mereceu da nova Carta Magna a necessária recepção, tendo em conta a ampliação dos direitos individuais e coletivos que ela outorgou à sociedade brasileira.

Nessa linha de raciocínio, um outro ponto merece uma necessária reflexão. Trata-se das medidas liminares que se eternizam no Judiciário. A Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no seu art. 1º, b, deixou registrado que *a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de noventa (90) dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação*. Entretanto, não há no referido texto qualquer sanção à autoridade judiciária que deixe de atender tal prescrição, razão por que existem casos em que tal medida preliminar estende-se por meses a fio sem nenhuma solução.

Como se vê, por força da nova Constituição, seria de bom alvitre que uma nova regulamentação sobre a impetração do mandado de segurança pudesse ser criada, sobretudo quando se tem legislado constitucionalmente sobre a figura do mandado de segurança coletivo, adequando-se, pois, a legislação infraconstitucional à vontade da Carta Maior nestes novos tempos em que se vive.

Fica, pois, a lembrança.

3.2. Conceitos

Para que se conceitue este remédio constitucional, buscar-se-ão os ensinamentos de alguns dos importantes juristas pátrios, objetivando, mesmo, e desde logo, traçar a linha conceitual tanto do mandado de segurança individual, como a nóvel figura do mandado de segurança coletivo, novidade trazida à luz pela vigente Constituição Federal.

Por primeiro, registre-se o que doutrina Hely Lopes Meirelles (p. 3)⁴:

Mandado de Segurança Individual: “é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (CF/88, art. 5º, LXIX e LXX - Lei n.º 1.533/51, art. 1º)

Ovídio A. Baptista da Silva, por seu turno, em *Curso de Processo Civil*, (p.

⁴ MEIRELLES, H. L. *Mandado de segurança, ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*. 12. ed. São Paulo: RT, 1989.

312) e já tratando do mandado de segurança coletivo, diz:

Mandado de Segurança Coletivo: “É necessário determinar se o Mandado de Segurança Coletivo, como o comum, protege exclusivamente o ‘direito líquido de certo’, correspondente a uma determinada comunidade de impetrantes, representados pela entidade legitimada para a ação; ou, se além dos direitos individuais ‘líquidos e certos’, poderão igualmente ser amparados por ele os denominados ‘interesses difusos’.”

Depois averba

[...] ser o Mandado de segurança coletivo nada mais nada menos do que o mesmo Mandado de Segurança, inscrito no art. 5º, LXIX da Constituição Federal, a que apenas se outorgou legitimação especial às entidades representativas de grupos sociais interessados na defesa do mesmo direito subjetivo - pertencente aos respectivos grupos sociais - quando ameaçados ou violados por ato ilegal da autoridade.

Calmon dos Passos, na sua obra *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’* (1989, p. 13) registra, também tratando do remédio constitucional a nível coletivo, comenta:

A Constituição permite distinguir três situações que não cabe serem confundidas:

- a) a impetração, pela entidade, do mandado de segurança em seu próprio favor, na defesa do direito público subjetivo de que seja titular;*
- b) a impetração, pela entidade, de mandado de segurança em favor de associados, porque expressamente autorizada por elas na espécie; aqui pode a entidade agir sem qualquer limitação ou vínculo, porque o objetivo do inciso XXI do art. 5º da CF⁵ foi proporcionar o apoio (serviço) da entidade ao associado, nos limites em que o associado julga conveniente esse apoio;*
- c) a impetração, pela entidade, de mandado de segurança coletivo em favor de seus membros ou associados, como substituto processual e independente de autorização deles, por estarem em jogo direitos (individuais) de associados seus, direitos esses que guardam certo vínculo com os fins mesmos da entidade (interesse qualificador do vínculo associativo).*

Assim, obtidas tais conceituações e já no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo, pode-se perguntar:

⁵ CF/88, art. 5º, XXI: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

1º) ele se presta para proteger de forma global os direitos individuais, os quais poderiam ser impetrados em ações individuais, ou busca defender direitos coletivos?

2º) ou serve para proteção de defesa de interesses coletivos, senso lato?

Respondendo: na primeira situação não se trata de instituto novo, mas sim extensão aperfeiçoada do primeiro; abarca-se num mesmo processo direitos subjetivos individuais, evita-se, pois, a construção de litisconsórcio; na segunda posição, impera um instituto novo, pois se busca proteger direitos coletivos.

A questão: presta-se o Mandado de Segurança para proteger os direitos subjetivos individuais das pessoas que eventualmente possam estar enquadradas no grupo a que o interesse difuso, como por exemplo, *dispositivos concernentes ao meio ambiente*, devam ser resguardados?

Conforme Lúcia Valle Figueiredo, em *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo* (1989, p. 15), desde que *passíveis de serem provados de plano, podem ser garantidos pelo mandado de segurança coletivo*. Logo, a questão é de prova, exigência em postulação de qualquer Mandado de Segurança, por ser de sua essência, quanto ao *direito líquido e certo*. Todavia, como essa é a perquirição do presente trabalho, dela tratar-se-á à frente com mais detença.

3.3. - Juízo de admissibilidade:

No tocante ao chamado juízo de admissibilidade para a postulação por meio de mandado de segurança, algumas características devem ser cuidadas, sob pena de o fazendo, ter-se por terra a perspectiva da impetração.

Pode-se, portanto, dividir os pressupostos processuais em duas áreas.

A primeira, que se pode chamar de pressupostos processuais **positivos** de validade, deve respeitar que se tenha uma petição inicial regular e apta; que haja competência do Juízo no âmbito do qual se postulará a ação constitucional; que esse Juízo seja resguardado no que toca à “ausência de impedimentos” e que se tenha, por parte do autor, a chamada capacidade processual. Por outro pólo, já agora no interior dos pressupostos processuais **negativos** de validade, que não tenha ocorrido a “coisa julgada” e que não haja litispendência.

Destarte, para que uma relação processual tenha existência, no que toca ao mandado de segurança, seja individual seja coletivo, será necessário, pois: a) uma petição que contenha um pedido; b) que tal pedido seja dirigido a um órgão jurisdicional; c) que ocorra a notificação da autoridade coatora; d) que haja representação por um advogado (capacidade postulatória). Presentes os pressupostos processuais positivos, ausentes os negativos, existentes; e válida será a relação processual no mandado de segurança individual ou coletivo.

3.4. - Concessão de liminar:

Na impetração de um mandado de segurança, normalmente, o autor ao

submetê-la ao Judiciário o faz buscando, desde logo, a concessão de uma tutela liminar, submetendo-se essa, aos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, condições básicas para a sustentação do pedido.

Ou no escólio de Hely Lopes Meirelles (1989, p.50):

‘A medida liminar é provimento cautelar admitida pela própria lei de mandado de segurança,’ quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II).

Um pedido de liminar, por isto, deve contemplar, ainda, certas características, como, por exemplo: urgência, cognição sumária, provisoriedade e revogabilidade. As duas últimas, podem-se dizer, são espadas que a qualquer momento podem pender sobre a cabeça do impetrante, uma vez que, repita-se, a liminar é sempre provisória e revogável tendo em conta as informações que venham a ser prestadas pela autoridade coatora.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo *et al* (1996), afirma que, deve ser diferenciada a cognição da concessão das medidas liminares com a cognição da própria ação e, no que aqui interessa, registram os autores que:

[...] temos que em sede de mandado de segurança coletivo ambiental, quando se alude à expressão “proteção de direito líquido e certo”, não se está, obviamente, aludindo à existência, de plano, de direito líquido e certo, mas, sim, fazendo menção à existência de um momento sumário de cognição do juiz, qual seja, o da possibilidade de concessão de liminar.

Por outro norte, cabe registrar aqui mais uma preocupação quando se fala da outorga de liminares em mandado de segurança. É ela refere-se ao que determina o art. 1º, “b”, da Lei Federal n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, que, textualmente prescreve:

Art. 1º. Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:

[...]

b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) dias quando provadamente (sic) o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.

Nota-se, desde logo, que uma liminar, quando muito, deveria vigir tão só *pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável*, no entanto, *por (30) dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.*

Todavia, não é isso o que ocorre na prática. Há casos, e o Estado do Paraná, justamente em matéria ambiental, dá conta de liminar que avança, e muito, ao longo do tempo, como é o caso do litígio conhecido como a **Estrada do**

Colono, região localizada no sudoeste desta unidade da federação, cuja medida acautelatória faz-se de pé por quase uma década. Evidentemente que isso atenta contra o ordenamento jurídico, e pior, contra a própria segurança jurídica. E, na maior parte das vezes, tal fato é difícil de ser atribuído ao *provadamente* [...] *acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação*, como registra a lei já nominada.

Em todo o caso isso acontece (e quantos outros não ocorrem ao longo do País?), há de se presumir que a Justiça tenha meios para coibir tais práticas ilegais e danosas a todos.

Entretanto, fica o registro e avance-se para o desenvolvimento deste trabalho.

3.5. - Condição da ação:

De forma sintética, a seguir, serão traçados alguns registros acerca da chamada *condição da ação*, que tanto vale para a ação constitucional do mandado de segurança quanto para as ações de qualquer tipo que estão disciplinadas pelo Código de Processo Civil.

Assim:

- 1) **legitimidade de parte** (*ad causam*): plausibilidade da afirmação de titularidade e legitimidade para agir, feita na inicial;
- 2) **interesse processual**: necessidade e utilidade do provimento postulado, que deve ser adequado;
- 3) **possibilidade jurídica do pedido**: admissão em tese, pelo ordenamento jurídico, do que vem consubstanciado no pedido.

Ou, noutra esquema⁶:

A. MATERIAL

A.1. Titularidade:

Polo ativo ou passivo da relação jurídica;

A.2. Legitimidade:

Poder de exercer, defender o direito (em juízo, ou no dia-a-dia), e sofrer as conseqüências desse mesmo exercício;

A.3. Interesse:

Vantagens e desvantagens que o direito pode trazer ao seu titular;

A.4. Capacidade:

Aptidão para a efetiva aquisição e exercício pessoal dos direitos;

A.5. Objeto:

Física e juridicamente possível;

A.6. Forma adequada:

Conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos que devem estar presen-

⁶ Conforme BELINETTI, Luiz Fernando, Mandado de Segurança Coletivo, Tese de Doutorado, defendida junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

tes para que um ato possa existir ou ter eficácia;

B. PROCESSUAL

B.1. Legitimidade *ad causam*:

Plausibilidade da afirmação da titularidade e legitimidade para agir registrada na inicial;

B.2. Legitimidade processual:

Poder de defender o direito afirmado (concreto) em juízo;

B.3. Capacidade Processual:

Aptidão genérica para ser parte e estar em juízo;

B.4. Interesse Processual:

Necessidade e utilidade do provimento, que deve ser adequado;

B.5. Possibilidade Jurídica:

Admissão, em tese, pelo ordenamento do pedido;

B.6. Adequação:

A tutela deve servir para o fim colimado, que deve ser atingido pelo procedimento adequado.

Comentados alguns aspectos do mandado de segurança, tal como anteriormente restou gravado, e tendo em conta que o objetivo deste trabalho é tratar também da figura da antecipação da tutela jurisdicional quando da impetração daquele, é mister que à frente trate-se dela, que é o que se fará no próximo caminho.

4. A tutela antecipada

4.1. - Caráter individual

Na Lei n.º 5.869, 11.jan.73 (Código de Processo Civil), arts. 273 e 461;

4.2. - Caráter coletivo

Na Lei n.º 7.347, 24.jul.85(Ação Civil Pública): art. 4º;

Na Lei n.º 8.078, 11.set.90(Código de Proteção e Defesa do Consumidor): art. 84.

A chamada tutela antecipada, à luz da legislação pátria apresenta-se com meios que visam tanto a atender ao aspecto individual, quanto ao coletivo das demandas. Assim, demonstrar-se-á a sua existência nas modificações trazidas pela Lei Federal n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, ao Código de Processo Civil (Lei Federal nº5.869, de 11 de janeiro de 1973), nos seus arts. 273 e 461, estes, pois, alinhados com o aspecto individual; enquanto que os que se seguem tratam dos litígios coletivos, quais sejam: Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985(Ação Civil Pública), no seu art. 4º; Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990(Código de Proteção e Defesa do Consumidor), no seu art. 84.

Como se pode depreender são instrumentos que prescrevem os meios para a obtenção da chamada **antecipação da tutela jurisdicional**, razão por que, para que se os gravem, de forma detida, são os mesmos transcritos a seguir:

Caráter individual:

Na Lei n.º 5.869, 11.jan.73(Código de Processo Civil): arts. 273 e 461:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.⁷

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até seu julgamento final.

[...]

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo jus-

⁷ Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

[...]

II - não abrange os atos que importem alienação de domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Parágrafo único. No caso do n. II, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

tificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

O que é importante de ser salientado é que o atual Código de Processo Civil, de conteúdo individual, no afã de melhor tutelar os interesses levados a Juízo, trouxe as modificações que se concretizaram com a nova dicção dos arts. 273 e 461. Tudo, como preleciona Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 14), dizendo que

O novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo. Inserindo-o no Livro I do Código de Processo Civil, que tem por objeto o processo de conhecimento, o legislador tomou posição quanto a uma questão conceitual que já foi muito importante, que é da possível natureza cautelar da antecipação da própria tutela pretendida no processo de conhecimento. (grifos do autor citado).

Em seguida, esse mesmo autor registra que esta antecipação de tutela é própria, agora, do processo de conhecimento, pela sua inserção na topografia do Código a que pertence este procedimento.

Assim, em outras palavras, somente neste procedimento é que se pode invocá-la no processo cautelar, com todo o seu procedimento próprio, permanecem, ainda, os efeitos das medidas de cautela ali estabelecidas.

O que de novo acontece é que a modificação ao direito processual veio

[...] oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir.⁸

Outro ponto importante na nova disposição do Código de Processo Ci-

⁸ DINAMARCO, C. R. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 141.

⁹ *Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes*, no ensinamento, ainda, de Dinamarco, op. cit., p. 145.

vil, por intermédio do já falado art. 273, é o condicionamento para a outorga da tutela, desde que existam duas figuras de realce para a sua concretização. A primeira, que o juiz *se convença da verossimilhança da alegação* e (caput do artigo), *que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (inciso I do artigo); *ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu* (inciso II do artigo em comento).

Quanto à verossimilhança, há de ser dito que isto se caracteriza na razão direta de que o julgador deve ter no seu espírito tanta certeza quanta a que existe por parte daquele que a pede, ou, noutras palavras, que existe ampla possibilidade de que esta probabilidade⁹ ocorra. Todavia, mesmo estando convicto o juiz de entender de antecipar a tutela pretendida, não se perca de vista que a mesma tem caráter de provisoriedade, podendo, a final, ser revogada.

Noutro pólo, ainda no corpo do mesmo Código de Processo Civil, aparece a modificação no art. 461, trazido pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que reproduz o que determina o art. 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, de maneira *bastante fiel*, disciplinando de forma larga a tutela das obrigações. Destarte, esta nova redação tem “*dimensão suficiente para abranger todas as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas, seja as de origem legal, seja contratual*”¹⁰, de tal forma que o que era reinante no âmbito das relações de consumo abarca, agora, a plenitude do acesso à justiça.

Desta maneira, são estas duas figuras que contemplam os **interesses individuais** insertas no Código de Processo Civil.

Desse, para a Lei n.º 7.347, 24.jul.85 (Ação Civil Pública), no seu art. 4º, e para a Lei n.º 8.078, 11.set.90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), no seu art. 84, onde ambas cuidam dos **interesses coletivos**, na sua verdadeira acepção, é que se encaminhará a seguir.

Caráter coletivo:

Na Lei n.º 7.347, 24.jul.85 (Ação Civil Pública): art. 4º :

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Primeiro é de ressaltar que a ação civil pública encontra a sua gênese na Constituição Federal, no seu art. 129, quando prescreve as *funções institucionais do Ministério Público*, que são, dentre outras:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (grifos nossos)

muito embora a lei que a discipline date de 24 de julho de 1985, tendo sido,

¹⁰ Dinamarco, op. cit., p. 151.

entretanto, perfeitamente recepcionada, quanto a essa parte, pelo atual texto constitucional, sem nenhum embargo, sendo de ser salientado que o Ministério Público é aquele que detém a legitimidade ativa para os aspectos processuais.

No que aqui interessa, verifica-se que o art. 4º da comentada lei, já, muito antes da inovação trazida pelo Código de Processo Civil, quanto à antecipação da tutela jurisdicional, registrava que

Poderá ser ajuizada ação cautelar para fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (grifos nossos).

Nesta senda, ressalte-se o que afirmava Hely Lopes Meirelles (1989, p. 119) quanto às novidades trazidas por esta lei:

A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24.7.1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente [...]. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.

Meio ambiente, para fins desta ação, é o conjunto de elementos da Natureza - terra, água, ar, flora e fauna - ou criações humanas essenciais à vida de todos os seres e ao bem-estar do homem na comunidade. A Constituição de 1988 dedicou um Capítulo (art. 225 e §§) ao meio ambiente, onde estabelece os instrumentos para sua proteção. (Grifos do autor citado).

Digno de registro quanto à aplicação desta lei é o comentário feito por Celso Antonio Pacheco Fiorillo *et al* (1996, p. 169), que com o aparecimento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 - ocorreu uma nova fase para esta lei que cuida da ação civil pública, pois

[...] através da perfeita interação entre os dois diplomas, aumentou profundamente o alcance da Lei n. 7.347/85, o seu corpo legal e deu novo impulso ao uso da referida lei.

Exemplos marcantes dessa interação foram os arts. 90, 110 e 117 do CDC, do seu alcance (talvez a mudança mais importante que foi a inclusão do inciso IV do art. 1º da LACP), que foi a possibilidade de defesa de outros interesses difusos, e da sua integração dada pelos arts. 5º, § 3º, 4º, 15, 18, dentre outros.

Firma-se, portanto, de forma inequívoca a compreensão de que o supra citado art. 4º da Lei n.º 7.347/85, por força do seu art. 4º, traz à lume a possibilidade de uma antecipação de tutela, para que se evite o *dano ao meio ambiente*, dentre outros, além de que o instrumento legal mencionado, com a legitimação do Ministério Público tem um alcance para a órbita dos interesses difusos e coletivos.

É importante para os objetivos desse trabalho, que se dissertem as hipóteses da abrangência da tutela antecipatória, sem o que o meio ambiente, direito de todos, estaria desamparado. Neste compasso, caminhar-se-á, agora, para o que disserta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, justamente aquela que veio trazer ao ordenamento coletivo existente um novo ferramental em defesa dos já falados interesses difusos e coletivos, cujos conceitos cuidar-se-á mais à frente.

Na Lei n.º 8.078, 11.set.90(Código de Proteção e Defesa do Consumidor): art. 84:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos, se fará sem prejuízo da multa (art. 287 do CPC) ¹¹.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a (efetivação da) tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, (de ofício ou a requerimento) determinar as medidas necessárias, tais como (a) busca e apreensão, remoção de (pessoas e coisas) coisas e pessoas, desfazimento de obra (obras), impedimento de atividade nociva, além de requisição (de força) policial. ¹²

Se, com a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, o legitimado ativo para propositura de ação civil pública é o Ministério Público, até por ser de sua *função institucional*, conforme determina a Carta Magna, por outro lado com o advento da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor -, houve um alargamento das pretensões da sociedade para a defesa dos seus interesses, pois o art. 1º da comentada lei diz, a toda a evidência, que

¹¹ “Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu e abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (art. 644 e 645).”

¹² Na essência, este parágrafo tem a mesma dicção do § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil, a não ser o que se encontra aqui entre parênteses, em negrito.

O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, (proteção) de ordem pública e (proteção) de interesse social [...] (As expressões “proteção” entre parênteses pertencem ao autor deste trabalho, para reforçar a idéia defendida pela lei).

O que se nota de pronto, desde o primeiro dos seus artigos, é que a intenção do legislador foi de estender o entendimento sobre os termos da aplicação deste Código, não só ao consumidor, embora esse seja o seu nome, mas também à *ordem pública* e, mais que isto, ao *interesse social*.

Neste diapasão, o citado Código, no dispositivo transcrito anteriormente (art. 84), cuidou igualmente da figura da antecipação da tutela jurisdicional. Naturalmente que, num entendimento exegético, esse artigo pode (e deve) ser aplicado em conjunto com outros dispositivos do ordenamento jurídico, quando se tratar do necessário acautelamento em que não se deva prejudicar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sejam estes demonstráveis na pretensão do interesse privado sejam do interesse difuso sejam do interesse coletivo. Se se discute nestes dois últimos, interesse difuso e interesse coletivo, é importante que se perscrutem os seus conceitos para, por fim, conhecer as variáveis que tratam do meio ambiente no âmbito da legislação pátria, buscando-se daí em diante enquadrar a tutela antecipatória no mandado de segurança, objetivo desta monografia. Encaminhe-se para lá, pois.

5. Direitos Difusos, Coletivos e Individual Homogêneo

Tendo em vista o que até aqui se tem feito, isto é trazendo as figuras de importantes institutos do direito, tais como mandado de segurança e a tutela antecipada para que se tenha, a final, uma verdadeira compreensão da matéria dissertada, resta, agora, conhecer, mesmo que forma rápida, os conceitos de direito difuso, coletivo e individual homogêneo, para, em seguida, discorrer sobre a legislação do meio ambiente e, finalmente, traçar linhas sobre a impetração do mandado de segurança ambiental, com pedido de tutela antecipada.

Ada Pellegrini Grinover (1984), na qualidade de Coordenadora de *A Tutela dos Interesses Difusos*, nos idos de 1984, já preconizava a *necessidade de solução pacífica do conflito de interesses difusos, e sua tutela pelo ordenamento jurídico*, dizendo, desde então, que já eram *indiscutíveis*.

E continuava:

Trata-se de interesses de massa, relativos à defesa do meio ambiente, à proteção de valores culturais e espirituais, à tutela do consumidor. E exatamente por sua configuração coletiva e de massa,

¹³GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, p. 31.

caracterizam-se por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo x autoridade, mas é que típica das escolhas políticas. Quando a poluição de um rio afeta as populações ribeirinhas; quando laboratórios químicos falsificam produtos farmacêuticos; quando indústrias alimentícias fraudam milhares de consumidores; quando complexos industriais poluem bairros e cidades; quando petroleiros provocam danos ecológicos ou predadores exterminam a fauna; quando a indústria edílicia deteriora o patrimônio artístico, histórico ou turístico, verifica-se de maneira contundente e até trágica a necessidade imperiosa e urgente de não deixar sem tutela esses interesses comuns.¹³

Esta assertiva era a sinalização para a concretização dos direitos que transcendiam a figura do indivíduo, alcançando a transindividualidade, em outras palavras, outorgando tais direitos a ninguém e a todos.

Destarte, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), seis anos após a afirmação da respeitável doutrinadora, trazia à luz os conceitos que eram perseguidos para tutelar os direitos coletivos e difusos, além do chamado direito individual homogêneo, facilitando, conseqüentemente, o ingresso em Juízo para recompor prejuízos que extrapolassem a esfera do indivíduo isoladamente.

A conceituação de tais situações jurídicas ficou claramente definida no teor do diploma legal que passou a cuidar da *proteção do consumidor*, qual seja a Lei n.º 8.078, 11 de setembro de 1990, que trazia, com clareza, o entendimento de cada uma das situações (*interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos*).

Tendo isto ocorrido, o ordenamento jurídico brasileiro passava a contar com um importante arsenal para cuidar e tutelar os direitos transindividuais, isto é, aqueles que ultrapassassem a órbita do indivíduo de forma isolada. Como se sabe, a nova legislação não ficava adstrita tão só à *proteção do consumidor*,¹⁴ mas também poderia servir de apoio a outras incursões, como, por exemplo, a proteção e tutela do meio ambiente, para as quais se encaminha este trabalho.

Transcrevem-se os dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para que os mesmos sejam conhecidos na sua integralidade;

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo, individualmente ou a título coletivo:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

¹⁴ NERY JR, Nelson, Código de Processo Civil Comentado, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 8/1996, p. 1705: “I:10. Direitos difusos. Aplicação do conceito legal. Por expressa determinação legal (CDC 90 LACP 21) as definições legais de direitos difusos e coletivos (CDC 81 par. ún. I e II) são aplicáveis a todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não apenas às lides de consumo.[...]” (grifos nossos)

I - interesse ou direitos difusos, assim entendidos para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.(grifos nossos).

Nesta rota, já se têm por assentadas as linhas para buscar o ápice da presente monografia, a qual pretende apresentar uma análise do mandado de segurança para o resguardo dos bens ambientais, bastando, apenas, fincar o “bem da vida” que merecerá ser tutelado.

E este “bem da vida”, a merecer tutela jurisdicional, será extraído do texto constitucional, que é o que se fará nas próximas linhas.

6. Do Meio Ambiente

6.1. - Na Constituição Federal/88: arts. 225 e 23, incisos VI e VII:

Na parte final do item anterior, falou-se do “bem da vida” a ser tutelado pelo mandado de segurança ambiental. Evidentemente que o mesmo deve ser procurado no interior do texto constitucional, pois é ali que se positivam os “direitos e garantias fundamentais” tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no País, a teor do Título II, onde repousa o art. 5º do citado diploma fundamental, que dentre outras tutelas garante, inclusive, e com ênfase, *a inviolabilidade do direito à vida*, e, garantida esta, garantida está a higidez do homem, pois, nunca é demais registrar, que um dos *fundamentos* nos quais se assenta a República Federativa do Brasil é *a dignidade da pessoa humana*(art. 1º, III, da CF/88).

Entretanto, não se há de quedar-se tão somente no referido Título II, quando se quer ver garantidos os direitos que a Carta Magna proporciona àqueles mesmos direitos que ela quer ver tutelados.

No que tange ao meio ambiente, não se pode perder de vista que os bens ali inseridos são de profunda importância à própria vida dos homens e à sua saúde. Celso Antonio Pacheco Fiorillo *et al.* (1996, p. 38) retratam com firmeza que além das categorias de bens que o nosso ordenamento jurídico registra, quais sejam: público, privado e difuso; esse último tem profunda relevância para a existência de todos.

Não foi por menos que a Constituição Federal dedicou algumas de suas passagens para reafirmar a importância do chamado bem difuso. Basta que se leia com atenção o que registra o art. 225 inserto no seu texto. É bom que se o faça,

nesta oportunidade, para verificar a sua extensão para os atuais viventes deste País e para os seus pósteros.

Assim:

Art. 225, caput: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Vê-se, à simples leitura, que o meio ambiente deve ser ecologicamente equilibrado, que se trata de uso comum do povo, isto é, tem características e conformação de bem difuso, que não é de ninguém, porém é de todos. Não há, aqui, qualquer discriminação quanto ao seu uso e usufruto, pois os seus benefícios espraia-se por todo o território estejam onde estiverem os indivíduos que são alcançados pela tutela da referida norma constitucional.

A esse propósito, nota-se que há perfeita sintonia entre o dispositivo citado e outro que se encontra no frontispício do *Título II*, de acordo com o qual *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. E vai além, como já registrado na introdução deste trabalho, quando demonstrado ficou que, por força do art. 182 da mesma Carta Magna, “*a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*”.

Isso se vê reforçado quando se sabe que o homem tem o direito de morar (bem), circular (bem), trabalhar (bem) e divertir-se (bem), tal como preconizado pela *La Charte d’Athènes*¹⁵, documento vindo à luz no longínquo ano de 1934 por inspiração de Le Corbusier, afamado arquiteto de século XX.

Ora, se deve-se tratar o meio ambiente, natural ou artificial, como bem difuso, interesse de todos, **bem da vida**, enfim, não se pode deixar de preservá-lo na sua plenitude, razão por que o Direito deve oferecer as ferramentas para o exercício da sua tutela.

Neste raciocínio, há de se lembrar que a Constituição Federal quando fala da imposição ao Poder Público de preservar o meio ambiente, registra, na competência comum dos entes federados, o dever que todos têm em *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*, por força do seu art. 23, VI, bem como determina *preservar as florestas, a fauna e a flora*, agora na prescrição do inciso VII do mesmo artigo.

Observa-se, em consequência, embora seja uma competência comum entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, que é mais do que isto,

¹⁵ “Les clefs de l’urbanisme sont dans les quatre fonctions: habiter, travailler, se récréer (dans les heures libres), circuler.” Paris: Éditions de Minuit, 1957, p. 99.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “in” Protecção do ambiente e direito de propriedade, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 48: *O constitucionalmente consagrado direito ao ambiente sempre haverá de ser analisado na vertente do equilíbrio ecológico de imediato efeito para a vida humana.*

havendo na norma constitucional um verdadeiro mandamento para a tutela e o resguardo desse bem cujo conteúdo é de uma importante transindividualidade.

Nessa óptica, não pode o Poder Público furtrar-se a cumprir a sua tarefa preservacionista, posto que, em isto não ocorrendo, seria uma afronta ao prescrito no art. 225 - *impondo-se ao Poder Público [...] o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*. - Não se perca de vista, por igual, que tal comando dirige-se também à coletividade - *impondo-se [...] à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*. -. Em outras palavras, o dever de preservação é a um só tempo do Poder Público e da coletividade.¹⁶

Contudo, as prescrições aqui trazidas não estão só no texto constitucional, pois a legislação infraconstitucional cuida de mostrar a sua forma de operacionalização, que é o que se verá adiante.

6.2. - Na Lei n.º 6.938, 31.ago.81(Política Nacional do Meio Ambiente):

A legislação infraconstitucional, representada pela Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, busca regulamentar as disposições da Constituição Federal - arts. 23, VI e VII, e 225, estabelecendo, por conseqüência, o que se denominou de *Política Nacional do Meio Ambiente*, visa *a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana*, consoante o registro do seu art. 2º.

Além disso, ela registra uma série de princípios que vêm elencados nos incisos de I a X. Todos eles se completam numa verdadeira tessitura que busca atender ao **bem da vida** citado acima.

Assim está grafada:

Art. 1º - Esta Lei, com fundamento nos incisos VI e VII do art. 23 e no art. 225 da Constituição, estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA e institui o Cadastro de Defesa Ambiental.

DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser

necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso de recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso nacional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.”

Nesse passo, verifica-se que a Política Nacional do Meio Ambiente, da forma como está estruturada nesta Lei, elegera como princípios os incisos que decorrem do seu art. 2º, através dos quais busca objetivar

[...] a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. (Grifos nossos).

Esta marca na Lei, demonstra o cuidado do legislador ordinário em transferir do Texto Magno para ela, para que cumpram efeitos positivos,¹⁷ **princípios e fundamentos**, que estão inseridos em todo o sistema constitucional.

¹⁷ Averte-se em DINIZ, Maria Helena, in *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 102-103, para dizer que: *Há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos...* E arremata poeticamente: *Por esse motivo, preferimos denominá-las normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa[...]. Surgem, por exemplo, como se fossem botões de rosa; com a interferência legislativa requerida, desabrocharão, [...]* (Grifos nossos).

¹⁸ À guisa de registro, observe-se que por força do art. 5º da Constituição Federal, *caput*, *aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País* garantem-se *alguns direitos*, como, por exemplo: *a inviolabilidade do direito à vida*, o direito *à liberdade*, o direito *à igualdade*, o direito *à segurança*, o direito *à propriedade*. Enquanto que, na parte inicial do artigo em questão, o que dali se pode interpretar é de um conteúdo muito mais extensivo e abrangente, pois a **TODOS** (quem são estes; também os estrangeiros não residentes no País?), garante ela a *igualdade perante a lei* (e não há de ser ignorado que o texto constitucional é também uma lei), direito de conteúdo muito mais abrangente do que a simples enunciação de certos direitos como resta registrado na norma constitucional sob análise. Entretanto, é assunto para uma reflexão mais aprofundada, que por certo haverá de ser feita.

No que aqui interessa, registre-se, por exemplo, o disposto no art. 225, da Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, quando prescreve afirmativamente que **todos**¹⁸ (Ou serão *somente* os **brasileiros e estrangeiros residentes no País?**) *têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, direito que, desrespeitado, seja *por ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público* (CF/88, art. 5º, LXIX, parte final, - destacou-se -), para ser restabelecido, a teor da dicção constitucional (art.5º, XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*), poderá ser objeto de mandado de segurança (CF/88, art. 5º, LXIX e LXX), que é o objetivo deste trabalho e sobre o qual dissertar-se-á no próximo tópico.

7. Considerações Finais

Vencidos os caminhos anteriores, chega-se, agora, ao estágio final do trabalho quando tratar-se-á da aplicabilidade do mandado de segurança como tutela jurisdicional (e antecipação dela) em direito ambiental.

Desnecessário será frisar que o mandado de segurança, nos termos da norma constitucional, existe (e é concedido)

[...] para proteger direito líquido e certo, [...], quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A própria Carta Constitucional começa por dar notícia de quem são os legitimados ativos para a impetração da ação sob exame. No inciso LXIX, aquele que possua capacidade processual para fazê-lo, tratando-se, como se pode notar, de pessoa (física ou jurídica) individualmente; no inciso LXX, por se tratar da legitimação coletiva, os ali indicados: *partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*, porque que aqui, no mandado de segurança coletivo, em não havendo, ainda, uma regulamentação a respeito, deverão ser obedecidos os limites das decisões já prolatadas em nossos Tribunais superiores, quanto aos procedimentos processuais.

Outra característica, singularidade mesma do mandado de segurança, de

¹⁹ *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.* (CF/88, art. 5º, XXXV). (grifo nosso).

²⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969*, São Paulo: RT, 1974, p. 360, tomo v (arts. 153, § 2º-159) : “Direito certo e líquido é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso”.(sic)

²¹ Código de Processo Civil, art. 145: *Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.*(art. 421: *O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo.*).

que haja direito líquido e certo ferido, ou na iminência de ser ferido¹⁹, e que o seja por *autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*. Lembre-se, por importante, que direito líquido e certo é algo que deve ser provado de imediato, sem qualquer dilação probatória²⁰, pois, se assim fosse, dilatando-se os meios de prova, desnaturar-se-ia a essência desse direito constitucional.

Ao se penetrar neste ponto, o do direito líquido e certo, e dos meios de prová-lo, *ab initio*, isto é na abertura da demanda, começa para o impetrante de um possível mandado de segurança de cunho ambiental um grande tormento.

E isto se explica.

Normalmente, quando são envolvidas questões ambientais para a consecução da prova há necessidade da participação de perito²¹ e com as variáveis que esta mesma participação permeia o Código de Processo Civil, como por exemplo: exames, vistorias, avaliações, participação de assistentes etc.

Logo, e de pronto, há de afastar-se a hipótese de utilização do mandado de segurança para a tutela do meio ambiente ofendido, ação que só pode ocorrer na hipótese de proteção a direito líquido e certo, *quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*, nos precisos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88, na sua parte final.

Num simples raciocínio, dependente de *perícia, exame, vistoria ou avaliação*, como quer o Código de Processo Civil, afastada está a viabilidade de impetração da comentada ação constitucional, pois não se caracteriza o direito como líquido e certo, pois deixa de ser aquele direito que *não desperta dúvidas, que não está isento de obscuridades, que [...] precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que não é, de si mesmo, concludente e inconcusso*, justamente o contrário do que ensinou Pontes de Miranda, em referência anteriormente apontada (CF/88, art. 5. XXXV), quando esclarecia o inteiro conteúdo do que seja *direito líquido e certo*.

Todavia, quando as provas são incontestas, quando há fato notório²², pode-se pensar, de forma apriorística, estar o tormento sanado. Ledo engano, pois se, de um lado, pode ocorrer o fato notório, por outro prisma, nem sempre este consubstancia a verdadeira agressão ao meio ambiente, que é o objetivo de que aqui se trata, porque pode estar, ainda, dependente de mensuração quanto à extensão do problema, passível de *perícia, exame, vistoria, avaliação* etc.

Uma das posições heróicas do mandado de segurança consubstancia-se na

²² “[...] qualidade de certos fatos tão geralmente conhecidos e indiscutíveis que, para exigir para eles a prática da prova, não se aumentaria um pequeno grau que fosse a convicção que o juiz e as partes devem ter de sua verdade. (la definición del hecho notorio, in *estudios sobre processo civil brasileiro*, p. 184)”, apud CALAMANDREI, Piero *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 55 (notariado-ondudsman), São Paulo: Saraiva, 1980, p. 60.

²³ Não se perca de vista que o mandado de segurança por ser uma ação de conhecimento, é passível de merecer a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, presentes estejam a existência da *prova inequívoca* e o juiz convença-se da *verossimilhança da alegação* (art. 273, *caput*, do CPC), ou que *haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, I, do CPC) ao bem da vida invocado. Adversamente, entretanto, pesa contra o requerente a possibilidade (nunca afastável) da revogabilidade da medida, prevista no art. 273, § 4º, cujos efeitos pecuniários e patrimoniais podem ser de grande monta para o postulante, razão por que este deve agir com cautela e parcimônia no pedir.

concessão de medida liminar existentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou no ensinamento de Hely Lopes Meirelles (1989, p. 50):

A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação²³ dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.

Mesmo assim, só se pode receber a sua concessão, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, mas que o direito seja líquido e certo, o que nos casos envolvendo o meio ambiente, pelas razões já invocadas, é trabalho para mouro.

Um último passo nesta tarefa refere-se à figura do legitimado passivo.

Já foi dito que o mandado de segurança individual ou coletivo presta-se para *proteger direito líquido e certo*, [...] *quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Pública*.

Isso está claro, pois é comando constitucional (art. 5º, LXIX).

Logo se verifica que o legitimado para o pólo passivo de uma ação de pedir mandado de segurança tem de estar servindo à Administração Pública, no pleno exercício de suas funções, na qualidade de *agente público*, em quaisquer de suas espécies, seja: *agente político, servidor público (civil, militar, governamental), agente temporário ou agente de colaboração (por vontade própria, por compulsão, por concordância)*, na útil classificação de Diogenes Gasparini (1995, p. 41)²⁴.

Registre-se, neste passo, os que se localizam noutro lado da relação processual em ação de pedir mandado de segurança, e de forma mais detida no tocante ao remédio coletivo, novidade trazida pela atual Constituição Federal, como já visto: o *partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*.

Sem qualquer dúvida, são estes que estão perfeitamente identificados com as causas da população e que podem advogar, sobretudo, os interesses de natureza

²⁴ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 41.

difusa ou coletiva, nos quais se localizam os que se voltam para a defesa do meio ambiente, pois é, todos o sabem, bem de valor geral da sociedade.

Como afirmam Fiorillo *et al* (1996, p. 205-206), para defender a idéia de que os nominados na letra b, do inciso LXX, do art. 5º, da CF/88, não estão ali tão só para a defesa do interesse dos seus membros ou associados, mas também para a defesa dos interesses difusos, pois escrevem:

Ora, não pairam dúvidas, e nem poderia, de que os direitos difusos podem e devem ser tutelados, pois, em tais associações, o caráter difuso do direito está intimamente relacionado com os interesses de seus membros e associados. Aliás, diga-se de passagem que até esvaziada ficaria a norma se não tomássemos este entendimento, já que, pelo entendimento do inciso III do art. 8º (com relação aos sindicatos) e o inciso XXI do art. 5º (com relação às associações), já seria possível a possibilidade de os sindicatos defenderem os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, seja judicial ou extrajudicialmente.

Feitas todas estas considerações, não há dúvida em afirmar, concluindo, que o mandado de segurança embora heróico remédio constitucional, mesmo com o acréscimo da legitimação ativa trazida pelo atual Texto Constitucional, encontra óbices em seu caminho para que seja aplicado à tutela do meio ambiente, tais como a caracterização do direito líquido e certo, bem como da pré-constituição da prova, além de que o poluidor ou agressor do meio ambiente, na maioria das vezes, não se corporifica na figura da *autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Pública*, mas também da coletividade, a quem incumbe também, juntamente com este, o dever de defender o meio ambiente e de *preservá-lo para as presentes e futuras gerações*, nos exatos termos do art. 225 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. "Decadência e Mandado de Segurança" (Inconstitucionalidade do Preceito do Art. 18 da Lei 1.533/51). *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, 1993, p. 147.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (Promulgada em 5 de outubro de 1988), São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. (arts. 5º a 17).

BELINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo*, Tese de Doutorado defendida junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade* Coimbra: Coimbra Editora, 1995. (Crítica de Jurisprudência Ambiental).

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

- CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *A Organização da Cidade – Planejamento Municipal*; Plano Diretor; Urbanificação. São Paulo Max Limonad, , 1998.
- CORBUSIER, Le (Jeanneret-Gris, Charles Édouard). *La Charte d’Athènes*. Paris: Éditions de Minuit, 1957.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA de Direito, (notariado-ondudsman), São Paulo, Saraiva, 1980.v.55.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) Aspectos Polêmicos*. São Paulo, Malheiros, 1992.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*. São Paulo, RT, 1989.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenação). *A Tutela dos Interesses Difusos - doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*, São Paulo: Max Limonad, 1984.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos - Conceito e legitimação para agir*, RT, São Paulo, 1988.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas-Data”*. 12 ed. São Paulo, RT, 1989.
- MILARÉ, Édis e BENJAMIN, Antonio Herman V. *Impacto Ambiental - Teoria, Prática, Legislação*. São Paulo: RT, 1993.
- NERY Junior, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, , 2. ed. São Paulo: RT, 1995. (Coleção Estudos de Direito de Processo ENRICO TULLIO Liebman) v.. 21.
- NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional*. São Paulo: RT, 1992.
- PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- PASSOS, J. J. Calmon dos. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969*, São Paulo: RT, 1974.Tomo V(arts. 153, § 2º-159).
- SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores V. II,
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992.



BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS E ASPECTOS DA SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT COOPERATIVE SOCIETIES AND
SOME ASPECTS OF THEIR CIVIL RESPONSIBILITIES

Oscar Ivan PRUX*

RESUMO

O direito lesado é graduado sob o ponto de vista de quem sofre o dano a fim de que possa ser reparado por quem o cometeu. É importante uma análise da estrutura das cooperativas com o escopo de poder responsabilizá-las pelos danos que possam causar a quem usufrui de seus produtos e serviços.

Palavras-chave: Consumidor; cooperativas; dano; reparação; responsabilidade civil.

ABSTRACT

The violated law is graduated by the point of view of the violated person in order to repair the damage. It is important to analyze the structure of cooperatives with the objective to make them liable for the damage caused. The violated person can use the products and services of cooperatives with his/her law preserved.

Key-words: consumer, cooperatives, civil responsibility reparation

I - INTRODUÇÃO

Na realidade econômica nacional é inviável analisar o panorama empresarial sem levar em consideração o papel das cooperativas. Elas estão presentes em quase todas as atividades e com grande destaque. Das atividades mais rudimentares como a coleta de lixo (papel, vidro, e plástico recicláveis), a pesca ou o artesanato, passando por cooperativas de transporte (taxistas ou motoristas de camionetes de transporte de passageiros) com grande número de associados, até poderosas estruturas empresariais que são líderes nacionais atuando em setores como planos de saúde, agroindústria etc.

* Advogado, Economista, Especialista em Teoria Econômica, Mestre em Direito, Coordenador do Curso de Direito da FACNOPAR, Professor do Curso de Direito da UNIMAR - Universidade de Marília.

Na sociedade atual, sob o aspecto microeconômico, vemos que o mais importante para as pessoas e agentes de mercado é a existência de atividade e renda, gerando empregabilidade e circulação de riquezas e, nesse sentido, as cooperativas contribuem sobremaneira para o desenvolvimento nacional. Note-se que hoje, a simples existência de uma empresa comercial não assegura certeza de geração de empregos ou de renda. Ela, a empresa, pode não ser rentável e mais, mesmo que rentável pode não gerar empregos como as “robotizadas” ou as virtuais, sendo certo que a empresa comercial luta pela redução de custos. Nesse contexto a diminuição de empregos é uma meta do empresário que busca ser competitivo. De outra forma, as cooperativas, ao contrário, buscam ser fortes e aumentar seu número de associados, pessoas que passam a ter atividade e renda gerando um progresso coletivo que só depende da existência de demanda de mercado para seus produtos e serviços e de uma boa administração. Nessa conjuntura, portanto, despontam as cooperativas como esplêndida forma de enfrentar os desafios econômicos, seja nos momentos de expansão, seja nos momentos de crise econômica. Observe-se que quando a questão é crise, essa modalidade de atuação econômica é tão valiosa que mesmo quando as empresas comerciais praticamente se desintegram, o derradeiro amparo para enfrentar a desgraça econômica reside nas formas cooperativas e nos bancos de troca ou de escambo, que nada mais são do que formas atípicas de cooperativas de múltiplos produtos, tal como, lamentavelmente, vem ocorrendo na Argentina. Tudo isso acontece porque essa modalidade de atuação econômica, como bem expressa a palavra cooperativa, baseia-se na cooperação entre os agentes cooperados e não meramente no capital, com suas turbulências e fins nem sempre nobres.

Assim, a cooperativa é uma modalidade de empreendimento econômico valioso, para o qual a sociedade brasileira e, principalmente, as autoridades devem voltar seus olhos com muito carinho. Sabendo-se que a economia brasileira é extremamente vulnerável porque em nosso país se pratica capitalismo quase sem ter capital, expondo-se a vulnerabilidades imensas diante das ações dos especuladores nacionais e internacionais, é importante visualizar-se que ao centrar seu empreendimento primordialmente na reunião/união de pessoas e não na reunião de capitais, gerando atividade e renda para seus associados, a cooperativa é a forma societária que melhor enfrenta e equaciona essa realidade dramática no mundo contemporâneo. A crise de abstinência causada pela falta de capitais sufoca e extingue empresas comerciais, enquanto para a cooperativa basta que exista mercado para seus produtos ou serviços, visto que ela se apóia basicamente na cooperação de seus associados e isso pode acontecer até sem que existam capitais. Por isso, que as cooperativas, apesar de ainda não estarem recebendo o apoio que lhes é devido e, às vezes, até do desrespeito ao que está previsto nos artigos 146, letra “c”, e 174, § 2º, de nossa Carta Magna, em especial, o que deveria estar estabelecido para o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo, conseguem se destacar no cenário econômico nacional.

Merecem, então, que dediquemos atenção para aspectos específicos dessas empresas, trabalho que faremos tecendo breves explicações sobre esse tipo societário e, depois, complementaremos com algumas considerações a respeito da sua responsabilidade civil, tema amplo, complexo e instigante.

II – A COOPERATIVA: CONCEITO E ALGUMAS CARACTERÍSTICAS

As cooperativas, embora tenham aspectos que lhe conferem uma faceta híbrida, reunindo detalhes das associações e pontos que as aproximam das sociedades comerciais e até das empresas do modernamente denominado terceiro setor, não se confundem com esses tipos de empresas.

Marcam a sociedade cooperativa, a existência de determinados aspectos bastante peculiares que, inclusive, deram motivo a que ela merecesse legislação específica (Lei nº 5.764/71). Desse modo, sua conceituação, precisa observar um certo grau de explicitação atenta aos seus aspectos *sui generis*, para que, com devida clareza, possa ser convenientemente distinguida dos demais tipos de sociedades.

Conforme noticia Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2002, p.124): “A Aliança Cooperativa Internacional definiu¹ a sociedade cooperativa como toda a associação de pessoas que tenha por fim a melhoria econômica e social de seus membros, através da exploração de uma empresa sobre a base da ajuda mútua. Tal enunciado procurou exprimir as idéias que nortearam a formação do grupo de Rochdale², consistentes na adesão livre de todos que exercessem o mesmo ofício, na administração de forma democrática, na repulsa a toda sorte de vinculação política etc.”

Com certeza, considerando a realidade dos fatos, a história das cooperativas é muito antiga como forma de associação e colaboração de esforços para um empreendimento, apenas não era estabelecida de modo formal como a conhecemos, algo que data do Século XIX. Portanto, para um melhor entendimento da conceituação de **cooperativa**, importante assinalar que o vocábulo é “Derivado do latim *cooperativus*, de *cooperari* (cooperar, colaborar, trabalhar com outros), segundo o próprio sentido etimológico, é aplicado na terminologia jurídica para designar a organização ou sociedade, constituída por várias pessoas, visando a melhorar as condições econômicas de seus associados”³.

Considerado um dos autores clássicos de maior renome, Cesare Vivante, assim se expressou a respeito da sociedade cooperativa: “*società a capitale variabile, regolate in modo da favorire gli scambievoli servizi della società verso i socii e dei socii verso la società.*”⁴

Daí se concluir genericamente que, como diz Amador Paes de Almeida, cooperativa é uma “sociedade de pessoas, com capital variável, que se propõe, mediante cooperação de todos os sócios, um fim econômico.”⁵

¹ Assinale-se que em direito - que é uma ciência social - sempre é difícil definir, senão muitas vezes impossível. “Definir” significa apresentar descrição suficientemente precisa que exclua tudo o mais que exista no mundo, o que é algo mais afeto as ciências exatas. Assim, se nos afigura mais apropriado conceituar, principalmente em se tratando de um tipo societário como a cooperativa cujas modalidades de atuação e formas de atividade que adota, embora específicas, são tão variadas.

² Em referência aos pioneiros 28 tecelões de Rochdale, que em 1.844 fundaram na Inglaterra a primeira cooperativa estabelecida formalmente nos moldes que conhecemos modernamente.

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.1.

⁴ ALMEIDA, Amador P. de. *Manual das sociedades comerciais* 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 335.

⁵ _____. *Manual das Sociedades Comerciais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1.991, p. 336.

Já sob o ponto de vista do direito positivo brasileiro, o art. 3º, da Lei nº 5.764, de 1971, assim as conceituou: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem objetivo de lucro.”

Malgrado alguns questionamentos que são feitos pela doutrina mais especializada sobre determinados termos utilizados, cremos que pela objetividade do texto é aceitável a conceituação legal. Considere-se, também, que ela expressa com o devido fulgor, a característica mais destacada nas cooperativas, que é a reunião de pessoas e não primordialmente dos capitais, tal como acontece na maioria das empresas comerciais. Ela se baseia, assim, na colaboração dos cooperados em prol do objetivo societário comum, fator que constitui o traço mais expressivo do que seja cooperativa. E sendo as cooperativas sociedades de pessoas, com natureza civil, vemos nelas as seguintes características básicas: a) variabilidade do capital social; b) o modo como é exercida a sua administração.

Assim, entender primeiramente a natureza jurídica das cooperativas, suas características e princípios que devem ser cumpridos, aproxima para o estudo da responsabilidade civil dessas empresas, pois daí surgem muitas das questões enfrentadas por elas nos Tribunais.

III – PRINCÍPIOS COOPERATIVISTAS

A cooperativa é um tipo de sociedade com características próprias e princípios típicos que a direcionam, princípios que são reconhecidamente peculiares, e, normalmente, não se repetem em outros tipos societários, especialmente os comerciais. Isso levou, fez com que ela recebesse regulamentação própria e merecesse dispositivos específicos na Lei nº 10.406/2.002 (arts.1.093 a 1.096), que é o nosso novo Código Civil. Os princípios instituídos para nortear a atuação das cooperativas embora específicos, são deveras abrangentes no sentido de aplicarem desde os momentos iniciais que desencadeiam a formação da cooperativa até sua extinção. Em síntese, eles podem ser assim arrolados:

a) **Adesão Livre e Voluntária** (Voluntariedade) pela qual ninguém deve ser coagido a ingressar ou manter-se na cooperativa e, em outras palavras, “**porta-aberta**” através do qual não pode ser vedado o ingresso na sociedade àqueles que preenchem as condições estatutárias;

b) **Gestão Democrática** ou **A Cada Associado um Voto**, independente do valor das cotas de cada um. Todo associado pode votar e ser votado, participando da gestão da sociedade. Esse princípio estabelece a predominância da pessoa sobre o capital;

c) Da **Distribuição do Excedente Pró-Rata das Transações dos Membros** (ou Retorno), afasta qualquer sentido lucrativo e exprime o esforço na busca do justo preço, poupança necessária ao bom desencadeamento das atividades sociais e da repartição proporcional das sobras sociais;

- d) **Participação Econômica dos Membros**, contribuição equitativa para o capital da cooperativa, controle democrático do mesmo e juros limitados sobre o capital, permitindo que as cooperativas paguem juros sobre o capital aportado pelos associados, porém limitada ou moderadamente, porque a cooperativa não visa lucros e as sobras líquidas das operações dela com os associados não devem ser de montante elevado;
- e) **Neutralidade Política, Religiosa e Social**, princípio pelo qual é vedado às cooperativas a participação em movimentos políticos ou religiosos, bem como, que pratiquem discriminações contra qualquer pessoa, seja no acesso, seja na permanência ou atuação;
- f) **Autonomia e Independência**, consistem na ajuda mútua de parte de seus membros cooperados, fator que faz a força das cooperativas;
- g) **Do Controle da Estabilidade Econômica (ou das Vendas à Vista)**, princípio mais atinente às cooperativas de consumo, visando educar os associados à prática da poupança, impedindo os riscos das vendas imoderadas a crédito;
- h) **Desenvolvimento da Educação, Formação e Informação**, princípio pelo qual se insere no âmbito das cooperativas, o dever de educar para o aperfeiçoamento na prática do cooperativismo;
- i) **Intercooperação**, induzindo ao trabalho conjunto das estruturas cooperativistas locais, regionais, nacionais e internacionais;
- j) **Interesse pela Comunidade**, conduz ao esforço no sentido do desenvolvimento sustentado de suas comunicações, por meio de políticas aprovadas pelos membros;

São esses, resumidamente, os princípios⁶ fundamentais para direcionar a formação e atuação da sociedade cooperativa. Seu descumprimento faz por comprometer os objetivos da empresa, retirando dela a possibilidade de uma atuação construtiva – conforme com sua finalidade social – quando não, gerando-lhe ainda, conflitos que podem resultar em ações de responsabilização civil em favor dos prejudicados.

IV - TIPOS DE COOPERATIVAS, TIPOS DE ATIVIDADES E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Não é tarefa simples elencar todos os tipos de cooperativas consoante suas atividades que podem ser as mais diversas possíveis como já explicitamos anteriormente. Na verdade, são empresas que podem atuar nos mais diversos setores da

⁶ Esses princípios foram aprovados no Congresso de Manchester (1995).

economia, bastando que adotem a forma societária prevista na legislação pertinente e cumpram os princípios cooperativistas. Num esforço de classificação, então, podemos generalizar e afirmar que, basicamente, as cooperativas costumam ser de produção, de comercialização/abastecimento, de prestação de serviços e de aquisição (de produtos ou serviços) para consumo ou insumo.

Assim, em nosso país são comuns as cooperativas de produção agrícola ou industrial, garimpeiras, habitacionais, de pesca, de crédito, de trabalho (por exemplo: de assistência à saúde), de artesãos, agrícolas, de seguros, de catadores de lixo reciclável, de taxistas, de empreendimentos culturais.

Por essa atuação tão variada, as cooperativas costumam estar afetas a ampla legislação geral e específica, das esferas federal, estadual e municipal, partindo da Constituição Federal, passando pela própria lei cooperativista e pelo Código de Defesa do Consumidor, e, muitas vezes, chegando até a normas específicas como as de seguros, planos de saúde, ambientais ou de vigilância sanitária, dentre outras.

Numa escala vertical por ordem de importância, podemos citar como exemplo, na Constituição Federal :

- a) o artigo 5º, inc. XVIII, dispondo que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independem de autorização, sendo vedada interferência estatal em seu funcionamento”;
- b) o art. 146, “c”, que diz caber a lei complementar o estabelecimento de normas para o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo;
- c) o art. 174, § 2º, prevendo que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo;
- d) o art. 174, § 3º, dispondo que “O Estado favorecerá a promoção da atividade garimpeira em cooperativas levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros”
- e) o art. 192, inc. VIII, estabelecendo que Lei complementar regulará “o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação, próprias das instituições financeiras”;

São essas as disposições mais destacadas encontrada em nossa Carta Magna a respeito das cooperativas. Independente desses preceitos constitucionais, nossa legislação ainda prevê farta relação de normas, começando com a LEI nº 5.764/71 e, conforme o tipo de cooperativa, incluindo todo um rol numeroso de leis, portarias, resoluções e circulares cuja lista é quase impossível de reunir.

Para destacar na esfera internacional, temos ainda a Resolução nº 127/66 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Resolução nº 2.359/68 da ONU, a Carta de Buenos Aires de 1969, da Organização dos Estados Americanos (OEA), que entrou em vigor em 27/02/71, a Resolução nº 1.413/69 do Conse-

lho Econômico e Social da ONU, dentre muitas outras.

Portanto, é uma quantidade tão numerosa de normas que se torna difícil estudar cada uma delas e, didaticamente, fica inviabilizada a possibilidade de examinar a responsabilidade civil das cooperativas partindo do conteúdo dessa legislação. Dependendo das especificidades do setor de atuação da cooperativa, na legislação brasileira se entrelaçam normas gerais e especiais, instituídas para atender as peculiares da sua atividade. Partiremos então, para uma abordagem que tenta dar outra sistematização para a matéria, no sentido de possibilitar um melhor exame da problemática que a envolve.

V – ALGUNS ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM RELAÇÃO À ATUAÇÃO DAS COOPERATIVAS

Vencidas essas considerações sobre os elementos basilares das cooperativas, podemos, então, prosseguir para o exame de alguns aspectos da responsabilidade civil dessas sociedades. O critério de escolha das situações considera os casos que mais comumente costumam gerar conflitos que desembocam em questões que devem ser julgadas por nossos tribunais.

Começamos afirmando que esse exame deve ser feito voltando os olhos para o ideal de que todo dano deve ser reparado, mas sob o signo do equilíbrio que leva em conta a incontestável utilidade social das cooperativas para a manutenção e desenvolvimento de nossa sociedade. Quando se fala de reparação, é fundamental que não se olvide o fenômeno da “**internalização**”, pelo qual, considerando que as cooperativas não visam ao lucro e, portanto, não têm como se voltar para ele na busca de recursos, qualquer indenização é imediatamente acrescida aos custos que ela passa a cobrar daqueles que adquirem seus produtos ou serviços. Portanto, enfeixando essa idéia: é importantíssimo visualizar-se a aplicação da responsabilidade civil sem que se fira o equilíbrio e a harmonia exigidos para que não se inviabilize a posição de qualquer dos interessados e, construtivamente, se caminhe no sentido de viabilizar um bom convívio social.

A idéia de responsabilidade civil nos remete à recomposição do equilíbrio social que tenha sido rompido por uma ação ou omissão de um agente em detrimento de outro. Com sentido sensivelmente mais prático, Maria Helena Diniz conceitua responsabilidade civil como “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou material causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde (funcionários ou prepostos) ou de fato de coisa (marquise do prédio) ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. Conduz na possibilidade da vítima poder pedir reparação do dano, para que aconteça a recomposição do equilíbrio rompido, seja através da restauração do *status quo ante*, seja por pagamento de uma importância em dinheiro”⁷.

Nesse contexto, considerado que as empresas cooperativas, possuem uma atuação muito variada, já não se pode pensar em ligá-las apenas a uma modalidade

⁷DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 151. v. 4.

ou tipo de responsabilidade civil. E isso faz crescer a complexidade das situações em que, por sua atuação, as cooperativas se vêm envolvidas em seu cotidiano.

Importante assinalar que o século XIX e boa parte do século XX foram marcados substancialmente pela responsabilidade subjetiva, fundada na necessidade da prévia demonstração de culpa como preconizavam Domat e Potier e o Código Civil francês de 1.804, numa concepção que foi acolhida pelo nosso Código Civil de 1.917. Esse panorama, porém, mudou consideravelmente ao aproximar-se o início do atual milênio. Além de aumentarem as discussões sobre as obrigações “de meio” e “de resultado”, com suas conseqüências pertinentes, ainda tivemos uma ascensão muito grande dos tipos de responsabilidade objetiva. O exemplo mais destacado disso está estampado na Lei nº 8.078/90 (CDC), a influir diretamente na atuação das cooperativas que celebram contratos com consumidores.

Portanto, nessa conjuntura, tratar de aspectos da responsabilidade civil para as cooperativas, nos remete para um “verdadeiro oceano” de situações diferenciadas, começando por circunstâncias de seus relacionamentos internos e, chegando, em especial, a toda problemática de seus relacionamentos externos, incluindo os referentes a sua atuação no mercado de insumo e consumo.

Assim, tentando impor uma certa didática à abordagem do tema, vamos dividir e subdividir a responsabilidade das cooperativas segundo a fórmula que será adotada a seguir.

VI – SUBDIVISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM RELAÇÃO ÀS COOPERATIVAS

1. A Responsabilidade Civil Advinda de Relacionamentos Ligados a Aspectos de Ordem Interna

Considerando o universo de circunstâncias em que as cooperativas se vêm envolvidas, importante classificar essas situações, a fim de poder selecionar as que escolheremos para analisar de modo mais detalhado.

Pelo que se percebe no cotidiano desse tipo de empresas, sua responsabilidade civil costuma advir de órbitas distintas como as que seguem:

a) **Em relação aos seus funcionários**, seja na esfera trabalhista, seja na esfera civil. Nesse sentido, a guisa de exemplo, observe-se que já se questiona danos morais na esfera de relações trabalhistas e que, inclusive, está em discussão um projeto de autoria do parlamentar Ricardo Fiúza, o qual estabelece a alteração do inciso X, do art. 1.094, do novo Código Civil, o qual passaria a dar possibilidade de o estatuto da cooperativa, vir a prever assistência à saúde para os seus funcionários, circunstância capaz de potencializar muitas situações conflituosas. Todavia, embora assinalando que aos dirigentes convém equacionar bem essas questões, nos afastaremos dessa espécie de situações porque não podem ser consideradas entre as mais comuns que as cooperativas enfrentam.

b) **Em relação aos interessados em cooperar e em relação aos já cooperados**,

quando colidem pretensões de parte dessas pessoas em relação à conduta que a cooperativa toma na sua atuação. O relacionamento entre a cooperativa e os cooperados, em alguns tipos de empreendimentos cooperativistas tem sido fonte de conflitos que mais a frente vamos tratar mesmo que indiretamente.

c) **Do dirigente em razão ao cargo que ocupa**, pois a responsabilidade desse, em várias situações, independe da declaração judicial da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, sendo decorrente de legislação específica que a prevê expressamente. Isso é mais comum nas atividades de interesse geral ou coletivo, as quais são mantidas sob forte controle estatal, tal como, por exemplo, acontece nas situações previstas pela Lei nº 9.656/98, chamada de Lei dos Planos de Saúde.

A utilidade de se perceber essa classificação, está em que ela permite um melhor planejamento empresarial da sociedade cooperativa e um tratamento mais adequado das situações que a envolvem. Serve também, para que os pretendentes a cargos diretivos na cooperativa e os já diretores, percebam e compreendam os riscos e ônus que lhe são inerentes como consequência natural da assunção da função.

2. A Responsabilidade Civil Advinda de Relacionamentos Ligados a Aspectos de Ordem Externa

Partindo para aspectos mais específicos e deixando de lado as situações de ordem interna, como as de caráter trabalhista ou de relacionamento com seus empregados, avançaremos em nosso estudo, passando a focar nosso interesse na responsabilidade civil gerada por questões relativas a ordem externa das atividades das cooperativas.

Estas situações que oferecem notado risco de serem ocasionadoras de responsabilidade civil para as sociedades cooperativas, para efeitos didáticos na abordagem, é viável que sejam assim divididas:

a) **As relacionadas com fatos ocorridos no meio social em geral.**

Trata-se da responsabilização decorrente de acidentes ou ilícitos que acontecem no desenrolar das atividades das cooperativas, atingindo pessoas sem relacionamento societário ou comercial com elas. Exemplos: a surgida de acidente de trânsito com veículo da cooperativa ou a relacionada com a esfera da proteção ambiental não ligada ao Direito do Consumidor.

Ou seja, são situações a que toda empresa está sujeita, sendo usuais e sem maiores complicações as precauções que devem ser tomadas.

b) **Em relação aos agentes de mercado.**

Temos nessa esfera os conflitos (geradores de ações de responsabilidade civil) havidos no relacionamento com os fornecedores de seus insumos e os produzidos pela sua atuação em relação aos concorrentes. Como exemplos nessa seara, podemos citar as situações em que a cooperativa, valendo-se das circunstâncias de operar em

mercado com monopólio ou oligopólio, vem a tabelar os preços pelos quais quer comprar seus insumos, ferindo regras de mercado e os interesses dos fornecedores, ou quando adota práticas contrárias a boa concorrência na busca de monopolizar o mercado.

c) **Em relação aos consumidores (reais ou potenciais).**

E aí temos:

c.1. Os provenientes da atuação direta da cooperativa no mercado de consumo, por meio de seus prepostos e colaboradores.

c.2. Os envolvendo as empresas de propriedade da cooperativa (exemplo: hospitais que são propriedade de cooperativas operadoras de planos de saúde).

c.3. Os decorrentes da atuação das empresas contratadas pela cooperativa para viabilizar sua atuação econômica, incluindo desde distribuidores dos produtos ou serviços dela até bancos que fazem as cobranças dos créditos da cooperativa.

c.4. As situações em que a cooperativa é considerada organizadora da cadeia de fornecimento.

Com essa classificação sucinta, resumidamente, podemos visualizar as principais áreas de onde se originam ações de responsabilização civil contra as cooperativas. Dessa forma, os dirigentes cooperativistas podem ter um verdadeiro mapa das situações conflituosas, de modo a que, preventivamente, possam tomar medidas administrativas eficazes no sentido de tentar evitá-las.

VII - ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS DA PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS COOPERATIVAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Feitas essas classificações genéricas, vamos passar para uma abordagem mais casuística e nesse desiderato, sem esquecer da conjuntura e das questões atinentes as demais espécies de cooperativas, vamos abordar mais detidamente a problemática da responsabilidade civil das cooperativas operadoras de planos de saúde. Fizemos essa escolha considerando que as empresas cooperativas são líderes desse mercado no qual mais de 40 milhões de pessoas têm algum tipo de plano de saúde, representando uma gama imensa de relações contratuais muito relevantes para a população. Considere-se, igualmente, que esse é um setor que lida com saúde (a vida é o valor fundamental do ser humano) e tem sido objeto de um número tão elevado de reclamações que se tornou um dos líderes de casos nos Procons e outros órgãos de defesa do consumidor, circunstância que também se reflete na considerável quantidade de ações de responsabilidade civil que ingressam em nossos Tribunais.

Passando para esse exame mais casuístico, vamos dividi-lo em vários tópicos que parecem dispersos, mas que tratam dos aspectos mais problemáticos nesses tipos de questões encontradas tanto fora, quanto e principalmente, dentro dos feitos processuais.

a) O Fenômeno da Internalização

Como recomendam os autores modernos e pós-modernos, é deveras importante que nas ações de responsabilidade civil das empresas cooperativas se estude a reparação de danos partindo da ótica do lesado. Não se deve esquecer, porém, que todas as empresas, e as cooperativas mais ainda, praticam o fenômeno chamado de **internalização** pelo qual qualquer reparação que seja paga, ingressa automaticamente em seus custos e necessita ser repassada para os preços dos seus produtos ou serviços, de modo que quem efetivamente vai pagá-la serão os próprios consumidores. Na área de planos de saúde, o consumidor pagará esse preço principalmente por uma dessas duas formas: - ou com planos mais caros; - ou, se o plano encarecer demais, ficando fora desse mercado por não poder adquiri-lo, tendo então que pagar particularmente ou sujeitar-se ao atendimento pelo sistema de saúde pública, com todas as suas mazelas. Isso não afasta o dever de reparação do dano, mas desaconselha ou recomenda muita parcimônia para incluir ou acrescentar na indenização, um caráter de benemerência ou assistencialismo, ou ainda, até mesmo de sanção, o que só deve acontecer com a observância de severos cuidados e, justificadamente, em situações muito especiais. Note-se que dar à reparação, também um caráter punitivo e dissuasório, costuma funcionar muito bem nas empresas comerciais cuja finalidade é o lucro. Diferentemente nas cooperativas, tendo em vista que esta forma societária não contempla lucro, os custos da reparação só podem ser suportados incluindo-os no próprio preço que o consumidor pagará pelos produtos ou serviços que a cooperativa fornece.

b) Aspectos da Problemática da Responsabilidade Objetiva

A inovação proporcionada pela adoção da responsabilidade objetiva pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mudou a face das relações de consumo. Entretanto, é importante salientar que essa modalidade de responsabilização apenas suprime a necessidade de provar a culpa do fornecedor, mas não desonera o reclamante de provar a ação ou omissão prejudicial, o dano devidamente quantificado e o nexo causal, ou seja, o liame que liga o dano à ação ou omissão praticada pelo fornecedor.

Em casos atinentes a planos de saúde, desde que esteja configurada alguma questão envolvendo aspecto do atendimento médico como obrigação “de meio”, portanto afeta à responsabilidade subjetiva, é comum ser inviável aplicar-se à responsabilidade objetiva no processo. Note-se que em certos casos, torna-se imperioso primeiro discutir a necessidade desse ou daquele procedimento médico e a própria conduta do médico, sujeito à responsabilidade subjetiva, para só após aferir se o contrato de plano de saúde previa o referido procedimento, e se a cooperativa, então, tinha, realmente, o dever de arcar com ele. Assim, por viabilidade deve-se ir por etapas partindo da aferição da conduta médica para só depois avançar sobre os aspectos que discutam a responsabilidade da operadora de planos de saúde. Essa técnica permite um melhor manejo processual da situação conflituosa e atende melhor ao objetivo de possibilitar a prestação jurisdicional justa.

c) Quanto ao Exame do Dano e do Nexo Causal

No aspecto específico das questões que estamos abordando, o correto exame do dano e do nexa causal revela-se de substancial importância no que se refere à responsabilidade civil. Principalmente quando se trata da área de planos de saúde, na qual são comuns as ações de reparação porque o plano negou-se a atender o consumidor contratante, há que se perquirir em detalhes, esses requisitos elementares para a possibilidade de existência de qualquer indenização. Nessas situações, o que temos visto é que o usuário, debilitado pela saúde e desgastado pelos entevos de seu relacionamento com a operadora e demais prestadores de serviços envolvidos no fornecimento, costuma vir a juízo para reclamar elevadas indenizações por danos materiais e morais.

Pois bem, uma vez demonstrado ser devida a indenização, no que toca aos danos materiais, estando eles quantificados, temos que em tese pouco ou nada há para questionar-se. É adimplir a obrigação e encerrar o caso.

Todavia, no tocante ao pedido e avaliação do dano moral, é recomendada muita ponderação, pois principalmente nas grandes cidades, toda e qualquer convivência social, ocasiona-nos constantemente, prazer e dano, mas nem todos esses momentos podem ser objeto de responsabilização civil. Os desconfortos da vida moderna são um fato do qual não podemos fugir.

Nesta conjuntura, ao tratar-se do dano moral, é muito importante considerar o seguinte: não se deve confundir aquilo que possa ser considerado dano pelo incumprimento contratual, com o dano causado pelos infortúnios da própria doença do usuário, circunstância sobre a qual a cooperativa operadora não tem qualquer responsabilidade. O correto cumprimento do contrato de plano de saúde é um problema pelo qual a cooperativa deve responder, mas não lhe cabe arcar com tudo de prejuízo e desconforto que tenha advindo da própria doença do usuário, fato que mesmo com o completo cumprimento do contrato, não iria desaparecer. Mesmo que o plano cumprisse tudo, a doença dói por si, mas essa dor não justifica qualquer amparo a pedido de reparação por dano moral contra a operadora que adimpliu sua obrigação contratual. Portanto, essa dor própria e exclusiva da doença, deve ser abstraída das considerações quando se analisa qualquer pedido de dano moral como os milhares que tramitam em nossos Pretórios.

Atente-se que na análise do nexa causal, sobressai a questão da **causa** como elemento essencial para demonstrar se foi ou não o ato ou a omissão praticada que gerou o dano. E nesse sentido, o ilustre magistrado Dr. Miguel Kfoury Neto, ensina que a **causa**, no presente caso é a atuação da cooperativa, deve ser **necessária** e **suficiente** para ter havido o dano cuja reparação se pretende impor. Nesse sentido, a conduta da cooperativa pode até ter proporcionado algum dano material se o usuário pagou pelo atendimento ou mesmo um grande infortúnio, mas jamais será a responsável pelas conseqüências da enfermidade que o acometia. Portanto, a cooperativa operadora de planos de saúde não deve ter que indenizar os dissabores que não causou, no caso todo desgaste pessoal trazido pela própria doença do consumidor.

Ressalte-se que, por força da estruturação do sistema único de saúde (SUS) ou mesmo pelas normas que cominam a omissão de socorro, todo cidadão tem acesso ao atendimento médico-hospitalar. Deste modo, não fossem as mazelas do sistema de atendimento público, das quais a cooperativa não tem responsabilidade, tudo se resumiria na falta de cumprimento de uma obrigação contratual, o

que poderia ser resolvido apenas por uma cláusula penal colocada no instrumento que formaliza a contratação.

Outro detalhe: em casos mais graves, como os de falecimento de pessoa, para se cogitar de indenização de dano moral em favor daquele que vem postular reparação de sua dor decorrente do fato danoso acontecido, há de se prescrutar como realmente foram as repercussões diante desse fato tido como lesante. Deve-se buscar informações de como tudo ocorreu, entrando em detalhes e minúcias, para perceber exatamente como foram os momentos que seriam de repercussão daquilo que é imputado como fato danoso. Embora haja reclamação em juízo, casos há em que a investigação vem provar que não houve alteração na vida daquele que se diz prejudicado. De outro lado, se houve a dor justificadora de uma reparação favorável ao usuário ou para pessoa ascendente ou descendente, o conhecimento adequado dos fatos elucida a questão de modo a fornecer a dosimetria necessária para aferir de que monta deve ser a reparação do dano moral.

d) Quanto à Inversão do Ônus da Prova nas Causas Envolvendo Relações de Consumo

Centra-se na prova o elemento crucial nos processos de responsabilização civil para reparação de danos. E nessa seara, com referência específica a causas envolvendo relações de consumo mal-sucedidas, temos algumas considerações a fazer.

A primeira delas é que, nos casos em que se visualiza no processo a possibilidade de inversão do ônus da prova, tendo como base a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações do consumidor, sempre deve ser observada a diferença entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência daquele que pleiteia a reparação. Note-se que a vulnerabilidade é típica de quase todos os consumidores, não ensejando previsão legal para a inversão do ônus da prova, enquanto a hipossuficiência é a vulnerabilidade agravada, restrita apenas a alguns poucos consumidores que por isso podem receber o benefício da facilitação da defesa de seus direitos em juízo. Portanto, a hipossuficiência possui concepção técnica e não deve advir de critérios puramente subjetivos ou ideológicos. Por exemplo: quem tem condições de pagar um plano de saúde não pode ser considerado hipossuficiente economicamente e se foi bem informado e aconselhado, motivo de equilíbrio na contratação, também não pode ser considerado hipossuficiente por motivos técnicos. Outro detalhe: para evitar o paternalismo injustificado, a verossimilhança deve ser pré-requisito para a decretação da inversão do ônus da prova, sem a qual, mesmo o consumidor sendo hipossuficiente, ela não deve ocorrer. Ou seja, sem a adesão mental de primeiro momento, ausente qualquer hesitação, de que aquilo que o consumidor está alegando oferece convicção autêntica de ser verdade, o ônus da prova não deve ser invertido, mesmo o consumidor sendo hipossuficiente.

Acrescente-se que nas ações de reparação de dano, é muito importante reviver e salientar o princípio da solidariedade da prova, pelo qual se impõem para ambas as partes, notórios deveres no sentido de colaborar para que a verdade venha aos autos. E, nesse contexto, tem-se que o ônus da prova deve ser atribuído a quem tenha melhor condição e facilidade para realizá-la. Não existe preceito legal

que impeça que isso possa ser atribuído ao consumidor, quando essa seja a melhor forma para o esclarecimento dos fatos. Antes de interessar as partes, a prova interessa à Justiça e a sociedade, que custeia a máquina judiciária e espera ter sempre a segurança de que em todos os processos haverá uma prestação jurisdicional justa.

Finalmente, é importante destacar que a inversão do ônus da prova só pode ser viável quando seja possível e razoável de ser feita pela parte a quem ela será atribuída.

e) Do Direito de Regresso, da Denúnciação da Lide e do Chamamento ao Processo

Sempre que houver possibilidade jurídica, a cooperativa que tenha pago alguma reparação, não deve deixar de valer-se do direito de regresso. Como a administração tem o dever de fazer uma gestão responsável, sempre que a cooperativa pagar reparação que pode ser buscada do verdadeiro responsável, cabe ao corpo diretivo tomar de imediato a iniciativa para recompor o patrimônio da sociedade. Ou seja, devido a sua forma societária, é importante que a cooperativa chame a responsabilidade quem, em última instância, deve responder pelo dano.

Observe-se que conforme o art. 88, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não se admite denúnciação da lide, mas tal ocorre apenas nas hipóteses em que o comerciante não identifica o fabricante ou não conserva o produto perecível (o art. 13). Para os demais casos, não existe previsão legal impedindo que tal aconteça. E mais, em qualquer situação, também nada impede que a cooperativa utilize-se do **chamamento ao processo**, previsto no artigo 77, inciso III, do Código de Processo Civil brasileiro (chamamento do devedor solidário quando está sendo exigido apenas de um o total da obrigação). A presença nos autos de outro integrante da cadeia de fornecimento, comumente facilita em muito a prova em favor da cooperativa, além de, no mínimo, repartir o custo da reparação sem necessidade de utilizar-se do direito de regresso. Note-se que o chamamento ao processo sempre deve ser deferido pelo juiz, pois beneficia inclusive o consumidor que ficará mais garantido com dois fornecedores incluídos no pólo passivo da ação.

f) Das Decisões Provisórias e seu Conteúdo Ideológico

Ilustres Magistrados vêm alertando sucessivamente para o crescimento acentuado do número de ações judiciais relativas à responsabilidade civil das empresas ligadas à saúde. Evidente que esse contexto preocupa não só as empresas, mas toda sociedade, incitando para uma reflexão sobre como ocorrem esses casos na esfera judicial. O objetivo é por meio de uma análise percuciente, vislumbrar os equacionamentos indispensáveis para que possamos encontrar soluções contributivas para nossa convivência social.

Quando se fala de feitos em juízo, as empresas sérias - e nesse rol devem ser incluídas as cooperativas bem administradas-, naturalmente se preocupam com o teor das decisões judiciais que precisam respeitar. A maior preocupação, todavia, não tem se centrado nas decisões judiciais definitivas, pois na maioria das vezes as

empresas são capazes de se adequar a elas, seja de pronto ou no médio/longo prazo. A empresa prefere uma certeza menos boa a conservar-se em permanente incerteza, principalmente quando ela advém da possibilidade de decisões judiciais nem sempre previsíveis e com poder de abrangência muito grande. A questão melindrosa, reside na verdadeira “enxurrada” de decisões provisórias, que sem ter havido a manifestação da parte contrária, são estabelecidas com liminares que depois são “revogadas/derrubadas”, tendo deixado um rastro de incertezas e coisas mal resolvidas. O mundo negocial é prejudicado e se ressentido desse grau de instabilidade proporcionado por decisões provisórias que não se sabe por quanto tempo estarão vigentes. Para os agentes negociais e mesmo para o cidadão comum, essa realidade de decisões liminares que vão e vem como se tudo fosse incerteza e imprecisão, passa a impressão de que convivemos numa Torre de Babel e que o direito nacional não tem rumo, nem prumo.

Não é preciso ser jurista ou representante de quem quer que seja, para sentir-se a necessidade de expressar esse sentimento comum na população brasileira. Há que se entender a liberdade de consciência dos juizes, mas reconhecendo a notória cultura jurídica de nossos magistrados, é difícil compreender como aquilo que na prática deve ser considerado como sendo o direito estabelecido pela decisão judicial pode oscilar tanto nessa busca para encontrar uma prestação jurisdicional que pretende ser justa.

É preciso manifestar publicamente esse alerta, pois esses fatos geram insegurança para a sociedade, já que são os Tribunais que em última análise dizem o que é correto ou não, estabelecendo os balizamentos daquilo que precisa ou não ser praticado nas nossas relações cotidianas. Se eles oscilam em suas posições, oscilam as empresas e todos nós, vez que ficamos sem uma sinalização segura para orientar nossas atividades.

O principal detalhe que aflora dessa situação é que muitas dessas decisões são proferidas com base em critérios puramente subjetivos, muitas vezes amplamente paternalistas e capazes de reduzir tudo a um embate ideológico entre o supostamente considerado mais forte, no caso a empresa cooperativa, e alguém considerado mais fraco, no caso o contratante/consumidor. Nessas decisões olvidam-se os verdadeiros direitos do consumidor e esquecem-se princípios curiais que indicam notória diferença entre o fato de uma empresa possuir elevado *market share* (parcela de mercado) e grande *market power* (poder de mercado) e nas suas práticas habituais conduzir-se com **abuso de poder** e **abuso de direito**. Uma empresa pode ser poderosa e detentora de elevada parcela do mercado e, ao mesmo tempo, ser ética e respeitadora da função social de seus contratos. Quando se perde a referência entre os verdadeiros direitos do consumidor e a correta análise das práticas de mercado por parte da empresa cooperativa, ao utilizar-se de critérios puramente ideológicos e subjetivos, ou mesmo paternalistas, incrementa-se o risco de proferir decisões que não servem bem a nenhuma das partes, ou que pelo fenômeno da internalização, transversalmente prejudicarão os demais consumidores não envolvidos diretamente na relação.

Transparece que o melhor caminho para uma solução equilibrada dessas controvérsias, é aquele que se abstrai dos argumentos puramente ideológicos e subjetivos, e amparada em critérios técnicos que levam em conta a distinção entre **poder de mercado** e **abuso de direito**, por eles se conduz. São numerosas as

empresas cooperativas que em seus respectivos setores de atuação são capazes de deter significativa parcela de mercado em razão de terem demonstrado competência. Não se deve fazer qualquer defesa apaixonada das más cooperativas, sociedades que desvirtuam os princípios cooperativistas e a função social de seus contratos. Temos que valorizar a ética negocial e o “jogo limpo” no mercado. Paralelamente, deve-se atentar quão importante é dar decisões adequadas para preservar e evoluir os avanços tão valiosos obtidos na proteção dos direitos dos consumidores, um dos fatores mais importantes para o exercício da cidadania. Assim, com mais profundidade e no longo prazo, a observância de critérios técnicos nas decisões, agasalha sob de modo mais amplo os direitos dos consumidores e não premia os mal-intencionados. E mais, é preciso consignar que nas práticas negociais, o mercado tem mostrado que o abuso de direito, tem partido das empresas detentoras daquele elevado poder econômico que é capaz de dar-lhes a possibilidade de desconsiderar os demais concorrentes e os interesses dos consumidores, o que não costuma ser o caso das cooperativas.

Portanto, embora possa parecer louvável o conteúdo ideológico abominador da desigualdade social encontrada em nossa sociedade, tal não deve ser estendido para além das formas pertinentes ao exercício das práticas políticas da nação, incluindo-se aí a política econômica e a política social. Tentar consertar a política econômica e social do país, ferindo o equilíbrio contratual provoca outra espécie de injustiça que em nada contribui em qualquer processo de justiça social que se possa pretender implantar. De forma mais específica: afastar-se da técnica para impregnar de cunho meramente ideológico e de notório subjetivismo todas essas decisões, não contribui para a verdadeira justiça que se busca alcançar. Tanto fracos como fortes podem estar com o bom direito, e o próprio reconhecimento tácito demonstrado pelo fato de que muitas dessas decisões provisórias não subsistem sequer por dias ou horas, demonstra a sensibilidade das Instâncias Superiores ao verificar que muitas delas são eivadas de subjetivismo ideológico e carecem de levar em conta os aspectos técnicos mais elementares porém indispensáveis daquilo que está sendo examinado.

Todo dano merece ser reparado, mas o Magistrado ao dirigir o processo, jamais deve se afastar da efetiva e profunda perquirição sobre a real procedência do pedido de reparação. Mesmo constando no processo, circunstâncias que afetam nossos sentimentos, o julgador não deve seguir pelo caminho mais fácil de resolver momentaneamente o problema imputando seu custo diretamente para aquela parte que considera mais forte, no caso a empresa cooperativa, pois nesse caso poderá estar simplesmente socializando o prejuízo representado pela reparação. Ou seja, indiretamente repartindo o custo dela dentre os demais usuários dos produtos ou serviços da cooperativa, embora, muitas vezes, depois se constate que a indenização (ou liberação/pagamento do procedimento médico/hospitalar) era indevida. Urge, então, que nas decisões judiciais, substitua-se o paternalismo pela aplicação de critérios técnicos, até porque, certas decisões provisórias, caso sejam cumpridas, possuem uma reversibilidade apenas teórica, pois a prática mostra quão difícil é revertê-las.

Reflita-se que em boa parte daqueles casos justificados por essas decisões provisórias como sendo emergenciais, nada disso acontece. Como se sabe, o Sistema Único de Saúde tem o dever de atender a todos os brasileiros e as casas de

saúde e os médicos jamais assistirão alguém morrer sem atendimento, pois a omissão de socorro pesa sobre eles. Nessa conjuntura, qualquer questão nessa área pode sempre ser discutida *a posteriori* com o plano de saúde, cujos depósitos na Agência Nacional de Saúde garantem o adimplemento das obrigações contratuais previstas nos planos colocados no mercado. De outro lado, o que se verifica é que tendo a cooperativa autorizado e pago o atendimento, normalmente não mais consegue recuperar o que despendeu, pois na maioria dos processos aquele que reclama comparece amparado pela assistência judiciária. Na prática, então, tem existido reversibilidade apenas em favor de uma das partes (consumidor), e da outra não (empresa fornecedora), encarecendo com esses custos os preços dos serviços que são prestados pelas cooperativas. A decisão individual, portanto, se impregnada de protecionismo exacerbado para uma das partes, gera conseqüências nem sempre boas para o bom funcionamento do mercado.

Assim, o contrato feito pelas cooperativas, não deve ser julgado como um embate entre o capital e os oprimidos, mas como um serviço de notória utilidade social, e essa concepção deve ser inserida no exame das questões relativas a responsabilidade civil.

A sociedade precisa encontrar segurança e estabilidade nas decisões judiciais para poder atuar com tranqüilidade e proporcionar o progresso social de que tanto necessitamos.

VII - A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS COOPERATIVAS E SUA PREVENÇÃO NAS PRÁTICAS PRÉ-CONTRATUAIS, CONTRATUAIS E PÓS-CONTRATUAIS

Como vimos, a problemática da responsabilidade civil para as cooperativas é assunto bastante amplo e preocupante, contemplando um cenário tão complexo que se torna impossível tratar dele com alguma profundidade em poucas linhas ou em poucos minutos.

Assim, tomamos a liberdade de sugerir algumas providências práticas que os dirigentes das empresas cooperativas precisam encetar, no sentido de prevenir aquelas que são as causas primárias da maioria dos conflitos geradores de ações de reparação decorrentes de responsabilidade civil. Dentre elas:

a) Elevar o grau de profissionalização das atividades, cuidando que haja especialização de seus agentes, mas com integração multidisciplinar e boa assessoria especializada.

Exemplo: no Departamento comercial ou de *marketing*, profissionais com conhecimento específico, mas também com noções básicas da legislação relativa a marcas e patentes, ao Direito da Concorrência, ao Direito do Consumidor, etc. Departamento de produção, com profissionais habilitados a produzir, mas igualmente com noções de Direito Ambiental, Direito do Consumidor etc. Departamento jurídico com profissionais habilitados para cada espécie de problema, uma vez que a sistemática para o bom atendimento de uma questão de ordem tributária, difere substancialmente do atendimento que deve ser prestado para um problema

surgido de uma relação de consumo. Para poder amparar tecnicamente esses profissionais, a cooperativa deve manter assessores jurídicos bem capacitados e atualizados.

b) Cuidar com a redação dos documentos constitutivos e de funcionamento da cooperativa, pois neles se estabelece a estrutura da mesma e seu modo de atuação, bem como, as manifestações da vontade dos sócios e da própria cooperativa, pois daí surgem muitas das ações que hoje adentram os Tribunais. Quanto a isso valem algumas observações, como:

b.1. É importante prever claramente nos Estatutos, as formas e possibilidades de admissão, demissão e eliminação de cooperados/associados, as quais devem estar sempre estabelecidas com base em critérios técnicos e objetivos (nunca subjetivos), devendo ser respeitada sempre a capacidade ou impossibilidade técnica de prestação de serviços por parte da cooperativa.

b.2. E, nos Regimentos Internos, incluir sempre um Conselho de Ética e Disciplina, pois a falta de controle e fiscalização das práticas nas cooperativas ou o corporativismo desvirtuado em proteção a maus procedimentos em nada ajuda a cooperativa.

b.3. Para os casos de não-admissão e de eliminação de quem seja candidato ou cooperado, respeitar e proporcionar para o interessado, o direito à ampla defesa de suas posições. Em especial, no caso de demissão ou eliminação de cooperado, estabelecer claramente as responsabilidades remanescentes daquele que vai ser desligado da cooperativa.

c) Manter completo controle das práticas comerciais (oferta, publicidade, etc.) para que sejam conformes com a legislação.

d) Cuidar na redação dos contratos de adesão para que respeitem o equilíbrio, a finalidade do contrato e a justiça contratual (equação econômica e encargos).

e) A Cooperativa deve manter rigoroso controle das ações daqueles que colocam no mercado (“comercializam”) seus produtos ou serviços, considerando a possibilidade de responsabilidade solidária nos termos do art. 7º, § único e art. 25, § 1º, ambos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

f) Tomar precauções na adoção do auto-atendimento, para que ele seja uma técnica construtiva de acesso ao produto ou serviço e não um instrumento de conflitos. Lembrar que o auto-atendimento não deve ser imposto, pois o consumidor não é profissional do serviço e, de regra, nem é treinado para auto-atender-se.

g) Sempre que possível celebrar convenções coletivas de consumo, capazes de equacionar melhor o relacionamento negocial da cooperativa com os consumidores de seus produtos ou serviços.

h) Nas relações com consumidores de seus produtos e serviços, a cooperativa deve manter completo domínio técnico de tudo o que diz respeito ao seu fornecimento. Nesse sentido, inclusive, deve treinar e instar seus funcionários e

cooperados para que, desde a informação contratual até os demais atos de pertinentes a contratação, mantenham completo respeito ao contido nos instrumentos contratuais que sejam bem elaborados. E mais que isso, que nas relações contratuais da cooperativa, também cumpram os chamados **deveres anexos de conduta**, representados pelos deveres de aconselhamento, de cooperação, de proteção dos interesses legítimos do outro contratante e de manutenção da ética negocial, todos estampados no que se pode chamar de boa-fé contratual tanto na modalidade subjetiva, quanto na objetiva.

i) A cooperativa deve observar as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e demais leis aplicáveis para as cobranças de dívidas, incluindo o correto registro nos bancos de dados para devedores inadimplentes, restabelecendo seus serviços tão logo o usuário venha adimplir suas obrigações pecuniárias.

j) Em caso de reclamação, a cooperativa deve estar preparada para fazer a prova, pois é freqüente que a aferição de sua responsabilidade esteja legalmente prevista para ser feita pela modalidade objetiva.

k) Independente de tudo isso, cabe à cooperativa acompanhar permanentemente o resultado de seus produtos e serviços no mercado, tal como preconiza o CDC.

VII – CONCLUSÃO FINAL

A problemática da responsabilidade civil inclui-se entre aquelas situações que, tanto as ciências exatas, quanto as humanas não conseguem evitar. A realidade mostra que a convivência social na vida moderna, por si só é fonte de conflitos que precisam ser superados de forma construtiva pela sociedade. Não é tarefa fácil e estudos como este podem contribuir para que sejam encontrados caminhos que tornem menos problemáticas as questões relativas a responsabilidade civil de que aqui tratamos.

A postura que é mais adequada aos novos tempos que estamos vivendo, é aquela que olha o dano partindo da ótica do lesado. Assim, é importante lembrar que nos processos de reparação, o objetivo a ser criteriosamente buscado, sempre deve ser o de reparar o dano acontecido. Todavia, ao realizar esse objetivo, nunca se deve descurar do melhor direito para proporcionar, tanto a harmonia, quanto o equilíbrio nas nossas relações sociais, sejam elas de consumo ou não. As cooperativas costumam atuar em áreas envolvendo o fornecimento de produtos e serviços de relevante interesse social, indo da catação e separação de lixo até empresas de alta tecnologia, do labor em atividades artísticas como fazem as cooperativas de artesãos até empresas que cuidam da saúde das pessoas e isso, pela sua relevância precisa ser levado em conta.

Nossa sociedade, com justo motivo vem enfatizando a necessidade de proteção do consumidor, além de outros direitos sociais que pessoas físicas e jurídicas precisam respeitar. Como princípio, deixar a vítima sem a correta reparação, seguramente é um mal que precisa ser evitado. Entretanto, não o deixa de ser, igualmente, tomar-se posturas prejudiciais ou inviabilizadoras às atividades lícitas,

corretamente prestadas e reconhecidas úteis à convivência social harmônica, pois isso, indiretamente, se volta contra todos aqueles que necessitam adquirir o produto ou serviço fornecido pela empresa, no caso a cooperativa. Reitere-se que no médio/longo prazo, considerado o funcionamento regular do mercado de produtos e serviços, quando as posições administrativas ou decorrentes de decisões judiciais desconsideram esses fundamentos, indiretamente, prejudicam exatamente aqueles que se pretendia fossem protegidos. É importante, portanto, que além dos aspectos externos da atuação das cooperativas, se conheçam devidamente as características e princípios desse tipo de sociedade. Recomenda-se, pois, uma ampla educação cooperativista, aberta a todos, para que a sociedade possa dar a essas empresas, o devido tratamento em nível geral tributário, inclusive. Será essa a maneira mais construtiva de se compreender, usufruir e admirar essa forma societária tão rica em fatores positivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: regime e inovações do novo código civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p.124.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.1.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1.991, p. 336.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 151. v. 4.

TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: NORMAS CONSTITUCIONAIS E AS REGRAS DA APRENDIZAGEM.

CHILD AND TEENAGER LABOR: CONSTITUTIONAL NORMS
AND LEARNING RULES

Wilson Tarifa LEMBI*

RESUMO

A Constituição Federal e as leis trabalhistas em conjunto com o Estatuto da Criança e Adolescente combatem o trabalho infantil, apesar de muitas vezes ser realizado de forma indireta, pois os pais são forçados a cumprirem uma quota de produção, levando-os a inserir os filhos no trabalho sem que haja contratação da criança, uma vez que é ilegal.

Palavras-Chave: adolescente; criança, Constituição Federal do Brasil, trabalho infantil.

ABSTRACT

The Federal Constitution and labor's law as well as Children and Teenager's Statute protect the childish labor. Sometimes, this childish labor happens in an indirect way because the parents must achieve a certain production aim which forces them to make their children work together without being employed since this fact is illegal.

Key Words: Brazil Federal Constitution, children, childish labor, teenager.

1. Introdução

A atenção à criança e ao adolescente constitui o elemento central na formulação de qualquer plano de desenvolvimento social. Nesse contexto, o combate ao trabalho infantil se torna um dos principais desafios a serem superados. É auspicioso, portanto, que o assunto tenha se incorporado ao conjunto das grandes questões sociais da atualidade.

A comprovação de trabalho infantil é difícil, visto que, o empregador, geralmente, não contrata a criança, mas empreita seus pais para realizarem tarefas nas quais são obrigados a cumprir quotas de produção. Esses, por sua vez, sem alternativa, põem toda a família para trabalhar, o que, sem dúvida, dificulta qual-

* Mestre em Direito pela UNIMAR; Professor de Direito Processual do Trabalho – UNIMAR-SP e Professor de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da Alta Paulista – FADAP - Tupã-SP

quer tipo de fiscalização. Dentro desse contexto, o direito brasileiro contém normas protecionistas direcionadas ao menor trabalhador, tendo em vista que este é a parte mais fraca e vulnerável na relação tomador e prestador da mão-de-obra. A legislação brasileira atual, todavia, substitui o conceito de menor pelo de criança e adolescente, embora o termo ainda seja adotado pelo Código Civil e pela legislação trabalhista.

A Constituição Federal brasileira, alterada pela Emenda Constitucional n. 20, proíbe qualquer trabalho aos menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, concebido com o intuito de extinguir a exploração infantil, por meio de Programas de Erradicação do Trabalho Infantil pelo Governo Federal, estabeleceu uma idade mínima para a entrada no mercado de trabalho, bem como determinou algumas restrições para o trabalho de crianças com menos de 14 anos, proporcionando-lhes a partir dessa idade, a possibilidade de freqüentar cursos de aprendizagem.

Após um breve esboço histórico e uma análise da legislação existente, pretende-se discutir o papel do direito na proteção ao trabalho da criança e do adolescente. A abordagem do tema enfocará o desenvolvimento e a evolução histórica e legislativa do trabalho do menor e da questão social suscitada pelo tema no Brasil, bem como os preceitos constitucionais sobre o trabalho do menor, desde a Constituição de 1891 até a Carta Magna de 1988, e suas respectivas Emendas Constitucionais, que traçam as regras e os princípios de proteção e amparo ao trabalho da criança e do adolescente.

Especial relevo será dado ao capítulo que trata da aprendizagem, no qual serão elencadas as regras sobre a aprendizagem metódica, realizada no próprio emprego, e a aprendizagem por meio das escolas de formação profissional, além das atuais regras que impõem novas condições ao aprendiz, para a inserção da criança e do adolescente no mercado de trabalho.

2. Noções Preliminares

O Direito evolui constantemente, acompanhando as transformações que ocorrem no seio da sociedade. Dessa forma, para que seja possível conhecer-se qualquer ramo da ciência jurídica, é imprescindível que primeiramente se faça uma análise histórica, o que possibilitará que se entendam as razões que levaram à elaboração das normas vigentes.

Convém ressaltar, no estudo do Direito do Trabalho, que o sistema jurídico trabalhista brasileiro tem suas normas explicitadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), originando-se da consolidação das legislações esparsas existentes em 1943 e da introdução de disposições inovadoras. Ela foi aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio, e entrou em vigor em 10.11.1943.

A CLT empregou a palavra **menor** e dedica o Capítulo IV, do Título III, às normas de proteção desse trabalhador, e em seu artigo 402, com nova redação dada pela Lei 10.097 de 2000, esclarece que o menor é “o trabalhador de 14 a 18

anos”. Portanto, menor é a pessoa que ainda não tem capacidade plena.

Para o Direito Civil ou Penal, a palavra **menor**, significa inimputabilidade para essa pessoa, diferentemente do Direito do Trabalho. Nesse sentido Süssekind (2001)¹ assinalou:

No Direito Civil, os menores de 16 anos ou impúberes são aqueles que devem ser representados pelos pais para a prática de atos civis, por serem absolutamente incapazes, artigo 5º, I, do Código Civil. Os maiores de 16 anos e menores de 21 anos ou púberes serão assistidos pelos pais, por serem incapazes, artigo 6º, I, do Código Civil. Adquire a capacidade absoluta aos 21 anos, ou seja, quando cessa a menoridade, artigo 9º, do Código Civil. No Direito Penal, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial, artigo 27, do Código Penal, que foi elevado a nível de dispositivo constitucional no artigo 228 da Constituição Federal. A rigor, a palavra “menor” nada significa, apenas coisa pequena.

Segundo Sérgio Pinto Martins (1999), o jovem, ou a juventude, é a faixa de idade compreendida entre 15 e 24 anos. O termo **menor**, porém, tem sido utilizado mais para demonstrar a incapacidade daquela pessoa para os atos da vida jurídica. Tem, assim, a palavra uma natureza civilista.²

Os termos mais utilizados são, realmente, **criança** e **adolescente**. A criança é a pessoa que se encontra antes da fase da puberdade, o período de desenvolvimento em que ela se torna capaz de gerar filhos. Adolescência é o período que vai da puberdade até a maturidade.

Portanto, o menor não é incapaz de trabalhar, nem está incapacitado para os atos da vida trabalhista; apenas, a legislação lhe dispensa uma proteção especial; o termo correto seria **criança** ou **adolescente**.

A Constituição de 1988 adotou a nomenclatura mais correta em seu artigo 203, II, que trouxe uma regra de assistência social destinada a dar amparo “às crianças e adolescentes”. No Capítulo VII, do Título VIII, “Da Ordem Social”, empregou “Da Criança e do Adolescente”, destinando-lhes proteção especial. No artigo 227, § 3º, III; § 4º e § 7º, utilizou a expressão “criança e adolescente”. Quando o constituinte quis se referir à incapacidade, utilizou a expressão “menor”, porém, como no artigo 228, para significar que o menor de 18 anos é plenamente inimputável.

Fundado na Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente considerou criança a pessoa entre de 0 (zero) a 12 (doze) anos incompletos, e adolescente aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. O critério adotado pelo legislador, protegendo a pessoa até os dezoito anos, relacionando-se também com a idade em que se inicia a responsabilidade penal.

¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 283.

² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 507.

No contexto histórico, a CLT surgiu em decorrência das profundas modificações sociais introduzidas na Europa, após o término da Primeira Grande Guerra, as quais deram origem ao Tratado de Versalhes, que culminou na criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919. A Constituição de Weimar na Alemanha, de cunho eminentemente social e a Carta del Lavoro instituída na Itália pós-guerra, foram influências decisivas para o surgimento da legislação trabalhista nacional, meta do governo revolucionário instalado no Brasil a partir de 1930.

Segundo disposições legais contidas na CLT, os menores eram equiparados às mulheres. Nesse sentido, o § 5º. do artigo 405 e o parágrafo único do artigo 413 dispunham que o trabalho dos menores era equiparado às normas de proteção ao trabalho da mulher no que dizia respeito ao emprego de força física e à prorrogação da jornada de trabalho.

Em 05 de outubro de 1988, foi aprovada e outorgada a atual Constituição Federal Brasileira, voltada para plena realização da cidadania, elencando uma série de princípios de proteção ao trabalhador e, em especial ao menor, adotando o princípio da proteção integral,³ proibindo a diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade, artigo 7º, inciso XXX, vedando ao menor de 18 anos o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, restabelecendo a idade mínima de 14 anos para o ingresso no menor no mercado de trabalho, salvo como aprendiz, a partir dos 12 anos de idade.

A inovação mais significativa do texto constitucional de 1988 foi o deslocamento dos direitos trabalhistas do capítulo atinente à “Ordem Econômica e Social” para uma posição de destaque no capítulo dos “Direitos Sociais”, situado topologicamente no início da Lei Magna de 1988 – Título II, capítulo II, priorizando os direitos dos trabalhadores.

Em 13.07.1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, em consonância com a Constituição de 1988 e dispõe sobre regras de proteção integral à criança e ao adolescente, dedicando um capítulo específico ao “Direito à profissionalização e à proteção ao trabalho” do menor. Em seu artigo 2º, conceitua criança como a pessoa de idade não superior a 12 anos e adolescente como aquele com idade entre 12 e 18 anos e, em seu artigo 5º, diz que a exploração do trabalho de ambos é proibida sob qualquer forma.

Em 05.12.1998, a Emenda Constitucional nº 20 alterou o dispositivo constitucional, passando a idade mínima de 14 para 16 anos para o ingresso no trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

3. As Constituições Brasileiras e o Estatuto da Criança e do Adolescente

A partir de 1919, com a promulgação do Tratado de Versalhes e, posteriormente, com as Conferências Internacionais do Trabalho realizadas pela Organi-

³ De acordo com o princípio da proteção integral, crianças e adolescentes, bem como anciãos e adultos, são sujeitos e são cidadãos. Nele se quer a proteção de meninos e meninas não em instituições para menores, mas no sistema multiparticipativo e aberto à cidadania social.

zação Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho da mulher e o do menor passaram a merecer a devida atenção.

Nesse sentido, Orlando Gomes (2000, p. 420) lecionou:

Entre nós, após a Constituição de 1891, uma das primeiras preocupações do Governo foi regulamentar e posteriormente consolidar o trabalho dos menores, num Código de Proteção (Decreto Nº 1.313, de 17 de janeiro de 1890), regulamentação que foi a Assistência a Menores (Decreto Nº 17.943, de 12 de outubro de 1927), constituindo, hoje, ao lado da regulamentação do trabalho de mulheres, normas integrantes das Consolidações das Leis do Trabalho de regulamentos e portarias ministeriais (CLT, arts. 372 a 441).

A Constituição de 1934 proibiu a diferença salarial por motivo de idade num mesmo trabalho, artigo 121, § 1º, alínea a; vedou o trabalho para menor de 14 anos, o trabalho noturno para menor de 16 anos e em indústrias insalubres a menor de 18 anos, artigo 121, § 1º, alínea d; citou, de maneira genérica, nos serviços de amparo à infância, artigo 121, § 3º.⁴

A Constituição de 1937 proibiu o trabalho para menor de 14 anos, o trabalho noturno para menor de 16 anos e o trabalho em indústrias insalubres para menores de 18 anos, artigo 137, alínea k.⁵

A Constituição de 1946 impediu a diferença salarial por motivo de idade para um mesmo trabalho, artigo 157, inciso II; o trabalho do menor aos 14 anos, em indústrias insalubres e o trabalho noturno do menor de 18 anos, artigo 157, inciso IX.⁶

A Constituição de 1967 proibiu o trabalho ao menor de 12 anos e, ao menor de 18 anos, o trabalho noturno e nas indústrias insalubres, artigo 158, inciso X. E a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, vedou o trabalho do menor em indústrias insalubres e o trabalho noturno, proibindo qualquer trabalho ao menor de 12 anos, artigo 165, X.⁷

A Constituição Federal de 1988 proibiu a diferença salarial, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de idade, artigo 7º, inciso XXX; vedou ao menor de 18 anos o trabalho noturno, perigoso ou insalubre e ao menor de 14 anos qualquer trabalho, salvo como aprendiz, artigo 7º, inciso XXXIII.

A Carta Magna de 1988 teve natureza proibitiva e restabeleceu a idade mínima de 14 anos para o ingresso do menor no mercado de trabalho em seu artigo 7º, inciso XXXIII, como nas Constituições de 1934, 1937 e 1946; no

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. op. cit., p. 506.

⁵ Idem., ibidem.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ Idem, ibidem.

entanto, esse inciso foi alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de 05.12.1998, passando a idade mínima de 14 para 16 anos para o ingresso no trabalho, salvo na condição de aprendiz, para a qual a idade mínima é de 14 anos.

Em 13.07.1990, foi publicada a lei 8.069, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a Constituição de 1988, dedica um capítulo específico ao “Direito à profissionalização e à proteção ao trabalho” do menor. Em seu artigo 2º, conceituou a criança como a pessoa de idade não superior a 12 anos e o adolescente aquele com idade entre 12 e 18 anos e, em seu artigo 5º, disse que a exploração ao trabalho de ambos era proibida sob qualquer forma. Portanto, adolescente empregado era todo aquele maior de 14 anos e menor de 18 anos, regido por um contrato de trabalho, sem estar na condição de aprendiz.

Segundo Arnaldo Süssekind, O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.90) esclareceu que o trabalho dos menores continuaria regido pela legislação especial que lhes concerne – a CLT, no capítulo IV, que trata da Proteção do Trabalho do Menor – sem prejuízo das disposições estatutárias, conforme disposto no artigo 61.⁸

Art. 61. A proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei.

Os preceitos constitucionais que trataram dos direitos do menor. Esses têm por objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, outorgando-se a estes uma série de direitos necessários a seu pleno desenvolvimento. Com o ECA, o menor tornou-se sujeito de muitos direitos que não lhe eram conferidos pelo nosso ordenamento jurídico, tornando-se evidente e expresso que a criança e o adolescente, somente pelo fato de serem pessoas, gozavam de todos os direitos fundamentais ao ser humano e, devido à sua qualidade, gozavam de direitos especiais, os quais deveriam ser propícios ao seu desenvolvimento, em todos os sentidos.

Ao abordar o princípio da proteção integral, inserido na Constituição brasileira de 1988, o Prof. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca⁹ assinalou:

A teoria da proteção integral é a compreensão de que as normas que cuidam de crianças e adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, sujeitos, porém, à proteção prioritária por se tratarem de pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral. Não são tomados mais como cidadãos latentes, potenciais. Sua cidadania, como já foi dito, é plena, sendo-lhes conferidos todos os direitos a ela inerentes, inclusive o de participação política, quando se faculta, por exemplo, ao adolescente de 16 anos o voto, ou

⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*, p. 294.

⁹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Trabalho rural infanto-juvenil e a doutrina da proteção integral*, p. 233.

quando o art. 53 do ECA estimula a participação de crianças e adolescentes na política estudantil, com vistas à crítica de currículo ou da organização escolar. Assinale-se que o conceito de cidadania aqui defendido não é o tradicional, aquele que vislumbra apenas a possibilidade de votar ou de ser votado. Reflete, isso sim, a concepção de que cidadão é todo aquele do povo e, por isso, destinatário dos esforços do Estado para que obtenha o pleno desenvolvimento como pessoa.

É importante ressaltar que, entre os vários temas concernentes à área social, a questão da criança encontrou na Constituição Federal de 1988 respaldo sem precedentes, se comparada ao tratamento dado ao assunto pelas Cartas anteriores. Situa-se ainda como uma das constituições mais modernas no mundo contemporâneo.

O ECA, por sua vez, foi concebido com fundamento nos princípios constitucionais, estabelecidos na Carta Magna de 88, bem como em princípios de âmbito internacional. Composto de normas que objetivam a proteção integral da criança e do adolescente, outorgando a eles uma série de direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento, dedicando o capítulo V ao trabalho do menor, com ênfase no direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

4. Normas Constitucionais e o Trabalho do Menor

Ao comentar os dispositivos de proteção ao menor, inseridos na Constituição Federal de 88, Arnaldo Süssekind¹⁰ recordou:

Depois de referir o princípio da não-discriminação salarial por motivo de idade (inciso XXX deste art. 7º), manteve a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e restaurou a idade mínima de quatorze anos para o trabalho em geral, ressalvada a hipótese de aprendizagem (inciso em exame). E esse limite “para admissão ao trabalho” foi repetido no título “Da ordem social”, no capítulo sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso (art. 227, § 3º, nº I), com a “garantia de direitos previdenciários e trabalhistas”.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que continha dispositivos referentes à Previdência Social, elevou a dezesseis anos a idade mínima para o trabalho, salvo na aprendizagem, que pode se iniciar aos quatorze anos. Ao comentar a referida Emenda, Arnaldo Süssekind¹¹ destacou:

¹⁰ SÜSSEKIND, op. cit., p. 292.

¹¹ Ibid, p. 293.

[...] a mais recente convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema (nº 138) fixou em quinze anos a idade mínima para o trabalho, facultando, todavia, ao país cuja economia e meios de educação estejam insuficientemente desenvolvidos, que esse limite seja de quatorze anos. Este, sem dúvida, é o caso do Brasil, o qual, paradoxalmente, e ao contrário do que se verifica em países plenamente desenvolvidos, estabeleceu a idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, só admitindo contrato de aprendizagem a partir de quatorze anos.

Ainda, segundo Süssekind, tratando-se de norma proibitiva, era inquestionável que sua aplicação imediata independesse de lei; e, por ser de ordem pública, incide, a partir de 16 de dezembro de 1998, sobre as relações jurídicas em curso (artigo 5º, § 1º, da Constituição).¹²

O artigo 227 da Constituição, no seu § 3º, inciso I, referiu-se à “idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho”, mas determinou que fosse “observado o disposto no artigo 7º, XXXIII”, alterado pela Emenda Constitucional nº 20. Cumpre, portanto, concluir que esse limite passou a concernir apenas ao trabalho do menor aprendiz.¹³

Ao analisar-se as normas vigentes sobre o trabalho da criança e do adolescente, nota-se que, atualmente, o legislador brasileiro tem procurado, paulatinamente, inserir normas de proteção ao menor no ordenamento jurídico nacional, em consonância com os fins sociais preconizados nos preceitos constitucionais que tratam da criança e do adolescente, e que são fundamentais, considerando-os como prerrogativas que o indivíduo tem em face do Estado, que não os pode desprezar, porque aceitos universalmente, e que não podem ser relegados.

Há que se atentar, especialmente, à condição peculiar da criança e do adolescente, tendo em vista o objetivo de dar-lhes integral proteção, essencial à sua formação e desenvolvimento.

5. TRABALHO DO ADOLESCENTE

5.1. Conceito de Aprendizagem

A Recomendação nº 60 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1930, determinou que aprendizagem era o meio pelo qual o empregador se obrigava, mediante contrato, a empregar um menor, ensinando-lhe ou fazendo com que lhe ensinassem metodicamente um ofício por um período determinado; o aprendiz deveria prestar serviço a esse empregador.

O conceito de aprendiz estabelecido pelo Decreto nº 31.546, de 1952,

¹² Ibid. p. 292.

¹³ SÜSSEKIND, A. op. cit., p. 293.

dispunha que seria contrato de aprendizagem aquele realizado entre um empregador e um trabalhador maior de 14 anos e menor de 18 anos de idade, por meio do qual fossem ministrados ensinamentos metódicos do ofício ao menor, assumindo-se o compromisso de seguir o respectivo regime de aprendizagem.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 62, também definiu aprendizagem, dispondo: “Considera-se aprendizagem a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor”.

O artigo 428 da CLT, com a redação estabelecida pela lei 10.097/2000, definiu aprendizagem como “(...) o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 anos e menor de 18 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação”.

Como é possível constatar, após a análise dos dois dispositivos legais acima transcritos, existem duas conceituações de aprendizagem, uma vez que o artigo 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que já a definia como “a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da educação em vigor”, não foi revogado pela nova lei (Lei 10.097/2000).

Isso ocorre porque nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), em seu artigo 2º, § 2º, “(...) a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Por outro lado, o artigo 61 do ECA estabeleceu que “[...] a proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta lei”. Qualquer possível divergência entre as normas não poderia ser analisada à luz da hierarquia, ambas situam-se no mesmo plano, como leis ordinárias. Não houve, todavia, divergências a serem sanadas na aplicação das leis. A lei nº 10.097/00 é uma norma especial que veio consolidar as disposições relativas à aprendizagem, não conflitando com as disposições constantes do ECA. Aliás, toda interpretação do ECA deve ser feita tomando-se como parâmetro o artigo 6º, que dispôs que “[...] na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Sem dúvida, o ideal seria que os programas de aprendizagem, obedecendo a um projeto pedagógico, tivessem condições objetivas para inserir todos os adolescentes no mercado de trabalho, senão inteiramente qualificados, ao menos pré-profissionalizados. Essa formação, de acordo com o disposto no § 4º, do artigo 428 da CLT, acrescentado pela lei 10.097/00, caracterizou-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva.

Por conseguinte, aprendizagem é um processo de formação técnico-profissional a que se submete o menor, por prazo certo. Ela o qualifica para disputar uma colocação no mercado de trabalho, desenvolve uma aptidão profissional sem

prejuízo de sua formação escolar básica e mescla ensinamentos metódicos especializados concomitantemente com atividades práticas no próprio ofício escolhido.

5.2. Da Profissionalização do Adolescente

Os estudos que, em geral, se fizeram sobre o trabalho do adolescente costumam dar pouco espaço à profissionalização, abordando, apenas, a aprendizagem empresária fora de uma perspectiva mais global. A mesma falha se constatou nas normas autônomas e heterônomas sobre trabalho.¹⁴

Nesse sentido, Oris de Oliveira (1993) comentou que as normas jurídicas autônomas ou heterônomas sobre formação técnico-profissional, sempre passíveis de aperfeiçoamentos, são bastante genéricas e não impedem, portanto, que se adote um outro modelo em que o profissional se qualifique, não para ocupar sempre um lugar fixo no processo de produção, mas com uma versatilidade que lhe permita adaptar-se às constantes e velozes transformações tecnológicas.¹⁵

A profissionalização do adolescente foi garantida pela Constituição Federal de 88, consoante disposto no artigo 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A aprendizagem como etapa da formação técnico-profissional, que tem em sua conceituação os elementos educação e trabalho, é um dos modos pelos quais o adolescente se educa para o trabalho e pelo trabalho, não para ele como valor supremo, mas como instrumento de realização da pessoa humana. Segundo Oris de Oliveira, a formação técnico-profissional foi inserida no campo da educação. Nesse sentido, o autor mencionou:¹⁶

Ensino técnico e profissional é termo utilizado em sentido lato para designar o processo educativo quando este implica, além de uma formação geral, estudos de caráter técnico e a aquisição de conhecimentos e aptidões práticas relativas ao exercício de certas profissões em diversos setores da vida econômica e social. Como consequência de seus objetivos extensos, o ensino técnico e profissi-

¹⁴ OLIVEIRA, Oris de. *O Trabalho Infanto-juvenil no Direito Brasileiro*. 2. ed. OIT, Brasil, 1993, p. 539.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ OLIVEIRA, Oris de. Op. cit, p. 533-534.

onal distingue-se da “formação profissional” que visa essencialmente à aquisição de qualificações práticas e de conhecimentos específicos necessários para a ocupação de um determinado emprego ou de um grupo de empregos. O ensino técnico e profissional deverá constituir uma parte integrante do sistema geral de educação e, em face disso, uma atenção particular deverá ser concedida a seu valor cultural. Deverá exceder a simples preparação para o exercício de uma determinada profissão, preparação cujo objetivo principal é fazer com que o estudante adquira competências e conhecimentos teóricos estritamente necessários a esse fim; deverá juntamente com o ensino geral, assegurar o desenvolvimento da personalidade, do caráter e das faculdades de compreensão, de julgamento, de expressão e de adaptação. Para isso, seria conveniente elevar o conteúdo cultural do ensino técnico e profissional a tal nível, que a especialização inevitável não fosse empecilho ao desenvolvimento de interesses mais amplos.

Distinguem-se duas modalidades de aprendizagem, quanto ao modo de sua aquisição: escolar e empresarial. Esses dois adjetivos indicam os responsáveis (escola, empresa) e não, somente, o local onde se realizam. Tal duplicidade deu oportunidade a que se gerassem normas diferentes do trabalho do adolescente – do aprendiz-aluno e do aprendiz-empregado.¹⁷

5.3. Formação profissional

A aprendizagem, desde as corporações de ofício, tem sido estimulada por todos os povos, pois por meio dela preservou-se, de uma geração para outra, o conhecimento dos ofícios. Neste início de século XXI, passou a ser necessidade para a persecução de postos de trabalho, visto que o desenvolvimento tecnológico exigiu dos trabalhadores a detenção da mais variada formação profissional.

Possibilitar aos adolescentes a profissionalização e não apenas o mero tratamento assistencialista significa investir no futuro brasileiro, uma vez que eles futuramente serão a população economicamente ativa, que produzirá as riquezas necessárias para o desenvolvimento sustentável.

A finalidade principal da aprendizagem é tornar apto o trabalhador a exercer certa profissão. Para tanto, é feito um contrato especial com o trabalhador. A aprendizagem não deve ser confundida com a orientação profissional, que tem por objeto orientar o trabalhador na escolha de uma profissão.¹⁸

Por isso, de acordo com a Recomendação nº 117 da OIT, a qual dispõe sobre a profissionalização do adolescente,

A formação não é um fim em si mesma, senão meio de desenvolver as aptidões profissionais de uma pessoa, levando em considera-

¹⁷ Ibid., p. 534.

¹⁸ MARTINS, Op. cit, p. 517.

ção as possibilidades de emprego e visando ainda permitir-lhe fazer uso de suas potencialidades como melhor convenha a seus interesses e aos da comunidade.

Assim, conclui-se que a formação profissional do menor é parte de programa de desenvolvimento da mão-de-obra. No Brasil, essa orientação profissional se faz por meio das Escolas Profissionais e, especialmente, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), que mantêm cursos de aprendizagem.¹⁹

Ao comentar a aprendizagem em cursos do SENAI ou do SENAC, ou ainda por esses órgãos reconhecidos, Amauri Mascaro Nascimento²⁰ assinalou:

Tanto o menor matriculado em curso do SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) ou do SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) ou em curso reconhecido por estes órgãos, como também o menor submetido, no próprio emprego, à aprendizagem metódica de ofício ou ocupação para as quais não existam cursos funcionando, ou não haja vaga nos órgãos mencionados acima, bem como quando inexistentes na localidade onde o menor mora, estarão sujeitos à formação profissional metódica de ofício. Também será considerado aprendiz, o menor matriculado, por conta do empregador, nas atividades comerciais, até a 3ª série, em ginásio comercial.

Nas atividades industriais, a lei 5.274/67, impôs a admissão compulsória, pelas empresas em geral, de um número de trabalhadores menores de 18 anos, não inferior a 5% nem superior a 10% do seu quadro de pessoal, baseando-se no número de empregados que trabalhem em funções compatíveis com o trabalho do menor.

A Portaria nº 43, de 1953, determinou que o contrato de aprendizagem entre a empresa e o menor aprendiz fosse formalmente escrito, e na Carteira de Trabalho se procedesse à respectiva anotação, condição de validade jurídica do contrato.

Desse modo, o adolescente poderá ser contratado como aprendiz desde os 14 (quatorze) até os 18 (dezoito) anos, pressupondo anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica, caso não seja adotada a “Aprendizagem metódica no próprio emprego” (AMPE), modalidade na qual não há entidade ministrando informações teóricas para o aprendiz no processo, apenas a própria empresa.

¹⁹ O SENAI foi criado pelo Decreto-Lei 4.048, de 22.01.42 e o SENAC foi constituído pelo Decreto-Lei 8.621, de 10.01.46.

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 542.

Os artigos 62 e 63 do ECA dispõem que essa formação técnico-profissional assegurará condições para a realização do ensino regular, compatíveis com o desenvolvimento do adolescente, em horário adequado para o exercício das atividades.

O artigo 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente, previu uma nova modalidade de aprendizagem – o Programa Social, tendo por base o trabalho educativo, sob a responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, sem remuneração obrigatória pelo trabalho efetuado. A lei definiu o trabalho educativo como a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando têm prioridade sobre a produção, deixando claro que a remuneração ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não deturpa o objetivo educativo do programa. Portanto, esse tipo de aprendizagem, com ou sem remuneração, não gera vínculo empregatício.

Para que ficasse descaracterizada a relação de emprego com o adolescente nessa nova modalidade de aprendizagem, necessário seria que o programa específico estivesse registrado no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, sendo indispensável a implantação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente no município.

Atualmente, a matéria de aprendizagem está regulada pelo artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998; pelos artigos 429 a 432 da CLT, alterados pela lei nº 10.097, de 19.12.2000, que acresceu o § 7º ao artigo 15 da lei 6.036, de 11.05.90; revogou o artigo 80, § 1º do artigo 405, os artigos 436 e 437 da CLT, pelos artigos 62 a 65 da lei 8.069/90.

5.4. O menor aprendiz e a nova regulamentação

A lei 10.097, de 19.12.00, foi editada basicamente visando a trazer para o corpo da Consolidação das Leis do Trabalho preceitos constitucionais concernentes à proteção do menor, bem como disposições esparsas que desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente já vigoravam na órbita trabalhista, em razão do que dispôs o artigo 8º da CLT, facilitando assim o seu conhecimento e aplicação pelos operadores do direito trabalhista. Dessa forma, o novo dispositivo legal alterou a redação dos artigos 402, 403, 428, 429, 430, 431, 432 e 433 da CLT que dispunham sobre o trabalho do menor, regulando inteiramente o contrato de aprendizagem, revogando ainda o artigo 80, o § 1.º do artigo 405 e os artigos 436 e 437 da CLT.

Incorporou-se a faixa de 14 a 18 anos de idade como abrangida pela proteção da legislação trabalhista, salientando-se que somente seria admitido o trabalho aos adolescentes dos 14 aos 16 anos na condição de aprendizes, de acordo com o fixado na Emenda Constitucional nº 20 e consolidado no novo texto do artigo 403 da CLT.

O parágrafo único do artigo 403, proibiu o trabalho prejudicial à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social do adolescente. Garantiu a supremacia da escola sobre o trabalho, em qualquer hipótese, assegurando horá-

rio e local de trabalho compatíveis com a frequência escolar.

O artigo 428 do novo texto legal conceituou a aprendizagem, absorvendo todas as normas constitucionais e legais acima revistas, fazendo-o nos seguintes termos:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

§ 2º Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.

§ 3º O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de dois anos.

§ 4º A formação técnico-profissional a que se refere o *caput* deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

Assinale-se que o conceito de aprendizagem, inserido no *caput* do artigo 428, contemplou toda a construção doutrinária que já se formulara sobre a natureza jurídica especial do contrato de aprendizagem, uma vez que se tratou de modalidade de contrato a termo, com prazo não superior a dois anos – parágrafo 3º do artigo 428 – e por escrito, com objeto diferenciado em relação a ambos os contratantes, visto que admitiu salário específico, garantindo o salário-mínimo hora – parágrafo 2º - e impondo a prestação de serviços cujo escopo é o de favorecer a aquisição de conhecimentos profissionalizantes pelo trabalhador maior de 14 e menor de 18 anos.

O § 1º do artigo ora analisado exigiu, ainda, como pressuposto de validade do contrato, tanto a anotação em Carteira de Trabalho como a matrícula e frequência à escola; exigiu ademais, a inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica. A escolaridade foi elemento essencial à formação técnico-profissional, como também à atividade profissionalizante propriamente dita.

As grandes inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente,

²¹ SISTEMA “S” - SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) - SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) - SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem do Rural) – SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem dos Transportes) .

e agora consolidadas, residiram na inserção do conceito de aprendizagem na esfera da lei trabalhista, posto que, até então, tal conceito se fazia por meio de decretos e portarias do Ministério do Trabalho e Emprego, e na possibilidade de que o contrato de aprendizagem se travasse entre o aprendiz e a empresa diretamente ou por intermédio de qualquer entidade que oferecesse um “programa de aprendizagem”, não necessariamente vinculada ao sistema “S”²¹.

A aprendizagem deveria conter formação técnico-profissional, conforme já se viu e, por isso, materializar-se por meio de trabalho que se fizesse por “[...] atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva, desenvolvidas no ambiente de trabalho” (§ 4º do artigo 428 da CLT).

O próprio trabalho do aprendiz deveria, portanto, desenvolver-se por meio de uma dinâmica pedagogicamente orientada, sob o ponto de vista teórico e prático, conduzindo à aquisição de um ofício ou de conhecimentos básicos gerais para o trabalho qualificado.

Ressalte-se que, a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 20, atualmente inserida no texto consolidado, a idade mínima para admissão ao emprego passou para 16 anos, com permissão para o ingresso com 14 anos, desde que vinculado a um programa de aprendizagem. Essa mudança, embora representasse um avanço social, não refletiu a realidade nacional, sendo a idade mínima superior ao que preceituou a Organização Internacional do Trabalho (OIT).²² O aumento na idade mínima apenas refletiu as mudanças no sistema previdenciário nacional que extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço e instituiu idades mínimas para a consecução do benefício previdenciário: de sessenta anos para as mulheres e sessenta e cinco para os homens.

A Constituição Federal de 88, no artigo 7º., XXX, ao proibir a diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, derogou tacitamente a disposição contida no artigo 80, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispunha ser devido ao aprendiz meio salário mínimo regional durante a primeira metade da duração máxima prevista para o aprendizado do respectivo ofício e, na segunda metade, pelo menos dois terços do salário mínimo regional.

A lei 10.097/00 trouxe para o texto consolidado o dispositivo constitucional, revogando expressamente o artigo 80 da CLT, conforme disposto no art. 3º. que dispôs: “São revogados o art. 80, o § 1º do art. 405, os arts. 436 e 437 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943”.

Ressalte-se ainda que o contrato de aprendizagem não se aplicaria a todos os trabalhos, devendo, para tanto, a atividade estar inserida em relação constante de portaria do Ministério do Trabalho, que determinaria quais seriam as atividades sujeitas ao processo de aprendizagem.

Destaque-se também que, de acordo com o previsto no artigo 405, o

²² A Convenção da OIT nº. 138 fixa, em 15 anos a idade mínima para admissão do menor ao trabalho, com o objetivo e garantir escolaridade básica durante o período de estudos.

trabalho do menor, em geral, não poderia ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitissem a frequência à escola, reafirmando as disposições já constantes dos artigos 63 e 67 do ECA.

Conforme assinalado anteriormente, havia duas formas de aprendizagem: uma escolar e outra empresarial. Pela primeira, o adolescente realizou curso em escolas profissionais, fazendo estágio em empresas; na segunda, houve uma relação empresa-empregado, quando o adolescente foi submetido, no próprio emprego, à aprendizagem metódica.

A aprendizagem empresarial seria realizada quando, para o ofício ou ocupação, não existissem cursos em funcionamento ou, existindo, não houvesse vagas ou curso na localidade. Nessas hipóteses, seria emitido certificado atestando o fato, possibilitando à empresa fornecer a aprendizagem, nos termos do programa elaborado pelo SENAI, SENAC, SENAR ou SENAT, também conhecido como sistema "S".

A nova legislação manteve a obrigatoriedade de contratação de aprendizes em percentuais que variavam de cinco a quinze por cento e, acertadamente, estipulou que esse deveria ser tomado com relação a cada estabelecimento, consoante os artigos 429; 430; 431 da CLT.

Exceção ao dispositivo legal exposto, são as microempresas e as empresas de pequeno porte, dispensadas da obrigatoriedade de contratar aprendizes (artigo 7º, do Decreto nº 90.880/85 e Lei n. 9.841/99) e as comerciais, com menos de 10 empregados (Decreto nº 8.622/46).

Da mesma forma com que a nova legislação contemplou todas as empresas com a cota de aprendizagem, que não mais se limita aos estabelecimentos industriais, de transporte, comunicação e pesca, foi efetuada alteração na legislação do FGTS, reduzindo a alíquota para dois por cento nos casos de contratação de aprendizes (§7º, artigo 15 da Lei 8.036/90).

A proposta de redução de encargos para a contratação de aprendizes não foi nova, pois já havia manifestações nesse sentido. É necessário lembrar, também o lado social das contratações porque elas possibilitaram a formação de mão-de-obra num contingente de pessoas que, na maioria das vezes, não tinham acesso ao sistema de ensino, em sua plenitude.

A qualificação profissional, principalmente de segmentos mais empobrecidos da população, de desempregados e de quem pretendia entrar no mercado de trabalho, ofereceu oportunidades de inserção produtiva, desde que estipulassem o uso de metodologias e conteúdos mais flexíveis e adaptados às suas realidades e culturas. Além da necessidade de proporcionar instrumentalização voltada para ocupações específicas e questões gerenciais, foi preciso considerar o problema da escolaridade básica. Isso remeteu à alfabetização e ao reforço da aceleração escolar. Sem dúvida, aliar qualificação profissional com elevação ou recuperação do ensino básico impunha-se como requisito essencial para uma formação plena que permitisse o acesso ao mercado de trabalho.

A redação dada ao artigo 431 da CLT, inovou ao admitir a possibilidade de a empresa terceirizar a obrigação de contratar menor aprendiz. Ela possibilitou

a transferência dessa obrigação para as entidades especificadas no artigo 430, II, criando novo tipo de terceirização legal, além daquelas que tratam do trabalho temporário (lei n. 6.019/74), serviços de vigilância (lei n. 7102/83), serviços de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Enunciado n. 331 da Súmula da Jurisprudência do TST). Conseqüentemente, em caso de inadimplemento das obrigações por parte do empregador, a entidade sem fins lucrativos encarregada da aprendizagem, a empresa tomadora dos serviços responderá subsidiariamente quanto àquelas obrigações.

Quanto à jornada de trabalho a ser desempenhada pelo aprendiz, ficou estabelecido, no artigo 432, que ela não poderia ultrapassar a seis horas diárias, vedando-se a prorrogação e a compensação de jornada. Entretanto, o § 1º permitiu a inclusão de mais duas horas, se o aprendiz tivesse completado o ensino fundamental e desde que nelas fossem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica.

Ao trabalhador adolescente também foi vedada a prorrogação, sendo possível o acréscimo de duas horas, com posterior compensação, ou até o máximo de doze horas, por motivo de força maior, com ressalva expressa de que seu trabalho fosse imprescindível ao funcionamento do estabelecimento. Complementando essas disposições, o artigo 63, do ECA, vinculou a formação técnico-profissional aos princípios de garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular, de atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e horário especial para o exercício das atividades.

O contrato de aprendizagem, por ser caracterizado como contrato por prazo determinado, extinguir-se-ia de duas formas: ao término de seu prazo, que não poderia ser superior a dois anos, ou quando o adolescente completasse 18 anos.

O artigo 433 deve ser interpretado amplamente, quanto à indenização pela rescisão antecipada do contrato de aprendizagem, para que se aplique, por analogia, o artigo 481 da CLT, fazendo incidir o aviso prévio e a indenização de 40% do FGTS, nos casos de despedida sem justa causa.

Os incisos do artigo 433, enumeraram as hipóteses de extinção antecipada do contrato de aprendizagem. Na hipótese prevista no inciso II – “falta disciplinar grave” -, convém ressaltar que, tendo em vista que a nova legislação não disciplinou o que fosse falta grave, analogicamente deverão ser aplicadas as hipóteses descritas no artigo 482, da CLT, que enumerou as causas de ocorrência de justa causa no decorrer da execução do contrato de trabalho. A hipótese de desempenho insuficiente já se encontrava descrita no revogado artigo 432,²³ que ainda abrigava a hipótese de frequência ao curso de aprendizagem, como forma extintiva do contrato.

²³ Os § 1º. e 2º. do artigo 432, revogados pela Lei 10.097/00, dispunham: “§ 1º. O aprendiz que faltar aos trabalhos escolares do curso de aprendizagem em que estiver matriculado, sem justificação aceitável, perderá o salário dos dias em que se der a falta. § 2º. A falta reiterada no cumprimento do dever de que trata este artigo, ou falta de razoável aproveitamento, será considerada justa causa para dispensa do aprendiz”.

Na ocorrência de qualquer dessas hipóteses, não haveria a aplicação do disposto nos artigos 479 e 480, da CLT, que trataram das indenizações devidas pelo empregador e pelo empregado decorrentes da ruptura antecipada dos contratos firmados a prazo determinado.

É importante destacar que a nova legislação, consolidando as alterações que se processaram no instituto da aprendizagem, abriu novas possibilidades para que os jovens adquiram capacitação para entrar no mercado de trabalho, e nele permaneçam, a fim de provocar uma ruptura no acesso apenas por meio de colocações precárias e sem intuito de profissionalização.

Ressalte-se ainda que a profissionalização dos adolescentes é um dever, previsto no artigo 227, da Constituição Federal, que fixa, como prioritária, a ação conjunta do Estado e da sociedade, a fim de garantir às crianças e aos adolescentes, cidadania plena.

Assim, as crianças e os adolescentes são concebidos como pessoas plenas, sujeitos de direitos e obrigações e a quem o Estado, a família e a sociedade devem atender prioritariamente. Abandonou-se, portanto, a visão meramente assistencialista que orientava os Códigos de Menores de 1927 e de 1979. Aquela legislação contemplava aspectos inerentes ao atendimento de crianças e adolescentes carentes ou infratores, estabelecendo política de assistência social ou de repressão em entidades correccionais. O conceito de cidadania que se quer implementar é o de que esses brasileiros, em razão de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, devem ser atendidos, prioritariamente, em suas necessidades também peculiares de cidadãos.

5.5. Estágio

No tocante ao aprendiz-aluno, existem regras próprias que disciplinam o trabalho do adolescente nas instituições de ensino, diferentes daquelas analisadas no capítulo da aprendizagem. Essa fase de aprendizado escolar é denominada de Estágio e é regida pela lei 6.497/77 com redação da lei nº 8.859/94 e decreto nº 87.497/82.

A lei 6.494/77 permitiu o estágio em cursos vinculados à estrutura do ensino de 3º grau (superior), de 2º grau e de educação especial. Esse dispositivo legal veio proporcionar aos alunos regularmente matriculados e de efetiva frequência a cursos vinculados à estrutura do ensino público e particular nos níveis superior, profissionalizantes de 2º grau supletivo, a complementação do ensino e da aprendizagem.

O decreto 87.497, de 18.08.1982 regulamentou a lei 6.494/77, estabelecendo as condições para o desenvolvimento do estágio:

- a) quando o estudante estiver regularmente matriculado em nível superior e profissionalizante de 2º grau e supletivo;*
- b) o estágio curricular é atividade de competência da instituição de ensino a quem cabe a decisão sobre a matéria;*

- c) as pessoas jurídicas de direito público e privado participarão do programa, oferecendo oportunidade e campos de estágio;
- d) é necessário existir um instrumento jurídico entre a instituição de ensino e pessoas jurídicas de direito público e privado para que caracterize o estágio curricular.

Atendidas essas quatro condições, inexistiria vínculo empregatício entre o adolescente estudante e a pessoa jurídica de direito público e privado, concedente da oportunidade do estágio curricular. Seria assinado entre ambos o termo de compromisso como comprovante exigível pela autoridade competente da inexistência de vínculo empregatício. A instituição de ensino, ao regular o estágio, faria a sua inserção na programação didático-pedagógica, estabelecendo a carga horária, duração e jornada do respectivo estágio, que não poderia ser inferior a um semestre letivo. Regulando também a sistemática de organização, orientação, supervisão e avaliação do estágio, poderia recorrer aos serviços de agentes de integração públicos e privados entre o sistema de ensino e os setores de produção, serviços, comunidade e governo, mediante condições estabelecidas em instrumento jurídico adequado, conforme o artigo 7º do Decreto 87.497/82.²⁴

Oris de Oliveira (1993) assinalou ainda que “[...] embora a aprendizagem escolar possa realizar-se unicamente na escola, é sempre desejável que seja complementada em empresas, em órgãos da administração pública e de instituições de ensino”, ressaltando ainda que “as unidades, em que o estágio se realiza, devem oferecer condições de proporcionar experiência prática na linha de formação”.²⁵

No tocante à relação jurídica que se estabeleceu quando do aprendizado por meio do estágio, Oris de Oliveira(1993) explicou: ²⁶

A relação jurídica do estágio é triangular porque há um “termo de compromisso” que deve ser assinado pelo estagiário, pela escola, pela entidade pública ou privada em cujo estabelecimento o estágio se realiza. Nestas condições, a relação jurídica entre o estudante e a entidade, que o recebe, não é de emprego. Na medida em que o trabalho realizado, na fase de estágio, beneficia a entidade que o acolhe, poderá o estagiário dela (ou de terceiro pessoa física ou jurídica) receber uma bolsa ou outra forma de contraprestação. Se o estágio não se fizer dentro destes parâmetros, se não for efetivamente profissionalizante, dentro, portanto, de um procedimento didático pedagógico e, se não for obedecida a forma (termo de compromisso), fica descaracterizado e passa a ser uma relação de emprego comum camuflada.

²⁴ MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Trabalho do adolescente: proteção e profissionalização*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 54-55.

²⁵ OLIVEIRA, Oris. *Op. cit.*, p. 535

²⁶ *Ibidem*.

O artigo 64 do Estatuto da Criança e do Adolescente permitiu, entre doze e quatorze anos de idade, um estágio profissionalizante. Dispôs o referido artigo: “Ao adolescente até 14 (quatorze) anos de idade é assegurada bolsa de aprendizagem”.

Numa escolaridade sem tropeços e sem interrupções, o adolescente, nessa faixa etária, cursaria da 6ª a 8ª séries do ensino fundamental e inexistiriam as condições de maturidade psicológica e de escolaridade para início de uma aprendizagem ainda que escolar. Entre 12 e 14 anos só haveria condições para uma pré-aprendizagem, uma pré-profissionalização cuja finalidade seria a de preparar os adolescentes para a escolha de ofício ou de um ramo de formação, familiarizando-os com os materiais, utensílios e normas de trabalho próprias a um conjunto de atividades profissionais.²⁷

No estágio previsto no artigo 64 do ECA, o pagamento da “bolsa de aprendizagem” não seria facultativo, sendo da responsabilidade da empresa onde o estágio se efetuasse, podendo, porém, ser garantido por terceira pessoa física ou jurídica. Seu *quantum* não estaria prefixado em lei, cabendo à entidade profissionalizante fixá-lo de comum acordo com a empresa.

5.6. O Menor Assistido

O decreto-lei nº 2.318, de 30.12.1986, e seu regulamento, decreto nº 94.338, de 18.05.1987, trataram do Programa do Bom Menino, estabelecendo a obrigação das empresas com seis ou mais empregados admitirem menores entre 12 e 18 anos de idade, com duração de trabalho limitada a quatro horas por dia, artigo 4º. Essa obrigatoriedade ficou somente na teoria. Pelo fato de as empresas não cumprirem e nem haver sanção pelo não-cumprimento, tornou-se letra morta.²⁸

O parágrafo único do artigo 1º, do decreto 2.318/86, previa o seguinte:

Considera-se menor assistido aquele que com idade de 12 a 18 anos, encaminhado a empresa na forma estabelecida por este Decreto, esteja prestando serviços, a título de bolsa de iniciação ao trabalho, e frequência ensino regular ou supletivo de 1º e 2º graus. O artigo 2º estabelecia que a iniciação ao trabalho compreende a execução, pelo menor assistido, de tarefas simples correspondentes a serviço, ofício ou ocupação compatíveis com o seu grau de desenvolvimento físico e intelectual, desempenhadas em locais apropriados da empresa.

Os artigos 6º e 7º, do decreto 94.338/87, previram as formas de organi-

²⁷ Glossário da Formação Profissional, OIT, Formação Pré-Profissional.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto.Op. cit., p. 519.

zação, composição, representação e cadastramento dos menores para a Bolsa de Iniciação do menor assistido.

O Programa do Bom Menino foi uma tentativa de implantar-se uma forma indireta de aprendizagem em sentido amplo com objetivo exclusivamente social.

De acordo com o artigo 13 do decreto 94.338/87, a bolsa de iniciação profissional ao menor assistido não geraria vínculo empregatício, salvo se, na prática, existissem os requisitos do artigo 3º da CLT. O inciso V, do artigo 8º, do Decreto mencionado acima, determinava que a cobertura do seguro com acidentes pessoais seria apenas parcial, não protegendo o menor inteiramente. Decorre de estabelecer prazo para a duração da iniciação do trabalho do menor assistido, podendo ensejar a ocorrência de fraude e gerar, na prática, o desemprego de um trabalha, por isso, adulto.²⁹

O artigo 64 da lei 8.069/90 (ECA) estabeleceu que o adolescente menor de 14 anos teria direito à bolsa de aprendizagem com respaldo do Decreto-Lei nº 2.3181/86 que a criou. A duração máxima da jornada de trabalho era prevista em quatro horas sem vinculação com a Previdência Social, pois não haveria recolhimento do FGTS ou incidência da contribuição previdenciária, conforme § 4º, do artigo 4º, do referido Decreto-Lei. A bolsa de iniciação ao trabalho deveria ser paga até o 10º dia do mês subsequente e não ser inferior à metade do salário mínimo. O adolescente teria ainda o direito a 30 dias por ano de ausência durante o período de férias escolares ou a pedido do menor nos exames finais, sem prejuízo à percepção da bolsa.

Em 10 de maio de 1991, foi revogado o decreto 94.338/87, mas seus efeitos foram restaurados pela Instituição Normativa SNT/MTPS 6, de 30.08.91, a qual, posteriormente, foi revogada pela Instrução Normativa SNT 3/92.³⁰

Ressalte-se que apesar de muitas empresas terem adotado o Programa Bom Menino, no fim da década de 80 e início dos anos 90, a regulamentação dos programas de profissionalização para o menor, previstos na lei 8.069/90, até hoje não ocorreu e, por causa disso, o programa deixou de ser aplicado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1- Verifica-se que, historicamente, as regras de proteção ao trabalho do menor evoluíram e, gradativamente, foram implementadas condições para sua proteção. A Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a CLT, além de outros dispositivos legais, colocam a legislação brasileira entre as mais modernas do mundo.

2- É importante ressaltar que não basta uma legislação moderna, editada, muitas vezes, para atender interesses políticos e econômicos, especialmente peran-

²⁹ Ibid., p. 519-520.

³¹ MORAES, Antônio Carlos Flores de. op. cit., p. 44.

te a comunidade internacional, pois existem muitas leis que, apesar de vigentes, não têm eficácia, porque não atingem seus objetivos. A eficácia é a qualidade da norma de produzir, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos e sua adequação em face da realidade social por ela disciplinada e se seus destinatários cumprem, ou não, os comandos jurídicos dela emanados, e se os aplicam ou não. Portanto, além de uma legislação moderna, é necessário que se criem mecanismos que a tornem visceralmente eficaz, trazendo assim uma real proteção ao trabalho do menor.

3- Não basta mudar as regras da aprendizagem, inserindo a obrigatoriedade da formação profissional nas escolas ou nas entidades sociais, se não se implementarem as condições intrínsecas de desenvolvimento e alocação de recursos para manter as crianças no sistema de ensino e fora do mercado de trabalho.

4- A aprendizagem metódica na indústria e no comércio atingiu apenas os grandes centros, por meio de entidades profissionalizantes como o SENAI e o SENAC, mas enquanto nos grotões deste imenso país jamais foi possível dar execução ou tornar obrigatório o cumprimento da legislação sobre o assunto. De modo diferente não o será agora, com a obrigatoriedade da formação profissional escolar, caso não sejam implementadas condições tanto para o funcionamento desses cursos, quanto também para a fiscalização da frequência escolar pelas crianças e adolescentes, por via daquela que, teoricamente, seria a mais simples das soluções: a melhoria das condições econômico-financeiras de seus pais. Não se pode perder de vista que os adolescentes de hoje serão os adultos, dos quais dependerá o desenvolvimento econômico e social da nação.

5- O objetivo a ser alcançado deve ser o de assegurar às crianças e adolescentes um espaço de cidadania. Nessa árdua tarefa, repita-se, é importante a conscientização do desafio imposto, estabelecendo uma estreita cooperação entre as instituições públicas e a sociedade, de forma que se possa erradicar o trabalho infantil em todas as suas formas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Delta, v. I, 64.
- BORGES, Maria do Carmo de Assumpção. *Relatório de pesquisa sobre o trabalho do menor*. São Paulo: jun. 1997. Disponível em <<http://www.um.br/direito/artigos/m-carmo.com.br>>. Acesso em 09 out. 2001.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional, número 24, de 09.12.1999. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987. v. I.
- _____. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Brasília: Senado Federal. 1987. v. II

- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1 e 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1 – 4.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Trabalho rural infante-juvenil e a doutrina da proteção integral. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. et.al. *Direito do Trabalho Rural*. São Paulo: LTr, 1998.
- GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000.
- MALLET, Estêvão, ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Direito e Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Trabalho do adolescente: proteção e profissionalização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Oris de. *O Trabalho Infante-Juvenil no Direito Brasileiro. Trabalho Infantil*. 2. ed. OIT, Brasil: 1993.
- PRADO, Roberto B. *Tratado de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v. I.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, v. 2, 1995.
- UNICEF. Situação mundial da infância. Brasília: 1997.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de Legislação Social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.



EXPERIENCIA ARGENTINA EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

ARGENTINE EXPERIENCE IN FINDING SOLUTIONS TO MERCOSUL CONTROVERSY

Alejandro Daniel PEROTTI *

RESUMO

Apresenta a experiência Argentina na solução de controvérsias por meio da análise dos laudos do Mercosul de 1999 até 2001 com conclusões e conselhos.

Palavras-chave: Acordo; Argentina; laudo do Mercosul; Sistema de Solução de Controvérsias.

ABSTRACT

This paper presents the Argentine experiences about solutions on the controversies through the analysis of Mercosul decisions from 1999 to 2001 with conclusions and advices.

Key words: Argentina; Deals; Mercosul, Mercosul Decisions, Controversies Solution System

1. LA IMPORTANCIA DE UN ADECUADO SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN UN PROCESO DE INTEGRACIÓN ⁽¹⁾:

El aspecto positivo de un eficiente Sistema de Solución de Controversias (en adelante, SSC), en el marco de un proyecto de integración, se explica por dos razones: en primer lugar, para el éxito del proceso mismo, ya con ello se asegura el imperio del derecho y, en consecuencia, la salvaguarda de la seguridad jurídica y los derechos de los particulares que se desenvuelven en su interior (personas físicas o empresas). Un claro ejemplo de tal afirmación lo constituye el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), quien, sin lugar a dudas,

* Abogado (Univ. Nacional del Litoral, Santa fé), Master en Derecho Comunitario (Univ. Complutense de Madrid, España), Profesor de Derecho de la Integración (Univ. Austral, Buenos aires). Email: adeperotti@yahoo.com/ Alejandro.Perotti@fd.austral.edu.ar.

¹ ABREVIATURAS y SIGLAS. §: considerandos; BOM: Boletín Oficial del Mercosur (Uruguay); LL: Revista Jurídica La Ley (Argentina); ME: Ministerio de Economía (Argentina); MEOySP: Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos (Argentina); RDM: Revista Derecho del Mercosur (Argentina); SDGLTA: Subdirección General de Legal y Técnica Aduanera (Argentina).

ha sido el artífice del más avanzado y perfecto sistema de integración que se conoce; esto al punto de haberse denominado a las Comunidades Europeas como “el gobierno de los jueces”. Dicho bloque regional contó con su Tribunal desde el primer día de funcionamiento de las Comunidades. El segundo elemento de importancia radica en que de no crearse un SSC que cobije, más que las expectativas, las necesidades de garantía de las reglas (jurídicas) de juego que el proceso ha decidido establecer, los particulares (en especial, las empresas) buscarán, como veremos ha pasado en el Mercosur, resguardo y protección a través de los jueces nacionales.

2. PARTICIPACIÓN ARGENTINA EN EL SSC DEL MERCOSUR:

Argentina ha sido el único Estado del Mercosur que ha tenido protagonismo activo -positivo y negativo- en el marco del SSC del bloque, desde el momento en que ha participado en los cinco Laudos que a la fecha han dictado los Tribunales *Ad Hoc* del Mercosur (en adelante, TAHM) constituidos al amparo del Protocolo sobre Solución de Controversias entre los Países Partes del Mercosur ó Protocolo de Brasilia (en adelante, PB). El único Estado miembro que aún no intervenido en ningún Laudo es *Paraguay*.

De las intervenciones argentinas pueden desprenderse algunas conclusiones:

- a- Fue el País que puso en ejercicio el Tribunal *Ad Hoc* del Mercosur, planteando una demanda contra Brasil por restricciones no arancelarias (en adelante, RNA).
- b- De las cinco ocasiones, únicamente en los dos primeros Laudos, ha sido “Parte Reclamante”, resultando siempre en las controversias posteriores “Estado Reclamado”.
- c- En los tres últimos Laudos ha sido demandada por Brasil, en dos ocasiones y, en la restante, por Uruguay.
- d- Globalmente consideradas estas intervenciones arrojan, en cuanto a sus resultados finales, un saldo a favor de dos Laudos (I y IV Laudos: Reclamante y Reclamada, respectivamente). A su vez, en las otras tres participaciones, desfavorables a sus pretensiones, fue demandante en una (II Laudo, presentación de Brasil) y demandada en el resto (III y V Laudos: reclamos presentados por Brasil y Uruguay, respectivamente).
- e- El número mayor de controversias lo ha sido con Brasil (Laudos I, II, III y IV), y en una sola oportunidad con Uruguay (V Laudo).

Cabe ahora analizar en forma individual cada uno de las decisiones en las que ha tenido intervención Argentina.

3. PRIMER LAUDO, 28 DE ABRIL DE 1999 (2):

Esta decisión fue la que dio inicio al funcionamiento del TAHM y por otro lado la de mayor contenido *pro Mercosur* de todas las que se han dictado a la fecha³.

Dicha controversia se originó a partir de la presentación que *Argentina* realizó contra el sistema de licencias automáticas y no automáticas de importaciones (Comunicados N°s 37/1997 y 7 y 23/1998 DECEX) aplicadas por Brasil a los flujos comerciales intrazona; el cual, en opinión de nuestro país, constituía una RNA prohibidas por el Derecho Mercosur, en especial por las normas del Derecho originario, entre otras los arts. 1 y 5 del Tratado de Asunción (en adelante, TA), el Anexo 1 (arts. 1 y 10) del mismo instrumento y su correlación con las normas del ACE-18, con más las disposiciones concordantes del Derecho derivado (Decs. CMC 3/94 y 17/97). *Brasil*, Estado Reclamado, adujo, luego de justificar que tales Comunicados creaban un mecanismo moderno de licenciamiento para las importaciones compatible con los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que las normas del TA son «*en general*» de naturaleza programática («*no son en su mayoría jurídicamente auto-aplicables*») necesitando por tal razón de su desarrollo posterior a través de actos de las instituciones del Mercosur o de los gobiernos de los Países Parte. Además, agregó, la Argentina no había acreditado el carácter restrictivo del comercio de los Comunicados⁴.

El *Tribunal*, resolvió la controversia considerando que a partir del 31 de diciembre de 1999 todas las restricciones al comercio intra-Mercosur, arancelarias y no arancelarias, quedaban prohibidas de *pleno derecho* por la vigencia automática de las normas del Tratado de Asunción y las disposiciones de su Anexo, interpretadas en forma concordante con las Decisiones del Consejo Mercado Común (en adelante, CMC) que habían modificado los plazos estipulados en los Instrumentos constitutivos. La única excepción a dicha prohibición que se consideró válida, respecto únicamente de las RNA, eran las medidas, de carácter excepcional, que pudieran fundarse en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (Tratado de la ALADI)⁵, el cual tiene por finalidad salvaguardar «*determinados valores de naturaleza no comercial*», siempre y cuando, no signifiquen un obstáculo encubierto al comercio entre los socios [sentencia, §§81 y 85, apart. (x)]. De ello se desprende que la regla es la proscripción absoluta de todo obstáculo (arancelario y no arancelario) al libre comercio entre los Estados miembros del Mercosur (principio de la libre circulación de mercancías), y que las hipótesis salvadas, en tanto de carácter excepcional, necesitan, por ello, ser expresamente legisladas y son, además, de interpretación restrictiva.

En el caso concreto el Tribunal entendió que el mecanismo de licenciamiento de importaciones sólo es compatible con el Derecho Mercosur:

²TAHM, asunto 1/99, *Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco*, 28/IV/99. Su texto en BOM N° 9, junio, 1999 y RDM 1999-4, p. 257-278.

³Hemos realizado nuestro comentario a esta decisión: PEROTTI, Alejandro D., “Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur”, RDM 2000-3, p. 122-126.

⁴Por cierto que tal acreditación no surge como exigida por el art. 1 del PB; distinta sería la solución si se aplicaran los arts. 25 y 26 del mismo Protocolo, aunque no era el supuesto del caso planteado.

⁵Tal como lo establece el art. 2, apartado b) segunda frase, del Anexo I del TA.

- en lo que hace a las licencias automáticas «*en tanto no contengan condiciones o procedimientos y se limiten a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero*».
- respecto de las licencias no automáticas «*solamente... en tanto correspondan a medidas adoptadas bajo las condiciones y con los fines establecidos en el artículo 50 del TM 80 y con las precisiones establecidas en el numeral (viii)*».
- El plazo para acomodar eventualmente tal sistema de comercio exterior a las normas Mercosur «*será hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)*» [sentencia, §85, apartado (x) y Decisión I^a].

Además resultan del Laudo los siguientes principios del sistema jurídico Mercosur:

a) El Tribunal ratificó en varios considerandos la importancia del *principio de la libre circulación de mercancías* (sentencia, §§60, 64-68 y 76). Dicho principio se construye a partir de la prohibición de toda RA y RNA; barreras éstas para cuya eliminación se exige una «*sincronía inseparable..., que el TA recogió en las disposiciones citadas, fijando para ambas idéntica fecha de finalización (31.12.1999) e igual profundidad en su alcance al abarcar en los dos casos la totalidad del universo arancelario*» (sentencia, §§70-71).

b) Se resaltan los principios de «*pacta sunt servanda*» (carácter obligatorio de los acuerdos internacional) y de «*buena fe*» en el cumplimiento de los Tratados, lo cual se hace extensivo a la actividad de los Estados necesaria para poner en ejecución las normas en ellos contenidas (sentencia, §57).

c) Se avanza además en una idea muy oportuna e importante al declarar el Tribunal que «*en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales*» (sentencia, §62). Esto significa reconocer en el ámbito del Derecho Mercosur la vigencia del *principio primacía*, según el cual en los supuestos de conflicto entre una norma nacional y una norma del bloque debe darse preferente aplicación a esta última.

d) El Tribunal realiza otra afirmación relevante al manifestar que el TA contiene normas con *efecto inmediato*, es decir, «*disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados*». Como ejemplo de tales normas el Laudo menciona que «*los cinco Anexos al TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables*» (sentencia, §§64 y 66).

e) Un de los puntos también destacable de la decisión es que adopta como método de interpretación del Derecho Mercosur el enfoque *teleológico* (sentencia, §§57, 58 y 60). Esto significa que al momento de desentrañar el sentido de una

norma Mercosur cobran especial relevancia los fines y objetivos del proceso de integración, los que a su vez se resumen en la consecución del Mercado Común (esto es: la libre circulación de bienes, capitales, personas y servicios, art. 1 TA). De esta manera cada interpretación y aplicación de la normativa Mercosur es una forma de poner en práctica las metas que los Estados se han obligado a cumplir a la hora de iniciar el proceso.

f) En cuanto a la determinación del *objeto de la controversia* (esto es, la materia sobre la cual deberá versar el Laudo), el Tribunal adopta la opinión según la cual éste queda establecido, en forma definitiva, en las etapas previas al procedimiento arbitral; ello impide que los Estados pueden hacer valer ante el Tribunal alegaciones que no hayan sido discutidas durante las negociaciones directas o posteriormente ante el Grupo Mercado Común (en adelante, GMC).

4. SEGUNDO LAUDO, 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999 ⁽⁶⁾:

La controversia, planteada por Argentina contra Brasil, giró en torno a la incompatibilidad de ciertos regímenes que beneficiaban al sector de la producción y exportación de la carne porcina. La disputa se inició a partir de una queja presentada por la Sociedad Rural Argentina (art. 25ss. PB)⁷.

Según la *Reclamante*, Brasil alteraba la libre y sana competencia que debe reinar en el interior de un MC, a través subsidios a favor del sector mencionado ejecutados mediante diversos mecanismo⁸, lo que violaba las normas del Mercosur, en especial la Dec. CMC 10/94, y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC (ASMC). En su contestación *Brasil*, rechazó la naturaleza de subsidios de los instrumentos y agregó que habían sido comunicado a la OMC y eran lícitos según sus reglas; también sostuvo que la Dec. CMC 10/94 «es un compromiso meramente programático sin plazo de cumplimiento predeterminado».

Para resolver sobre el *fondo* del asunto el *Tribunal* en forma llamativa dirigió su atención, de manera inmediata, a las normas del ASMC a fin de definir

⁶TAHM, asunto 2/99, *Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo*, 27/IX/99. Publicado en BOM N° 10, diciembre, 1999 y en LL de 10 de diciembre de 1999, p. 2-3. La decisión fue objeto de una Aclaratoria, resuelta el 27 de octubre de 1999.

⁷Nuestro comentario al Laudo puede consultarse en: PEROTTI, Alejandro D., “El Segundo Fallo Arbitral del Mercosur. O el amargo despertar de nuestro Sistema de Solución de Controversias”, RDM 2000-2, p. 121-144.

⁸Entre los cuales se contaban (a) el CONAB: stocks públicos de maíz; (b) el PROEX: pago a los bancos que financian las ventas externas del diferencial entre la tasa de interés internacional Libor y un índice fijado por el Banco Central, con fondos del Tesoro Nacional; (c) el ACC (Adelanto de Contrato de Cambio) y el ACE (Anticipo del Contrato de Exportación): los bancos reciben el incentivo del Estado a través de la reducción de las cargas fiscales y la eliminación del encaje bancario; y (d) Crédito Presunto del IPI (Impuesto a los Productos Industrializados): el Gobierno restituye a los exportadores el pago de contribuciones sociales.

lo que se entiende por “subsídios”. En su opinión para que una medida pueda constituir un subsidio deberán concurrir los siguientes elementos: (a) contribución financiera del Estado, (b) beneficio, y (c) especificidad (sector económico determinado). Aplicando este concepto al caso de autos, el TAHM llega a la siguiente conclusión:

- CONAB: deshecha la pretensión argentina en razón de que tal sistema no cumple con el requisito de la especificidad de los subsidios (sentencia, §72, y Aclaratoria, pto. 3). Al analizar el Tribunal dicho mecanismo a la luz de la Dec. 10/94 concluyó que no se ha producido ningún incumplimiento; dicha Decisión, según agregó, «*además de no resultar directamente aplicable al sistema de la CONAB, requiere de implementación, no siendo directamente invocable como generadora de derechos u obligaciones concretas*» (sentencia, §75, y Aclaratoria, ptos. 6.1, 6.2, 6.3 y 6.4). En este aspecto, se rechazó la demanda.
- PROEX: se hizo lugar a la reclamación de Argentina, por lo cual se lo consideró contrario a las normas Mercosur, salvo en lo que hace a las operaciones que involucren bienes de capital a largo plazo; pero aún en este caso las condiciones del financiamiento deberán ser equiparables a las que se apliquen en el mercado internacional (sentencia, Decisión pto. II).
- ACC y ACE: Luego de considerar que lo que debe demostrarse en estos casos es (a) que las condiciones de la financiación otorgada por los bancos privados son más beneficiosas que las que pueden obtenerse en el ámbito internacional y (b) que existe un incentivo del Estado de cualquiera naturaleza a dicha operatoria (sentencia, §§85-87), el Laudo reconoció que la Decisión 10/94 nada prevé en forma específica con relación a los «*incentivos tributarios a la financiación de exportaciones*», sino que la única referencia en este sentido (art. 11.2) sólo configura un «*compromiso asumido por los Estados miembros destinado a evitar que los incentivos no previstos en dicha[...] (Decisión) distorsionen el desarrollo del comercio intrarregional y la consolidación del mercado común*» (sentencia, §89). Pero lo importante para la controversia es que el TAHM decidió rechazar el reclamo toda vez que la Argentina no acreditó debidamente (por falta de prueba) que los ACC/ACE hubieran provocado un perjuicio o amenaza de perjuicio a los sectores de la producción de carne porcina nacional, tal cual lo exigen los arts. 25 y 26 PB (sentencia, §93).

Además surge del Laudo lo siguiente:

a) con respecto al art. 11 de la Dec. 10/94, el Tribunal, niega que las misma tenga *efecto directo*, es decir la posibilidad de que pueda generar derechos y obligaciones no sólo para los Estados contratantes, sino también para los particulares. Otro principio esencial que el Tribunal desconoce, también con relación al art. 11 de la citada Decisión, es el *efecto inmediato*, según el cual las disposiciones del Derecho Mercosur no necesitan para su operatividad, en el ámbito del Dere-

cho interno, de ningún acto nacional de recepción, transposición, nacionalización, internación o internalización (sentencia, §55, y Aclaratoria ptos. 6.1, 6.2, 6.3 y 6.4).

b) el Tribunal reitera, recogiendo un párrafo del I Laudo, que el método de interpretación más adecuado a la hora de investigar el sentido de las normas del Mercosur es el *teleológico* (sentencia, §55).

c) *objeto de la controversia*: el Tribunal mantuvo la idea, ya adelantada en el I Laudo, según la cual aquel queda establecido de forma inalterable en las fases anteriores a la de su intervención; por dicha razón, no hizo a lugar las alegaciones de Argentina sobre el Crédito presunto del IPI (sentencia, §§14, 43-47 y 48-51, y Aclaratoria ptos. 1.1, 1.2 y 1.3 y ptos. 2.1 y 2.2).

5. TERCER LAUDO, 10 DE MARZO DE 2000 ⁽⁹⁾:

La controversia se inició a partir de un Reclamo presentado por el socio mayor del Mercosur contra una medida de salvaguardia que Argentina impuso, bajo el formato de cupos, a las importaciones de tejidos de algodón procedentes de Brasil (Resolución 861/1999 MEOySP, de 13 de julio). El punto en debate era si los Estados Parte tenía o no la posibilidad de aplicar al comercio intrazona este tipo de cláusulas. Ambos países mantenían una diferente interpretación sobre las normas Mercosur que regulaban este supuesto¹⁰.

Brasil sostuvo que el TA, en especial sus Anexos I y IV, prohibía las salvaguardias luego del 31 de diciembre de 1994; plazo prorrogado sólo hasta el 1 de enero de 1999 por la Dec. CMC 5/94. En cambio, *Argentina* entendió que a tenor de los arts. 3 del TA, y 1 y 5 de su Anexo IV¹¹, existía un “vacío legal” ya que no se había legislado sobre el tema más allá del 31 de diciembre de 1994, en consecuencia, los Países Partes estaban facultados para aplicar su legislación interna, en este caso el Acuerdo sobre Textiles y Vestidos (OMC); además, la falta de normativa Mercosur determinaba la imposibilidad de poder recurrirse al SSC del

⁹TAHM, asunto 1/00, *Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP)*, 10/III/00. Publicado en BOM N° 13, junio, 2000 y en RDM 2000-3, p. 138-164. La decisión fue objeto de una solicitud de Aclaratoria resuelta el 7 de abril de 2000.

¹⁰Nuestro análisis sobre la sentencia puede verse en PEROTTI, Alejandro D., “Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y del Derecho Regional”, RDM 2000-5, p. 201-239.

¹¹TA, art. 3. “Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia”.

TA, Anexo IV, sobre Cláusulas de Salvaguardias: Art. 1. “Cada Estado Parte podrá aplicar, hasta el 31 de diciembre de 1994, cláusulas de salvaguardia a la importación de los productos que se beneficien del Programa de Liberación Comercial establecido en el ámbito del Tratado”; Art. 5. “En ningún caso la aplicación de cláusulas de salvaguardia podrán extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994”.

bloque.

El *Tribunal* debió definir, previamente, cuando existe una “controversia”, en el sentido del PB; en su opinión podrá entenderse que la misma se configura cuando se dan tres los elementos: (i) que la demanda y la respuesta hagan referencia a la existencia de un derecho o de una obligación; (ii) que el reclamo se oponga «positivamente» a la contestación; y (iii) que haya un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir sobre la licitud de una medida nacional con relación a normas Mercosur (sentencia, §II.A). En el caso concreto el Tribunal encontró que el conflicto se ubicaba dentro de ámbito de aplicación PB.

En cuanto al *fondo*, el TAHM entendió que únicamente hasta el 1 de enero de 1999 tenían los Estados la facultad de mantener exceptuados del libre comercio intrazona un número determinados de productos a través de salvaguardias; luego de tal fecha estas medidas restrictivas debían caducar obligatoriamente (sentencia, §§III-D.1 y III-D.3). Consideró, además, que frente a la prohibición expresa del art. 5 del Anexo IV del TA, las salvaguardias en el Mercosur sólo están permitidas cuando una norma del bloque expresamente así lo autorice, sin que puedan alegarse otras disposiciones jurídicas que no forman parte del Derecho del bloque como las de la CE, el Nafta o el GATT-94 [sentencia, §§III-D.3, III-F, III-G.1, III-H.2; III-H.3; III-I; y IV. Conclusión, aparts. (D) y (F). Así también Aclaratoria §3]. Con respecto a la esgrimida teoría del “vacío legal”, el Tribunal despejó toda duda invocando el principio de la “libre circulación de mercaderías” (LCM); en este sentido concluyó que en el Mercosur «*existe una presunción a favor del libre comercio entre sus miembros*» (sentencia, §III-H.3), por lo cual al no haberse legislado sobre salvaguardias tiene plena aplicación la libertad comercial.

En resumen, el Tribunal decidió que la Resolución 861/99 del MEOySP (salvaguardia) no era compatible con la normativa Mercosur (ni originaria, ni derivada), en consecuencia debía ser revocada [sentencia, V. Decisión, apart. (B)].

El Juez del III Laudo también arrojó luz sobre algunos aspectos del ordenamiento jurídico regional:

a) principio de primacía. El Tribunal manifestó, en más de uno oportunidad, que el Derecho Mercosur excluye las medidas nacionales unilaterales que contravengan el sistema implantado por el TA. Puede decirse que esto es una constante del fallo. En efecto, según el Laudo la «*regla de derecho*», la cual rige en el Mercosur, viene a significar que «*las medidas sobre el comercio deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno*» (sentencia, §III-H.3).

b) efecto directo. Según el Tribunal las restricciones al obrar unilateral de los Estados se fundan también en el necesario mantenimiento de un «*standard mínimo*» de seguridad jurídica, que debe beneficiar a «*todos los actores*» que intervienen en la unión aduanera; ello así, toda vez que «*La necesidad de certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados miembros del Mercosur sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio*» (sentencia, §III-H.3). En consecuencia, las normas del TA que regulan el principio de la LCM, en tanto que confieren derechos y obligaciones a las personas físicas y jurídicas, son plenamente

invocables por los particulares frente a las autoridades de los Estados miembros, las cuales quedan obligadas a su observancia y cumplimiento.

c) se ratifica una vez más la exigencia de la *interpretación teleológica* del Derecho Mercosur [sentencia, §§III-C, III-E, III-H.2 y III-H.3, y Conclusión IV, apart. (E); Aclaratoria, §3].

d) *objeto de la controversia*: su configuración. En este punto el Tribunal se separa de las dos decisiones que le precedieron, ya que, en su opinión, el objeto recién queda configurado a partir de los escritos (de Reclamación y de Respuesta) que las partes presentan en la etapa arbitral, aún cuando éstos contengan imputaciones no alegadas durante las fases previas. Por tal razón, rechazó la «*objeción Argentina a la definición del objeto de la controversia por parte de Brasil*» (sentencia, §III.B; Aclaratoria, §1).

La Argentina dio *cumplimiento* al Laudo y derogó la medida que imponía la salvaguardia por medio de la Resolución 265/2000 ME, del 11 de abril. A su vez Argentina ha aceptado la *doctrina del III Laudo* en actos posteriores; así por ejemplo, la Resolución 348/2001 ME, de 6 de agosto, que impone salvaguardia a las importaciones de duraznos en agua edulcorada, exceptiona de tal restricción a las importaciones procedentes del Mercosur en virtud de lo establecido por el art. 5 del Anexo IV del TA.

6. CUARTO LAUDO, 21 DE MAYO DE 2001 ⁽¹²⁾:

El motivo del asunto fue la Resolución 574/2000 ME (Argentina), de 21 de julio, a través de la cual se fijaron derechos antidumping a las importaciones de Brasil de pollos eviscerados.

Esta controversia presentó, además del procedimiento en el ámbito del Mercosur, varios **procesos judiciales a nivel nacional**. Así, sumado a las actuaciones tramitadas ante las autoridades administrativas que llevaron a cabo la investigación por dumping, se interpuso, en forma paralela, una solicitud de medida autosatisfactiva, ante un juzgado federal, la cual perseguía, hasta la finalización del expediente administrativo, la imposición de cuotas de importación; hecha ha lugar el pedido, el mismo fue luego revocado por la Cámara federal de segunda instancia¹³. A su vez, una vez que fue dictada la medida que imponía los derechos

¹²TAHM, asunto 1/01, *Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil*, 21/V/01. Publicado en RDM 2001-3, p. 149-185. La decisión fue objeto de una solicitud de Aclaratoria resuelta por el Tribunal el 18 de junio de 2001.

¹³Sobre la imbricación entre ambas actuaciones y su resultado final puede consultarse PEROTTI, Alejandro D., "Un nuevo ejercicio de aplicación judicial del Derecho Mercosur: el 'asunto Pollos'", RDM 2001-1, p. 174-183.

¹⁴Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, "*Frangosul SA c/M° Economía - Resol 574/2000 s/ Medida Cautelar (Autónoma)*", sentencia de 14 de febrero de 2001; y, en la misma causa, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, sentencia de 24 de abril de 2001.

antidumping, un exportador brasileño se interpuso también un **recurso judicial** ante los **tribunales argentinos** a fin de que, interim se pronunciara el **TAHM**, se suspendiera a su respecto la vigencia de la Resolución 574/2000; acogida favorablemente en primer instancia, la medida provisional fue posteriormente dejada sin efecto por la Cámara federal, ante la apelación del Estado Nacional¹⁴

En el procedimiento ante el **TAHM** la Reclamante (*Brasil*), adujo que: (a) las medidas antidumping son incompatibles con un esquema de Unión Aduanera; (b) la Argentina no había respetado los pasos legales establecidos en las normas del Mercosur para llevar adelante la investigación de dumping; (c) frente a la vigencia del principio de la LCM, y la consiguiente prohibición de las RNA, los derechos antidumping constituyen una subespecie dentro de las RNA y por tanto son violatorios del Derecho Mercosur. La *Argentina*, por su parte, que se había negado a entablar las negociaciones diplomáticas previas, en base a considerar que no existía norma Mercosur que regulara el tema del antidumping intrazona y por lo tanto mal podía hablarse de un conflicto sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del TA, hizo valer que: (1) no existía normativa del bloque y por lo tanto tampoco competencia del Tribunal; (2) varias de las disposiciones del Derecho regional citadas por Brasil, no se encontraban aún en vigor en razón de que no todos los Estados miembros habían procedido a cumplir con la exigencia de su incorporación al Derecho nacional de lo cual resultaba que los Estados seguían siendo competentes para aplicar su legislación interna sobre el tema.

La primera consideración del *Tribunal*, referida a la negativa argentina de iniciar las negociaciones diplomáticas, fue que ante tal actitud debe darse por cumplida esta etapa del procedimiento toda vez que «*De lo contrario, ..., caería todo el sistema de solución de controversias ya que su puesta en funcionamiento dependería de la voluntad de cada parte reclamada de entrar en negociaciones directas o no*» (sentencia, §II-A:97).

En cuanto a lo que debe entenderse como una “controversia” sobre las disposiciones del Derecho Mercosur, la solución del Laudo no deja lugar a dudas:

«*El solo hecho de que Brasil y Argentina discrepen sobre la existencia o no de normas del Mercosur que regulen la investigación del dumping intrazona y la aplicación de medidas antidumping, así como el eventual alcance de esas normas, determina claramente la existencia de una controversia en los términos del PB (art. 1)*» (sentencia, §§II-B:101 a 103).

Sobre el fondo, la primera constatación del fallo es que no existe en vigor ninguna norma Mercosur que regule la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrabloque (sentencia, §II-D-2:112,

¹⁴TA, Anexo I, art. 2, inc. “b”. “A los efectos dispuestos en el artículo anterior, se entenderá... b) por ‘restricciones’, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980”.

113 y 131, y III-1). Ahora bien, tal conclusión no lleva automáticamente a que la función del Tribunal haya finalizado, pues el análisis, es colocado por el Laudo bajo el paraguas jurídico de las RNA a la libre circulación de mercaderías (sentencia, §§II-D-6:132, II-E-4:147 y III-2); en otras palabras, en tanto que los derechos antidumping podrían caer dentro de la definición de “restricciones” a la LCM (art. 2, inc. “b”, del Anexo I del TA¹⁵), cabe la intervención del Tribunal (Aclaratoria, §§I y II).

A su vez, el Tribunal, sin perjuicio de reconocer que los regímenes nacionales sobre antidumping no son compatibles, en principio, con la filosofía de un proceso de integración en estadio de Unión Aduanera, se hace cargo de «*La especialidad del caso en el Mercosur (donde)[...] por un lado las medidas antidumping intrazona, como restricciones a la libre circulación de bienes, son incompatibles con la normativa que consagra a esta última y por el otro lado no existen ni normativa ni órganos comunes para aplicar una efectiva defensa de la competencia. Situación en cuyo contexto los EPM, de hecho, han continuado aplicando en esos casos sus respectivas legislaciones antidumping en el comercio intrazona*»; lo cual encuentra su justificación «*en la necesidad de defender la competencia*». Esto último es esencial en la sentencia toda vez que la aplicación de un régimen antidumping únicamente es compatible con el Derecho del bloque si persigue «*la finalidad prevista por la norma (defensa de la competencia), lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención de otros fines que atentan contra la facilitación del comercio*». Caso contrario estaríamos frente a un supuesto de «*desviación de poder*’ que viciaría el acto» (sentencia, §§II-E-3, II-F-1:153-158 y II-F-2:161-169). En el caso concreto, el Juez del IV Laudo concluyó que la investigación por él encarada no ha demostrado que el expediente tramitado por la administración argentina haya «*sido empleado [...] como un medio ilícito de restricción a la libre circulación de bienes en el ámbito del Mercosur*» (sentencia, §§II-F-3:170-212); en consecuencia, decidió no hacer lugar al reclamo.

En lo que hace a las soluciones de principios, deben destacarse:

a) LCM: el Tribunal reafirma nuevamente que uno de los *principios jurídicos más importantes* en el Mercosur es el de la *libre circulación de mercaderías*, el que rige desde el 31 de diciembre de 1999 (sentencia, §§II-E-1:134, 135, 136 a 141; II-F-2:168; III.4 y III.5; Aclaratoria, §§I, III, IV y VI).

b) *objeto de la controversia*: sigue la tesis de la determinación adoptada por los Laudos I y II; es decir su configuración a partir de lo expuesto en las etapas previas a la arbitral; por ello el Tribunal desechó una alegación de Brasil sobre la presunta violación por Argentina de la Dec. CMC 14/94 [sentencia, §§II-C:107 y II-F-3 (c):201].

7. QUINTO LAUDO, 29 DE SEPTIEMBRE DE 2001 ⁽¹⁶⁾:

¹⁶TAHM, asunto 2/01, *Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de bicicletas de Origen Uruguayo*, 29/IX/01. Publicado en LL de 6 de septiembre de 2001, p. 3-5. El Tribunal evacuó una solicitud de Aclaratoria el 31 de octubre de 2001. Su texto puede verse en LL de 14 de noviembre de 2001, p. 8-10.

En razón de que el presente panel está también conformado por los DRES. ROBERTO PUCEIRO, JOSÉ M. ROBAINA y RAFAÉL TEJERA y el ING. JORGE BARDIER, quienes han tenido una directa participación en este último Laudo del Mercosur y expondrán acerca de tal experiencia, sólo me referiré a un punto específico de esta decisión.

El Tribunal debió entender en un Reclamo presentado por Uruguay contra la Argentina, referido a una investigación -y posterior anulación- de los certificados de origen que fueron presentados por la empresa Motociclos con motivo de la exportación de uno de sus modelos de bicicletas -luego extendida a toda la producción de dicha firma- al territorio de la Reclamada.

El resultado final del Laudo fue favorable a la Reclamante y la decisión se basó, en concreto, en la presunción de validez que ampara a tales certificados y la insuficiencia probatoria de la Argentina a fin de destruir tal presunción. Nuestro país dio rápido cumplimiento a la decisión del Tribunal a través de la Instrucción General 96/2001 SDGLTA, de 16 de noviembre.

La cuestión a la cual quería hacer referencia es a la decisión del Tribunal de proceder, por su propia autoridad, a nulificar la medida argentina que fijaba el tratamiento extrazona (pago del arancel externo común) de las mercaderías de Motociclo de Uruguay.

En la Aclaratoria, Argentina planteó con buen criterio la falta de competencia del Tribunal para decretar, por *motus proprio*, la nulidad de un acto administrativo nacional, quedando circunscripta sus facultades a la constatación de un eventual incumplimiento del Derecho Mercosur y la posterior recomendación al Estado infractor para que revoque la norma en cuestión.

Al evacuar tal Aclaratoria el Tribunal rechazó la jurisprudencia del TJCE (sentencia *Humblet*, de 16.12.1960) que Argentina había citado a fin de fundamentar su posición, considerando, entre otras cosas: (a) que la "antigüedad" de la sentencia *Humblet* la hacía inaplicable al caso bajo análisis; (b) que tal decisión fue dictada por el TJCE en el marco de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante, CECA). Pues bien ambas respuestas son, desde todo punto de vista, insuficientes para concluir que la aplicación dicha sentencia del TJCE a esta causa no es pertinente, y ello por las siguientes razones: en lo que respecta al punto (a) el propio TJCE acaba de citar en su reciente fallo *Alemania/Comisión*, de 25.10.2001, su precedente dictado en el caso *Italia/Alta Autoridad*, el cual data ni más ni menos que de 15.07.1960; en lo que hace al argumento (b) basta sólo señalar que, en razón de la imbricancia que existe entre los Tratados de las tres Comunidades, en innumerables ocasiones el TJCE, aún cuando debía decidir una cuestión en el marco de la CECA, ha recurrido, en los supuestos de lagunas normativas, a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (un ejemplo de esto puede verse en su sentencia *Busseni*, de 22.02.1990).

Por si ello fuera poco, debe resaltarse que, tanto en las Comunidades Europeas como en la Comunidad Andina, sendos Tribunales de Justicia han reconocido en forma expresa que les está vedado, por no estar dentro de sus competencias, cualquier clase de prerrogativa para anular un acto o norma del ordenamiento interno de los Estados miembros. Así por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha declarado, en su sentencia *Belmont*, de 29.08.1997,

que carece del poder de anular tanto una ley nacional que sea incompatible con el derecho comunitario, como también el acto individual que le da aplicación.

En último término, cabe agregar que los fallos del TJCE que el Tribunal Mercosur cita, a fin de justificar su razonamiento sobre la facultad para invalidar un acto nacional (a saber, decisiones *Comisión/Italia*, de 13.07.1972; *Comisión/Francia*, de 4.04.1974 y *Comisión/Francia*, de 28.03.1980), lejos de confirmar dicha prerrogativa, establecen que el efecto que surge de una sentencia de incumplimiento contra un Estado miembro es la **obligación** de pleno derecho **para sus autoridades nacionales** de no aplicar la disposición infractora.

8. ALGUNAS CONCLUSIONES:

1. Las intervenciones de Argentina en el marco del SSC del Mercosur han demostrado que, por lo general, existe una inconveniente “desconexión” entre la Representación del Estado y los asesores letrados de los sectores privados que pudieran llegar a verse afectadas por la decisión del Tribunal. Falta, en este sentido, mayor participación de las empresas en las presentaciones que ha hecho el Estado.

2. A su vez surge también la falta de asesoramiento letrado específico en temas de Derecho de la Integración, lo cual responde, en no pocas oportunidades, a que la Representación del Estado es asignada al Ministerio de Economía y por ello a técnicos, y no al Ministerio de Relaciones Exteriores. Ello se hace más inadecuado si se repara, por ejemplo, en la Lista de Árbitros no nacionales de los Estados miembros que han elegido los Países; entre otros, R. Alonso García (Catedrático de Derecho Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid), Galo Pico Mantilla (ex Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y A. Zelada Castedo (doctrinario y Prof. de Derecho de la Integración en la Universidad Simón Bolívar). Como se puede observar, cada vez es más necesarios contar con una asesoría letrada en temas de Derecho de la Integración, a fin ofrecer un buen respaldo a las presentaciones ante el TAHM.

3. Otro aspecto relevante de las presentaciones argentinas es la deficiencia en los aspectos probatorios de las controversias, lo que ha determinada que varios de los Reclamos hayan sido desestimados por los diferentes Tribunales en razón de esta carencia.

4. Debe destacarse que Argentina ha dado muestras de un amplio acatamiento de las obligaciones que los Laudos le han impuesto.

9. CONSEJOS ÚTILES:

1. La experiencia vivida por Uruguay, en el marco del último Laudo del Mercosur, ha demostrado la conveniencia de la participación conjunta del

Estado y de las empresas que estén (o puedan llegar a estar) envueltas en la controversia. En efecto la intervención “a dos bandas” trae ventajas para ambos: en lo que hace al Estado, las mismas están dadas, principalmente, en que los particulares coadyuvarán en la preparación de las presentaciones y además, la contribución de la asesoría letrada de los privados, acarreará una reducción de las cargas laborales del Departamento de la administración encargado de llevar adelante los casos y de los costos financieros que conlleva el procedimiento ante el TAHM, con el resultado final de una mejor asignación de los recursos disponibles; en lo que hace a las empresas, tal participación, a la vez que les asegura una defensa más adecuada a sus necesidades y problemas, les garantiza un proceso más expedito y predecible.

2. El desarrollo de los últimos procedimiento, en especial el de la Aclaratoria al V Laudo, demuestra que cada vez se hace más imperioso contar con la asesoría de expertos en Derecho Comunitario o de la Integración, a fin de complementar las presentaciones del Estado y las empresas.

3. Una alternativa que no debe dejar de analizarse es la de agregar a los escritos (de Reclamo o de Contestación), presentados ante el Tribunal, un dictamen o la opinión jurídica de expertos en temas de Integración económica. Tal herramienta, de carácter complementario aunque de un valor muy considerable, es también utilizada en los procesos ante los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas y de la Comunidad Andina.

10. ALGUNOS INTERROGANTES PLANTEADOS POR LOS PARTICIPANTES DEL ENCUENTRO:

1-¿Cuál es la verdadera trascendencia que debe asignarse a la circunstancia de que los sucesivos Laudos hayan reconocido la vigencia en el Mercosur del principio de la LCM?

La importancia fundamental de tal declaración, hecha por todos los TAHM que han intervenido a la fecha, radica en que este principio ha sido caracterizado por los mismos Laudos como un “principio jurídico”, lo que significa que es posible su invocación por las empresas, no sólo ante las autoridades administrativas nacionales de los Estados (en especial, las aduanas) sino también ante los jueces internos, quienes deberán darle plena vigencia. Esto cobra especial relevancia en Argentina, toda vez que según el Derecho interno las disposiciones de los Tratados y del Derecho resultante tienen jerarquía superior a las leyes nacionales, sean éstas anteriores o posteriores.

Por último, debe agregarse que, sin perjuicio de que en virtud del carácter *ad hoc* del SSC (es decir, que los Laudos resuelven para el caso concreto) las anteriores decisiones no obligan a los Tribunales que intervengan en el futuro, el principio jurídico de la LCM es ya una línea jurisprudencial consolidada en el Derecho Mercosur. No está de más recordar -como lo vimos antes- la aplicación por parte de la Argentina de la doctrina de III Laudo a un caso (salvaguardias a la importación de duraznos) que no se relacionaba con la controversia de los textiles.

2-¿Qué valor tiene el mencionado principio de la LCM, frente a las continuas restricciones que se imponen en las fronteras a las exportaciones de productos procedentes del Mercosur?

El valor exacto de este principio es que jurídicamente, desde el 1 de enero de 2000, están prohibidas por el TA y normas concordantes, todas las RA y RNA, salvo, para estas últimas, cuando sean fundadas en el art. 50 del Tratado de la ALADI.

Que tal principio exista, y por ello la posibilidad de su invocación, no prejuzga acerca de lo conveniente que puede ser el SSC adoptado en el Mercosur. En otras palabras, el reconocimiento en cabeza de los particulares que comercian en el interior del bloque de un derecho a poder exigir la LCM, no impide que, de hecho, los Estados miembros violen tal prerrogativa. Ahora bien, lo que se garantiza es que tal infracción es perfectamente denunciabile y puede dar lugar al inicio del SSC. Bien es cierto, que tal mecanismo, regulado en el PB, es desde todo punto de vista ineficaz frente a las necesidades de las empresas, las que se ven prisioneras de la discrecionalidad de sus Gobiernos en cuanto al planteo del procedimiento de controversias; pero esto es independiente del principio de la LCM. Para graficar lo afirmado pensemos que la comisión de los delitos no significa que el Derecho penal no exista.

Por ello, si bien transitan por carriles que se entrecruzan, la LCM y el SSC son cuestiones diferentes.

Lo aconsejable, obviamente, es mejorar de forma considerable el acceso de las empresas al SSC a fin de que puedan plantear sus quejas y reclamos. Al respecto, no está demás traer a colación que en la Comunidad Andina, a partir del 25 de agosto 1999, los particulares tiene acceso directo al Tribunal de Justicia (previo agotamiento de un exiguo proceso administrativo) con la posibilidad de plantear demandas de incumplimiento contra los propios Estados Parte (art. 25 del Tratado); a la fecha, por ejemplo, el Centro de Azucareros de Colombia ha planteado una Acción de Incumplimiento contra Venezuela por las salvaguardias aplicadas a las importaciones de azúcar (el proceso se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PEROTTI, Alejandro D., “Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur”, RDM 2000-3, p. 122-126.

_____. “El Segundo Fallo Arbitral del Mercosur. O el amargo despertar de nuestro Sistema de Solución de Controversias”, RDM 2000-2.

_____. “Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y del Derecho Regional”, RDM 2000-5.

_____. “Un nuevo ejercicio de aplicación judicial del Derecho Mercosur: el ‘asunto Pollos’”, RDM 2001-1

TAHM, asunto 1/01, *Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil*, 21/V/01. Publicado en RDM 2001-3, p. 149-185.

TAHM, asunto 2/99, *Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo*, 27/IX/99. Publicado en BOM N° 10, diciembre, 1999 y en LL de 10 de diciembre de 1999, p. 2-3. La decisión fue objeto de una Aclaratoria, resuelta el 27 de octubre de 1999.

INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

ADMINISTRATIVE ACTS INVALIDATION

Heraldo Garcia VITTA*

RESUMO

Somente o Direito Civil brasileiro possui regulamentos que disciplinam a invalidação dos atos, entretanto não podem ser aplicados quanto aos atos administrativos, que assim, não encontram respaldo na aplicação.

Palavras-chave: Ato administrativo; anulabilidade; invalidação; nulidade.

ABSTRACT

Only Civil Law, in Brazil, has rules that discipline the acts invalidation, however, it can't be applied to administrative acts because the law doesn't guarantee the application.

Key-words: administrative act; annul, null; invalid administrative act

1. Introdução

O tema *invalidade dos atos administrativos* é um dos que são estudados com afincos por doutrinadores de escol, todos almejando dar sustentação científica, de forma a garantir o mínimo de coerência lógica a tão difícil assunto. Estudos vêm sendo feitos sistematicamente para possibilitar melhor compreensão das conseqüências jurídicas advindas da nulidade, anulabilidade ou convalidação dos atos administrativos. Tentaremos, em breve trecho, traçar algumas linhas acerca do tema, embora reconheçamos que muito há que se fazer para, ao menos coerentemente, termos um resultado satisfatório.

Utilizaremos a expressão *invalidação*, para abarcarmos tanto a hipótese de nulidade quanto a de anulabilidade, ou outras distinções que se fizerem necessárias, para não comprometermos o termo 'anulação', pois esta é manejada para uma das espécies de invalidade do ato administrativo.

Deixar-se-á de fora do estudo a revogação dos atos administrativos.

* Heraldo Garcia Vitta, ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, Juiz Federal da 2ª Vara em Bauru-SP, Mestrando na PUC-SP, Professor de Direito Administrativo na UNIP. Prof. de Direito Administrativo em Bauru, Mestrando na PUC-SP, Pres. do IBADIP (Instituto Bauruense de Direito Público). Professor da Faculdade de Direito da UNIMAR - Marília-SP

2. Conceito de Ato Administrativo

Ato administrativo é toda declaração unilateral do Estado, ou de quem lhe faça às vezes, em complemento da lei, editada no exercício da função administrativa, podendo ter efeitos jurídicos diretos ou indiretos, concretos ou abstratos, gerais ou individuais, excetuados os atos regidos pelo Direito Privado e os atos políticos ou de governo.

Com essa definição, estamos (a) excluindo os atos materiais da Administração e os contratos administrativos; (b) respeitando o entendimento segundo o qual além do Estado, outras pessoas jurídicas, públicas ou privadas, quando realizem serviços públicos, editam atos administrativos; (c) acatando o princípio da legalidade, no qual a Administração Pública deverá pautar-se para agir; (d) excluindo os atos editados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, quando estiverem na sua função precípua, isto é, a de editar leis e decisões, respectivamente. (e) Indistintamente, os efeitos jurídicos do ato em relação ao administrado podem ter efeitos diretos ou indiretos; concretos (licenças, autorizações) ou abstratos (regulamentos), gerais ou individuais.; (f) estão de fora da definição os atos regidos sob a égide do Código Civil e do Código Comercial, bem como outras disposições do Direito Privado; e (g) também não estão citados os atos de governo, ou seja, os editados diretamente do Texto Constitucional, com grande dose de discricionariedade.

3. Perfeição, Validade e Eficácia do ato

Devemos ter em vista a distinção importante entre a eficácia e a perfeição do ato. São planos diferentes, podendo o ato ser perfeito, isto é, ter todos os requisitos ou elementos necessários para sua existência (ser), e não possuir eficácia, não produzir efeitos jurídicos, como na hipótese de depender de uma condição suspensiva. Logo, são inconfundíveis os planos de perfeição e eficácia, conforme explica, com precisão, o ilustre Professor da Universidade de Milão, Francesco Carnelutti (1999) :

Quando todos os requisitos previstos direta ou indiretamente pela norma se reúnem no ato, produzir-se-ão os seus efeitos jurídicos, ou seja, à situação final a que temos chamado evento, juntar-se-ão os efeitos jurídicos, o que tornará jurídica essa situação final e encerrará o ciclo do fato jurídico.

A esta idoneidade do fato, por virtude dos seus requisitos, para produzir os efeitos jurídicos, e, conseqüentemente, do evento para converter-se na situação jurídica final, chama-se eficácia do fato ou, em especial, eficácia do ato.

[...]

Por seu turno, o modo de ser do fato que consiste na presença de todos seus requisitos designa-se como perfeição do fato ou, particu-

larmente, do ato. Vício do fato ou ato será tudo aquilo que impeça a perfeição e, conseqüentemente, a eficácia do ato, o que evidentemente consistirá na falta de um ou de vários dos seus requisitos.¹

Além do discrímen “perfeição e eficácia do ato”, há o da validade: o plano dessa se reporta à edição do ato nos termos do ordenamento jurídico, inclusive das normas hierarquicamente superiores. O ato administrativo será válido, assim, se editado com a observância da Constituição Federal, da lei que lhe deu suporte e, eventualmente, de alguma outra norma infralegal (por exemplo, regulamento de execução de lei).

O insigne Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (1998) também enfatiza a distinção referida:

12. O ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, o ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído.

13. O ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas.

14. O ato administrativo é eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termos inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.²

Hugo Olguin A. Juarez (1961), doutrinador chileno, igualmente assevera a distinção dos conceitos de validez e eficácia:

Em outros termos, a validez se apresenta como a conformidade entre o ato emitido e o ordenamento jurídico, é dizer, a coincidência entre a estrutura do ato e as normas jurídicas que precisam a conformação de dita estrutura.

A eficácia, ao contrário, não é a conformidade entre ato e lei, senão a aptidão de um ato para produzir efeitos, isto é, a capacidade para realizar no mundo exterior os cometimentos que lhe são próprios [...]³

¹ *Tratado Geral do Direito*. Lejus, p. 478.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 272-273. O Professor da PUC-SP distingue, no seu livro, *os efeitos típicos dos atípicos do ato administrativo*.

³ JUAREZ, Hugo A. *Ouguin. Extinción de Los Actos Administrativos Revocación, Invalidación Y Decaimento*. 8. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 21.

Logo, nosso plano de estudo está localizado na validade dos atos administrativos, e não na sua eficácia, apesar de ser possível um ato inválido ser eficaz e um ato válido não o ser.⁴ Poderia citar o caso de o ato inválido não ter sido reconhecido pela Administração ou pelo Poder Judiciário – enquanto isso não ocorrer, o ato produzirá seus efeitos. Ou, ainda, na hipótese de ser reconhecida a invalidação, o ato poderá produzir efeitos, como quando atinge, terceiros de boa-fé, a denominada teoria da aparência (funcionário de fato). Identicamente, o ato válido, portanto produzido de acordo com as normas jurídicas, pode não ter eficácia. Isso ocorre no caso de ato administrativo emitido com condição suspensiva, termo inicial, ou dependente de ato da autoridade controladora.

4. Extinção dos Atos Administrativos

Diversas são as causas de extinção do ato administrativo, entre as quais podemos ressaltar, seguindo, no ponto, o ensinamento do citado Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 319):

“1. Um ato eficaz extingue-se por:

A. CUMPRIMENTO DE SEUS EFEITOS, NOS SEGUINTE CASOS:

- A.1. Esgotamento do conteúdo (gozo de férias de um funcionário);*
- A. 2. execução material do ato, a ordem executada;*
- A.3. Implemento de condição resolutive ou termo final;*

B. DESAPARECIMENTO DO SUJEITO OU OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA (atos intuitu personae – a morte de um funcionário extingue os efeitos da nomeação). O mesmo se dá quando desaparece o objeto da relação: a tomada pelo mar de um terreno de marinha dado em aforamento extingue a enfiteuse;

C. RETIRADA DO ATO – o poder público emite ato concreto com efeito extintivo sobre o anterior:

- C.1. REVOGAÇÃO – razões de conveniência ou oportunidade;*
- C.2. INVALIDAÇÃO – ato praticado em desconformidade com a ordem jurídica;*
- C.3. CASSAÇÃO – o destinatário do ato descumpriu condições que deveriam permanecer para continuar desfrutando da situação jurídica (retirada de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância);*
- C.4. CADUCIDADE – sobrevém norma jurídica que tornou inadmissível a situação dantes permitida pelo Direito (retirada de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso);*

4. Idem

- C.5. CONTRAPOSIÇÃO OU DERRUBADA – emissão de ato, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, cujos efeitos são contrapostos aos daquele (exoneração de funcionário, que aniquila os efeitos da nomeação);

D. RENÚNCIA – extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário (renúncia ao cargo de secretário do Estado).

2. Um ato não eficaz extingue-se por:

2.1. Revogação (razões de mérito); invalidação (razões de legitimidade);

2.2. Inutilização do ato ante a recusa do beneficiário, a qual era necessária para produção de seus efeitos.”

5. Invalidez dos Atos Administrativos.

5.1- Conceito de Invalidação

Invalidação é a eliminação, com efeitos retroativos, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada, ou de ambos, por terem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.⁵

Tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário podem decretá-la; fulmina-se: (a)– ato ineficaz (o próprio ato, a própria fonte da qual depende o surgimento dos efeitos); (b) ato eficaz ,abstrato (o ato e os efeitos, inclusive os já ocorridos); concreto (a relação jurídica produzida).

A invalidação do ato administrativo tem por fundamento o dever de obediência à legalidade. Isso porque o Poder Público deve obedecer a lei; uma vez editado o ato sem a observância do texto legal, ele será fulminado pela própria Administração (auto-tutela), ou pelo Poder Judiciário.

Conforme ressaltamos, uma vez reconhecida a invalidação, seus efeitos retroagem, no sentido de não reconhecer, no presente, os efeitos jurídicos do passado.⁶

5.2- Classificação das invalidades

Feitas essas rápidas considerações, passaremos a expor, de forma sucinta, nosso pensamento acerca da classificação da invalidade dos atos administrativos. Para tanto, é necessário verificarmos as conseqüências jurídicas, isto é, os distintos tratamentos jurídicos para reconhecermos os tipos de invalidade em face de nosso sistema jurídico. Assim, vamos verificar a invalidade em face da prescrição, dos

⁵ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos* 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 45.

⁶ Acentua Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] Vale dizer: a anulação opera *ex tunc*, desde então. Ela fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos do passado.” (op. cit., p. 333)

efeitos, da resistência do administrado, da decretação de ofício ou a requerimento e da convalidação.

Nos termos do Código Civil Brasileiro, há nulidade absoluta e relativa, vale dizer, nulidade e anulabilidade. As nulidades, elencadas no art. 145, podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público; e o magistrado deve pronunciá-las, não lhe sendo permitido supri-las (art. 146). O ato jurídico anulável, cujos casos estão no art. 147, comporta ratificação pelas partes, a qual retroage à data do ato, não se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar.

Isso porque no ato nulo haveria defeito grave, violação de disposição de ordem pública ou dos bons costumes, enquanto o ato anulável, ao prender-se ao interesse das partes, teria uma validade relativa.

A primeira indagação que devemos fazer concerne à aplicabilidade ou não do discrímem estabelecido na norma civil, nos atos administrativos. Para Miguel Seabra Fagundes (1984, p.39), a similitude é inadmissível. Acentua o mestre:

*Não há dúvida de que os princípios do Código Civil se podem aplicar, em parte, aos atos administrativos com efeito jurídico, pois que regem, de modo geral, os atos jurídicos. O Código mesmo regula a responsabilidade civil decorrente de procedimento da Administração Pública, e ela terá lugar, exatamente, em consequência de atos (ou fatos) administrativos viciosos. Atenta, porém, a particular natureza dos atos administrativos, não pode ser acolhida sem reserva a sistematização da legislação civil, que é, em muitos casos, evidentemente inadapável àqueles atos. A nulidade, como sanção com que se pune o ato defeituoso por infringente das normas legais, tem no direito privado, principalmente, uma finalidade restauradora do equilíbrio individual perturbado. No direito público já se apresenta com feição muito diversa. O ato administrativo, em regra, envolve múltiplos interesses. Ainda quando especial, é raro que se cinja a interessar um só indivíduo. Há quase sempre terceiros normalmente, a repercutir entre os seus participantes diretos, e, quando cujos direitos afeta. Ao contrário, o ato jurídico privado se restringe, interessa a terceiros, o faz de modo bem mais restrito do que em se tratando de ato jurídico público [...]*⁷

Segundo o ilustre Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969),

A adoção no Direito Administrativo da mesma posição do Direito Civil quanto aos atos nulos e anuláveis não acarreta qualquer

⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 39.

⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1969, p. 585.

⁹ Idem, p. 583.

*dificuldade de aplicação, desde que se considerem as peculiaridades próprias desses dois ramos jurídicos.*⁸

Para o autor,

*A aplicação da teoria da nulidade e anulabilidade dos atos em um ou outro ramo jurídico se adota pela semelhança de situação e identidade de razão. Jamais pela identidade de situação. Consiste em aplicação analógica.*⁹

É forçoso citarmos as diferenças essenciais entre os dois ramos do Direito, para concluirmos com o autor: a necessidade de considerarmos, na invalidação dos atos administrativos, as peculiaridades dos dois ramos jurídicos. Para isso, vamos nos valer do ensinamento da doutrina francesa. Assevera Alibert (1926):

I.- Esta separação é a essência da concepção franco-alemã, que rege hoje quase todos os povos do continente europeu.

1°. Ela se manifesta em primeiro lugar pela diferença de objetos: o direito privado compreende o estatuto das pessoas e o regime de bens em geral, isto é o regime das propriedades no sentido civil da palavra, as relações comerciais entre particulares, e os litígios privados; o direito público rege, de outra parte, não somente a organização dos poderes e dos serviços públicos, mas ainda os direitos especiais creditados às autoridades públicas para o exercício de seus poderes e a gestão desses serviços, assim os litígios que nascem dessa ação.

2°. A distinção é tão nítida que ela assegura a independência do direito público, e forma um monumento jurídico que se basta nela mesma. Existe sem dúvida, limite às duas zonas, pontos de contato imprecisos, tais os prejuízos à propriedade privada num interesse público, a responsabilidade de funcionários e os atos cumpridos pela administração nas condições do direito comum; mas, essas raras exceções sendo feitas, podemos dizer que não há ato ao mesmo tempo civil e administrativo, e que a independência do direito público se manifesta até nas matérias nas quais a autoridade se encontra numa situação jurídica análoga àquela que rege os particulares.

[...]

¹⁰ "1.- Cette séparation est de l'essence de la conception franco-allemande, qui régné aujourd'hui chez presque tous les peuples du continent européen. 1° Elle se manifeste en premier lieu par la différence des objets: le droit privé comprend le statut des personnes et le régime des biens en général, c'est-à-dire le régime des propriétés au sens civil du mot, les relations d'affaires entre les particuliers, et les litiges privés; le droit public régit, d'autre part, non seulement l'organisation des pouvoirs et des services publics, mais encore les droits spéciaux dévolus aux autorités publiques pour l'exercice de ces pouvoirs et la gestion de ces services, ainsi que les litiges qui naissent de cette action. 2° La distinction est si nette qu'elle assure l'indépendance complète du droit public, et qu'elle en fait un monument juridique qui se suffit à lui-même. Il existe sans doute, à limite des deux zones, des points de contact imprécis, tels que les atteintes à la propriété privée dans un intérêt public, la responsabilité des fonctionnaires ou

3°. A separação dos dois ramos do direito se traduz ainda dentro do poder de agir conferido a suas competências. No direito privado, ninguém pode fazer justiça por si mesmo; quando os particulares não estão de acordo sobre os efeitos de direito, eles não podem exercer qualquer coação unilateral; eles devem solicitar à autoridade judiciária, que intervenha toda vez para avaliar e obrigar. Em direito público, ao contrário, a administração cria seu título; ela constrange os cidadãos sem recorrer a qualquer intermediário; são devidas suas ordens, obrigatórias como os julgamentos [...].¹⁰

Logo, a separação entre o Direito Público e o Direito Privado permite-nos concluir serem ambos os ramos alicerçados por princípios e regras próprios, nos quais todos os intérpretes devem munir-se para análise jurídica do objeto específico de estudo. Porém, as normas do Direito Civil podem servir de suporte para a invalidação dos atos administrativos, desde que haja compatibilidade com o interesse público. Por exemplo, o ato jurídico praticado mediante coação é anulável, nos termos do Código Civil¹¹; o mesmo ocorre no Direito Administrativo, mediante aplicação analógica da norma de direito privado, ante a possibilidade de compatibilização. Se, porém o ato for editado com idêntico vício, atingindo, norma legal de natureza cogente, ele será nulo. É a lição trazida pelo Professor Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (1969), assim exemplificada:

Se alguém consegue despacho ilegal por coação moral levada a efeito contra agente público, o ato é não só anulável por vício de vontade, como nulo por ilegal, em razão da ilicitude do objeto. Mas, se o agente público mediante coação moral faz funcionário pedir aposentadoria, e, posteriormente, ele verifica a vantagem que lhe advém desse pedido, em consequência de lei que atribui, desde a data daquele ato, acréscimo de 25% nos seus vencimentos, é admissível a sua convalidação a esse ato de aposentadoria.¹²

les actes accomplis par l'administration dans les conditions du droit commun; mais, ces rares exceptions étant faites, on peut dire qu'il n'y a pas d'acte à la fois civil et administratif, et que l'indépendance du droit public se manifeste même dans les matières où l'autorité publique se trouve dans une situation juridique analogue à celle qui régit les particuliers. [...] 3° La séparation des deux branches du droit se traduit encore dans le pouvoir d'agir conféré à leurs ressortissants. En droit privé, nul se peut se faire justice à soi-même; lorsque les particuliers ne sont pas d'accord sur les effets du droit, ils ne peuvent exercer aucune contrainte unilatérale; ils doivent saisir l'autorité judiciaire, qui intervient tout à la fois pour arbitrer et contraindre. En droit public, au contraire, l'administration se crée son titre à elle-même; elle contraint les citoyens sans recourir à aucune intermédiaire; provision est due à ses ordres, qui sont obligatoires comme des jugements [...]. (Le Controle Jurisdictionnel de L'Administration, "page 12" – tradução do autor).

¹¹ Artigo 147, II.

¹² Op.cit., p.580. Advertimos o pensamento de Seabra Fagundes, para quem a coação leva, sempre, à nulidade do ato (ato nulo).. São suas palavras: “[...] O ato administrativo que emanasse de autoridade coata jamais poderia convaler pela ratificação, que supõe a retroatividade à data do ato [...] A moralidade administrativa impediria qualquer sobrevivência dos efeitos desse ato [...]” (op. cit., p. 46).

¹³ Op. cit., p.580.

O entrelaçamento das normas de Direito Civil e Direito Administrativo, a nosso ver, apenas poderia ocorrer na falta das últimas, além da necessária compatibilidade das primeiras na sua aplicação diante do caso concreto. É que, conforme ressalta o conspícuo Prof. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (1969),

[...] restará ao juiz certa discricção ao apreciar, por exemplo, se a incompetência é absoluta ou relativa, e se o vício de vontade, a que se junta violação de lei, deve acarretar nulidade ou anulabilidade do ato, ao reconhecer caráter cogente absoluto ou relativo ao texto legal violado [...].¹³

5.2.1- Atos Inexistentes

Preferimos adotar a divisão tricotômica de Celso Antônio Bandeira de Mello(1998)¹⁴, pois entendemos ocorrer a inexistência de atos jurídicos, praticados em ofensa frontal ao texto de lei, ao constituir crime. Para nós, atos inexistentes seriam aqueles nos quais igualmente fossem crimes. Realmente, se o legislador elencou determinados fatos como crimes, portanto qualificou-os como infrações penais, sua prática não pode ser reconhecida pela ordem jurídica, exceto para a punição do infrator.

(1) Logo, os atos inexistentes seriam aqueles tipificados como crimes; portanto, comportamentos absurdamente praticados pela administração, que se encartariam no tipo penal. Por exemplo, a determinação de uma autoridade policial para que seu subalterno torture um preso é radicalmente inexistente. O mesmo se pode dizer de ato administrativo praticado contra a ordem judicial (crime de desobediência).

Para a inexistência do ato, não há necessidade do reconhecimento, judicial ou administrativo, da prática do crime. Basta a configuração teórica do tipo penal. É que a inexistência refere-se à situações nas quais o ordenamento repudia de

¹⁴ Op. cit., p.335.

¹⁵ Roberto Dromi (1997) inclui a inexistência na categoria de atos viciados. Mas, caracteriza casos que, para nós, seriam de nulidade ou anulabilidade (como a incompetência em razão da matéria; incompetência em razão do território). A inexistência corresponderia a vícios muito graves no ato administrativo. (*El Acto Administrativo*, p. 130). Na França, informa Rivero (1996), o Conselho de Estado declara determinados atos nulos e de nenhum efeito (inexistentes). Aplica-se à decisões materialmente inexistentes (falta de assinatura da autoridade) ou insuscetíveis de se ligar a qualquer poder da administração. (*Traité Droit Administratif*, p. 99). Entre nós, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (1969) entende a distinção sutil, sem qualquer interesse prático (Op. cit., p. 590). Seabra Fagundes (1984) reconhece os atos nulos e anuláveis, além dos irregulares. (Op.cit., p. 46 e ss). Brandão Cavalcanti (1964) menciona atos nulos (nulidade de pleno direito, ao atingir à própria substância material do ato, os elementos que o integram) e anuláveis (*Tratado de Direito Administrativo*, v. I, p. 281). Tito Prates da Fonseca (1939) alude a ato nulo, se faltar requisito necessário à sua existência, dizendo ser juridicamente inexistente; e ato anulável (*Direito Administrativo*, v I, p. p.388). Antônio Carlos Cintra do Amaral (1978) esclarece textualmente que a expressão vício do ato administrativo, utilizada no texto não se refere ao vício da estrutura do ato, mas sim de um defeito na relação entre o ato e a ordem legal (*Extinção do Ato Administrativo*, p. 59).

¹⁶ Convalidação é a edição de novo ato, expungindo o vício que caracterizava o ato anterior. Tem efeitos retroativos.

forma acintosa, considerando-as absurdas, incoerentes, imorais; logo, destacam-se das nulidades, ao merecerem tratamento jurídico diferenciado.¹⁵

Tais atos não comportam prazo prescricional, nem convalidação¹⁶. Quanto à resistência do particular, pode ser ativa, consistente no fato da utilização de meios até mesmo físicos para impedir o comportamento determinado. Evidentemente, não possuem os atributos de presunção de legitimidade, de imperatividade, de exigibilidade e de excoutoriedade.

Embora muitas vezes não constituam crimes, os atos administrativos editados com objeto ilícito são igualmente inexistentes. Não teria sentido a edição de ato administrativo com conteúdo ilícito. São situações imorais, absurdas, que ferem a ordem jurídica de maneira flagrante, aviltante. A licença para um hotel funcionar como casa de prostituição é um ato que ofende a ordem jurídica de maneira eloquente e, como tal, configura inexistência. O mesmo se pode afirmar da autorização de porte de arma a particular, vedada a comercialização no país.

Do mesmo modo, o ato administrativo sem objeto (conteúdo) é inexistente; falta-lhe pressuposto de existência. O decreto de desapropriação de um imóvel inexistente ou já pertencente à Administração expropriante e a nomeação de uma pessoa morta, são exemplos de atos inexistentes, com os reflexos acima referidos. Aliás, podemos asseverar serem casos de conteúdos impossíveis.

Também seriam atos inexistentes os elaborados com usurpação de função, a ponto de atingir a ordem jurídica de forma afrontosa. Se um governador edita ato administrativo da alçada de um prefeito; se a administração federal elabora ato da alçada do Estado ou do Município, por exemplo, temo atos inexistentes.

Assim, para nós, os atos inexistentes seriam aqueles determinados pela gravidade do vício, em atenção à ordem jurídica violada. Aliás, no ponto, assevera Laubadère *et al.* (1996) ser “igualmente admitida inexistência jurídica [além da material], determinada por um grau de gravidade da irregularidade [...]”¹⁷. Importa afirmar, ato inexistente é o materialmente nessa condição, aquele que apresenta uma aparência de ato, mas nunca, na verdade, foi realizado; e também o juridicamente inexistente, tendo em vista os vícios apresentados nele.

5.2.2- Atos Nulos/Anuláveis

A distinção entre atos nulos e anuláveis, aceita pela maior parte da doutrina, é realmente necessária; algumas conseqüências jurídicas são distintas e isso faz com que tenhamos categorias diversas de atos. O prazo prescricional nos atos nulos é longo, o mesmo não ocorrendo com os anuláveis. Os atos nulos comportam a decretação de ofício da invalidação, ao contrário dos anuláveis, os quais devem ser declarados apenas a requerimento do interessado¹⁸. Os atos nulos não podem ser convalidados; os anuláveis, sim.

¹⁷ “Mais est également admise l’inexistence juridique, déterminée par un degré de gravité de l’irrégularité [...]” *Traité de Droit Administratif*, Tome I, p. 639 (nossa tradução).

¹⁸ Há atos praticados mais no interesse do particular do que da administração. O processo administrativo de outorga de marca e patente, por exemplo, apesar do controle do Estado inclusive por razões de interesse público, têm mais de perto à proteção de interesses individuais. São atos, basicamente, anuláveis.

Apesar dessas conseqüências jurídicas diferentes, os atos nulos e anuláveis têm efeitos iguais: ambos, uma vez reconhecida a invalidação retroagem à data do ato - neste ponto, seguimos a lição de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (1969)¹⁹ - e nos dois casos a resistência do particular acobertada pelo Direito é a mera resistência passiva, isto é, o não- cumprimento do dever legal.

Tanto a nulidade quanto a anulabilidade, uma vez reconhecidas e não sendo possível a restituição das partes ao estado anterior, serão indenizadas com o equivalente. Isso porque, conforme ressaltamos, os efeitos da invalidação são *ex tunc*.

Assim, entendemos perfeitamente plausível a classificação tricotômica da invalidação dos atos administrativos: nulos, anuláveis e inexistentes.

Se a lei não estabelecer a graduação da sanção ao ato editado de forma ilegal, nulo ou anulável, deve-se considerar a sua gravidade em face do interesse público e das partes envolvidas. Se o ato editado interessar mais ao administrado que ao interesse público, será havido como anulável; caso contrário, nulo. Assim, o procedimento administrativo de outorga de marcas e patentes não desenvolvido validamente pelo interessado, dependerá do grau de gravidade do vício para ser considerado nulo ou anulável. De outro lado, o procedimento licitatório realizado pela Administração Pública requer rigor na sua apreciação, por causa de sua finalidade pública, a de atribuir ao Poder Público a proposta mais vantajosa. Logo, os vícios que porventura ocorram nele deverão ser considerados, a princípio, nulos e não anuláveis.

5.2.3- Atos Irregulares

Além dessas diferentes categorias de atos, atingindo a ordem jurídica com maior ou menor gravidade- inexistência, nulidade e anulabilidade, há os atos irregulares, os que não afetam o interesse público, em que o conteúdo do ato não é prejudicado e ocorrem meros erros leves de forma. Se, por equívoco, a administração edita autorização, ao invés de licença, ou vice-versa, nenhum prejuízo advirá desse ato, se o interessado preencheu os requisitos legais para sua outorga.

Na verdade, os erros de forma, sobretudo quando adotada apenas para organizar o serviço público, tornam-se irrelevantes perante a ordem jurídica. De outro lado, se houver prejuízo aos administrados, tais como atingimento dos prazos de impugnação, evidentemente o ato padeceria não de mera irregularidade, mas de efetiva invalidação.

5.3- Os efeitos dos atos inválidos.

Conforme o ensinamento do profícuo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (1998), os atos inválidos produzem efeitos jurídicos, quer sejam inexistentes, quer nulo, quer anuláveis. Asseverar que os atos inexistentes e/ou nulos não têm efeitos jurídicos não encontra supedâneo na realidade empírica.

¹⁹ Op. cit., p. 586.

²⁰ Op. cit., p. 342.

²¹ Idem, p. 343.

Tanto isso é verdade que os *atos nulos e os anuláveis*, mesmo depois de invalidados, podem produzir efeitos jurídicos, como acontece no chamado funcionário de fato, ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público²⁰. Nesse exemplo, os atos realizados pelo funcionário de fato são válidos, apesar da nulidade material do ato administrativo, que investiu o agente no cargo.

Conseqüência da possibilidade de produção de efeitos jurídicos de atos reconhecidos inválidos pela Administração Pública ou pelo Judiciário é o respeito aos efeitos patrimoniais passados atinentes à relação jurídica atingida, se o administrado estava de boa fé e não concorreu para o vício do ato fulminado²¹. Por exemplo, se o Poder Público realiza concurso público sem que, contudo, tenha sido de acordo com a lei, ou as normas da própria administração, e estando os concorrentes de boa-fé, isto é, não sabiam e nem havia condições de saber da ilegalidade, em face do vício apresentado, e não concorreram para ele, devem ser ressarcidos pelos prejuízos que lhes fora causado. O mesmo se pode dizer do procedimento licitatório e demais atos realizados pelo Poder Público. A realização de um contrato de direito privado (CLT) entre o Poder Público e o particular, sem a realização de concurso público, condição (requisito procedimental) para a referida contratação, apesar de tornar nulo o contrato firmado entre as partes, não impede a Administração de efetuar o pagamento ao particular pelos serviços prestados a ela, se o contratado estava de boa-fé; antes, o Poder Público tem a obrigação de pagar o contratado.

O *princípio da intangibilidade dos efeitos individuais* dos atos administrativos impede a conduta desarrazoada da administração, no sentido de nulificar seus próprios atos, sem que o particular tenha dado causa ao vício e esteja de boa-fé; o particular que participou da relação jurídica com o Poder Público deverá ser indenizado, assim como terceiros eventualmente prejudicados com o ato inválido.

Não está se negando a possibilidade de o Poder Público anular seus próprios atos – isto é uma garantia sua, aliás um dever: o de anulá-los ou de convalidá-los -, porém, como seus atos têm presunção de legitimidade, uma vez anulados, podem levar ao ressarcimento dos administrados.

Os atos inexistentes, os nulos e os anuláveis, enquanto não reconhecidos os vícios, pela Administração ou pelo Poder Judiciário, geram efeitos. Ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral (1978, p. 61), apesar de exigir decisão judicial com força de coisa julgada:

Tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos. A distinção entre eles somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente, no que respeita a sua legalidade. Se dessa apreciação resulta sua manutenção no mundo jurídico (admitimos aqui a hipótese de decisão judicial com força de coisa julgada), são válidos. Se dela resulta eliminação, são inválidos.

²² “Podem ocorrer casos, em nome do princípio da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa, em que se ressalvam da eliminação alguns efeitos pretéritos de atos nulos e anuláveis”. (Bandeira de Mello, Op. cit., p. 333).

Para nós, os atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis), enquanto não reconhecidos por quem os emanou ou pelo superior hierárquico (Poder Público), ou pelo Poder Judiciário, têm efeitos. Compete a quem de direito reconhecer-lhes os vícios e decretar a sua invalidação. Isso não ocorrendo, a eficácia do ato permanece. Reconhecendo-se o vícios: a) nos atos inexistentes, temos a consideração de nunca ter existido e, em princípio, ele não produz efeito algum; b) nos atos nulos e anuláveis, produziram efeitos, apesar de considerar nunca tê-los produzido (a invalidação fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem), excetuado, como afirmamos, o ressarcimento aos terceiros de boa-fé.²²

O ato inexistente, ainda não reconhecido como tal pela Administração Pública ou pelo juiz, pode gerar efeitos, consoante acima afirmamos. Se, num determinado concurso público o quarto colocado for nomeado quando já estava morto, cuidar-se-á de ato administrativo sem conteúdo, inexistente. O colocado seguinte, não tendo conhecimento do fato, estará prejudicado (impedido de ingressar nos quadros do Estado); a qualquer momento, porém, uma vez sabendo da morte de seu antecessor, poderá pedir seu ingresso nos quadros do Poder Público, reconhecida a inexistência do ato, pela administração ou pelo juiz.

6. Os Elementos ou Requisitos do Ato Administrativo e a Invalidação.

O objeto, após ter sido separado dos demais seres para estudo pelo cientista do Direito, necessita de análise de suas partes. Essas, embora estejam ligadas a todo e o caracterizam, merecem ser conhecidas separadamente. Por isso, analisaremos, de forma rápida, a invalidação nos elementos ou requisitos dos atos administrativos, seguindo a classificação mais conhecida pela doutrina, sem contudo, termos em mente qualquer comprometimento científico, e sem a pretensão de esgotarmos as soluções possíveis.

1. **Sujeito.** Pode ocorrer a incompetência absoluta do agente, por exemplo, edita ato de competência de outro poder do Estado, o que geraria inexistência; ou edita ato de competência de outro órgão, ainda que da mesma pessoa jurídica, e o ato seria anulável, convalidável²³. Aliás, pode resultar da qualidade pessoal do agente, como loucura e embriaguez, também inexistência no primeiro caso, e nulidade absoluta no segundo. Outra hipótese de nulidade relativa ocorre quando o ato é praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão, uma vez que o ato caiba, na hierarquia, ao superior hierárquico²⁴.

²³ “Nada obsta, em nosso entender, que o ato de interdição de uma fábrica poluente, subscrito por um Secretário de Estado, a quem não está afeta a matéria, seja convalidado, posteriormente, pelo Secretário competente.” (Zancaner, op. cit., p. 68).

²⁴ “[...] será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez o ato cabia, na hierarquia, ao superior [...]” (Bandeira de Mello, op. cit., p. 579).

²⁵ Op. cit., p. 45.

²⁶ Op. cit., p. 579

Quanto aos vícios de manifestação de vontade propriamente ditos, coação, simulação, por exemplo, ao contrário de Seabra Fagundes, que entende não ser possível convalidação do ato, por força da moralidade administrativa²⁵, entendemos, seguindo Bandeira de Mello, o ato ser meramente anulável, quando o vício de vontade não viole norma cogente ou dos bons costumes, ou o seu preceito se coloque em favor do administrado, sujeito à autonomia de sua vontade.²⁶ Além disso, se o vício alcançar a manifestação de vontade e a norma cogente, o ato não é nulo, mas inexistente, pois concebemos não existir o ato quando o seu conteúdo for ilícito, conforme veremos no item 3.

2. Motivo. Motivo é o pressuposto de fato, realidade do mundo empírico. A ausência do motivo ou a incorreta subsunção de um fato à hipótese normativa, torna o ato nulo, não podendo ser convalidado. Digamos que determinado servidor público tenha sido exonerado a pretexto de ter cometido infração administrativa de natureza grave; constatada a ausência do fato, o ato padece de nulidade.²⁷

3. Objeto (conteúdo), é sobre o que ato dispõe. Se for ilícito ou impossível, o ato é inexistente. Se o conteúdo do ato for ininteligível, certamente teríamos sua inexistência, diante da impossibilidade de seu conteúdo ser verificável pela mente humana. A ilicitude do conteúdo pode concorrer com o vício da manifestação da vontade. Apesar de encartá-lo como ato nulo, o exemplo do Professor Bandeira de Mello serve-nos de rumo: “Assim, se alguém consegue despacho ilegal por coação moral levada a efeito contra agente público, o ato é não só anulável por vício de vontade, como nulo por ilegal, em razão da ilicitude do objeto[...]”²⁸

4. Finalidade. Se o agente atuar com fim diverso daquele estabelecido na lei pratica ilegalidade; ocorre o desvio de poder. Por exemplo, o Poder Público edita ato administrativo visando à cobrança de multa por infração no trânsito; porém, em vez de ser estabelecido com finalidade repressiva (e até mesmo preventiva), no exercício do poder de polícia, teve efeito, inadvertidamente, apenas com o fim de arrecadar recursos ao erário. Trata-se de interpretação errônea da lei, caracterizando o vício de conteúdo ilegal, para nós encartado na categoria de ato inexistente. No ponto, esclarece Cintra do Amaral: “a finalidade da norma legal fornece ao intérprete o critério para estabelecer sua ‘moldura’ e, assim, as soluções

²⁷ Weida Zancaner acentua em sua obra não ser possível a convalidação do ato com vício no motivo, quer seja o editado no exercício da competência vinculada ou no da competência discricionária. (op. cit., p.74).

²⁸ Op.cit., p. 580. Bandeira de Mello não aceita a divisão tricotômica de invalidação dos atos administrativos.

²⁹ Op. cit.,p.60. Isso porque, segundo Queirós, o fim da lei é o “conjunto de interesses, exigências, relações, necessidades ou circunstâncias sociais em vista das quais a lei foi emanada, ou que a lei tem em vista, considerada objetivamente, e cujo conhecimento será porventura necessário para determinar o verdadeiro alcance da lei. É apenas um recurso da interpretação da lei, e de nenhum modo um elemento da própria lei” (Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo, p.74, *apud* Antônio Carlos Cintra do Amaral, op. cit., p. 59).

³⁰ Idem, p.60

de aplicação possíveis. O desvio de finalidade, de acordo com esta concepção, corresponde a uma interpretação errônea (falsa)[...] ²⁹ Para o autor, tal desconformidade não se caracteriza pelo desvio de finalidade, mas sim por um conteúdo ilegal. ³⁰ Portanto, o denominado desvio de finalidade (objetiva) é ato administrativo inexistente, por consistir numa moldura ilícita, baseada na errônea interpretação da lei.

Do mesmo modo, o ato administrativo com fim de prejudicar ou ajudar alguém, isto é, não tendo por finalidade o interesse público, mas interesses subalternos, de particulares ou do próprio agente que o emitiu, é inexistente. A autorização para casa de jogos funcionar, visando à plena satisfação de interesses políticos é inexistente. Não se visou ao interesse público. Não se cuida de recurso de interpretação da lei (acima, finalidade legal, objetiva), mas de ilicitude em vista de um elemento da própria lei, que é sempre o interesse público, protegido genericamente pela norma. Se a lei manda que o agente proceda com fim de atender apenas ao interesse público, e isso não ocorrer, certamente o conteúdo do ato estará viciado, ante sua ilicitude flagrante, eminente. Assim, tanto a ilicitude decorrente do desvio de finalidade objetiva quanto a relacionada à intenção do agente são vícios que acarretam a inexistência do ato.

5. Formalidade. É a forma específica exigida por lei para a validade de um ato. O ato pode ser meramente anulável, convalidável ³¹. De outro lado, a preterição de solenidade essencial para a validade do ato, torna-o nulo (a ausência de licitação no contrato de obra pública). Além disso, se a formalidade for para mera uniformização dos atos da administração pública, seria mera irregularidade, exceto se atingir as garantias do administrado, quando então o ato é nulo.

6. Causa do ato. É a relação de adequação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato. O vício na causa torna o ato nulo. Não é possível a convalidação, pois o descompasso se verificará todas as vezes que o mesmo ato for re praticado ³².

7- Conclusões

Em face do exposto, podemos alinhar as seguintes conclusões:

- a) A análise do ato administrativo pode ser feita tendo em vista os planos da perfeição, validade e eficácia. Trata-se de verificações diferentes, ângulos diversos do mesmo objeto. Apesar disso, têm ligações profundas, umas com as outras. Apesar de o ato ser perfeito, poderá ser inválido; se for válido, poderá ser ineficaz, embora seja perfeito.

³¹ O exemplo trazido pela ilustre professora Weida Zancanner é elucidativo: “Sabemos que a cessão de uso de bens de um órgão para outro da mesma entidade se faz por termo e anotação cadastral. Ora, pode ocorrer que haja cessão de uso verbal. Neste caso a convalidação se impõe e o administrador se verá obrigado a lavrar o termo e a proceder a anotação cadastral, que retroagirá à data da cessão de uso dada verbalmente e, portanto, sem a formalidade estabelecida.”(ob.cit.,p.70).

³² Weida Zancanner, ob.cit.,p.75.

- b) O estudo da invalidação do ato administrativo se encontra no plano da validade, isto é, no da verificação dele perante a ordem jurídica, na adequação do ato às exigências normativas;
- c) Tanto o ato eficaz quanto o ineficaz podem ser invalidados pelo juiz ou pela Administração, e seus efeitos retroagem, no sentido de não reconhecer, no presente, os efeitos jurídicos do passado;
- d) Há distinção e autonomia entre o Direito Privado e o Direito Público. Ambos os ramos jurídicos têm normas e princípios próprios; porém, isso não significa a impossibilidade de aplicar-se as normas do Direito Privado na invalidação dos atos administrativos. Isso se torna possível se (a) falta norma de Direito Público, (b) as normas de Direito Privado servem de suporte para o reconhecimento da invalidação e (c) e podem atuar de acordo com o interesse público protegido pela ordem jurídica;
- e) Com isso, sempre existe para o juiz certa discricção na apreciação da nulidade ou anulabilidade do ato, no caso de falta de norma de Direito Público, regulando a hipótese;
- f) A divisão dicotômica de invalidade dos atos administrativos (nulidade-anulabilidade) não encontra completo respaldo na ordem normativa. Atos administrativos podem ser editados de forma afrontosa à ordem jurídica, contribuindo para o desleixo do Poder Público pela obediência à lei. Atos administrativos que correspondam a crimes; com conteúdo impossível ou ilícito; ou editados com usurpação gravosa de função são considerados inexistentes. Logo, atos inexistentes são assim classificados, considerando-se o grau de violação da ordem jurídica;
- g) Os atos inexistentes comportam, por parte do administrado, resistência ativa, vale dizer, na utilização de meios físicos para impedir o comportamento da autoridade; não têm prazo prescricional e nunca podem ser convalidados e também não têm os atributos próprios dos atos administrativos;
- h) Os atos nulos diferem dos anuláveis em diversos aspectos, muitos dos quais previstos por normas de Direito Privado. Reconhecida, entretanto, a invalidação pela autoridade competente, tanto os efeitos do ato nulo quanto os dos anuláveis retroagem à data do ato. Se não for possível a restituição das partes ao estado anterior, serão indenizadas com o equivalente. A resistência do particular, nos dois casos, é a passiva;
- i) Os atos meramente irregulares não atingem a ordem jurídica, não afetam o interesse público e, por isso, desde que não haja prejuízos aos particulares, devem ser mantidos;
- j) Atos inexistentes, nulos ou anuláveis têm efeitos, enquanto não reconhecidos pela autoridade; os dois últimos, em alguns casos, mesmo depois de invalidados, podem continuar a tê-los, como na hipótese de funcionário de fato, ou de ressarcimento ao particular de boa-fé;
- k) Ao estudarmos os elementos ou requisitos dos atos administrati-

vos, verificamos não haver perfeita compatibilidade entre as normas de Direito Civil e as de Direito Administrativo, no tocante à invalidação; aliás, a incompatibilidade não se verifica entre normas, pois, de regra, não há, no Brasil, lei de Direito Público regulando-a. Ela ocorre porque há impossibilidade de aplicação da lei civil na órbita do Direito Administrativo, em algumas hipóteses, até mesmo para salvaguardar o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALIBERT, Rafael. *Le Controle Juridictionnel de L' Administration*. Paris: Payot, 1926.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 1978.
- CARNELUTTI, Francesco. *Tratado Geral do Direito*. Lejus, 1999.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed., Livraria Freitas Bastos S.A, 1964, v1.
- DROMI, Roberto. *El Acto Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FONSECA, Tito Prates da. *Direito Administrativo*. Ed. Freitas Bastos, 1939.
- JUAREZ, Hugo A. Olguin. *Extinción de Los Actos Administrativos Revocación, Invalidación Y Decaimiento*. 8.ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. Paris: 14ed., L.G.D.J., 1996, v1.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1969.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Traité Droit Administratif*. 16 ed. Paris: Dalloz, 1996.
- ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.



O TURISMO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

TOURISM IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Juliana Kiyosen NAKAYAMA *

RESUMO

A presente pesquisa tem a finalidade de analisar o turismo no acordo geral sobre serviços da Organização Mundial do Comércio. Inicia-se com considerações gerais acerca do Acordo Geral sobre serviços – GATS e, posteriormente faz uma reflexão sobre o turismo nesse mesmo documento, com um panorama das reuniões que são feitas no mundo sobre o assunto turismo no GATS.

Palavras-chave: acordo geral sobre serviços; comércio de serviços; OMC; turismo

ABSTRACT

The present investigation analyzes tourism in the general deal about services in the World Trade Organization. It begins with general considerations about the General Agreement about Services - GATS and a reflection about the tourism in this same document, with views across the summits in the world about the tourism services.

Key words: service trade, tourism, WTO, General Agreement about Services

Apesar de o comércio em serviços ser tão antigo como o consumo de bens, tem sido um tema, até poucos anos, excluído dos tratados internacionais. Somente depois da Rodada Uruguai, a Organização Mundial do Comércio decidiu iniciar negociações para criar as regras gerais que permitiram a liberação deste importante mercado mundial (GATS). Na cidade de Belo Horizonte, Brasil, os participantes ao III Fórum Empresarial das Américas consideraram que é necessário liberar o comércio de serviços e se comprometeram a produzir e promover as recomendações para desregular e para privatizar de uma maneira gradual e transparente o setor. As estatísticas indicam que na última década, a área de maior crescimento tem sido o mercado de serviços. As estimativas são que continuará a esse ritmo ascendente por muitos anos mais; aí reside a importância que os Governos e o Setor Empresarial terão que dar a essa atividade comercial.¹

* Mestre em Direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora da FACCAR, Faculdade Paranaense de Rolândia-PR. Membro do Instituto de Relações Internacionais do Paraná.

¹ Quarto Foro das Américas, San José da Costa Rica - Março de 1998 – Disponível em: http://www.sice.oas.org/Ftaa/costa/forum/workshops/conclus/wks5_p.asp, acesso em 25 jul. 2002

Os serviços representaram uma significativa parcela nas economias. O desenvolvimento de serviços como finanças, transportes e comunicações foram essenciais na Revolução Industrial, além de sempre haver competição internacional em indústrias de serviços. Em geral, as indústrias de serviços têm sido de caráter interno e o comércio internacional em serviços, relativamente pequeno, apesar de vir crescendo acentuadamente nas economias de todas as nações adiantadas. As atitudes sobre os serviços sofreram notáveis mudanças nos últimos anos.² A doutrina, em sede de Direito Tributário distingue entre venda de serviço, efetuado por empresa; e prestação de serviços, efetuada diretamente por autônomo - prestação pessoal de serviços.³

Comércio, como fato social e econômico, é uma atividade humana que põe em circulação a riqueza produzida, aumentando-lhe a utilidade.⁴

J. B. Say ensina que o comércio é troca e aproximação. Alfredo Rocco afirma que o comércio é aquele ramo de produção econômica que faz aumentar o valor dos produtos pela interposição entre produtores e consumidores, a fim de facilitar a troca das mercadorias.

Stuart Mill explica que quando as coisas têm que ser trazidas de longe, uma mesma pessoa não pode dirigir com eficácia, ao mesmo tempo, a manufatura e a venda a varejo; que, para que resultem mais baratas ou melhores, se fabricam em grande escala, uma só manufatura necessita de muitos agentes locais para dispor de seus produtos, e é muito mais conveniente delegar a venda a varejo a outros agentes; e que até os sapatos e os trajes, quando se tem de fornecer em grande escala de uma vez, por exemplo, para abastecer um regimento ou um asilo, não se compram diretamente aos produtores, mas a comerciantes intermediários, que são os que melhor sabem, por ser o seu negócio.⁵

O termo “serviços” abrange variedade de indústrias que desempenham diversas funções para compradores e consumidores, mas não se envolvem na venda de um produto concreto.⁶

Na Itália, *servizi sono beni immateriali, cioè prestazioni che i soggetti rendono ad altri soggetti, siano essi unità di consumo, siano unità de produzione (la visita de un medico, le lezione di un professore, il trasporto di beni e di persone, ecc.). Servizi si possono considerare anche le prestazioni resi dagli stessi beni materiali (p.es. un automobile fornisce un servizio, quello del trasporto), per cui si usa distinguere fra servizi reali o materiali, resi appunto das ben materiali, e servizi personali, resi gai soggeti economici.*⁷ Serviço - do latim *servitium* (condição de escravo). Extensivamente, porém, a expressão designa hoje o próprio trabalho a ser executado, ou que se executou, definindo a obras, o exercício do ofício, o expediente, o mister, a tarefa, a ocupação, ou a função. Dessa forma, constitui serviço não somente o

² PORTER, Michael E. *A vantagem competitiva das nações*. Trad. por Waldemar Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 283-284

³ CASSONE, Vitorio. *Direito Tributário*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 323-324.

⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.4, vol.1.

⁵ *Apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.4-5, vol.1

⁶ PORTER, Michael E. *A vantagem competitiva das nações*. Trad. por Waldemar Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 284-285.

⁷ Conceito do Dizionairo enciclopedio del diritto. Novara: Edipem, 1979, *apud* CASSONE, Vitorio. *Direito Tributário*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.320.

desempenho de atividade ou de trabalho intelectual, como a execução de trabalho ou de obra material. Onde quer que haja um encargo a cumprir, obra a fazer, trabalho a realizar, empreendimento a executar, ou cumprido, feito, realizado, ou executado, há um serviço a fazer, ou que se fez. Serviço, porém, é aplicado para distinguir o complexo de atividades exercidas por uma corporação ou por uma entidade jurídica, exprimindo e designando assim a própria administração.⁸ Serviço, em sentido comum, é o ato ou efeito de servir, enfim, são bens imateriais, de conteúdo econômico, prestados a terceiros.⁹ Assim, os serviços foram considerados “bens imateriais” por um longo período da história, integrantes da despesa de produção de um bem incluso no processo produtivo¹⁰

O termo “comércio de serviços” surgiu pela primeira vez no relatório de um grupo de peritos pela OCDE, em 1972, em substituição da expressão “transações com invisíveis”, para examinar as perspectivas comerciais, a longo prazo, dos Estados membros, em razão das transformações estruturais das sociedades industrializadas.¹¹

As famílias e as empresas estão procurando mais serviços, em especial os que têm qualidade e sofisticação. Essa demanda se deve a vários fatores, tais como maior riqueza, desejo de melhor qualidade de vida, mais tempo de lazer, urbanização; aumento de crianças e idosos que consomem muitos serviços, mudanças sócio-econômicas com duas carreiras profissionais, gerando menos atividades familiares conjuntas, crescente sofisticação do consumidor, mudanças tecnológicas que aprimoram a qualidade do serviço ou criam novos serviços.¹²

Vê-se, que o aumento de qualidade de vida influencia diretamente o setor de serviços no que se refere ao turismo e os serviços que o envolvem, concluindo-se, dessa forma, que as pessoas terão necessidades voltadas para o lazer e, assim, conseqüentemente, ao turismo.

Acordo geral sobre o comércio de serviços

Na Rodada do Uruguai, foi lançada em Punta del Este, em 15 de setembro de 1986, a oitava rodada de negociações comerciais multilaterais patrocinado pelo GATT, foi criado o grupo negociador n.15 - comércio de serviços -. Esse grupo deveria estabelecer um marco unilateral de princípios e regras para o comércio de serviços, podendo elaborar, também, disciplinas para setores individuais com a finalidade de expandir tal comércio, sob condições de transparência e progressiva liberalização.¹³

⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: 1991, p. 215. vol.4.

⁹ CASSONE, Vitorio. *Direito Tributário*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 321-322.

¹⁰ BARRAL, Welber; PRONER, Caroline. *O setor de serviços e a Alca*. (Trabalho apresentado no Forum Continental Área de Livre Comércio das Américas: atores sociais e políticos nos processos de integração). São Paulo, 27-29 nov 2000.

¹¹ MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Comércio de Serviços. In: BARRAL, Welber (org.) *Brasil e a OMC: interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma legal, 2000. p.107.

¹² PORTER, Michael E. *A vantagem competitiva das nações*. Trad. por Waldemar Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 286-287. E como exemplo, televisão a cabo, bancos ligados a computadores pessoais.

¹³ SILVA, Roberto Luiz. *Direito econômico internacional e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.97-98.

Em 2000, o cenário mostra que todos os Estados membros da OMC participam do GATS, acima de 130 economias, assumem compromissos específicos em setores de serviços individuais.

Os Estados membros do GATS têm compromisso de liberação de empreendimentos, com vantagens políticas e econômicas. Devem superar resistências domésticas e melhorar as condições para o crescimento do setor com ligações internacionais ajudando a acentuar a economia nacional para os investidores, protegidos contra mudanças políticas repentinas. Devem, também, promover a eficiência econômica global, num ambiente competitivo, com mercados acessíveis e obrigações de tratamento nacional para alguns setores.

Os compromissos do GATS não afetam a capacidade de um membro realizar objetivos de política nacionais e prioridades, vez que o GATS reconhece a regular oferta de serviços em território de cada membro. O órgão estabelece uma estrutura de regras e disciplinas para cada membro disciplinar o seu setor de serviços para evitar restrição rígida ao comércio.

Os principais propósitos do GATS, um dos relevantes resultados da Rodada do Uruguai, foram inspirados nos mesmos objetivos do GATT, São a melhora do comércio e condições de investimento por meio de relações multilaterais, comércio estável através de relações políticas e alcance da liberalização progressiva com negociações.

Os serviços ofereciam menores riscos para a comercialização na expansão de bens, porém, por causa de dados técnicos, institucionais e de obstáculos à regulamentação. Essa visão, no entanto, tem sido confundida porque a introdução de novas tecnologias facilita a oferta de serviços, por exemplo, comunicação de satélites e, abertura de monopólios em muitos países e liberação gradual dos setores de seguro e setores bancários. Esses desenvolvimentos, combinados com mudanças em benefício do consumidor, ajudam a aumentar os fluxos de comércio de serviços na área internacional. No caso desse comércio, no cenário mundial, há riscos e por isso há necessidade de disciplinar as relações multilaterais.

Este Acordo Geral sobre o Comércio de Serviço ou General Agreement on Trade in Services (GATS) aplica-se a todos os serviços, exceto aqueles fornecidos pelo governo. É responsável pelo fluxo de transação de serviços, e, também pelo fornecimento de serviços por meio de estabelecimentos e de pessoas. Distingue modos de fornecimento de serviços. Um deles é aquele definido para cobrir serviços do território de um membro dentro do território de outro membro, por exemplo, serviços arquitetônicos ou bancários transmitidos via satélite ou por correspondência. Outro é o consumo no exterior, referente às situações em que um consumidor de serviço ou sua propriedade gera serviço dentro do território de outro membro, como o turismo ou despacho, reparo ou manutenção de aeronave.

A presença comercial implica que um fornecedor de serviços de um membro estabeleça presença no território de outro membro para fornecer um serviço, tais como companhias de seguro ou cadeias de hotel. A presença de pessoas consiste em pessoas de um membro entrando no território de outro para fornecer serviços, no caso dos contadores, professores ou médicos.

O GATS está disposto em 6 partes, mais anexos. É o primeiro nas relações multilaterais com regras internacionais em comércio de serviços. Esse acordo prevê três níveis; o texto principal com princípios gerais e obrigações, os anexos

com regras para específicos setores; e o compromisso individual dos países para o acesso aos seus mercados.

Disposição de partes e artigos do GATS.

Parte 1 ALCANCE E DEFINIÇÃO; Parte 2 OBRIGAÇÕES E DISCIPLINAS GERAIS; Art.2º Tratamento da nação mais favorecida; Art.3º Transparência; Art.3ºbis Divulgação de informação confidencial; Art.4º Participação crescente dos países em desenvolvimento; Art.5º Integração econômica; Art.5ºbis Acordos de integração dos mercados de trabalho; Art.6º Regulamentação nacional; Art.7º Reconhecimento; Art.8º Monopólios e provedores exclusivos de comércio; Art.9º Práticas comerciais; Art.10 Medidas de salvaguardas urgentes; Art.11 Pagamentos e transferências; Art.12 Restrições para proteger a balança de pagamentos; Art.13 Contratação pública; Art.14 Exceções gerais; Art.14 bis Exceções relativas ao seguro; Art.15 Subvenções; Parte 3 COMPROMISSOS ESPECÍFICOS; Art.16 Acesso aos mercados; Art.17 Tratamento nacional; Art.18 Compromissos adicionais; Parte 4 LIBERALIZAÇÃO PROGRESSIVA; Art.19 Negociação de compromissos específicos; Art.20 Lista de compromissos específicos; Art.21 Modificação das listas; Parte 5 DISPOSIÇÕES INSTITUCIONAIS; Art.22 Consultas; Art.23 Solução de diferenças e cumprimentos de obrigações; Art.24 Conselho do comércio de serviços; Art.25 Cooperação técnica; Art.26 Relação com outras organizações internacionais; Parte 6 DISPOSIÇÕES FINAIS; Art.27 Negação de vendas; Art.28 Definições; Art.29 Anexos sobre: isenções de obrigações do art. 2º; o movimento de pessoas físicas provedoras de serviços no marco do acordo; serviços de transporte aéreo; serviços financeiros; negociações sobre os serviços de transporte marítimo; telecomunicações; negociações sobre telecomunicações básicas.

Em caso de violação do GATS, os fornecedores particulares ou consumidores não podem invocar diretamente a OMC em disputa de procedimentos de acordo. Todos os acordos da OMC são intergovernamentais. Vários Estados membros têm estabelecido procedimentos internos para facilitar consultas e resolução de demandas para os particulares.

Para facilitar a relação entre os membros foi realizada uma “semana de serviços”, de 5 a 14 de julho de 2000, mas desde fevereiro de 2000, ocorreram negociações entre seus comitês secundários. Encontros realizados: 05 de julho - conselho para rever as isenções; 07 de julho - controle do GATS; 11 de julho - compromissos específicos do Comitê; 12 de julho regulamentos domésticos; 13 de julho, comitê de serviços financeiros; conselho para o comércio em serviços com sessão especial; 14 de julho - continuação da sessão especial.

O bloco ASEAN apresentou conceitos e regras possíveis para as medidas de salvaguarda de emergência para o comércio de serviços, assim como uma lista

de discussões. Os Estados membros tinham até 15 de dezembro de 2000 para negociar tais regras. Na área de subsídios a Comunidade europeia apresentou uma proposta delineando sua política interna, ficaram para discussão a definição de subsídios, a análise de evidência de subsídios deturpados, a extensão dos subsídios para os serviços e o estudo do papel dos subsídios para o desenvolvimento. Houve discussão para o estabelecimento para diretrizes nas negociações, com inclusão de possíveis diretrizes e a Comunidade Europeia apresentou uma proposta informal com elementos de diretrizes. O Conselho discutiu a taxa de comércio de serviços e concordou com a realização de um seminário, para também discutir uma estatística de serviços.

Discute-se o Relatório do Deputado João Hermann Neto à Mensagem nº 750/00 (do Poder Executivo brasileiro) - que submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Protocolo de Montevideu sobre Comércio de Serviços do MERCOSUL, concluído em Montevideu, em 15 de dezembro de 1997, acompanhado de seus quatro anexos Setoriais, adotados pela Decisão 9/98, do Conselho Mercado Comum, em 23 de julho de 1998, com relatório favorável e aprovado.

Obrigações e Compromissos Específicos

Os princípios do GATS, ou também chamados, obrigações, dividem-se em básicos e em compromissos específicos. As obrigações gerais ou básicas aplicam-se direta e automaticamente a todos os Estados membros, apesar da existência de compromissos setoriais. Os compromissos específicos são limitados aos setores e às atividades em que um membro assume mercado acessível e obrigações de tratamento nacional.

As obrigações gerais são as seguintes: tratamento do país mais favorecidas e transparência, o GATS é a regra para todos os Estados membros no que se refere aos serviços ou fornecedores de serviços, há exceção para esta obrigação, no primeiro anexo do GATS, foram permitidos listar isenções antes de o acordo ter entrado em vigor, novas isenções foram concedidas unicamente para novos Estados membros em desenvolvimento ou aos Estados membros integrantes do GATS e todas as isenções devem ser revistas e, não podem ser mais longas que 10 anos.

A transparência é obtida por meio da publicação de todas as medidas gerais para os serviços. Um membro deve informar a solicitação de outro membro, além disso, há também o estabelecimento de revisão administrativa e procedimentos e regras para monopólios e fornecedores exclusivos.

Os compromissos específicos são acesso a mercados e tratamento nacional. O acesso a mercados é um compromisso negociado por Estados membros individualmente e em setores específicos, com seis limitações, por exemplo, limitações impostas ao número de fornecedores de serviços, operações de serviços ou empregados em um setor, valor de transações, formulário legal do fornecedor ou participação de capital estrangeiro.

O tratamento nacional, um dos compromissos específicos, não impõe a obrigação de assumir acesso aos mercados ou compromissos de tratamento nacional em um setor particular. Os Estados membros estão liberados para estender seus compromissos ou modificar obrigações e devem participar das rodadas de

negociações com uma visão para uma progressiva liberalização.

Os compromissos específicos podem ser modificados após três anos de sua vigência. Os países que podem ser afetados por estas modificações podem solicitar ao membro que modificou para negociar adaptações e compensações.

Anexos do GATS

Os anexos desse Acordo de Serviços revelam uma idéia simples: um produto é transportado de um país para outros. O comércio de serviços é, todavia, muito mais diverso. Há, por exemplo, as companhias telefônicas, bancos, empresas aéreas, turismo, agências de turismo e outros que prestam seus serviços de inúmeras formas. Outras questões que ficaram para serem negociadas no futuro: subsídios, medidas de salvaguarda, padrões técnicos, licenciamentos, qualificações. Estes anexos listados a seguir refletem algumas destas diversidades na área de serviços.¹⁴

- Circulação de pessoas. Diz respeito às negociações dos direitos dos indivíduos para ficarem temporariamente em um país com o propósito do serviço em si. Isso especifica que o acordo não se aplica para pessoas procurando emprego permanente ou para condições de obter cidadania, residência permanente ou emprego permanente. Esse anexo está completo desde julho de 1995.

- Serviços financeiros. Esse anexo intitula Estados membros, apesar de outras provisões do GATS, incluindo a proteção aos investidores, aos depositantes, ou devedor de um fornecedor de serviço financeiro ou para assegurar a integridade e a estabilidade do sistema financeiro. A instabilidade no sistema bancário afeta a economia inteira. Estão excluídos os acordos quando um governo exercita sua autoridade no sistema financeiro por meio dos bancos centrais. As negociações para os serviços financeiros estão sem terminar. Em 2000, o comitê examinou a condição de aceitação do quinto protocolo em serviços financeiros. Nove Estados membros não aceitaram este protocolo, ainda. Baseados numa proposta da Austrália, alguns membros sugeriram regras gerais, incluindo medidas específicas. Houve proposta para o Comitê procurar mais informações com organizações internacionais. Assim, o Comitê decidiu conduzir consultas informais para retomada de discussões para o próximo encontro.

- Telecomunicações. Esse setor é distinto da atividade econômica. O anexo diz que os governos devem assegurar aos fornecedores de serviços estrangeiros, acesso às redes de telecomunicações públicas, sem discriminação. Negociações em compromissos específicos foram feitas

¹⁴ Uma avaliação do acordo, realizada em Genebra de 1998, na Conferência ministerial, indicou que as negociações anteriores conseguiram poucos avanços com relação ao item movimento de pessoas físicas. Também foi salientada a importância do prosseguimento das negociações suspensas em transporte marítimo e o prosseguimento das negociações sobre salvaguarda, subsídios, compras governamentais e serviços profissionais. Citado em THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização mundial do comércio, as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 197.

na Rodada do Uruguai. As negociações para a área de telecomunicações básicas foram concluídas em 1997.

- Transportes aéreos. O direito de tráfego está excluído da cobertura do GATS, e é tratado por outros acordos bilaterais. O anexo se aplica para os serviços de reparação e manutenção de aeronaves, venda e comercialização dos serviços de transportes aéreos e para os serviços de sistemas de reserva por computadores.

- Transporte marítimo. Foram agendadas para terminar em julho de 1996, mas os participantes firmaram um pacote de compromissos. Alguns compromissos já estão agendados em três áreas principais, acesso para o uso de instalações de porta, serviços auxiliares e transporte em oceano. As negociações para os transportes marítimos estão suspensas.

Turismo no GATS da OMC

Como descrição do setor, para o GATS na OMC, o turismo e os serviços de viagem estão na categoria 9, da lista de classificação setorial de serviços MTN.GNS/W/120. A categoria é dividida em quatro sub setores, mas outras subclassificações podem existir, vez que a atividade turística abrange muitas categorias de serviços diferentes, notadamente, na parte de transportes, de negócios, de distribuição de serviços, de recreação, de cultura e de esportes.

Classificação provisória de produtos turísticos, ou seja, *Central Product Classification (CPC)*, o de hotel e outros serviços afins, divididos em serviço de quarto de hotel; serviço de quarto de motel e outros serviços de quarto como, por exemplo, acampamentos e albergues.

Em outra classificação está o serviço de refeições, dividido em todos os serviços de restaurante, serviço de restaurante com auto-atendimento, serviço de bufê e outros.

Além delas, há classificação de entretenimento que organiza a composição de serviços de entretenimento; e outra classificação de agências de turismo e operadoras de turismo e, também, os guias de turismo

Em março de 1998, no quarto foro empresarial das Américas, em San José da Costa Rica, houve discussões sobre o turismo no mundo em um workshop e se chegou a alguns princípios para o setor. Quais sejam, os serviços turísticos devem ser acessíveis a um número maior de pessoas do Hemisfério. Por isso, devem ser eliminadas todas aquelas barreiras e gravames que afetem a prestação de serviços turísticos, outro princípio é o de que o turismo é uma atividade econômica multi-setorial promotora de bem estar social de nossos povos, razão pela qual requer a criação de evento para estudo específico de turismo.¹⁵

O turismo internacional é definido pela Organização Mundial do Turismo como sendo a ocasião quando um viajante cruza as fronteiras internacionais. O GATS definiu o turismo em geral, como refletido na W/120, na classificação

¹⁵ Quarto foro empresarial das Américas. Realizado em San José da Costa Rica em mar. 1998. Disponível em http://www.sice.oas.org/Ftaa/costa/forum/workshops/conclus/wks5_p.asp, acesso em 25 jul.2002.

apresentada anteriormente. O turismo inclui muitos serviços, como reserva de passagens via computador, transporte, construção de hotéis, aluguel de carros, entre outros. A Organização Mundial do Turismo não está satisfeita com as classificações e nomenclaturas do GATS e começaria suas negociações a partir de 2000¹⁶.

Na terceira conferência ministerial, realizada em Seattle, em 1999, vários países apresentaram propostas para delimitar a abrangência dos setores e dos sub setores a serem liberados. Elas, provavelmente, serão a base para a definição de políticas comerciais sobre serviços. Os serviços de turismo envolvem, com sub setores, os serviços imobiliários relacionados com turismo, serviço de aluguel, serviços de viagens, agências de viagens, guia de turismo, entretenimento, culturais e desportivos, entre outros¹⁷.

Em encontro do comitê de compromissos específicos em 2000, os Estados membros estudariam a necessidade de novas classificações para novos serviços, por exemplo, serviços ambientais e de energia. O comitê também está revisando as diretrizes agendadas.

A República Dominicana, El Salvador e Honduras sugeriram um anexo de Turismo ao GATS; o secretário de turismo mundial, Francesco Frangialli, pediu o reconhecimento específico do serviço de turismo com um anexo só para esta área. Os Estados membros estão preparando um seminário para os serviços de turismo.

Conclusões

- O conceito de serviços é incerto, tem-se como certo que é aquilo que serve para o consumidor e não seja um produto concreto. Nesse contexto, o turismo é classificado como serviço.

- O comércio internacional de serviços está em ascensão. Quanto mais exigente fica o consumidor, quanto mais as necessidades aumentam, mais os serviços serão solicitados.

- Enfim, quanto mais a qualidade de vida aumenta, mais as necessidades aumentam e varia, e, proporcionalmente, o interesse pelo lazer e pelo turismo aumenta.

- O Acordo Geral sobre Serviços ou GATS é um documento que faz parte da Organização Mundial do Comércio (OMC). O Conselho do Comércio de Serviços está vinculado ao Conselho Geral da OMC.

- As obrigações do GATS estão em consonância com os objetivos da OMC e os compromissos específicos e os anexos do GATS estão em plena negociação.

- A Organização Mundial do Turismo não concorda com as definições dada aos termos do turismo em geral pelo GATS na OMC e está se organizando para estudos e eventos específicos para o setor.

- Na terceira conferência ministerial, realizada em Seattle, da OMC, a tendência é de que o setor de turismo seja um anexo específico no GATS face à sua importância e ao seu crescimento.

¹⁶ World Trade Organization. Tourism services. Disponível em http://www.wto.org/wto/english/tratop_e/serv_e/w51.doc, acesso em 25 jul. 2002.

¹⁷ PRONER, C. Comércio de serviços. In: O Brasil e a OMC. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002, p.75-81

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRAL, W; PRONER, C. *O setor de serviços e a Alca*. (Trabalho apresentado no Forum Continental Área de Livre Comércio das Américas: atores sociais e políticos nos processos de integração) São Paulo, 27-29 nov 2000.
- CASSONE, V. *Direito Tributário*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- C.R. Serviço. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 285, v.16.
- GONÇALVES, R. et al. *A nova economia internacional: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- GRIECO, F. A. *O Brasil e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1994.
- LIMA, M. C. A caixa de pandora da globalização: o futuro do comércio internacional e o Mercosul. In: LIMA, M. C. & MEDEIROS, M. A. (org.) *O Mercosul no limiar do século XXI*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 92-119.
- MARTINS, F. Comércio. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p.171-179, vol.16.
- MERCADANTE, A A. Comércio de Serviços. In: BARRAL, Welber (org.) *Brasil e a OMC: interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma legal, 2000.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Facilitación del comercio*. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfac_s.htm. acesso: 03 out. 2000.
- PORTER, M. E. *A vantagem competitiva das nações*. trad.por Waldemar Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
- PRONER, C. O futuro do GATS. In: BARRAL, Welber (org.) *Brasil e a OMC: interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma legal, 2000.
- PRONER, C. Comércio de serviços. In: BARRAL, Welber (org.) *O Brasil e a OMC*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- QUARTO FORO EMPRESARIAL DAS AMÉRICAS. Realizado em San José da Costa Rica em mar. 1998. Disponível em http://www.sice.oas.org/Ftaa/costa/forum/workshops/conclus/wks5_p.asp, acesso: 25 jul.2002.
- REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. vol.1.
- SILVA, R. L. *Direito econômico internacional e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SILVA, P. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: 1991. 4 vol.
- THORSTENSEN, V. *OMC: Organização mundial do comércio, as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Tourism services. Disponível em http://www.wto.org/wto/english/tratop_e/serv_e/w51.doc, acesso: 25 jul. 2002
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *The agreements: services: rules for the growth and investment*. http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm5e.htm. Acesso: 01 out. 2000.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *General Agreement on tariffs and trade: The results of the Uruguay round of multilateral trade negotiations: market access for goods and services: overview of the results*. <http://www.wto.org>. Acesso: 02 out. 2000

A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO JOINT VENTURE NO DIREITO DO TURISMO

THE VIABILITY OF JOINT VENTURE APPLICATION IN TOURISM LAW

HELOISA HELENA DE ALMEIDA PORTUGAL*

RESUMO

O turismo, face sua relevância socioeconômica, tem sido objeto de vários tratados internacionais, refletindo a transformação do foco do Direito. A tutela auferida ao homem, como fundamento do direito, vem desde a criação da ONU, emergindo o conceito de desenvolvimento sustentável. Paralelamente, os processos de aproximação e cooperação interestatais ensejaram a formulação de acordos franco-brasileiros no setor, sendo a liberdade de estabelecimento, o desenvolvimento sustentado e a qualidade de vida sua base principiológica. O artigo em epígrafe busca demonstrar a exequibilidade dos acordos bilaterais através dos contratos de *joint venture*. Figura típica de associação empresária, fundamentalmente de gestão, largamente utilizada e timidamente estudada.

Palavras-chave: Associações empresárias, acordos franco-brasileiros, *joint ventures*, turismo.

ABSTRACT

The tourism, considering its social-economical importance, has been object of many international treats, transforming the Law focus. The guardianship of human being, as Law fundament, emerges from the concept of sustainable development ever since U.N.O. creation. Paralleling, the inter States approximation and cooperation chances the formulation of France-Brazil Deals in tourism sector. The freedom of establishment is the principle of statement of life quality and sustainable development. This article demonstrates the execution of bilateral deals through joint venture contracts. Typical business association is widely used but little studied.

Key words: business association, France-Brazil Deals, Joint Ventures, tourism.

* Mestre em Direito Negocial na área de concentração Mercosul e Direito Comunitário da Universidade Estadual de Londrina, membro do Instituto de Relações Internacionais do Paraná e professora de Direito Internacional.

Introdução

A relação fato, valor e norma justifica, em primeira análise, o presente estudo. Busca-se resgatar o fundamento do Direito, qual seja o fato social, a realidade fática contemporânea. Quando à legitimidade, a eficácia da norma jurídica encontra-se notoriamente comprometida ante o abismo da regra detalhadamente positivada e a realidade social. Aqui, a realidade das *Joint Ventures*, aplicada ao setor turístico, pautando a análise nas relações franco-brasileiras.

A realidade social aqui abordada consiste na oriunda das relações internacionais, mais focadamente, nas econômicas internacionais. Um complexo de relações interdependentes que a dogmática jurídica dos Estados ignora e distancia de seu arcabouço legal. Todavia impregnam e influenciam diretamente a sua vida e a de seus nacionais.

Tal fato legitimou a intensa propagação e consolidação, em nível mundial, das mudanças capitalistas, na linha da liberação e autogestão dos mercados, o máximo possível independentes de injunções políticas que pudessem restringir a livre-circulação de fatores produtivos.

Da livre circulação de fatores produtivos, depreende-se seu sujeito: a pessoa humana. Se eliminam-se barreiras para a circulação de mercadores, o fazem de igual sorte para o trânsito pessoal. Onde vão o capital, os bens, vão as pessoas. De forma que o turismo passa a ser, como o é, um grande negócio e um dos principais vetores da economia internacional. Assim, (fato, valor e norma) o Direito ao fazer a leitura deste fato, o faz de maneira transnacional e transversal.

Atentando-se a isto e, considerando ser a França um dos principais destinos turísticos do mundo, foca-se a presente comunicação nos acordos franco-brasileiro, que tendem a ser a base deste relacionamento bilateral, quais sejam: o Acordo Quadro de Cooperação, firmado em 28/05/1996 em vigor desde 01/04/1997; o Acordo Franco-brasileiro de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, firmado em 21/03/1995, ainda em tramite no Congresso Nacional brasileiro; e o Memorando de Entendimento sobre Cooperação na Área do Turismo, firmado em 12/03/1997 e em vigor desde 01/05/1997.

Objetiva-se, então, demonstrar a implementação e aplicabilidade destes instrumentos, impulsionadores de um setor econômico em notório desenvolvimento, através do Joint venture, figura que, apesar de não regulamentada positivamente no Brasil, é perfeitamente utilizável, factível, refletindo estar o Direito além de sua positivação, da visão dicotômica público e privado, mas como instrumento catalisador do desenvolvimento econômico-social.

1. Da Tutela Jurídica do Turismo aos Acordos Franco-Brasileiros

Pode parecer bizarro, senão inócuo, falar-se em tutela jurídica do turismo. Todavia, ao verificar a grandeza sócio-econômica desse setor encontra-se de plano a justificativa da tutela. Considerando que existem inúmeras reservas de pacotes turísticos, na ordem de USD 100 mil, para viagens orbitais da Terra, em nave que

sequer foram construídas, inclusive com sites denominados *Turismo Espacial*², nota-se a relevância econômica do setor e a necessária preocupação do Direito, vez que envolve pessoas.

Destarte, salienta o prof. Rui BADARÓ, a preocupação com o desenvolvimento sustentável dessa atividade, devendo haver a proteção ao consumidor, as regras próprias da profissão turística e do turismo propriamente dito, pois pressupõe o deslocamento e concentração de pessoas, que deve ser visto segundo os princípios do desenvolvimento sustentável e preservação³.

A França, como se sabe, segundo dados da Organização Mundial do Turismo caracteriza-se por ser um dos principais destinos turístico do mundo, havendo movimentado em 2001, cerca de USD 50 bilhões⁴.

Os princípios e idéias gerais delineadas até aqui devem ser lidos em conjunto com alguns instrumentos jurídicos que merecem atenção, dentro dos limites nos quais criam novas perspectivas e garantias para o capital estrangeiro, mas podem depender, em parte, de ratificação pelo Congresso Nacional.

O acordo entre Brasil e França quanto à proteção e promoção recíproca de investimentos, dependente de ratificação do Congresso Nacional, é um deles. Firmado em 21/03/1995, pela sua existência e pelo seu conteúdo, demonstra uma mudança de posicionamento do Brasil quanto ao investidor estrangeiro.

Além de seu caráter simbólico, o acordo confere reais garantias contra os riscos políticos, inclusive no caso de desapropriação, e estabelece uma sistemática relevante quanto à arbitragem. Os Estados comprometem-se no sentido de assegurar, nos seus respectivos países, às pessoas jurídicas e físicas com nacionalidade do outro país, o mesmo tratamento assegurado aos seus nacionais⁵.

Encontra-se aqui consagrado o principio integracionista da liberdade de estabelecimento, pedra angular nos blocos econômicos que almejam a formação do Mercado Comum, como é o caso do Mercosul, ainda em formação, e da União Européia, já consolidado.

Todavia, considerando que algumas cláusulas do acordo impõem mudanças legislativas, a sua ratificação encontra-se pendente na Comissão de Constitucionalidade e Justiça da Câmara dos Deputados⁶, por assim, ainda sem validade normativa no Brasil.

Posteriormente, em 12/03/1997, foi firmado o Memorando de Entendimento sobre Cooperação na Área de Turismo entre Brasil e França⁷, importante instrumento jurídico para o setor turístico. Mesmo estando na forma de memorando, o tratado traz os princípios básicos necessários para a viabilização de projetos em co-gestão franco-brasileiros, vez que estando ratificado tem plena validade

² Veja: <http://www.net4travel.com.br/novid.htm>.

³ BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda *A Importância do Direito para o Turismo sob a Óptica Francesa*, in: Acesso em www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireito/18_Artigo.html.

⁴ Cifras procedentes da OMT, junho 2002, in www.world-tourism.org/

⁵ AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimetnos assinados pelo Brasil* (especial para a Câmara dos Deputados, consultoria legislativa, estudo) maio/2001.

⁶ Op. Cit. , p.12.

⁷ Ratificado pelo Brasil em 01/05/1997. disponível no site do Ministério das Relações Internacionais Brasileiro, divisão de Atos Internacionais, <http://www.mre.gov.br>.

no Brasil. Tal inserção encontra-se bem definida no artigo, III, 1, *in verbis*: “1. as partes favorecerão o estudo e a realização em comum de **projetos de investimento no âmbito do turismo**” (grifo do ...).

Ora, sendo o *joint venture*, uma forma associativa em co-gestão de investimento, encontra guarida e fundamentação jurídica neste ponto. Destarte isto, seqüencialmente estabelece o Memorando, no mesmo artigo, em sua parte segunda:

2- As partes encorajarão a prestação de assistência técnica em favor do desenvolvimento da indústria do turismo, sobretudo por meio de intercâmbio de especialistas e através de capacitação profissional. Conduzirão ações de modo particular sobre a organização de atividades turística, o desenvolvimento, a gestão e a comercialização de projetos turísticos, a prestação de serviços e as operações destinadas à promoção do turismo.”

Nodal tal dispositivo haja vista tratar genericamente de ações voltadas ao desenvolvimento do turismo, reconhecendo ainda a importância socio-econômica do setor. Abrangendo a prestação de serviços, seja por empresas ou pelos próprios Estados, por não especificar que deverão fazê-lo de forma direta.

Nesse ponto encontra-se a relevância do Acordo-Quadro de Cooperação firmado entre França e Brasil, pois em seus artigos III e IV⁸ encontram-se previsto que as ações acima mencionadas devem ser objeto de programas específicos a serem adotados na forma de consultas bilaterais. Havendo ainda a previsibilidade de grupos particulares de trabalho, formados por pessoas do setor empresarial. Amplo caminho abriu-se para as associações empresariais, resta então verificar como são estruturadas tais grupamentos societários.

2. As Associações Empresariais: as *Joint Ventures*

2.1. União de Empresas

O sistema internacional iniciado no final do século XX é caracterizado por uma estrutura complexa, oligopolista e altamente interdependente, alavancado principalmente pelos avanços tecnológicos nos campos da comunicação e transporte, reduzindo distâncias e custos.

⁸ artigo IV 1. *As Partes Contratantes reafirmam sua intenção de desenvolver relações econômicas, especialmente em matéria de intercâmbio comercial, de investimentos e de cooperação financeira e, em especial, a promoção de iniciativas no nível de pequenas e médias empresas dos dois países. 4. Com o objetivo de associar mais estreitamente as empresas dos dois países no desenvolvimento da cooperação econômica franco-brasileira, a Comissão Econômica franco-brasileira poderá fazer representantes do setor privado participarem de seus trabalhos e criar grupos de trabalho setoriais ou temáticos nos campos julgados prioritários pelas Partes Contratantes.* In: Acordo-Quadro de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, ratificado pelo Brasil em 01/04/1997. disponível no site do Ministério das Relações Internacionais brasileiro, divisão de Atos Internacionais, <http://www.mre.gov.br>.

Na atual fase do desenvolvimento capitalista, a natureza das relações econômicas internacionais viu-se radicalmente alterada devido ao fato de que a economia mundial passou a ser o produto da soma das economias nacionais, que funcionavam conforme suas próprias leis e relacionavam-se por meio do comércio, passando a formar parte de um único sistema, conforme demonstra José Eduardo FARIA (1990)⁹. Nessa conjuntura, o mercado passa a ser o novo balizador e marco referencial das relações diplomáticas. A competição global deixa de ser estratégico-militar para ser estratégico-econômica.

Nesta seara, Patrick DAILLIER (1999)¹⁰ ressalta o poder dos agentes econômicos, pois a experiência provou ser inoportuno impor barreiras à circulação dos fatores produtivos, já que as relações internacionais são principalmente fruto dos agentes econômicos, entre eles a empresa. Dentre os autores nacionais, Waldério BULGARELLI (1997) reconhece a importância da empresa na vida econômica, quando já analisava o Direito da empresa e seu novo conceito¹¹.

Notadamente, no bojo de uma economia capitalista e cada vez mais expansionista, a empresa necessita não somente desenvolver-se mas também associar-se com outras. A internacionalização e interdependência dos mercados impõem às empresas a expansão interna, seja como capital de seus sócios, seja com financiamentos ou fusões, incorporações e associações empresariais.¹²

No contexto de descentralização as sociedades podem agrupar-se, basicamente, como grupo de coordenação, grupos de fato, ou de subordinação, grupos de direito. E, independentemente de sua forma, os agrupamentos estão cada vez mais presentes.

No que concerne aos grupos societários, os de coordenação, também denominados paritários ou horizontais, são aqueles em que várias sociedades agrupadas, encontram-se submetidas a uma direção econômica unitária, mas conservando sua independência e autonomia, tanto sob o ponto de vista gestacional quanto patrimonial, uma das outras, os denominados *joint-ventures*.

2.2. Considerações próprias das *Joint Ventures*

A expressão *joint venture*, originária do direito norte-americano, significa de maneira geral uma associação de empresas. Se traduzirmos o termo, perceberemos que *joint* significa um conjunto, uma associação, e *venture*, uma aventura, um negócio, um projeto, uma empresa. Essa figura jurídica emergiu da prática norte-americana, na qual empresas se associam somando os esforços e dividindo os riscos e lucros sob uma nova pessoa jurídica. O Termo não tem correspondente na língua portuguesa.

⁹FARIA, J. E. *O Direito na Economia Globalização*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.52.

¹⁰DINH, N. N., DAILLER, P. e PELLET, A. *Direito Internacional Público*, Lisboa: Serviço de Educação, Fundação Calouste Goulbenkian, 1999. (Versão em português da 4ª edição de *Droit International Public*, Paris: LGDJ, 1992), p. 900.

¹¹BULGARELLI, W. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 50.

¹² LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. In: *Revista dos Tribunais*, v. 763, p. 24., maio 1999.

A joint venture é a relação contratual de duas ou mais empresas¹³, nacionais ou estrangeiras, que sem perder sua própria identidade e autonomia, vinculam-se com o objetivo de realizar uma atividade econômica determinada, podendo aportar a tais propósitos ativos tangíveis ou intangíveis que deverão ser explorados unicamente visando o objetivo específico do contrato e em um lapso de tempo determinado previamente ou vinculado ao cumprimento do objeto¹⁴.

Caracteriza-se como uma associação para realizar um negócio jurídico empresarial específico e singular, sendo utilizada tanto para cooperação temporal, com objeto singular e tempo determinado, quanto, em grande escala nos países do MERCOSUL, para a cooperação empresarial duradoura, caracterizando-se como forma alternativa de investimento estrangeiro.

Importante salientar que este tipo de contrato permite facilitar o intercâmbio de tecnologia, e também se aplica a setores em desenvolvimento, como o turismo, regulando a participação estrangeira em empreendimentos locais.

A natureza jurídica da joint venture é, ainda, controvertida, tendo em vista não haver correspondentes no ordenamento jurídico nacional, porém sua noção exprime uma base contratual, constituindo-se então como uma modalidade contratual atípica, que consente ampla liberdade às partes para escolher o específico instrumento jurídico por meio do qual se consubstanciará¹⁵.

Assim, quando a operação de joint venture se encontra influenciada pelo meio em que se desenvolve, seja pela atividade ou pelo país, tornando incerta sua delimitação, basta verificar se estão presentes seus elementos constitutivos. Se a figura jurídica colocada à frente reunir todos os elementos básicos pode-se afirmar ser um contrato de joint venture. Os elementos são: natureza contratual, objeto específico, prazo, gestão mútua, controle conjunto, distribuição de resultados, *intuitu personae*, natureza fiduciária e responsabilidade ilimitada¹⁶.

Quando as partes têm a mesma nacionalidade, a operação conjunta define-se nacional ou doméstica, se a matriz geográfica for diferente da nacionalidade de uma delas, fala-se em joint venture internacional. Aparentemente simples, esta distinção enseja na prática, situações um tanto quanto inusitadas. Assim, veja-se a hipótese de dois sujeitos de mesma nacionalidade e residentes em países distintos celebrem um contrato de joint venture. Nesse caso, apesar de o contrato ser internacional, tem-se uma figura nacional, vez que a classificação se baseia no critério de nacionalidade das partes somente.

A principal distinção das *joint ventures* é entre as societárias ou de capital (*corporal* ou *equity joint venture*) e as *joint ventures* contratuais (*contractual, non-corporal* ou *non equity joint venture*). No primeiro caso, mesmo sendo societária não exclui a natureza jurídica contratual, somente os co-ventures decidem constituir uma nova sociedade constituindo-se dentre os tipos societários estabelecidos

¹³ Aqui utilizando-se o conceito de Waldéfrio Bulgareli, "atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens". BULGARELLI W. *Tratado de Direito Empresarial*. 3 ed. São Paulo : Atlas, 1997, p.100.

¹⁴ RIOS, Anibal Sierralta. *Joint venture internaiconal*. Buenos Aires : Depalma, 1996. p. 69.

¹⁵ PEREIRA NETO, Mario. *Joint ventures com a União Européia*. São Paulo : Aduaneiras, 1995. p. 64.

¹⁶ RIOS, Anibal Sierralta. *et. al* Op. cit. , p. 71.

pelo ordenamento jurídico da nação sede. A legislação do país escolhido regulamentará a constituição da sociedade, administração dos negócios assim como todo o processo decisório, societário e tributário. Sem dúvida estas questões serão decididas pela *lex rei situs*¹⁷.

Já na segunda forma, a joint venture contratual, não há aporte de capital ou constituição de uma nova sociedade, mas somente uma associação de interesses e uma divisão dos riscos. Uma joint venture contratual pode constituir-se com base em vários acordos satélites, representando um instrumento mais flexível.¹⁸

Em função da natureza da atividade a ser desenvolvida, pode-se dividir as *joint ventures* em quatro grandes grupos: as joint ventures criadas para desenvolver um projeto específico; as joint ventures de tipo cooperativo; as joint ventures de financiamento e, finalmente, as joint ventures de concentração.

As características básicas deste esquema, que em geral não comporta a criação de uma nova sociedade, são: 1) a repartição das despesas, dos riscos e dos lucros da pesquisa e da exploração; 2) uma das empresas fica encarregada de realizar o trabalho pelas outras; 3) formação de um comitê para representar todos os membros da joint venture, encarregado da direção e controle. As decisões tomadas por este comitê são geralmente, por maioria¹⁹.

É a *joint venture* uma figura típica dos investimentos nos países do terceiro mundo. O parceiro do país desenvolvido entra com o capital e com a tecnologia e o parceiro do país em desenvolvimento participa com os meios de acesso ao mercado que, de outro modo, poderiam ser inacessíveis ao parceiro estrangeiro²⁰.

Considerados grupos associativos por coordenação, as *joint ventures* podem ser caracterizadas por formas contratuais, regidas pela teoria geral dos contratos, primando pela autonomia da vontade. Restam a identificação da responsabilidade e o regime de lei aplicável - são essas as questões que mais geram controvérsias.

Nesta seara, Carlos Maria GAMBARO (2000)²¹ ensina haver três modos de determinação da lei aplicável a um contrato, quais sejam: a) a lei que regerá o contrato será aquela do lugar da celebração; b) regerá aquela lei do lugar da execução do mesmo; c) as partes podem definir a lei aplicável. A última é a mais utilizada.

É portanto, mais recomendável que sejam previstas no próprio contrato as soluções para as mais diversas situações que se possam apresentar como ameaçadoras ao mesmo, bem como inserir a cláusula de solução de conflitos e cláusula *hardship*.

Outra forma de associação em *joint venture* é a empresa binacional criada pelo Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas. Tais empresas cons-

¹⁷ RIOS, Anibal Sierralta *et al.* Op. cit., p. 96.

¹⁸ BASSO, Maristela. *Joint ventures, manual prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 47.

¹⁹ BASSO, Maristela. *Joint venture manual prático das associações empresariais*. 2. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 63-64.

²⁰ RIOS, Anibal Sierralta. *et al.* Op. cit., p. 99.

²¹ GAMBARO, C M. O Contrato Internacional de *Joint Venture*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ^a37, n. 146, abr./jun. 2000, p. 71

tituem uma formação especial, sendo parte do gênero joint venture por advirem da parceria entre empresas.

As binacionais constituem uma forma de parceria entre os Estados, um elo entre o público e o privado, na medida em que aquele facilita, com incentivos, facilidades fiscais e regulamentos próprios, o estabelecimento comercial privado.

Nota-se que a designação “binacional” reporta-se ao fato de as empresas serem formadas por capital de dois Estados e não como indicação da nacionalidade de pessoa jurídica. A empresa terá como sede o país de constituição, estando submetida à sua legislação interna. Essa forma associativa foi criada pelo Estatuto das Empresas Binacionais Brasil-Argentina, assinado em 06 de julho de 1990, e ratificada na Argentina em maio de 1991 com a Lei n.º 23.935 e no Brasil em julho de 1992, por meio do Decreto n.º 619. É esse o instrumento legal que regula as condições de implantação e atividades das binacionais²². Tais empresas foram criadas para melhor operar os investimentos bilaterais, facilitando o intercâmbio comercial entre Brasil e Argentina.

3. As *Joint ventures* como ferramentas viabilizadoras do Acordo Franco-brasileiro sobre Turismo

Como visto, duas empresas podem ter várias razões para criar uma terceira entidade associativa, entre as quais poder-se-ia enumerar o compartilhar dos riscos, intercâmbio e aquisição de tecnologia, possibilidades de distribuição de produtos e serviços, dentre outros.

Setores mais desenvolvidos no Brasil, como o têxtil, por exemplo, podem, com as Joint Ventures, desenvolver de forma conjunta com os seus parceiros do Mercosul e a Europa, em um ou no outro país, uma indústria de nível tecnológico elevado e produzindo em escalas econômicas, não visando a competição no âmbito do MERCOSUL, mas especialmente visando aos outros mercados.

De forma que, tendo em vista sua forma de constituição a Joint Venture consiste em propulsora do desenvolvimento, e pode ser utilizada como ferramenta dos acordos neste trabalho abordados. No Brasil, tem-se verificado exemplos de joint ventures no turismo como é o caso do sistema de distribuição mundial de viagens Amadeus, que mantém atividades com a Iberia, Air France e Lufthansa. Em outubro de 2000, a Amadeus criou uma joint venture com a Btopenword, do grupo British Telecommunications, que oferece serviços de viagens na Web²³.

Contudo, esta manobra depende fortemente de fatores macroeconômicos que possam estabelecer condições equitativas entre os parceiros, conferindo às moedas de cada país força e credibilidade.

No que diz respeito, à coordenação de políticas macroeconômicas do MERCOSUL, as atividades nessa área vêm se realizando gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições

²² LIPOVETZKY, Jaime César; LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *MERCOSUL estratégias para integração: Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análise e perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo : LTr, 1994. p. 295.

²³ *Joint Venture no turismo virtual*. *Revista Turismo*. 26 out 00. Disponível em: <http://revistaturismo.cidadeinternet.com.br/noticias/not27.htm>.

não tarifárias. Esse esforço busca assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes e a evitar que eventuais descompassos nas políticas dos países partes favoreçam ou prejudiquem artificialmente a competitividade de bens e serviços.

Essa política é essencial na medida em que assegura condições adequadas de concorrência e também oferece segurança aos demais Estados-partes, eis que oferece garantias compensatórias em caso de desestabilização econômica de um dos países integrantes do MERCOSUL. Garantindo, assim, a integridade do bloco econômico²⁴.

É importante notar que estes acordos setoriais não deverão criar cartéis, trustes²⁵ ou outras formas de abuso do poder econômico e práticas desleais de comércio. Com o intuito de evitar este problema, os acordos setoriais devem ser submetidos a uma análise prévia dos subgrupos de trabalho do MERCOSUL.

No âmbito do Tratado de Assunção um dos instrumentos de fundamental importância para a regulamentação e harmonização legislativa no MERCOSUL consiste no disposto do artigo 5º, “d” do Tratado de Assunção²⁶, que possibilita a adoção de acordos setoriais, com a finalidade de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e de atingir escalas eficientes.

Na análise dos atos normativos do MERCOSUL uma primeira precaução é evitar comparações com a realidade da União Européia, sem a consciência de que se trata de fenômenos substancialmente diferentes. Embora ambos sejam realidades dinâmicas, na União Européia, tanto os órgãos e suas funções, como as realizações normativas se encontram cristalizadas desde o primeiro tratado que as instituiu (o Tratado de Paris que criou a CECA), configurando-se sob a supranacionalidade.

Feita essa ressalva, muito importante para o MERCOSUL, é a decisão n.º 3, do Conselho do Mercado Comum, sobre Termos de Referência para Acordos Setoriais, adotada em dezembro de 1991. Essa decisão é um incentivo às empresas interessadas em associar-se com outras e um veículo para a liberdade de estabelecimento, tendo em vista que visa facilitar a instrumentação do Tratado de Assunção, pois os Acordos Setoriais são formas eficazes para a constituição do Mercado Comum²⁷.

²⁴ Trecho extraído do artigo “As economias do MERCOSUL”, publicado na *Revista do MERCOSUL* de jan/fev 2000: “[...] O grande peso do comércio regional criou forte independência entre os países participantes. Hoje, uma decisão tomada por um dos parceiros, principalmente Brasil e Argentina, seja em relação ao câmbio ou juros, cria um componente de contágio potencial para as demais economias.”

²⁵ Em relação, à promoção de harmonização da legislação antitruste dos países membros do MERCOSUL, faz-se necessário registrar, na busca de um paradigma, que a união Européia não se submeteu, ainda, a um processo de harmonização. No tocante à matéria substantiva, pode-se constatar que o direito antitruste do Brasil, da Argentina, da Alemanha e dos Estados Unidos da América, exceto na parte processual, possuem poucas diferenças. É importante notar que a própria natureza econômica do direito de defesa da concorrência, que está ocorrendo a nível internacional, já conduz a uma harmonização natural.

²⁶ TRATADO de Assunção. MERCOSUL: Acordos e protocolos na área jurídica. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996. p. 22.

²⁷ KIRMSER, José Raúl Torres *Reflexiones ante la Problemática Jurídica del Mercosur – El Derecho frente al Desafío de la Integración*. : Asunción: Intercontinental Editora, 1998. p. 52.

Estes devem acelerar a integração e favorecer a racionalidade na especialização intra-setorial, baseada nas respectivas vantagens comparativas. Os Acordos Setoriais devem, ainda, considerar e favorecer o intercâmbio de bens e serviços, o fluxo de capitais, o desenvolvimento e a incorporação de tecnologia.

Conclusão

As associações empresariais têm se difundido com bastante velocidade no mundo como forma célere e de custo reduzindo para o favorecimento do fluxo comercial internacional, em que se cria o sistema de produção em rede. Tais associações são as próprias Joint Ventures.

A principal característica das *joint ventures* é a realização de um projeto comum, empreendimento de médio ou longo prazo, e em razão de sua natureza, podem ser utilizadas para as mais diversas aplicações, nos setores industriais, comerciais e agropecuários, assim como nos setores imobiliários, extrativistas, hoteleiros, de compra e venda de mercadorias, valores e outros bens móveis, construção de grandes obras, execução de serviços públicos e outros.

Verifica-se no Brasil, exemplos de joint ventures no turismo como é o caso do sistema de distribuição mundial de viagens Amadeus, que mantém atividades com a Iberia, Air France e Lufthansa. Em outubro de 2000, a Amadeus criou uma *joint venture* com a Btopenword, do grupo British Telecommunications, que oferece serviços de viagens na Web.

O Memorando de Entendimento sobre Cooperação na Área do Turismo traz as bases jurídicas para a formação de projetos turísticos em co-gestão, em seu artigo III, 1 e 2. De forma que o *joint venture*, justamente caracteriza-se como um contrato de co-gestão, sendo assim, instrumento e ferramenta essencial para a viabilização deste acordo pautado no Acordo Quadro de Cooperação entre França e Brasil, também ratificado.

Um instrumento apto a atender as necessidades regionais poderia ser criado a partir do Estatuto das Binacionais, de forma análoga entre França e Brasil, por exemplo. Atentando-se também ao conteúdo do regime a ser adotado, o Estatuto vigente baseia-se na concessão de benefícios às empresas nacionais em detrimento das estrangeiras.

No bojo de um processo de integração econômica, a empresa binacional constitui como forma eficaz e dinâmica de desenvolvimento do comércio e economias regionais. A principal característica das binacionais é o alargamento regional da sua constituição e base de produção industrial, conseqüentemente ampliação do mercado consumidor. Como analisado nos capítulos anteriores, a organização do capital, pedra fundamental da empresa, em estruturas binacionais ou plurinacionais, estará sempre voltada à expansão comercial e, hoje, ao processo de integração regional.

A busca pela harmonização legislativa tem no Estatuto das Empresas Binacionais sua melhor representatividade, pois, sem alterar as formas societárias de cada país, criou uma lei única para que as empresas dos dois Estados interajam entre si ampliando, portanto, seus mercados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACORDO-QUADRO de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, ratificado pelo Brasil em 01/04/1997. disponível no site do Ministério das Relações Internacionais brasileiro, divisão de Atos Internacionais, Acesso em <http://www.mre.gov.br>.
- MEMORANDO de Entendimento sobre Cooperação na Área de Turismo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, ratificado pelo Brasil em 01/05/1997, disponível no site do Ministério das Relações Internacionais brasileiro, divisão de Atos Internacionais, Acesso em: <http://www.mre.gov.br>.
- AIRES, Lauro. Brasil torna Paraguai Sócio Privilegiado. Curitiba: *Gazeta Mercantil Latino Americana*, 28/fev a 05/mar. Curitiba : 2000.
- ALMEIDA, Hamilton. De Olho no Brasil, Químicas argentinas formam “pool”. Curitiba: *Gazeta Mercantil Latino Americana*, 10 a 16/jan. 2000. p. 19.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Estatuto das Empresas Binacionais Argentina Brasil. In: *Boletim de Integração Latino-Americano*, 1992, nº 5.
- ARAUJO, Juliana Correia de. Aspectos legais da atuação empresarial no MERCOSUL – evolução e aspectos atuais da questão. In: *MERCOSUL : Lições do período de transitoriedade*. Celso Ribeiro Bastos (coord.) São Paulo : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- AZEVEDO, Déborah Bithiah de. Os Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil, especial para a Câmara dos Deputados, consultoria legislativa, estudo maio/2001.
- BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda. *A Importância do Direito para o Turismo sob a Óptica Francesa*, Acesso em: www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireito/18_Artigo.html.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- BASSO, Maristela. *Joint ventures, manual prático das associações empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BASSO, Maristela. *Mercosul, seus efeitos jurídicos econômicos e políticos nos Estados-membros*, 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- BULGARELLI, Waldomiro. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1997.
- CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996.
- COSTA, Carlos Jorge Sampaio. *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*. São Paulo: Forense, s.d.
- DINH, N. N., DAILLER, P. e PELLET, A. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Serviço de Educação, Fundação Calouste Goulbenkian, 1999. (Versão em português da 4ª edição de *Droit International Public*, Paris: LGDJ, 1992).
- FARIA, J. E. *O Direito na Economia Globalização*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- GAMBARO, C M. O Contrato Internacional de Joint Venture. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 37, n. 146, abr.jun. 2000.

- IGLESIAS, Daniel O.; BLOCH, Roberto D. *Nuevas modalidades de contratación internacional: aplicación en el ámbito nacional y Mercosur*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura Brasil-Portugal, 1956.
- REVISTA TURISMO. Joint Venture no turismo virtual. 26 out 00. Acesso em: <http://revistaturismo.cidadeinternet.com.br/noticias/not27.htm>.
- KIRMSER, José Raúl Torres. *Reflexiones ante la Problemática Jurídica del Mercosur – El Derecho frente al Desafío de la Integración* Intercontinental Editora: Assunción, 1998.
- LIPOVETZKY, Jaime César; LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *MERCOSUL- estratégias para integração : Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análise e perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo: LTr, 1994.
- LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*, v. 763, p. 24., maio 1999.
- LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 763, p. 24. Maio 1999.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processo de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 1999.
- PEREIRA NETO, Mario. *Joint ventures com a União Européia*. São Paulo: Adaneiras, 1995. p. 64.
- QUES, Juan Tugores. *Economia Internacional e Integracion economica*. 2. ed. Madrid : MacGraw-Hill, 1996.
- RIOS, Anibal Sierralta. *Joint venture internaiconal*. Buenos Aires : Depalma, 1996. p.69.
- STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo : LTr, 1996.
- TAMAMES, Ramón. *La Union Europea*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMERCIALIZAÇÃO DE TECNOLOGIA NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA

INTELLECTUAL PROPERTIES AND THECNOLOGICAL TRADE IN PUBLIC INSTITUTIONS OF SCIENCE AND THECNOLOGY

Cíntia Laia dos Reis e Silva PUIPIO*

“A propriedade intelectual não é feita para regular ou beneficiar o público, é feita para regular a competição.” (Pontes de Miranda)

RESUMO

A revolução tecnológica, em progressão geométrica, conclama os Estados a convidarem seus pesquisadores e investirem neles, para o aumento da competitividade no mercado externo, com o comércio da produção científica e tecnológica. As instituições públicas que investem em Pesquisa e Desenvolvimento devem acordar para tal realidade e criar mecanismos *interna corporis* impeditivos da dispersão do conhecimento por si financiado.

Palavras-chave: instituições públicas; propriedade intelectual; tecnologia,

ABSTRACT

The technological revolution, in geometrical progression, all over the world, claims the states to invite its investigators and invest in them, in order to increase the competition in external market, through the commercialization of scientific and technological production. The public institutions that invest in investigations and development must be aware to that scenario and create *interna corporis* mechanisms that obstruct spread of knowledge financed by them.

Key words: intellectual property, technology; public institutions

* Mestranda do Programa da Pós-Graduação de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração 'Mercosul e Direito Comunitário', da Universidade Estadual de Londrina e advogada.

No início do século XXI, o vertiginoso avanço da ciência obriga o Homem, mais uma vez, a questionar-se sobre o seu discurso científico e urge saber como comercializar seus produtos tecnológicos. Obriga-o a repensar os caminhos que trilha, tentando perceber o seu próprio contexto, tentando caminhar, de olhos bem abertos, rumo ao encontro de si mesmo.

Parafraçando Voltaire, aquele que não vive o espírito de seu tempo, nada mais aproveita do que apenas os males do tempo em que vive.

O investigador jurídico é chamado a intervir em toda a atividade humana, nem sempre a compreendendo, nem sempre sendo compreendido. Por isso, tem de se reenquadrar num contexto científico, também ele em mutação constante, também ele em processo de reenquadramento.

As palavras que se seguem constituem não mais do que um pensamento em voz alta, uma reflexão sobre a ciência e sobre a contextualização do Direito. Todas as referências servirão, apenas, de pretexto para a reflexão que não se quer necessariamente original, mas se quer ousada, correndo riscos metodológicos e assumindo um percurso próprio.

A autora destas linhas assume-se como aprendiz da realidade, e parte, do tópico dois, a breves considerações do papel do Direito, como pacificador da ordem, pois essa somente sobrevive na existência daquele. Nessa primeira análise, enumera as principais críticas que se fazem ao paradigma científico da modernidade, anunciando apologeticamente a pós-modernidade. Ou seja, começa com um discurso imetódico, de quem absorve a idéia da moda, defendendo-a como sua. Mais não faz do que uma reflexão aproximativa.

Num terceiro momento, discute-se, de forma breve, sobre a história da titularidade da propriedade industrial, desde os primórdios do início do século que passou, até o presente momento, lançando críticas sobre a ausência de conscientização do pesquisador brasileiro, ou, talvez, de informação, quanto ao direito de propriedade de uma patente.

O quarto tópico chega para casar-se ao segundo, quando o Direito é conclamado a agir, deixando de lado os dogmas do passado, e atuando, ainda mais quando se trata de sistema constitucional ser chamado à eficácia, para proteção da propriedade do direito industrial, que deve ser tido como de função social, e não mero ativo, ou bem imaterial, de competição da empresa, mas do país.

A conclusão não conclui. Conclama, porém, todo cidadão e, em especial o operador do Direito, para que exija que o conhecimento financiado pela sociedade não seja disperso. Isso visa ao efetivo aumento da competitividade no mercado internacional.

A verbalização pela autora, do presente ensaio, foi feita no campo jusfilosófico, avaliando de forma crítica a norma, e sua aplicação – ou ausência, no plano da realidade.

A autora, adotando estilo ensaístico, prescinde de caracterizar teorias, de reproduzir pensadores. Escreve pressupondo conhecimentos e refletindo sobre eles, não se refugiando na exaustão descritiva.

O que se propõe é fazer nascer uma vontade política e ideológica, a todo cidadão, associada ao interesse econômico da pesquisa, e demonstrar que os mecanismos e instrumentos para a viabilização do intentado devem ser criados e regulamentados para que seja eficazes.

O texto que se segue é, obviamente, apologético. Constitui a defesa da norma constitucional e do Direito. Delimita-lhe, todavia, o âmbito, define-a, insere-a num contexto metodológico, não aceitando uma ruptura radical e sem benefícios, face à metodologia moderna.

2. O Direito como pacificador da ordem

“Considerações de carácter ético, político ou econômico não são assuntos dos juristas, enquanto tais”.¹ Era assim que Windscheid, em 1884, falava do Direito, consagrando-se como um clássico do *positivismo científico*.

O Direito, segundo essa corrente, seria o resultado da dedução axiomática do sistema e dos conceitos, mas construir-se-ia, também, como recurso a argumentos de autoridade ou a processos “tópicos”, a partir de normas carregadas pela tradição.

Ou seja, a dedução partiria dos conceitos racionalmente descobertos, a indução e a analogia partiriam das “teorias e tradições comprovadas” (utilizando a terminologia do art.º 1, II, do Código Civil suíço (ZGB)).

Na atualidade, a visão do Direito é outra, pois que avocou para si o postulado de pacificador da ordem. Sim, pois a ordem pode ser imposta ou pacificada.

É o que se pretende, com o presente ensaio: questionar o papel do Direito, em especial, do Direito de Propriedade Intelectual, porém, partindo-se de uma avaliação filosófico-jurídica da atual situação em que se encontra o incremento da produção científica e tecnológica, sua comercialização e titularidade.

Se, normalmente, a lei se apresenta como instrumento de inovação social, por vezes se constata que a realidade caminha em velocidade mais acelerada que o processo legislativo. Nessas horas, o papel do operador do Direito se torna ainda mais relevante, já que se vê forçado a encontrar no manto jurídico existente, soluções para conflitos não imaginados pelo legislador.

Na verdade, o Direito, de uma forma ou de outra, tem sido vivido metodologicamente como uma ciência e ontologicamente como uma transcendência. Ou seja, a precisão de se garantir a universalidade e abstração da regra impôs a necessidade teórica de fazer transcender o Direito, distanciando-o da diversidade da imanência, do caos da realidade.

Como em todas as ciências, houve a necessidade de arrumar os significados em significantes uniformes, em mediações lingüísticas que permitissem ao Homem ter um discurso sobre a realidade. Simplesmente, toda a mediação lingüística é interpretação, é perspectivação, é comunicação do sujeito com o objeto: é criação. O significante (a palavra, o símbolo, o teorema, a equação) é necessariamente criação sobre um objeto que nunca se conhece mas que se cria na constante aproximação do sujeito que quer criar de uma forma cada vez mais coerente e (isso será mais discutível) mais próxima do objeto.

A consciência desta impossibilidade de ontologização do objeto, implica a descoberta de um novo paradigma científico; de um paradigma que não incor-

¹ RECHTSWISS, D. A. d.. em «Ges. Reden u. Abh.» (1904), apud Wieacker, Franz, 1993, p. 492.

pore² no seu discurso qualquer forma de dogmatismo ou de autoridade.

O objeto é necessariamente contextualizado, necessariamente lido, necessariamente subjetivado. E só pode existir para o homem enquanto existir através do homem.

Recordando o óbvio: o Direito nasce da necessidade de organização social. Existe Direito porque o Homem vive em comunidades, relaciona-se com indivíduos que podem ter interesses conflitantes, confronta-se com a diversidade. A insegurança da “lei do mais forte” – que, rigorosamente, não é uma “lei”, em sentido jurídico, é uma verificação e, por isso, apenas uma “lei” no sentido que as ciências naturais dão à palavra –, obriga o Homem a procurar homogeneizações de comportamentos, definição de critérios de relacionamento, evitando o perigo do conflito, escudando o indivíduo na segurança da regra. Segurança essa que é garantida pela coletividade, porque útil a cada indivíduo que a constitui.

O Direito surge como busca de consensos. Simplesmente, essa busca sempre foi minada por argumentos externos, nomeadamente, formas de manifestação da “lei do mais forte”, força essa que poderia advir da capacidade física de quem queria impor as suas regras ou do temor que a religião pudesse gerar. Foi criando preconceitos de cultura e moralidade que moldaram, também, o próprio Direito, perpetuando-se no tempo e esquecendo-se do Homem e dos seus consensos.

Na verdade, o Direito, acaba por surgir como um fruto dos consensos, da autoridade (da força, do domínio dos meios de produção ou da superstição) e da moral (essa também com proveniências diversas, sendo a mais relevante a autoridade religiosa). Para se manter coerente, para se auto-sustentar, precisa ter o estatuto de ciência, precisa de um discurso, de uma hermenêutica, sem as contrariedades da infirmação sociológica, apenas com o refúgio da consistência valorativa e a válvula de escape da equidade – essa eterna desconhecida, esse Direito que não é Direito, ou, talvez o único que o é.

Será, provavelmente, o Direito a ciência que maiores dificuldades defronta para manter a coerência interna. Será, provavelmente, essa a razão que levou os cientistas do Direito a construir um discurso fechado, um discurso sobre um discurso. Na verdade, não se trata “apenas” de descrever, de definir a complexidade da Natureza para dela tomar partido, nem tão pouco de “radiografar” a Sociedade. Para o Direito, o discurso é sempre intervenção: à teoria segue-se a dogmática, à dogmática segue-se a regra, à regra segue-se o comando. A Ciência do Direito é o discurso da Justiça, da legiferação e da aplicação da norma. Nenhum destes fenômenos está desligado.

É preciso conhecer o Homem em toda a sua complexidade, com a prudência de uma ciência que se quer atuante. Por isso, o Direito não se pode descobrir dentro de si como discurso, como transcendência, mas fora de si: faz-se Direito a partir do Mundo e para o Mundo. E se isto é verdade quanto aos conteúdos que informam a Ciência Jurídica, também o é quanto ao método, quanto ao próprio discurso científico. É tempo de o Direito se abrir ao discurso omnicomprensivo da filosofia (macrocosmos) e ao discurso explicativo da soci-

² Fala-se em incorporar (*in corpore*) porque não se trata apenas da inclusão na descrição de um modelo, mas da contaminação e caracterização desse modelo.

ologia (microcosmos). Citando Boaventura de Sousa Santos (1993): “[...] o direito, que reduziu a complexidade da vida à *secura da dogmática*, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida [...]”³.

O Direito abre-se à interdisciplinaridade, porque a vertigem da História assim o obriga. Já não é possível construir uma ciência sobre a Justiça, fechada sobre si mesma. Com efeito, ao se pensar que a vida do Homem é, todos os dias e cada vez mais intensamente, confrontada com ameaças novas (o exemplo mais paradigmático é o do Ambiente), ter-se-á de reconhecer que só uma Ciência Jurídica aberta a essas novas realidades, estará à altura de cumprir a sua função reguladora e conformadora da vida em sociedade. Só se encontram princípios e extraem regras de uma realidade que se conhece. Ora, se o Direito não está vocacionado para a descoberta da realidade, só tem razão de ser enquanto conformador de uma realidade conhecida.

É importante radiografar o modo como o Homem se relaciona: os seus conflitos, os seus dramas, as suas necessidades, os seus costumes, as suas limitações, as suas ambições.

Só conhecendo tudo isto se poderá procurar a harmonia social. Só conhecendo tudo isto se poderão encontrar os grandes princípios que regem o comportamento humano e pelos quais ele se quer reger. Só conhecendo tudo isto se encontrarão as regras mais adequadas para cada categoria de situações.

A complexidade das matérias sobre as quais o Direito se debruça obriga o investigador jurídico a conhecer outras ciências sem as quais não lhe seria possível construir um discurso ou uma ciência jurídica verdadeira, adequada à realidade. Por essa razão, o jurista deverá ser o mais eclético dos cientistas, uma vez que trabalha com uma ciência horizontal. Assim, o jurista que se dedique ao Direito dos Valores Mobiliários não poderá deixar de ter noções mínimas de economia e não poderá deixar de se socorrer do contributo de economistas para apreender a complexidade contratual e operacional que caracteriza este ramo específico do Direito. Também não se poderá falar em responsabilidade médica se não se compreender o alcance da atividade exercida por estes profissionais. Nem se poderá falar em Direito da Informática se não se conhecer conceitos como o de software, ou sem nunca se ter “navegado” na Internet, sem se saber o que é um link, ou qual o alcance da ubiquidade na “Rede”.

O investigador jurídico corre, muitas vezes, o risco de achar que um conhecimento superficial da realidade lhe basta para a compreender. Simplesmente, a crescente complexidade das áreas sobre as quais o Direito tem de intervir (*v.g.*, a já citada economia, a biotecnologia e o ambiente), obriga o investigador jurídico a familiarizar-se com as outras ciências, usando-as como ciências auxiliares do Direito. Fica aberto o caminho para a interdisciplinaridade, apresentando-se o Direito, mais do que como contribuinte, como beneficiário. Será este o primeiro passo para o investigador jurídico ultrapassar a “*secura da dogmática*” reconstruindo-a em fluxos contínuos, adaptando-a a vertigem da realidade que só pode ser conhecida por outras ciências que não o Direito.

³ SANTOS, B. de S. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1993, p. 46.

Desenha-se, assim, a verdadeira vocação holística do Direito: um Direito que não se basta a si mesmo, informando toda a realidade sem a conhecer; um Direito que só o é verdadeiramente quando se conforma com a realidade que o constitui.

Mas, se a interdisciplinaridade permite dar um passo importantíssimo para que o investigador jurídico possa ir mais longe na sua tarefa de busca de consensos, de busca de harmonia social, por vezes, aparecem questões que, pela sua complexidade, especificidade e novidade, não se enquadram nas divisões clássicas das ciências, nem se bastam com a comunicação interdisciplinar das mesmas.

Na verdade, falar em interdisciplinaridade é falar de disciplinas autônomas que comunicam entre si, aproveitando as sinergias criadas; é falar em realidades distintas que se assumem enquanto tais e que estabelecem relações nesse pressuposto. Ora, como firma Boaventura de Sousa Santos (1993, p. 47), “[a] fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática. Os temas são galerias por onde os conhecimentos progridem ao encontro uns dos outros”. Ficam, assim, abertas as portas para a transdisciplinaridade, redimensionando-se o Direito, redimensionando-se toda a ciência.

A partir de tais considerações torna-se mais fácil a averiguação do presente ensaio: a quem pertence a titularidade do conhecimento científico produzido nas instituições de ensino superior.

3. A titularidade da inovação tecnológica: um breve histórico

A discussão em torno da titularidade das produções científicas, no âmbito das instituições de ensino superior, começa, a partir da segunda guerra mundial, quando o processo de industrialização acelerado, com base em importação de tecnologia, promovido pelo governo brasileiro, conhecido como ‘modelo de substituição de importações’, resultou, até 1980, não só no crescimento extraordinário da economia, mas também na implantação de um parque industrial razoavelmente completo.

O tom do presente ensaio não se perde, ao se apontar que também a política de propriedade intelectual baseava-se num modelo autárquico, de busca de auto-suficiência. No período de 1945 a 1969, o Brasil concedia patentes apenas para o processo farmacêutico, negando-as para produtos⁴. A partir da vigência de normatização específica para a propriedade intelectual, a partir de 1971, a proteção patentária de processos e produtos farmacêuticos e alimentícios e de produtos químicos foi totalmente abolida. Além disso, a normatização supra não tratava da biotecnologia – inexistente à época. A exclusão dessas áreas tinha motivação essencialmente política.

⁴ Fonte de pesquisa: REPICT, Revista eletrônica do III Encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Tecnologia, Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica, *et all*, Rio de Janeiro, 24, 25 e 26 de julho de 2000. Disponível em: [<http://www.repict.com.br>], Acesso: 02 de jan. 2002.

Retornando-se aos anos 80, a política adotada esgotou-se, havendo recessão da década perdida, e a industrialização brasileira mudou radicalmente, com o pagamento de baixos salários, organização do comércio mundial em blocos regionais e econômicos, barreiras tarifárias substituídas por barreiras técnicas, o fenômeno da globalização, e, por fim, a intensificação da proteção da propriedade intelectual, no plano internacional.⁵

Chegam os anos 90, e o Brasil inicia amplo processo de abertura e desregulamentação da economia, com a redução da participação do Estado nos processos econômicos. Nesse contexto, surgiu a necessidade de adequar-se a paradigmas aceitos pelos agentes econômicos, entre os quais, a proteção mais eficaz aos direitos de propriedade intelectual.

Essa atualização no campo da proteção dos direitos de propriedade intelectual procurou assegurar o equilíbrio entre a atividade criativa e a sociedade – a adequada proteção da invenção da criatividade do pesquisador brasileiro – eliminando a possibilidade de a instituição de ensino superior, explícita na lei ou implícita, por omissão legal, apropriar-se de conhecimento alheio sem remuneração do inventor original.⁶

A concretização vem com a Lei Federal Nacional nº 9.279/96, a qual trata da propriedade industrial, ou seja, das formas de proteção e concessão de patentes, e registros de marcas, a invenções, aperfeiçoamentos, desenho industrial e modelo de utilidade.

Nesse ínterim, faz-se necessária a distinção primeira entre os termos ‘Propriedade Intelectual’ e ‘Propriedade Industrial’, bem como ‘Direitos Autorais’.

Recorre-se a Tarcísio Queiroz Cerqueira⁷, o qual entende que:

Propriedade Intelectual (ou imaterial, incorpórea, intangível) é a propriedade sobre bens, coisas, imateriais (intelectuais, incorpóreas, intangíveis), e o direito da propriedade intelectual pode ser considerado parte do direito comercial.

[...]

A proteção do direito de propriedade sobre bens intelectuais, ou seja, a concessão de um privilégio, ou exclusividade, para a exploração comercial de uma determinada obra intelectual, além, evidentemente, dos direitos de exclusividade de um marca, ou segredo de uma fórmula ou de um processo industrial, além dos Direitos Autorais e do ‘copyright’, é algo que estimula o desenvolvimento humano e resulta no aperfeiçoamento da tecnologia. E a propriedade sobre a tecnologia ‘será a riqueza típica dos próximos anos’. Já é difícil lembrar-se quantas pessoas disseram isso.

[...]

A propriedade intelectual, como é sabido, se divide em duas prin-

⁵ Idem Ibidem.

⁶ EMERICK, M. C. Resumo da informação verbal, Congresso da REPICT, Rio de Janeiro, em 26 de julho de 2000.

⁷ CERQUEIRA, T. Q. “Software”, In: *Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática*, São Paulo: Editora Esplanada Ltda – ADCOAS, 2000, p 183-243.

cipais categorias distintas, em todo o mundo: 1. a propriedade industrial, regulada no Brasil pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996; 2. os Direitos Autorais, definidos e regulados pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que protegem as obras científicas, literárias e artísticas – e, recentemente, o programa de computador (software).⁸

Fecham-se os parênteses, e retoma-se o ensaio, a partir da avaliação jusfilosófica da norma sobredita, quando a mesma trata da titularidade da produção científica, passível de ser comercializada, logo, passível de ser monopólio de quem detém sua autoria, por meio de concessão de patentes, ou registros de marcas, ou desenho industrial, conforme for o caso.

A norma tratou, expressamente da matéria, porém, o fez limitada à seara privada, ou seja, no âmbito das empresas privadas, que explorem a produção científica de seus empregados.

Ocorre que instituições de ensino superior, em sua maioria, detêm a natureza jurídica de direito público, logo, dificilmente terão enquadramento normativo naquele modelo esculpido pela lei, propriamente dito⁹.

A confusão é dirimida, quando da emissão do Decreto Federal nº2553/98¹⁰, a qual regulamenta os artigos 88 a 93, da norma supra, estabelecendo formas de as instituições de ensino superior virem a remunerar os autores de produ-

⁸ BENKO, R. P, in PROTECTING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, Estados Unidos da América, Washington, Biblioteca do Congresso, p. 10-1, apud op.cit, p. 187, descreve que “*Industrial Property includes inventions, trademarks, and industrial designs. These terms have no universally accepted definitions – vary from country to country. Inventions are novel ideas that permit in practice the solution of specific technological problem. They many be protected by patents or by trade secrets. Patents legally protect the idea, using granting exclusive rights over the exploitation. Trademarks are marks to distinguish goods or services of an industrial or commercial enterprise or group of enterprise. They include words, letters, numbers, drawings, pictures, emblems, monograms, signatures, colors, and, occasionally, packangings forms. Industrial designs are ornamental aspects of a useful article, such as shape, lines, or color. Copyrights include literary, musical, artistic, photographic, and cinematographic works, maps, and technical drawings. [...] Copyrights do not protect ideas but only the expression of ideas. Many countries grant copyright protection automatically.*”

⁹ Ao longo da década de 90, destacam-se profundas mudanças introduzidas gradualmente, na legislação brasileira de proteção à propriedade intelectual, a saber:

-Revisão do Código de Patentes de 1971, que resultou na Lei nº 9.279/96.

-Revisão da Lei do Direito Autoral de 1973, que resultou na Lei nº 9.610/98.

-Aprovação da Lei de Proteção de Cultivares (Lei nº 9.456/97) e da Lei de Proteção ao Programa de Computador (Lei nº 9.609/98).

-Tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei de Proteção de Topografias de Circuitos Integrados (PL 1.787/96).

-Ratificação do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio e dos quatorze acordos comerciais da Rodada do Uruguai do GATT (Decreto Legislativo nº1.355/94) – dentre esses acordos, destaca-se o Acordo TRIPS (TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS), que estabelece harmonização no que concerne aos efeitos da propriedade intelectual no comércio internacional.

¹⁰ DECRETO FEDERAL Nº 2553, de 16 de agosto de 1998: estabelece sistema tripartite de compartilhamento, a título de incentivo, dos ganhos econômicos resultantes da exploração de criação intelectual, protegida por propriedade intelectual do servidor público, sendo que os ganhos serão compartilhados, em parcelas iguais, quando da exploração efetiva da tecnologia produzida.

ção científica, passível de concessão de monopólio legal.

A titularidade, por fim, pertence à instituição de direito público, seja essa uma instituição de ensino superior, sejam agências de fomento ou afins.

Porém, o que se percebe, na prática¹¹, é o descontentamento do pesquisador com a norma, que, ao invés de vir para pacificar a ordem, harmonizando as relações sociais entre os atores (pesquisador x universidade), serviu para *esquentar* este relacionamento, impedindo a profusão da pesquisa, ao menos, da pesquisa que sirva ao papel atribuído por si, pelo Direito: a função social, a qual será abordada no próximo tópico.

4. A função social da propriedade intelectual

A Carta Magna brasileira, diferentemente das demais constituições de outros Estados, em especial dos Estados que compõem o Mercado Comum do Cone Sul – MERCOSUL¹², prevê a função social da propriedade industrial, como a seguir se demonstra:

*Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]*

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;¹³ (grifo nosso)

¹¹ N.A: a autora é encarregada da proteção da propriedade intelectual da Universidade Estadual de Londrina, por meio da busca de concessão de monopólio, mediante pedidos de privilégios de patentes, e registros de marcas, perante o INPI – INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, da produção científica e tecnológica dos docentes daquela instituição, tendo vivenciado empiricamente tais circunstâncias, em sua lide diária.

¹² ARGENTINA. *Constitución De La Nación Argentina*, Buenos Aires, 1994, “Artículo 17o.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4o. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

URUGUAY. *Constitución De La República Oriental Del Uruguay*, Montevideu, 1967-90, “Artículo 33. El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley.”

PARAGUAI. *Constitución De La República Del Paraguay*, Asunción, 1992, “Artículo 110 - DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL: Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.”

¹³ BRASIL. Const. R. F. B, Brasília, 1988, artigo 5º, inciso XXIX.

Pela simples literalidade do preceito sobredito, tem-se que a propriedade industrial, ou seja, os inventos, modelos de utilidades, e afins¹⁴, estão erigidos à alta prospecção constitucional, constituindo-se, portanto, um dos caminhos a serem percorridos pelo Estado Brasileiro, para o desenvolvimento tecnológico, e consequentemente, econômico, deste país.

Diferentemente, insista-se, do que prevêem as demais constituições dos Estados Mercosulinos, - pelas quais, a propriedade industrial e intelectual, em sua integralidade, tem o exercício da titularidade exclusiva por seus autores -, no Brasil, resta inegável que a propriedade industrial pertence, antes de tudo, ao ESTADO BRASILEIRO.

E as conseqüências de tal afirmação vão adiante, quando associadas ao Decreto supra, que relega a titularidade de exploração da propriedade intelectual, quando desenvolvidos na ambiência das instituições públicas, sejam essas ou não de ensino superior, é que aos autores cabe, apenas e tão-somente, vangloriarem-se em estarem contribuindo para a maior competitividade do país, perante aos países do bloco regional econômico, ou mesmo, perante os demais blocos, como exemplo, a União Européia.

Ora, o valor da patente é a capacidade de aumento, aquisição ou manutenção no mercado, dado por aquele ativo (bem imaterial) da propriedade intelectual. As patentes, assim, são ativos de competição econômica.

Sua importância social, portanto, é inegável, e o Brasil “sai na frente” ao ser o único, dentre os Estados Mercosulinos, a contemplar tal previsão em sua Carta Magna, e, assim, avocar para si a responsabilidade de exploração, por meio de suas entidades públicas, em quaisquer esferas da federação, dos produtos patenteáveis, detendo seu monopólio, ainda que cedendo a titularidade do exercício da propriedade, às pessoas jurídicas de direito público.

Logo, o sistema legal atualmente em vigência, no Brasil, prevê, expressamente, conforme noticiado acima, o fim da patente e registro, qual seja, ela não é um valor em si própria, não está protegida simplesmente como uma propriedade. Ela é uma propriedade que serve para um fim determinado. O fim que lá está indicado é o de propiciar o desenvolvimento social, tecnológico e econômico do país, restringindo-se tal ao mercado interno, não à humanidade, nem da comunidade dos povos, e, seguramente, não dos titulares das patentes.

Observe-se que toda propriedade no sistema constitucional brasileiro tem função social. A sua destinação deve ser específica, como é o caso da propriedade rural¹⁵, entre outras. Afinal, o conceito de uma propriedade, sem uma finalidade social, sem uma finalidade que extrapole a simples rentabilidade é inconstitucional e resultaria na inconstitucionalidade de qualquer patente. Não é, com certeza, a ênfase nos direitos e interesses do titular das patentes que dá maior eficácia ao sistema de propriedade intelectual, muito embora a crítica do sistema de patentes seja um privilégio dos doutrinadores, dos economistas dos países em desenvolvimento.

¹⁴ Vide cit. p. 7-8.

¹⁵ Op. Cit., artigo 5º, inciso XXIII – a propriedade atenderá à sua função social.

O questionamento que se levanta, a partir de tais afirmações: qual é o valor econômico e jurídico de qualquer propriedade industrial, com exceção, talvez, das marcas? É o de conferir a seu titular um tempo de vantagem na concorrência. Tempo esse que, no caso das patentes, é limitado à utilização de uma tecnologia específica, de uma tecnologia determinada, que não se confunde com o mercado onde essa tecnologia é exercida.

Dado esse valor, o qual é jurídico, também, proteger e incentivar a pesquisa, num contexto de competição, deve ser objeto de conscientização dos pesquisadores, os quais merecem respeito e consideração, porém, estes devem ser conscientizados, insista-se, quanto ao exercício de cidadania, pela profissão que escolheram, assumindo o fato de estarem vinculados às pessoas jurídicas de direito público, estando, portanto, a desempenharem uma função social para o país em que desenvolvem tal função.

Do contrário, haverá a dispersão dos bens imateriais, produzidos por esses atores, quando os mesmos, por desconhecimento de seus deveres e direitos, ou ainda, por rebeldia, apresentam os seus conhecimentos em revistas científicas, sem haver nenhuma restrição de ordem jurídica, transformando aquele conhecimento em domínio comum, ou seja, tornando-o absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, favorecerá àqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento.

A desvantagem dessa dispersão do conhecimento, de forma voluntária, ou involuntária, pelo pesquisador, traz duas conseqüências: a primeira, é que não haverá retorno na atividade econômica da pesquisa, tanto para o próprio pesquisador, quanto para o possível titular do produto objeto daquela pesquisa, o qual contribuiu com a ambiência¹⁶, e com o respaldo da pesquisa.

Num segundo momento, a maior conseqüência é a violação à Carta Magna, eis que o pesquisador, ao publicar uma descoberta científica, ou de cunho tecnológico, sem salvaguardar os direitos de exploração¹⁷, e, portanto, está a violar o sacrossanto direito social que circunda a propriedade industrial, impedindo o

¹⁶ N. A.: a chamada ambiência, nos meios acadêmicos, deve ser compreendida como o fornecimento gratuito pelas universidades, advindo do vínculo administrativo havido entre ambos, da remuneração devida ao docente-pesquisador, o qual geralmente labora em regime de dedicação exclusiva, e, portanto, recebe seu salário mais um plus, no percentual de, no mínimo, 50% (cinquenta pontos percentuais), dos laboratórios nos quais labora, no pessoal de apoio, e toda a infra-estrutura utilizada por aquele, para o desenvolvimento e aprimoramento da pesquisa, em conseqüentes produtos, sejam estes de cunho científico ou tecnológico.

¹⁷ N. A.: observe-se que duas são as principais características de uma patente, qual sejam, a novidade do estado da técnica e sua possibilidade de comercialização. Se o pesquisador publica seus conhecimentos, seja através ensaios teóricos, ou paper's em eventos científicos, estará violando uma das características, fazendo com que o produto porventura advindo daquele conhecimento, caia em domínio público, podendo ser desenvolvido por qualquer empresa ou pessoa física, em detrimento de todos os valores investidos pelas instituições públicas, as quais financiaram aquela pesquisa. A salvaguarda se faz na forma de pedido de privilégio de patente, ou registro de marca, perante o INPI – INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.

desenvolvimento tecnológico de seu país, e, por que não, a elisão do caótico estado de pobreza em que se encontra esse.

O que se coloca em análise seria a criação de um modelo jurídico de restrição à dispersão do conhecimento, pelo pesquisador. Este deveria ser comunicado quanto à impossibilidade de publicar seus conhecimentos, sem antes preservar o direito ao monopólio dos mesmos, - por meio de pedido de patente ou de registro de marca, conforme o caso -, de forma expressa e escrita, e vir a ser apenado, sem necessidade de abertura de processo administrativo disciplinar, de que trata a Carta Magna¹⁸, sempre que violar tal ordem. A aplicação da pena mais severa, *in casu*, dar-se-ia, não por mera violação de dever funcional, ao qual está obrigado o pesquisador, como servidor público, mas por violação da segurança pública¹⁹.

Fácil é se verificar que o preceito anteriormente preconizado, ou seja, a punição sumária do pesquisador que agir culposa ou dolosamente, na dispersão irresponsável do conhecimento, sem a restrição jurídica prévia de seu uso, pelo titular de possível produto ou processo, daí advindo, não é consequência de excessivo exercício de patriotismo, da parte deste ensaio, mas sim, da mera aplicação da norma, a qual prevê, nos direitos e garantias fundamentais, a função social da propriedade industrial, a qual pertence ao Estado Brasileiro, para aumento de seu desenvolvimento tecnológico, e de suas divisas, e conseqüente aumento de sua competitividade externa.

Assim sendo, resta claro que a propriedade intelectual tem um firme propósito: a melhoria da competitividade do país, dentro do sistema capitalista vigente, e, se ela não servir, se estiver, pelo contrário, criando monopólios dentro das empresas privadas, essa patente de nada serve.

5. Epílogo

Termina-se este ensaio, do modo como houve seu começo, ou seja, com mais indagações sobre a ausência de respostas dadas, até o momento, pelo Direito, às questões postas, ou melhor, a ausência de efetividade da norma constitucional, do que apresentação de equações para o problema da comercialização da ciência e tecnologia.

Habermas (1991, p.886) preconiza que “não basta uma opção racional em relação ao objetivo de meios axiologicamente neutros. Os problemas práticos requerem guia teórico, que indique como uma situação pode ser convertida em outra [...] requerem não somente prognósticos, mas também programas”²⁰, ilumina o problema, lançando mão do discurso da ação, ou seja, o certo é que as

¹⁸ Op. Cit, artigo 41, §1º, II – “O servidor público estável só perderá o cargo: [...] III – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.”

¹⁹ Idem, artigo 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:”

²⁰ HABERMAS, J. Direito e Democracia, apud REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia III*, São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

instituições de ensino superior ou de direito público, voltadas para a P&D – Pesquisa e Desenvolvimento, somente poderão superar suas limitações nacionais das ciências, e supera-las em direção à orientação normativa, com ajuda da análise histórica global, cujas intenções práticas possam “ser libertadas do puro arbítrio e, por seu turno, legitimadas dialeticamente com base no contexto objetivo”.²¹

Se toda propriedade, mesmo a industrial, tem função social, constitucionalmente definida, nada impede que a violação desse fim traga conseqüências graves ao seu violador, ainda que o mesmo atue involuntariamente.

A proposta do presente trabalho é chamar a atenção dos operadores do direito, e dos administradores pátrios, para a aplicação efetiva do dispositivo da carga magna que trata da propriedade industrial, por dois vieses. O primeiro, da conscientização e comunicação de todos os envolvidos com a pesquisa, no país, para que não publiquem seus resultados, sem, antes, salvaguardar o monopólio da pesquisa.

Num segundo momento, é a proposição de uma norma, a ser construída levando-se em conta que a propriedade industrial é ativo de competição para o país, e deve ser tratada como tal, logo, a punição a tal violação deve ser assunto de violação da ordem e segurança públicas.

E, ao Direito, resta a perseguição da sua aplicação e cogência, pois não pode ser mero expectador da realidade, mas seu transformador, seu pacificador da ordem estabelecida, pois, do contrário, o caos econômico, - suprido pela ausência de bens tecnológicos, que caíam em domínio público, e migrem para países desenvolvidos -, se estabelecerá.

Observem-se, a exemplo, as normas jurídicas do comércio mundial, as quais têm como produção legislativa internacional, a OMC, conforme bem lembrado pelo Professor Luiz Otávio Pimentel²², sendo que o interesse protegido pela norma são aqueles dos países mais industrializados, que tiveram e têm condições de barganhar e lograr o consenso para sua aprovação entre os membros da organização. É a ilustração maior de tal afirmação, reside, justamente, no acordo sobre propriedade intelectual, pois os países em desenvolvimento e, principalmente, os países menos desenvolvidos ainda não possuem tecnologias e nem conhecimentos, nos diferentes campos da economia, que possam justificar o aprofundamento e amplitude das regras jurídicas do setor.

Deixe-se, por fim, à História comunicar às gerações vindouras, o papel dos pesquisadores pátrios, quanto à mudança ou não de tal realidade, e, dos juristas, quanto à adequada interpretação e aplicação dos direitos constitucionais que versam sobre a propriedade industrial, bem como, da aplicação dos direitos econômicos no âmbito da jurisdição nacional.

²¹ Idem, p. 865.

²² PIMENTEL, L. O. Normas Jurídicas do Comércio Mundial. In *SCIENTIA IURIS*, Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina: Editorial UEL, 1998, p. 223-55.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGENTINA. *Constitución De La Nación Argentina*. Buenos Aires, 1994.
- BRASIL. Const. R. F. B, Brasília, 1988, artigo 5º, inciso XXIX.
- BENKO, R. P. *Protecting Intellectual Property Rights*, Estados Unidos da América, Washington, Biblioteca do Congresso.
- CERQUEIRA, T. Q.. “Software”. In: *Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática*, São Paulo: Editora Esplanada Ltda – ADCOAS, 2000.
- EMERICK, M. C. Resumo da informação verbal, no *Congresso da REPICT*, em 26 de julho, Rio de Janeiro, 2000.
- HABERMAS, J. Direito e Democracia, apud REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia III*, São Paulo: Edições Paulinas, 1991.
- PARAGUAI. *Constitución De La República Del Paraguay*. Asunción, 1992.
- PIMENTEL, L. O. Normas Jurídicas do Comércio Mundial. In *SCIENTIA IURIS*, Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: Editorial UEL, 1998.
- REPICT, Revista eletrônica do III Encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Tecnologia, Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica, *et al.* Rio de Janeiro, 24, 25 e 26 de julho de 2000. Disponível em: [<http://www.repict.com.br>], acesso em 02 jan. 2002.
- RECHTSWISS, D. A. d. em “Ges. Reden u. Abh.” (1904), apud Wieacker, Franz, 1993.
- SANTOS, B. de S., *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1993.
- URUGUAY. *Constitución De La República Oriental Del Uruguay. Montevidéo, 1967-90.*

**RESUMO DAS DISSERTAÇÕES
DEFENDIDAS EM 2002**

Alceu Teixeira ROCHA:

O CARÁTER NÃO-ALEATÓRIO DOS CONTRATOS DE SEGURO

Professor Orientador: Dr. Nelson Borges

RESUMO:

O contrato de seguro consubstancia uma manifestação de vontades que tem como partes o segurador e o segurado. Ao segurado compete o pagamento do prêmio ao segurador, contraprestação estabelecida, em virtude do risco que aquele assume. Ao segurador compete pagar a indenização prevista ao segurado, na hipótese de ocorrer o risco previsto contratualmente. A regra geral tem sido considerar a natureza jurídica destes contratos como aleatória. Porém, expressiva corrente vem ganhando corpo na doutrina, com nova visão sobre o conceito do contrato de seguro, colocando em xeque sua classificação tradicional, cuja *ratio essendi* seria a dúvida, a incerteza. A pesquisa demonstrou que em face da prestação e da contraprestação pré-determinadas existentes entre as partes, isto é, diante de manifesta comutatividade, não pode o contrato de seguro ser considerado aleatório, especialmente porque segurado e segurador estão conscientes das responsabilidades expressas, contratualmente atribuídas a cada um, culminando em obrigações recíprocas o que afasta, de pronto, o caráter de aleatoriedade e, principalmente, em face da sua característica maior, que é a mutualidade. Conclui-se portanto, que o contrato de seguro possui caráter não-aleatório, porque diante da prestação certa, o prêmio coloca-se uma outra prestação igualmente certa, a cobertura securitária.

Palavras-chave: Contrato de seguro, segurador, segurado, natureza jurídica.

Amauri José do NASCIMENTO

*TRANSEXUALISMO: ANÁLISE DA
JURISPRUDÊNCIA E A TENDÊNCIA
DOS TRIBUNAIS*

Professora Orientadora: Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

Os direitos do transexual não se limitam ao direito ao próprio corpo ou a felicidade, mas se estende ao direito à saúde, à intimidade, à privacidade e à integridade física e moral, e, com base nos princípios constitucionais, o transexual, como decorrência dos direitos supracitados. A proibição legal ou o mero indeferimento da pretensão do transexual em realizar a cirurgia de mudança de sexo ou a redesignação documental, como decidem alguns tribunais, é uma afronta às suas garantias constitucionais.

Palavras-chave: Transexualismo, direitos, garantias constitucionais, mudança de sexo, cirurgia.

Antonio Alberto Cristofalo de LEMOS

O HABEAS DATA COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA

Professor Orientador: Dr. Ruy Jesus Marçal Carneiro

Resumo:

Esta dissertação visa a analisar o instituto do *habeas data*, trazido para o Texto Constitucional de 1988, como mais um instrumento de cidadania, beneficiando, e muito, a sociedade brasileira, que se angustiou por mais de duas décadas sob um regime autoritário e arbitrário, em que as franquias democráticas eram desprezadas. A expressão “cidadania” é aqui trabalhada na sua amplitude maior, não sendo, por força de dicção constitucional, restringida à mera expressão contida na lei da ação popular - nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Observa-se que não basta apregoar o termo “cidadania”, é preciso lutar pela sua efetiva aplicação. Assim, diante da nova ordem constitucional não há mais como se negar o direito das pessoas de terem conhecimento das informações arquivadas a seu respeito, e alterá-las quando não-verdadeiras ou incorretas. Possíveis inverdades ou falhas nos arquivos podem trazer graves prejuízos aos interessados. Elas devem ser analisadas e sopesadas, caso a caso, para garantir o acesso e a retificação de informações, razão por que, o legislador constituinte criou o *habeas data*, assegurando a aplicação da cidadania, no Brasil, que adotou a democracia como caminho para o seu grande destino de nação desenvolvida, no bojo de uma Constituição moderna e arrojada. Era o *habeas data* uma norma auto-aplicável, todavia o mesmo foi regulamentado pela lei 9,507, de 12 de novembro de 1997. Essa lei ordinária apresenta falhas de nível técnico, em especial, a terminologia da expressão “rito”, quando seria mais apropriado usar “procedimento”. Também se conclui que o artigo 8º da lei 9.507, de 12 de novembro de 1977 é inconstitucional, pois se o legislador constituinte não impôs obstáculos ao acesso à Justiça para utilização do *habeas data*, não

poderia o legislador ordinário impor. Ademais, tanto na esfera constitucional quanto ordinária, a criação do *habeas data* foi uma grande conquista para assegurar a cidadania, sendo um verdadeiro instrumento para tal fim. A população brasileira necessita ter conhecimento de seus direitos, dentre eles, o direito de conhecimento, acesso e retificações de informações pessoais existentes nos órgãos do poder público ou de “caráter público”. O objetivo deste trabalho foi alcançado, pois mostrou a importância do novo instituto constitucional, concluindo-se que o mesmo é um grande baluarte como verdadeiro instrumento de cidadania.

Palavras-chave: , cidadania, direitos constitucionais, instituto constitucional

Antonio Claudio MAXIMIANO

CONTRATO DE TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO LOCAÇÃO DE SERVIÇOS E EMPREITADA

Professor Orientador: Dr. Lourival José de Oliveira

Resumo:

Esse trabalho estuda a necessidade de se discutir novamente a respeito das condições impostas pela globalização, e as mudanças nos contratos de trabalho e a função do Estado diante dessa nova realidade. Essa experiência não é só privilégio do Brasil, como se pode observar por meio da legislação comparada. A globalização é apresentada como uma realidade e não como uma solução. Talvez se deva repensar o tempo presente, pois o individualismo já demonstrou ser incapaz de suprir as necessidades de coexistência. A terceirização é a busca de se concretizar uma parceria entre terceirizante e terceirizado, no qual ambos tem como finalidade principal a produção de bens e de serviços, mas se analisar este processo como fator econômico e social, percebe-se seu grande impacto nas relações trabalhistas. Como dado jurídico, contudo, não tem ainda merecido o necessário e abrangente tratamento normativo hábil a assegurar que sua exigência não configure um comprometimento frontal ao caráter progressista que sempre foi inerente ao Direito do Trabalho

Palavra-chave: Terceirização, contratos de trabalho, locação de serviços, direitos trabalhistas, parceria.

Averaldo Francisco Pinheiro de SOUZA

UMA ANÁLISE DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Professor Orientador: Dr. Lourival José de Oliveira

Resumo:

Globalização e avanço tecnológico versus Direito do Trabalho e flexibilização. Procurou-se demonstrar de início que o Direito do Trabalho se originou pela disputa de classes iniciais no período da Revolução Industrial (século XIX) e se firmou como ramo do Direito dotado de princípios norteadores da legislação laboral. Já num segundo momento foi afirmado que a mudança na estrutura da cadeia produtiva advinda pela atual tendência de expansão mundial do mercado, aliada ao avanço tecnológico, com vistas a atender às imposições dos liberais capitalistas, tem ocasionado uma série de mudanças nas relações laborais, entre elas, o desemprego, o crescimento do trabalho informal, a terceirização, o cooperativismo, além do trabalho flexível, tendo como exemplo, o teletrabalho. Essas alterações que colocam em discussão a validade das atuais normas que disciplinam essa matéria, fazendo com que haja propostas governamentais de flexibilização das regras positivadas. A discussão que se trava num terceiro momento é para saber até que ponto é possível compatibilizar as novas relações de trabalho sem que, para isso, seja preciso anular ou mesmo aniquilar a disciplina Direito do Trabalho. O ponto de vista da doutrina liberal capitalista é questionado, assim como a tendência à flexibilização das normas trabalhistas, fazendo-se um paralelo do ordenamento pátrio com algumas experiências do direito alienígena, bem como, analisando o fator mais debatido pelos capitalistas, o custo da remuneração do trabalho. Num quarto momento é analisado o Projeto de Lei 134/01 que tramita no Senado Federal e que coloca à

frente da legislação positivada a negociação coletiva e suas implicações em sede constitucional. Entende-se que alguns aspectos tangenciados nesse trabalho merecem estudos mais aprofundados, pois a análise aqui feita é meramente expositiva, devendo ser feita a revisão dos seus institutos, teorias e conceitos do Direito do Trabalho, o seu redirecionamento para o fim de incluir as novas forma de trabalho advindas com as alterações introduzidas pela globalização e principalmente pela tecnologia.

Palavras-chave: Globalização, direitos trabalhistas, doutrina liberal, trabalho informal, desemprego.

Carlos Eduardo PINTO

A DUPLICATA E SUA RELAÇÃO COM O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Professor Orientador: Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Resumo:

Os títulos de crédito sempre foram assunto de destaque no Direito Comercial, especialmente no cenário mercantil como pilastra do fomento econômico gerando crédito e circulando riquezas. O mundo mercantil caminha com eles há longa data, imputando-lhes mudanças e alterações como força de adaptação à evolução dos tempos, dos costumes e das Leis. A duplicata, dentre os títulos de crédito é aquele que se nos apresenta como criação genuinamente brasileira, de larga utilização e importância como instrumento gerador de crédito movimentador de riquezas, que no momento atual, tenta se encaixar no novo modelo de mercantilização a invadir o mercado mundial, chamado “comércio eletrônico”, que traz consigo o modelo do futuro. Para se chegar a situação atual desse título *sui generis*, volta-se ao passado do qual se extraem a forma, os tipos e as finalidades dos títulos de crédito, isso é feito sem adentrar em profundidade as teorias específicas, mas de modo geral, arejando o conhecimento sobre o assunto, para posteriormente, envolver-se com a duplicata propriamente dita, em sua trajetória e sua atual situação diante do “comércio eletrônico”, sua utilização e as tendências que a remodelarão ou a substituirão como título de crédito e meio de pagamento.

Palavras-chave: Comércio eletrônico, títulos de crédito, duplicata, Direito Comercial.

Edgard Pereira LIMA

PRISÃO CAUTELAR E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Professora Orientadora: Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

O objetivo deste trabalho é analisar as várias espécies de prisão cautelar, também conhecidas por prisão provisória, ante as limitações impostas pela Constituição Federal que, salvante a prisão em flagrantes, não admite a prisão de qualquer pessoa se não for por meio de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Objetiva demonstrar a importância da prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal, assegurar o êxito do processo penal de conhecimento e dar à sociedade uma resposta pronta e efetiva no combate à criminalidade. Aborda em primeiro lugar os requisitos da prisão do sujeito infrator, os requisitos do mandado de prisão, o emprego da força física estritamente necessária para a realização da prisão; em seguida, aborda a prisão em flagrante, em suas modalidades, o sujeito ativo e o passivo, levando em consideração que a mesma será relaxada se for ilegal. Aborda a prisão preventiva que pode ser decretada somente pelo juiz competente, mediante decisão fundamentada e, finalmente, a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e a decorrente da sentença de pronúncia, quando, para recorrer, o acusado está obrigado a se recolher à prisão. Nesse último capítulo aborda o direito de punir do Estado, o direito de liberdade do suposto autor da infração penal e o conflito destas prisões cautelares com o princípio da presunção da inocência encartado na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Prisão cautelar, prisão flagrante, sujeito infrator, legislação, prisão preventiva, limitações constitucionais.

Edson Fernando Picolo de OLIVEIRA

*A PUBLICIDADE ENGANOSA EM FACE DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E
SEUS MECANISMOS DE CONTROLE*

Professor Orientador: Dr. Oscar Ivan Prux

Resumo:

Os estudos empreendidos no desenvolvimento desta dissertação de mestrado visam aprofundar-se no campo do direito publicitário brasileiro, especialmente a matéria que trata da publicidade enganosa, com base no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11.09.1990. Parte-se de um enfoque conceitual e histórico da publicidade e posteriormente, amparado pela legislação consumerista, os princípios gerais do consumidor e suas fontes protetivas, além dos chamados sobreprincípios, dispostos na publicidade com embasamento exclusivo no Código de Defesa do Consumidor. Analisa-se a questão da publicidade enganosa, suas formas e também o sistema de controle, externando o seu ponto de vista e considerações a respeito do assunto e por último, tecem-se breves elucidações a respeito da responsabilidade civil no meio publicitário, apontando-se questões controvertidas e de interesse no meio publicitário e jurídico.

Palavras-chave: Publicidade enganosa, direito publicitário, CDC, legislação.

Eduardo Augusto Vella GONÇALVES

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA AO CIDADÃO FRENTE A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Professora Orientadora: Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

O objetivo fundamental da presente pesquisa é demonstrar o princípio da legalidade como sustentáculo ao Direito Público brasileiro, tornando-se instrumento de garantia aos cidadãos, no que se refere à atuação da Administração Pública. Para isto, parte-se de um entendimento sobre a forma e a estrutura do Estado brasileiro, bem como um estudo sobre o papel, as atividades e as responsabilidades da Administração Pública neste Estado. Posteriormente, faz-se uma abordagem dos princípios, seu conceito, posicionamento no sistema jurídico e sua força, em termos de normas jurídicas notadamente, em termos de norma constitucional, passando por um estudo mais aprofundado do princípio da legalidade, tema central do presente. Analisa-se, finalmente, a aplicabilidade do princípio da legalidade ao Direito Administrativo, sendo este, visto como disciplina especializada em cuidar da atividade administrativa. Concluindo-se com uma análise sobre a eficácia do princípio, em relação a algumas atividades administrativas específicas, de forma a garantir ao cidadão a boa gestão da coisa pública.

Palavras-chave: Princípio da legalidade, direito público, direito administrativo, administração pública, cidadania, sistema jurídico.

Eduardo Mombrum de CARVALHO

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE MATERIAL AO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Professor Orientador: Dr. Walter Claudius Rothenburg

Resumo:

O poder constituinte é o poder criador do Estado, através da elaboração de uma constituição. É com a necessidade de justificação desse poder que surgem as teorias políticas ligadas a ele. O poder constituinte tem sido considerado, desde sua teorização pelo abade Sieyès, ilimitado, no sentido de ser desprovido de limites jurídicos. Contudo, Sieyès acreditava estar o poder constituinte limitado apenas pelo Direito Natural. Após o Positivismo Jurídico ter substituído a noção do Direito Natural pela do Direito unicamente caracterizado pela norma jurídica, o poder constituinte ganha um *status* de ilimitação absoluta. Nesse trabalho o autor procura demonstrar que o poder constituinte sempre esteve limitado: no absolutismo, por condicionantes religiosas, política e outras; no contratualismo, pelos limites racionais. Analisa, ainda, o conteúdo político ideológico da teoria de Sieyès, demonstrando a influência da luta contra o absolutismo monárquico como elemento político que influenciou a teorização desse poder. Posteriormente dogmatizado como ilimitado, esse poder antecederia ao direito, sendo, dessa forma, considerado um poder de fato. O autor, deste trabalho, refuta essa tese, pois acredita que o Direito não se resume à norma jurídica. Apoiado na teoria realiana, acredita que o direito é composto por uma tríade: fato-valor-norma. Que o poder constituinte é um poder dotado de uma face social, uma política e uma jurídica, sendo condicionado pela última e limitado materialmente pelos direitos fundamentais. O autor crê no ser humano como valor-fonte, cujos direitos fundamentais são a máxima expressão, sendo esses o elemento axiológico que

compõe a noção de Direito. Assim, o poder constituinte possui limites jurídicos e materiais. Além de reconhecer o consenso e a democracia como elementos essenciais à manifestação legítima do poder constituinte, acredita que há a necessidade de um terceiro elemento legitimador, a obrigatória revisão de direitos fundamentais no texto constitucional. Acredita também que os direitos fundamentais, como máxima expressão axiológica, são o fundamento de todo o ordenamento jurídico e que são elementos intrínsecos da relação política, que, desprovida deles, transformaria os governados em meros objetos do poder.

Palavras-chave: Poder constituinte, Direito, Direito natural, limites, fato-valor – norma.

Eliane TEIXEIRA

CONSÓRCIO DE EMPREGADORES RURAIS

Professor Orientador: Dr. Lourival José de Oliveira

Resumo:

O consórcio de empregadores rurais busca solucionar as questões ou dificuldades relativas a locação de mão-de-obra, respeitando as normas consolidadas do trabalho no Brasil. O próprio grupo de trabalhadores rurais por meio de seu gerente ou preposto, legalmente habilitado, admite, dirige a prestação de serviço e dispensa o empregado. O consórcio de empregadores rurais é a união de empregadores, pessoas naturais, reunidos com o objetivo de contratar empregados para o grupo. Supre a necessidade da contratação de empregadores rurais por tempo parcial, modalidade mais utilizada pelo consórcio. O presente estudo tem o objetivo de aperfeiçoar o instituto do consórcio de empregadores rurais e dar nova dinâmica às formas de regramento das relações de trabalho no meio rural com vista à sua aplicação também na zona urbana.

Palavras-chave: Consórcio de empregadores rurais, locação de mão-de-obra, prestação de serviços, contrato, dispensa.

Francisco da Silva DEAMO

DA UTILIDADE E DA EFICÁCIA DO PLANO DIRETOR EM CIDADES COM MENOS DE VINTE MIL HABITANTES

Professor Orientador: Dr. Ruy Jesus Marçal Carneiro

Resumo:

Esta dissertação objetiva desenvolver uma análise sobre a função social da propriedade nas cidades com menos de vinte mil habitantes, frente aos dispositivos vinculantes expressos no art. 182, §§ 1º e 2º da Constituição Federal. Enquanto o §1º impõe a todas as cidades com mais de vinte mil habitantes a adoção de um plano diretor como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, o §2º do supracitado art.182 determina que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade; expressas no plano diretor. Considerando que a função social da propriedade somente será atingida cumprindo-se as diretrizes expressas no plano diretor e, considerando que ele somente é imposto pela Lei Maior somente para cidades com mais de vinte mil habitantes afigura-se aí o núcleo da problemática, objeto deste trabalho, expressa na seguinte indagação: Diante da ausência de um plano diretor como se dará o cumprimento da função social da propriedade nas cidades com menos de vinte mil habitantes? Esse é, em essência, o objeto de estudo desta dissertação que abordará também as questões relacionadas ao planejamento municipal e o envolvimento de natureza cooperativa das associações representativas locais, na sua formulação. Finalmente, o foco de análise deste trabalho será direcionado ainda ao novo diploma normativo denominado. Estatuto da Cidade (Lei 10257 de 10 de julho de 2001) e as inovações por ele introduzidas no âmbito da realidade urbana brasileira, regulamentando assim as disposições contidas nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Plano diretor, função social, associações representativas locais, regulamentação.

Genésio Paulo MATTER

TÍTULOS DE CRÉDITO RURAL: A CÉDULA DE PRODUTO RURAL

Professor Orientador: Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Resumo:

Analisa a Cédula de Produto Rural em seus contornos jurídicos e econômicos, de acordo com os fins institucionais que justificaram sua inserção no quadro de títulos de crédito rurais previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Introduce o tema através de uma abordagem geral do crédito rural no Brasil e dos títulos de crédito por meio do quais se concretiza a operacionalização creditícia neste segmento do mercado produtivo. Contrapõe-se à aplicação das normas de Direito Agrário ao título objeto do tema. Ressalta a contraposição baseada na natureza jurídica do instituto, apta a albergar, subsidiariamente, as normas de Direito Cambiário, situação que deflui da própria lei institucionalizadora. Em razão disso, considera essencial discorrer sobre a teoria geral dos títulos de crédito, em especial no que se refere aos princípios que os informam, com as devidas correlações e os respectivos distaciamientos decorrentes da especialidade do instituto. Efetua um desdobramento das disposições legais que regem o título e definem sua qualificação jurídica. A par disso, atenta para uma análise aplicativa da cédula, seja quanto à sua utilização pelo setor produtivo rural, seja quanto ao enfrentamento jurisprudencial acerca de aspectos problematizados em sua ingerência negocial. Aponta como principais resultados: a) o alcance de qualificação jurídica do título, submetido a uma disciplina peculiar, que principia já no objeto nele materializado, cuja obrigação corresponde a uma promessa de entrega futura de produtos rurais e não um pagamento em dinheiro, destoando em aspectos significativos da tradicional sistemática legal dos títulos de crédito em geral; b) a definição de sua natureza de típico contrato de compra e venda, cujos recursos

são alvancados por mecanismos privados e paralelos às linhas oficiais de crédito, o que o peculiariza e o distingue do mútuo, próprio do setor compulsoriamente subsidiado de financiamento do crédito rural; c) a adequada definição dos quadrantes do título impescinde da busca de subsídios na legislação cambiária e na própria disciplina normativa dos títulos de crédito rural, que serviram de inspiração ao legislador em aspectos específicos. Conclui que a normatividade do título é voltada ao fortalecimento econômico do produtor rural, atendendo, por esta via, a realização do interesse coletivo, mas não descuida dos interesses do financiador, que se vê garantido por mecanismos altamente eficazes na realização de seu crédito como o aval, o penhor, a hipoteca, a alienação fiduciária, além de não estar submetido a eventuais excludentes de responsabilidade do financiado, como o caso fortuito e força maior.

Palavras-chave: Títulos de crédito rural, Cédula de produto rural, direito agrário, direito cambiário, jurisprudência, normatividade, produtor rural.

Gerson José BENELI

*A ARBITRAGEM E OS PRINCÍPIOS
NORTEADORES DO ARTIGO 1º E 2º
DA LEI 9.307/96*

Professor Orientador: Dr. Oscar Ivan Prux

Resumo:

O presente trabalho demonstra a importância da utilização do instituto da arbitragem na solução de controvérsias relativas a direitos disponíveis, de conformidade com a Lei 9.037/96. O estudo está embasado sobre a regra estatuída nos artigos 1º e 2º, sobretudo os princípios da autonomia da vontade, da boa fé, dos bons costumes, pilares sustentadores do instituto da arbitragem e que deverão sempre vigorar entre as partes e o árbitro escolhido para dirimir o conflito. Objetivando dar uma visão mais ampla ao instituto e a seus princípios sustentadores, aborda-se também a capacidade das partes para a contratação da arbitragem, bem como a figura do árbitro, no que tange à sua escolha e à especialidade técnica no assunto controvertido. Apontam-se os elementos de convicção no uso da arguição de exceções e a antecipação da tutela durante o período arbitral, além da responsabilidade civil e penal do árbitro, bem como os princípios processuais no procedimento arbitral, além da possibilidade de as partes optarem pela arbitragem de direito ou de equidade. Conclui-se que há segurança jurídica para as partes ao utilizarem o instituto da arbitragem, com a finalidade de solucionar conflitos relativos a direitos disponíveis.

Palavras-chave: Arbitragem, árbitro, responsabilidades civil e penal, segurança jurídica, instituto da arbitragem.

Ideval Inácio de PAULO

SIGILO BANCÁRIO: PRESERVAÇÃO E QUEBRA

Professor Orientador: Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Resumo:

A proteção do sigilo bancário é muito antiga e ao longo do tempo foi sendo disciplinada pelas várias legislações. Como as atividades financeiras em geral estão intimamente ligadas às atividades tributárias, principalmente com relação às atividades de arrecadação do Estado, estas legislações, em princípio protegem o indivíduo, posteriormente começou a sofrer algumas modificações para poder fornecer ao Estado mecanismos destinados a facilitar sua atuação não só nas atividades de arrecadação como também nos meios de combate ao crime organizado. Por isso, as novas legislações apresentam uma tendência em proteger o cidadão individualmente, e também a coletividade. No direito brasileiro, a proteção ao sigilo bancário alcançou patamar constitucional, tendo sido admitido como um direito e uma garantia fundamental do cidadão, referendado pelo Pretório Excelso do país. A jurisprudência pacificou o tema, admitindo a chamada “quebra” do sigilo somente em casos excepcionais, através de decisão judicial devidamente fundamentada, para preservar a privacidade do cidadão, pois o sigilo está incluído entre os bens que compõem a sua vida privada. A natureza jurídica do sigilo bancário se justifica pela teoria contratualista e também pela teoria legalista, já que nasce da relação contratual entre o cliente e a instituição financeira, porém, está vinculada à lei que o regulamenta. O poder político, ao elaborar as novas legislações, e na busca desesperada pelo aumento das arrecadações, permitiu que se aprovasse Lei Complementar que legitimando a sua “quebra” pelo órgão administrativo (Secretaria da Receita Federal). A decisão sobre a viabilidade, a necessidade e a legalidade da quebra do sigilo já não cabe mais ao Judiciário, e sim à autoridade fiscal. Além

de se constituírem uma ofensa às normas constitucionais essa medida retrocedeu no tempo, ignorando o Estado Democrático de Direito, principalmente por desrespeitar o princípio do “devido processo legal”, e trazendo insegurança jurídica aos cidadãos. A ilicitude e a inconstitucionalidade dos novos normativos afloram, ainda, por admitir aplicação retroativa na obtenção de dados e movimentações financeiras do contribuinte, ofendendo-lhe o direito adquirido, e o ato jurídico perfeito. Verifica-se, então, que a legislação que disciplina o sigilo bancário sofreu profundas mudanças, em se tratando dos direitos fundamentais e da dignidade do cidadão, mudou para pior. O convênio firmado pelo Banco Central do Brasil com o Judiciários, para agilizar o cumprimento de ofícios destinados a bloquear valores depositados nas instituições financeiras, ou para a finalidade de obter informações sobre o cliente, através de sistema informatizado ofende as normas legais vigentes. Para sua validade a legislação deverá ser adequada à nova realidade. É objetiva a responsabilidade das instituições financeiras relativamente ao fornecimento de documentos e demais informações sobre seus clientes, mesmo que sejam requisitados por autoridade judiciária, salientando que ninguém é obrigado a cumprir ordem manifestamente ilegal.

Palavras-chave: Sigilo bancário, preservação, quebra, natureza jurídica, instituições financeiras, arrecadação tributária.

Italmira Silva BRITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL MÉDICO

Professora Orientadora: Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

Trata a presente dissertação de um estudo sobre a responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão. É apresentado um levantamento sobre os problemas de natureza médico-legal enfrentados pelo médico brasileiro neste início de século XXI, especialmente no campo da anestesia e da cirurgia. Esse assunto vem sendo debatido, principalmente na teoria da responsabilidade, tornando-o mais intenso e sobrepondo o interesse das vítimas de erros médicos e suas conseqüências. O trabalho inicia com noções gerais acerca da responsabilidade civil, tais como histórico do instituto, conceito espécies, causas excludentes, etc. Em seguida, passa a analisar a relação estabelecida entre o profissional médico e o consumidor dos seus serviços, com base na Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), bem como os aspectos relativos ao ônus da prova na responsabilidade civil dos médicos. Analisa também as obrigações deste profissional das cirurgias meramente estéticas. Finalmente encerra com uma rápida visão dos tribunais sobre a matéria e um resumo do que foi exposto.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, profissional liberal, médicos, obrigações, cirurgias estéticas, CDC.

João Carlos Lanzi ALCALDE

*APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO
REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES
PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO*

Professora Orientadora: Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

Para que seja possível a plena observância quanto ao princípio constitucional da moralidade administrativa juridicizado no artigo 37, caput, pelo legislador constituinte, é necessária a compreensão em relação à origem, natureza, caracterização e conceito do citado princípio, face à sua finalidade e exequibilidade. A) Em sentido amplo é possível a viabilidade na distinção entre ética e moral para fins de determinação quanto ao objeto exclusivo deste, sabendo-se que a ética compreende ramo filosófico afeto ao estudo dos valores morais. Do mesmo modo é possível conceber a moral comum diferenciada do direito a partir dos aspectos da coercibilidade e da objetividade. Logo, torna-se viável a transmutação de regras morais em preceitos jurídicos e vice-versa. B) Por moralidade ou moral administrativas entende-se um conjunto compreendido por regras de conteúdo axiológico, extraído da moral comum constituída a partir de um processo cultural histórico formador da sociedade, cuja especialidade acaba por determinar um sistema fechado, real atuante e objetivo, constituindo-se em entidade própria como um subsistema, formatado pelas regras de conduta interna da administração, como definiu bem Hariou. C) Por força da aquisição de instrumento coercitivo e através da inclusão ou positivação no ordenamento jurídico vigente, a moralidade administrativa angaria assina a juridicidade, porém concatenada à noção axiológica como sendo um princípio dever daqueles que interagem com a administração pública. D) A moralidade administrativa é in-

ternamente controlada no âmbito da Administração Pública Federal, em relação aos servidores públicos civis da União, pela Lei 8.112/90, em seus artigos 116 e 117, sendo esta subsidiada por regras orbitais, tal como a Lei 8.429/92. Há outras normas que tratam do cumprimento à determinação constitucional pela moralidade administrativa, contudo, uma deixa sem efeito sancionatório efetivo como no caso do Código de Ética dos servidores da União. E) O controle interno promovido pela Administração Pública Federal afeta aos servidores civis e é de extrema importância, haja vista a possibilidade de celeridade apuratória e punitiva. Isso acaba por resultar num efetivo controle disciplinar e da moralidade, se considerada ainda que a exclusão pela demissão afasta em definitivo o servidor imoral do âmbito administrativo, fazendo cessar de imediato a lesividade porventura por este arquitetada, de modo mais efetivo que a própria via penal. Do mesmo modo, a adoção das medidas de cunho administrativo atua complementando nas questões funcionais e cíveis relacionadas ao ressarcimento do erário de forma definitiva.

Palavras-chave: Princípio da moralidade administrativa, ética, moral, noção axiológica, código da Ética dos Servidores da União, regime jurídico, servidores públicos civis.

João Henrique FERREIRA

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS

Professor Orientador: Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Resumo:

A instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos âmbitos constitucional e legal, no Brasil, rompeu o clássico axioma *societas delinquere non potest*, fundado na responsabilidade subjetiva. O fenômeno da criminalidade coletiva, notadamente daquelas relacionadas às atividades econômicas e ambientais, nas quais os entes morais contribuem com significativa implicância, como protagonistas das atividades ilícitas e obstáculos à criminalização das pessoas físicas envolvidas, exigiu a elaboração de um novo instrumento jurídico de tutela penal, qual seja, a responsabilidade da própria pessoa jurídica, objetivando com isso prevenir e reprimir as atividades lesivas com maior eficiência. Nesse contexto, foi regulamentada a responsabilização do ente moral, em relação aos crimes ambientais, pela Lei 9605/98, com aplicabilidade condicionada à demonstração de vínculo entre infração e a decisão proveniente de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade. Não obstante inserida na Lei ambiental, a criminalização dos entes morais não está limitada às infrações ambientais nela descritas, mas a todas aquelas que, direta ou indiretamente cumpram a função de tutela ambiental, em quaisquer de suas formas (natural, artificial ou do trabalho), vez que o bem jurídico-penal meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, trata-se de direito fundamental que goza de proteção constitucional ampla. Na doutrina brasileira e mesmo estrangeira o novo instituto jurídico tem enfrentado resistência, mas que se atenua em função de sua proliferação por inúmeros sistemas jurídicos, no mundo todo, impulsionado por recomendações de congressos ambientais e penais, além da pró-

pria necessidade decorrente das grandes degradações verificadas. Já na jurisprudência, as decisões têm admitido a constitucionalidade e aplicabilidade do instituto, embora com ressalvas à falta de melhor especificação da lei, mormente no que tange às figuras criminais e suas respectivas penas. Conclui-se que o instituto, portanto, tem fundamental importância na defesa ambiental, tratando-se de instrumento jurídico que não pode ser abandonado na busca de punição à criminalidade coletiva.

Palavras-chave: Crimes ambientais, responsabilidade penal, pessoa jurídica, tutela ambiental, defesa ambiental.

Leandry FANTINATI

DIREITO DOS COMPANHEIROS NA UNIÃO ESTÁVEL E A UNIÃO AFETIVA ENTRE HOMOSSEXUAIS

Professor Orientador: Dr. Nelson Borges

Resumo:

O tema central desta pesquisa é o estudo da união estável, desde seu primeiro apontamento histórico (440 a.C.), relatado por Heródoto, sobre lendas populares no Egito (600 a.C.), trata ainda em breve relato, o surgimento deste instituto entre os povos romano e bárbaro, ditando sua aplicação no direito brasileiro e o direito comparado. É inegável que a união estável surgiu derivada do concubinato puro, haja vista suas características de não impedimento ao matrimônio. Dessa forma, após o descobrimento da origem do tema da pesquisa, essa acompanha passo a passo seu desenvolvimento histórico, apontando sua aceitação e a legislação que se desenvolveu ao longo do tempo. Esta pesquisa demonstra, além dos aspectos históricos, a estrutura e a dimensão alcançadas nesse início de Século XXI, pela união estável, a partir de seu reconhecimento, declarado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 226, §3º, bem como a garantia de outros direitos, principalmente estabelecendo requisitos básicos de caracterização dos direitos aos alimentos, descritos na Lei 8971, de 29 de dezembro de 1994, e a regularização do texto constitucional, no que se refere aos direitos e deveres dos conviventes, descritos na Lei 9278, de 10 de maio de 1996. Por último, a pesquisa traz algumas considerações sobre a união afetiva entre homossexuais, bem como, os efeitos por ela gerados mesmo antes de sua regulamentação e traz ainda, o Projeto de Lei 1151/95 (substitutivo de 10 de dezembro de 1996) da ex-deputada e atual prefeita de São Paulo, Marta Suplicy; a possibilidade de adoção pelos adeptos a essa união afetiva; a formulação de hipóteses de adoção, os efeitos patrimoniais decorrentes dessa união, entrevistas com homossexuais e a idéia de adequação do direito à realidade evidenciada nesse início de Século XXI.

Palavras-chave: Homossexuais, união estável, união afetiva, direitos civis, direito brasileiro, direito comparado, aspectos históricos.

Marcelo Sergio PEREIRA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Professor Orientador: Dr. Oscar Ivan Prux

Resumo:

O trabalho de pesquisa ora desenvolvido, primeiramente, antes de se aprofundar no tema proposto busca resgatar um pouco da história do microsistema de proteção do consumidor com ênfase nos serviços essenciais, em seguida destaca-se os principais aspectos conceituais inseridos no Código de Defesa do Consumidor. O tema abordado engloba a prestação de serviço público essencial por meio da administração pública direta e indireta, com o objetivo de conceituar e classificar os serviços essenciais e sua continuidade quando disponíveis para ao consumidor, pois lei não estabeleceu qualquer critério para conhecimento do operador do direito, quiçá do consumidor. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial em determinados pontos é bastante acirrada, porque administração pública direta prestadora dos serviços próprios para alguns doutrinadores não estaria afeta à legislação consumerista sob o fundamento de que o serviço essencial regulado pela Lei 9.078/90, somente incide naqueles remunerados diretamente pelo usuário-consumidor. Outro ponto fundamental para o esclarecimento científico e satisfatório do tema concentra-se na obrigação ou não de o fornecedor manter determinados serviços ininterruptamente, analisando, ainda, a formação contratual e extracontratual da relação de consumo, bem como a responsabilidade do fornecedor nos casos de descumprimento total ou parcial da prestação de serviço essencial e sua continuidade. Por fim, as causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor analisando: o autor do dano, a inexistência do defeito, a culpa do consumidor e de terceiro e caso fortuito e força maior.

Palavras-chave: CDC, prestação de serviços públicos, administração pública, controvérsia doutrinária e jurisprudência, usuário/consumidor/fornecedor.

Maria Cláudia Mendonça BRAGATO

DO CONTRATO ELETRÔNICO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS - A DEFESA DO CONSUMIDOR

Professora Orientadora: Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Resumo:

Dissertação sobre contrato eletrônico e suas implicações jurídicas nas relações de consumo no Brasil. Consta que: a) não obstante suas deficiências, os projetos de lei 672/99 e o 1.589/99 da OAB pelo menos tiraram o Brasil de uma situação de inércia legislativa e propiciaram o início de uma série de debates a respeito do tema; b) os contratos virtuais são plenamente válidos e eficazes, desde que utilizadas tecnologias de identificação digital, em especial o uso dos certificados digitais, concedidos por autoridade certificadora, ou outras técnicas que se mostrem, no mínimo, tão eficientes, já existentes, ou que venham a se desenvolver; c) que referidos Projetos de Lei não criem novas regras para a contratação por meio de rede de computadores, respeitando, portanto, a aplicabilidade da legislação vigente aos contratos eletrônicos, especialmente os que têm os consumidores como seu fim; d) não há que se falar em interferências nas legislações de cada país, mas em um regramento mínimo que seja observado por países que queiram dar segurança à Internet, pois é necessário e transcende a esfera meramente comercial da rede por ultrapassar fronteiras. Apesar da possibilidade de se regulamentar por completo, resta necessário um critério amplo e adaptado à cultura em que se vive, para incorporar à vida jurídica a contratação eletrônica em todas as suas expressões devendo o Governo assumir um papel mais proativo, o oposto de reativo em relação à Internet ao adotar providências sérias nos campos da regulamentação, da informação e da educação, de infra-estrutura e de prevenção contra o mau uso da rede.

Palavras-chave: Contrato eletrônico, implicações jurídicas, defesa do consumidor, regulamentação, consumo.

Maria Cristina DIAS

O PLANEJAMENTO MUNICIPAL BRASILEIRO À LUZ DO SER E DO DEVER-SER

Professor Orientador: Ruy Jesus Marçal Carneiro

Resumo:

O presente trabalho visa apresentar o tema “O planejamento municipal brasileiro à luz do ser e do dever-ser”. A pesquisa iniciou-se a partir da busca do entendimento de algumas relações existentes nos Municípios. Planejar, necessariamente, significa entender que tudo pode ser feito de múltiplas maneiras e que, quanto maior for a participação da sociedade, melhor será o resultado alcançado com o ato de planejar do Município. As definições das terminologias Cidade e Município foram significativa, para definir o Plano Diretor da Cidade como um instrumento urbano, uma espécie que compõe o gênero Município e que envolve o todo, o macro, no processo de planejamento. Conclui-se que as Administrações Municipais dependem da implantação de processos de planejamentos que sejam eficazes e reais, para a sua realidade - o ser – por isso, é necessário que se alterem e melhorem as condições para todos a partir do dever-ser.

Palavras-chave: Planejamento municipal, cidades, municípios, plano diretor, administrações municipais.

Martinho Otto GERLACK NETO
*IGUALDADE JURÍDICA ENTRE
HOMEM E MULHER*

Professor Orientador: Dr. Nelson Borges

Resumo:

O presente trabalho tem por escopo analisar a igualdade jurídica entre homem e mulher, fazendo-se um estudo sobre a evolução histórica da família; direitos e deveres de homens e de mulheres no casamento e na união estável, bem como as alterações sofridas no campo do Direito de Família com o advento da Constituição Federal de 1988 que trouxe em seu bojo o princípio da isonomia entre homem e mulher (artigo 5º, inc.I). Ainda, busca-se a análise e cotejo da legislação pertinente ao tema, ou seja, Código Civil vigente; Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121 de 27 de agosto de 1962); Lei 8971 de 29 de dezembro de 1994, que trata do direito a alimento e sucessão aos companheiros; Lei 9278 de 10 de maio de 1966, que trata a união estável; novo Código Civil, já sancionado pelo Poder Executivo que entrou em vigor em janeiro de 2003 e o Projeto de Lei 2686/96, denominado o Estatuto da União Estável.

Palavras-chave: Igualdade jurídica, homem, mulher, direito de família, Código Civil, Estatuto da Mulher Casada, Estatuto da União Estável.

Paulo Roberto de Lara SILVA

*CRIMES NO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO: TIPOS PENAIIS, CONDOTA DO
AGENTE E QUESTÕES DE
CONSTITUCIONALIDADE*

Professor Orientador: Dr. Ruy Jesus Marçal Carneiro

Resumo:

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, o presente trabalho procura fazer uma abordagem da nova legislação de trânsito, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, com especial enfoque aos crimes que foram nela previsto (no caso ocorreu *novatio legis in criminadora*). De forma introdutória foram tecidas considerações sobre algumas das inovações trazidas e formuladas com o propósito de minimizar os graves e inúmeros problemas decorrentes de acidentes de trânsito com vítimas, que acarretam à sociedade um custo social exacerbado. Dentre essas inovações foi estabelecido um sistema de pontuação que visa a conter motoristas incautos, que deixam de cumprir as determinações pertinentes à segurança viária; de outra parte, quanto ao procedimento inicial para obtenção de documento de habilitação para dirigir veículos automotores, foi modificada com a previsão de uma forma escalonada, iniciando-se pela Permissão para Dirigir, de caráter provisório. Ainda na introdução, há referência aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade que devem nortear o Direito Penal na classificação dos crimes, além de uma sucinta abordagem quanto a aspectos históricos das leis de trânsito no Brasil. Em seguida, foram ressaltadas as impropriedades técnicas na redação do texto legal referente aos crimes previstos no Código de Trânsito brasileiro nos quais o legislador incorreu. No capítulo seguinte, sucedeu-se uma análise a respeito da carga subjetiva, dolo e culpa, que deve animar a conduta do agente na prática desses mesmos

ilícitos. Antes do estudo detalhado e feito de forma articulada de cada um dos onze crimes foram destacadas questões de controvertida constitucionalidade quanto a alguns dos crimes do Código de Trânsito brasileiro, com ênfase aos princípios da legalidade, da isonomia e da proporcionalidade. Concluindo, registrou-se que a legislação de trânsito instituída através da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 se mostrou bastante inovadora, contemporânea dos anseios de uma sociedade dinâmica e hodierna e que por isso mesmo merece ser melhor divulgada, só que, entretanto, no tocante aos crimes, necessário se torna corrigir imperfeições, o que deve ser feito sem precipitações mas de forma ágil.

Palavras-chave: Códigos de trânsito, crimes, tipos penais, legalidade, legislação de trânsito, sistema de pontuação, segurança viária.

Regina Celia de Carvalho Martins ROCHA

LEASING FINANCEIRO: ASPECTOS JURÍDICOS E CONTROVERTIDOS

Professor Orientador: Dr. Oscar Ivan Prux

Resumo:

O presente trabalho tem como escopo realizar uma compilação do contrato de *leasing*, trazendo em si suas origens históricas, as diversas modalidades pelas quais se apresenta, sua recepção em diversas legislações, finalizando por concentrar-se no *leasing* financeiro no Brasil e no cabimento das normas de defesa do consumidor sobre tais contratos. O *leasing* surgiu como fruto de uma necessidade do mercado norte americano pós segunda Guerra Mundial, tendo posteriormente convergido interesse para as demais empresas, que vislumbraram no contrato, uma forma de aquisição de maquinário necessário a suas atividades, sem o ônus imediato de perda de capital de giro, para aquisição de bens. Foi recepcionado pela legislação brasileira, sendo denominado pelo legislador pátrio como «arrendamento mercantil», recebendo sua primeira classificação legal pela lei de 6.099 de 12 de setembro de 1974, modificada pela Lei 7.132 de 26 de outubro de 1983. O *leasing* é amplamente utilizado no Brasil. É contrato que se forma contendo, em um pólo, pessoa jurídica com autorização específica do Banco Central do Brasil para figurar e agir como arrendadora, e, no outro, o arrendatário, que pode ser tanto pessoas jurídica, quanto pessoas físicas. O advento da Resolução 2.309/96 fez cessarem as exigências que se impunham às pessoas físicas para que elas pudessem contratar o *leasing*. Isso gerou sobretudo para o *leasing* da modalidade financeira um extraordinário ganho de mercado. A presença de diversos fatores, tais como, a inexistência de restrições legais aos arrendatários pessoas físicas, aliada ao fato de ser o *leasing* financeiro um contrato bancário, e portanto de fácil acesso ao público, e o

pouco conhecimento do verdadeiro significado da figura do arrendatário fez com que as pessoas pensassem realizar um contrato de compra e venda. Essas questões, entre outras peculiaridades aos casos em particular, levaram os arrendatários a questionar judicialmente as regras e as exigências do *leasing* financeiro, fundamentando seus argumentos no Código de Defesa do Consumidor. Posto isto, um apinhado técnico complexo contra de *leasing*, mais precisamente direcionado ao financeiro, é o que se pretende, para por fim vislumbrar a possibilidade de aplicação das normas consumeiristas que trazem os direitos fundamentais do consumidor em tais contratos. Despretensiosamente espera-se que as informações contidas no trabalho sejam hábeis a alcançar os objetivos a que se propõem, servindo de auxílio para o esclarecimento das dúvidas que circundam tão questionado e complexo contrato.

Palavras-chave: *Leasing* financeiro, aspectos jurídicos, direitos do consumidor, pessoa jurídica.

Ricardo Muciato MARTINS

*O CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMO
MECANISMO DE MANUTENÇÃO DA
IDEOLOGIA DO ESTADO*

Professor Orientador Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro

Resumo:

O presente trabalho pretende determinar, historicamente, as várias acepções jurídicas da palavra **Constituição** - norma suprema de Estado - e o desenvolvimento do constitucionalismo, tornando quase inevitável aos Estados escreverem sua Lei Fundamental. Analisam a necessidade premente de se verificar a validade das normas infraconstitucionais por meio dos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis, com o fim de evitar que um ato contrário à Constituição ganhe eficácia. Verificara os tipos de controle de constitucionalidade que operam no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja o preventivo - praticado pelos Poderes Executivo e Legislativo federais; e o repressivo, que pode ser difuso ou concentrado - realizado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Quanto à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, apresentará a distinção entre ela e o Mandado de Injunção. O tratamento dispensado à verificação dos tipos de controle de constitucionalidade previstos na legislação brasileira não se aprofundará a minúcias, pois isso exigiria esforço e dedicação exclusiva ao tema, o que não é o objetivo do presente. Por fim, e o que representa o cerne deste trabalho, demonstrar que a realização do controle de constitucionalidade é uma forma de justificação para a manutenção da ideologia do Estado, perpetuando os privilégios de uma minoria dominante.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, mandado de Injunção, ação reclamatória de inconstitucionalidade.

Ricardo Pinha ALONSO

AS AGÊNCIAS REGULADORAS A LUZ DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Professor Orientador: Dr. Ruy Jesus Marçal Carneiro

Resumo:

O Estado brasileiro, como todos os demais, evolui. A dinâmica social e as novas relações entre os componentes do corpo estatal exigem novas fórmulas de atuação, seja do Estado, seja de suas entidades, seja do setor privado atuando em colaboração com o Estado. A ideologia dominante está direcionada para a maior participação da iniciativa privada no exercício das funções públicas que antes eram exercidas exclusivamente pelo Estado. Há um movimento constante e paulatino de transferência de atribuições ao particular para, por sua conta e risco, executar tarefas públicas. Isso, contudo, não pode implicar no total afastamento do Estado das funções públicas, afinal, é o encarregado primeiro da consecução do bem comum, do desenvolvimento das instituições buscando a satisfação das necessidades coletivas, sempre crescentes. Por isso, mesmo transferindo as funções públicas a outros, mantém-se como titular das atividades, tutelando e controlando as funções e, para tanto, vêm utilizando as agências reguladoras, entidades públicas submetidas ao regime jurídico das autarquias especiais. Como autarquias, integram a estrutura da Administração Pública Indireta estando, pois, submetidas aos mesmos princípios que norteiam o exercício de qualquer atividade pública. São novas instituições que, se bem estruturadas e desenvolvidas, poderão auxiliar na prestação dos serviços públicos e outras atividades, de modo ágil e desburocratizado. A atuação eficiente não pode e não deve servir, porém, como instrumento de desrespeito aos princípios que sustentam a moralidade, a imparcialidade, a impessoalidade e a legalidade da Administração Pública.

Palavras-chave: Agências reguladoras, administração pública, autarquias, legalidade.

Selma de Freitas HADDAD

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS.

Professora Orientadora: Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

As reflexões da presente pesquisa científica foram desenvolvidas em sete capítulos. No primeiro capítulo, subdividido em cinco tópicos, foi abordada a responsabilidade civil numa perspectiva ampla, a partir da teoria da culpa, passando pela responsabilidade subjetiva e encerrando com uma abordagem da responsabilidade contratual e extracontratual. No segundo capítulo, subdividido em seis tópicos, foi analisada a responsabilidade civil do Estado sob os enfoques das teorias das responsabilidades subjetiva e objetiva, esta última, sob as perspectivas das teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral. No terceiro capítulo, subdividido em quatro tópicos, fez-se uma abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais em relação ao erro judicial penal e erro judicial civil e ainda, a respeito da responsabilidade nos casos de prisão cautelar e na hipótese de cumprimento de pena. No quarto capítulo, subdividido em nove tópicos, abordou-se a sanção penal como forma de controle social a partir de uma análise histórica, a começar pelo Direito romano, passando pela idade medieval até atingir a fase do iluminismo; a seguir, fez-se um passeio pela história das penas no Brasil e respectivas espécies; na continuação, fez-se uma abordagem sobre os fins das penas numa perspectiva genérica e finalmente, uma análise dos fins das penas num enfoque sob o Estado de Direito, tendo como referência o direito espanhol, o direito português e o direito brasileiro. No quinto capítulo, subdividido em quatro tópicos, tratou-se das penas alternativas como forma de despenalização

do Direito Penal, onde se fez uma análise sobre as razões da sua criação, histórico, espécies e requisitos para a sua aplicação. No sexto capítulo, subdividido em oito tópicos, abordou-se o Juizado Criminal como forma de Justiça Consensual, onde se destacou sua importância como medida moderna de política criminal; discorreu-se sobre a transação penal, sua natureza jurídica, execução e descumprimento e, ainda, sobre a experiência pioneira do Estado de Mato Grosso do Sul. No sétimo e último capítulo, subdividido em seis tópicos, fez-se uma abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado na aplicação e na execução das penas e medidas alternativas tanto em relação ao condenado, como em relação a terceiros e fez-se também, uma análise sobre a responsabilidade civil da entidade onde a pena ou medida de alternativa é cumprida e encerrou-se com algumas reflexões acerca do direito de regresso que o Estado tem sobre seus agentes e entidades em que as aludidas penas são executadas. O trabalho de pesquisa, conquanto não tenha seguido uma linha filosófica específica, foi elaborado a partir de uma concepção contratualista e, sobretudo, humanística do Direito, sem olvidar, contudo, que o estado não é o fim e, sim, o meio para que o homem se realize, tendo o bem comum como alvo principal a ser atingido. Estamos convencidos de que o tema, objeto da presente investigação, atendeu a linha de pesquisa do curso de Mestrado em Direito das Relações Públicas e privadas, posto que trabalhou a idéia de o Estado, nas atividades fins, direta ou indiretamente, vir a causar dano a terceiro, o que poderá acarretar-lhe a obrigação de ressarcimento.

Palavras-chave: Teorias de responsabilidade; responsabilidade civil do Estado; erros judiciais, civil e penal; juizado criminal; política criminal.

Sérgio CARDOSO

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

Professora Orientadora: Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

O trabalho tem, como objetivo fundamental, o estudo da exceção da pré-executividade, dando ênfase para sua aplicabilidade na execução fiscal. Trata-se de instituto pouco investigado pela doutrina, havendo poucas obras escritas sobre o assunto. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência têm, gradativamente e com maior frequência, admitido o uso da exceção de pré-executividade na execução de forma geral, e, em particular, na execução fiscal. Para tanto, inicialmente, são feitas considerações sobre o processo de execução, analisando as partes, os títulos de créditos, os títulos executivos e dívida ativa. Procede-se o estudo da inscrição na dívida ativa, de onde vai ser criado o título executivo fiscal, além de analisar a autonomia do processo executivo fiscal. Procede-se, em seguida, o estudo das diversas formas de defesa do executado, analisando os principais instrumentos de defesa, dos quais dispõe o executado, no ordenamento jurídico brasileiro, para se defender no processo executivo fiscal. Procede-se o estudo dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, além do princípio do contraditório, garantindo o acesso à justiça, como postulado do Estado-social-de-direito, e o direito de defesa do executado. Procede ao exame detido da exceção de pré-executividade na execução fiscal, como forma de defesa do executado na ação promovida pela Fazenda Pública, os recursos cabíveis, bem como o parecer do jurista Pontes de Miranda.

Palavras-chave: processo de execução, títulos de créditos, dívida ativa, executivo fiscal, defesa do executado, execução fiscal.

Silvia Regina Tacla PIETRAROIA

*ARBITRAGEM: ASPECTOS
CONSTITUCIONAIS, SOLUÇÃO DE
CONFLITOS PELA VIA PARTICULAR E
MUDANÇA CULTURAL PARA A SUA
APLICABILIDADE*

Professor Orientador: Dr. Ruy Jesus Marçal Carneiro

Resumo:

A presente dissertação visa a analisar o instituto da arbitragem, Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, seus aspectos constitucionais, as vantagens da solução de conflitos pela via particular, e a mudança cultural necessária para que seja adotado, rotineiramente, este instituto, nos mais diversos ramos do Direito, bem como as suas tendências atuais, com destaque especial no âmbito dos Direitos Administrativo e do Trabalho. O Brasil vem demonstrar com essa lei de arbitragem que se encontra apto à competitividade do mercado mundial, aptidão necessária diante da globalização que ocorre neste século. O objetivo da arbitragem é o mesmo objetivo da Justiça, ou seja, a solução dos conflitos de maneira equitativa e célere, sem afetar a jurisdição estatal, antes, buscando auxiliá-la e a deixando somente quanto esgotados todos os meios alternativos de solução de conflitos. Para tanto, é preciso formar hábito novo, que consiste em considerar os meios alternativos, entre eles a arbitragem, não como concorrente da Justiça, mas como seu parceiro valioso. O instituto da arbitragem não afeta a soberania estatal, pois não afasta o controle judiciário, mas, sim, preserva a autonomia da vontade das partes na escolha de um meio alternativo de solução de conflitos, o que é um pressuposto num Estado Democrático de Direito. Ver-se-á no presente trabalho, a importância do instituto da arbitragem nos mais diversos campos do Direito, tendência nova para um mundo negocial em permanente mudança.

Palavras-chave: Arbitragem, solução de conflitos, direito administrativo e do trabalho, aspectos constitucionais.

Tereza Cristina Menegucci de OLIVEIRA

O INSTITUTO DA ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO SOB OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO

Professora Orientadora: Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Resumo:

A presente dissertação está direcionada ao instituto da estabilidade do servidor público, sob os efeitos da globalização neoliberalista, apresentando o Estado e as atuais tendências da flexibilização, desregulação imposta pela mundialização do capital que vêm transformando as relações sociais, principalmente no campo do trabalho, provocando um desequilíbrio estrutural, insegurança, desemprego e subemprego. O Estado, colaborando com esse processo em face da submissão financeira, traz como conseqüências o enfraquecimento do Poder administrativo de governo, em decorrência da ideologia liberal, o apogeu do capitalismo, causando o distanciamento de seus princípios ideais e fins. O atual momento é crítico e merece reflexão para tomada de decisões: submeter-se ainda mais ao domínio do capital neoliberalista globalizado; ou, trilhar para a justiça e dignidade humana, dentro dos moldes já traçados pelo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estabilidade, servidor público, globalização, submissão financeira, desemprego, subemprego.

Vinícius Baltazar MILANI

A LEI DE MAQUILA: IMPACTOS NO MERCOSUL

Professor Orientador: Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Resumo:

As alterações multilaterais ocorridas no cenário mundial, resultantes da globalização, levaram as nações a se unirem em blocos. Inserindo-se neste contexto internacional, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai agruparam-se e constituíram, a partir do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, o MERCOSUL - Mercado Comum do Sul. Os óbices produzidos pelas acomodações inerentes à globalização e às integrações regionais representam o grande obstáculo das negociações. Porém o esforço, a dedicação e a pertinência dos governos dos Estados-partes têm sido fundamentais na consecução dos acordos. No entanto, em 1997, foi promulgada no Paraguai a Lei n.1.064 - Lei de Maquila, regulamentada, em 2000, pelo Decreto n.9585. A atividade de maquila iniciou entre os Estados Unidos e o México, há cerca de 40 anos, e atualmente é de importância vital para a economia desse país, porém constata-se que as maquiladoras falharam em alcançar as expectativas do governo mexicano, que a princípio eram obter a sua integração no tecido industrial do país; a efetiva transferência de tecnologia, a solução do problema do desemprego desestrutural, e a diminuição das condições de pobreza. O governo paraguaio, ao promulgar e regulamentar essa lei, entendeu que em um mundo dominado por grandes marcas e com tecnologia de ponta, o Paraguai poderia servir como um trampolim para a conquista de diversos mercados, de onde as maquilas das grandes multinacionais poderiam subcontratar as empresas nacionais para a fabricação de partes e de componentes locais. Assim, o país forneceria mão-de-obra, energia e insumos de sua própria indústria. No entanto, os bens a serem embalados ou montados com a agregação de

componentes nacionais podem ingressar no Mercosul com a exoneração da Tarifa Externa Comum. Isso significa que indústrias multinacionais podem se estabelecer no Paraguai e assim exportar para os demais países do Mercosul com tarifa zero. Considerando a insistência norte-americana em firmar o acordo da Área do Livre Comércio das Américas, essa lei vem facilitar a entrada de produtos norte-americanos no Mercosul, cumprindo as intenções imperialistas dos Estados Unidos. Portanto, o objetivo desse trabalho é oferecer subsídios para avaliar os impactos da Lei de Maquila no Mercosul.

Palavras-chave: globalização, MERCOSUL, Lei de Maquila, Área de Livre Comércio das Américas, Tratado de Assunção.

Wilson Tarifa LEMBI

*CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB O
ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA
CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E
DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE*

Professor Orientador: Dr. Lourival José de Oliveira.

Resumo:

Nesta dissertação, após uma breve análise histórica da evolução das normas de proteção ao trabalho do menor, enfocando as regras contidas nas Convenções e Recomendações Internacionais, editadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e as disposições inseridas na legislação comparada dos países latino-americanos, o autor faz uma reflexão sobre a proteção do trabalho da criança e do adolescente no Brasil, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Dentro desse contexto aborda a questão da capacidade do menor, bem como da sua profissionalização, especialmente as regras concernentes à aprendizagem. Aborda ainda a questão do trabalho infantil nas zonas rurais, enfatizando seu aspecto social. Ao final, o autor conclui que no Brasil, apesar da existência de uma legislação moderna, em consonância com as normas internacionais, faltam instrumentos realmente eficazes, que permitam a efetiva erradicação do trabalho infantil, destacando a necessidade da implementação de programas que permitam o acesso dos menores à escola, como uma das formas de solucionar o problema.

Palavras-chave: Trabalho infantil, criança, adolescente, aprendizagem, erradicação do trabalho infantil, profissionalização.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista de Direito da UNIMAR - ARGUMENTUM tem como objetivo principal divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR.

As contribuições podem ser enviadas nas seguintes formas trabalhos originais, artigos, resenhas, ...

Solicita-se observar as instruções abaixo para o preparo dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão conter de 10 a 30 páginas, com 30 linhas, no espaço 1,5 cm, margens de 2,5 cm e Letra Times New Roman (corpo 12), com duas (2) cópias impressas em A-4 e uma cópia em disquete em formato DOC.

2. Os artigos devem ser encaminhados à Comissão Editorial da Revista, devendo conter as principais conclusões do trabalho e obrigatoriamente um resumo, em português e inglês, na seguinte forma:

a) Título do trabalho deve ser conciso e indicar o conteúdo.

b) Nome do autor (com chamada de rodapé, referente aos autores, deve-se constar o cargo, a disciplina que autor ministra e a Faculdade a que pertence, sendo em numeração consecutiva chamada de números-índices colocados logo após o nome de cada autor.

c) Resumo pode vir de várias formas: apresentar apenas um sumário das idéias do autor, narrar as idéias mais significativas, condensar o conteúdo de modo que dispense a leitura do texto original. O resumo é constituído de um só parágrafo, com até 250 palavras. (NBR 6028/1990). Será seguido de indicação dos termos de indexação (palavras-chave). A tradução para o inglês formará o summary e key words.

d) As Referências no texto deverão ser feitas numericamente, citando-se o autor, quando estritamente necessário.

e) As tabelas deverão ser numeradas com algarismos arábicos, sempre promovidas de títulos explicativos e constituídas de modo a ser inteligíveis independentemente do texto. Não devem ser usadas linhas verticais. As horizontais devem aparecer para separar o título do cabeçalho e este do conteúdo, além de uma ao final da tabela.

f) As Referências Bibliográficas deverão observar as normas da ABNT (Associação Brasileira de Norma Técnicas) 6023/2002 e 10520/2002. Só serão incluídos trabalhos citados no texto ou tabela(s) que deverão ser inseridos em ordem alfabética e da seguinte forma:

Periódicos: Nome de todos os autores. Título do artigo, Título do periódico, local, volume, paginação inicial-final, ano de publicação. Exemplo:

. COUTO, R. H., J. M. S., PEREIRA, J. M. S. Estudo da polinização entomófila em Cucurbita pepo (Abóbora italiana). *Científica*, São Paulo, v. 18, p. 21-9, 1990.

. MENU, B. La condition de la femme das l'Égypte pharaonique. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, v. 67, n. 1, p. 3-35, jan/mar. 1989.

Livros: Autores. Título da publicação, nº de edição, local: firma editora, ano de publicação, páginas consultadas.

Exemplo: GARCIA, W. *Administração educacional em crise*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Cortez Editora, 2001, 118 p.

Sem autor expresso: CULTURA de algodão. Conj. Econ. Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 5-15, 1967.

Capítulo de livro: ALMEIDA, J. B. de. Solos dos pampas. In: ALVAREZ V. V. H., FONTES, L. E. F.; FONTES, M. P. F. (Ed). *O solo nos grandes domínios morfoclimáticos do Brasil e o desenvolvimento sustentado*. Viçosa: SBSC/UFV, 1996, p. 289-306.

Trabalhos em Anais de Congresso, Simpósio etc.

Exemplo: REIN, T. Uso eficiente dos fertilizantes fosfatados e solubilidade. In: Simpósio Nacional do Setor de Fertilizantes, 1, São Paulo, 1994, Anais... São Paulo, Finep, 1994, p. 101-125.

Citações:

1. “Especificar no texto a(s) página(s), volume(s), ou seção (ões), da fonte consultada, se houver. Este(s) deve(m) seguir a data, separado(s) por vírgula e precedido(s) pelo designativo, de forma abreviada, conforme a NBR 10522, que o(s) caracteriza”.

Exemplos: A produção do lítio começa em Searles Lake, Califórnia, em 1928 (MUMFORD, 1949, p. 513).

Oliveira e Leonards (1943, p. 146) dizem que a ‘relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara’.

2. “As transcrições no texto de até três linhas devem estar encerradas entre aspas duplas. As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação”.

Exemplos: Barbour (1971, p. 35) descreve: “o estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos” ou “Não se mova, faça de conta que está morta” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72).

3. “As transcrições no texto com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas”. (NBR 10520:2001)

Na Internet: RIBEIRO, P. S. G. Adoção à brasileira; uma análise sócio-jurídica. Datavenia, São Paulo, ano 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em << <http://www.datavenia.inf.br/fran-ameart.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

1. “As citações devem ser indicadas no texto por um sistema numérico ou autor-data. Qualquer que seja o método adotado deve ser seguido consistentemente ao longo de todo o trabalho, permitindo sua correlação na lista de referências ou em notas de rodapé”.

Todos os trabalhos serão examinados por consultores científicos e pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos ao(s) autor (es) para revisão, até serem definitivamente aprovados. São de exclusiva responsabilidade dos autores opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos.

A Revista ARGUMENTUM reserva-se o direito de não publicar o trabalho enviado ou utiliza-lo em outra edição.



