

CAUSAS DA DELINQUÊNCIA: UMA ANÁLISE DA ESCOLA POSITIVA DO DIREITO PENAL

*Ana Cláudia Bulhões Porpino de Macedo
Acadêmica do 3º Período do Curso de Direito da UFRN*

Dentro do clima positivista surgido no século XIX, com a filosofia do Positivismo de Augusto Comte, surgiu na Itália a Escola Positiva do Direito Penal.

Considerando o crime como um fenômeno natural, a Escola pregava que se deveria observar nas ciências sociais - como no Direito - um desenvolvimento tão objetivo, tão científico e seguro quanto o das ciências naturais. Utilizava, dessa forma, o método experimental e admitia que os fenômenos físicos e sociais são regulados pelo determinismo.

No presente trabalho, enfocaremos, dentro da Escola Positiva do Direito Penal, as causas da delinquência segundo o pensamento de **CESARE LOMBROSO**, que defendeu a tese do “criminoso nato”.

Considerando a teoria defendida por Lombroso, expoente da Escola Positiva, analisaremos os pressupostos de sua doutrina sobre a existência do criminoso nato e a atual abordagem sobre a matéria segundo estudiosos nacionais e estrangeiros. Restringiremos nossos estudos ao século XX.

O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise sobre as causas da criminalidade, tendo como ponto de partida a teoria do criminoso nato, defendida pela Escola Positiva, e as causas atualmente admitidas por médicos, juristas e criminologistas.

Enfim, procuraremos responder às seguintes perguntas: Fatores físicos influenciam na conduta de uma pessoa? O criminoso apresenta características próprias? A tendência à criminalidade pode ser transmitida pela hereditariedade? Existe realmente criminoso nato?

VISÃO PANORÂMICA DA ESCOLA

A Escola Positiva do Direito Penal surgiu no fim do século XIX, como reação à Escola Clássica, então defendida por Cesare Beccaria e seus seguidores. Embasada no Positivismo de Augusto Comte, pugnava pelo uso do método científico no estudo da delinquência e da criminalidade. Para seus criadores, o método experimental, composto fundamentalmente das fases da observação, da formulação de hipótese e da experimentação, seria o indicado para o estudo do crime, este considerado como um fenômeno natural de origem biofísico-social.

A Escola nega o livre arbítrio - defendido pelo classicismo - pregando o determinismo e a responsabilidade social, ou seja, “o delinqüente assim o é por força de fatores diversos, principalmente de origens antropológicas e sociais, devendo responder pelos seus atos unicamente porque vive em sociedade e precisa respeitar a harmonia da convivência.”¹ Sujeita a pessoa do criminoso a um exame antropológico completo, a uma análise minuciosa do ponto de vista da anatomia, fisiologia, psicologia e patologia.

A pena, segundo a doutrina positiva, deve ser um meio de defesa da sociedade², isto é, a penalidade deve ter uma função meramente defensiva³, e de recuperação do indivíduo. A severidade da punição deve ser medida pelo grau de temibilidade do delinqüente e não pela gravidade do delito cometido.

Portanto, a Escola Positiva (do Direito Penal) foi um marco no ramo do Direito

Penal, vindo a lume como reação à Escola Clássica, que defendia o livre arbítrio, usava o método metafísico e estudava o crime como fato jurídico. As principais bandeiras do positivismo são a substituição da responsabilidade moral pela responsabilidade social, o crime como fenômeno natural, o método experimental e a pena com sentido de defesa social. Para a Escola Positiva, o criminoso é, sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente.⁴ Essa anormalidade decorre, principalmente, de anomalias no cérebro.

PRINCIPAIS REPRESENTANTES DA ESCOLA

O fundador da Escola Positiva foi o médico italiano **CESARE LOMBROSO** (1835 - 1909). Para ele, as anomalias hereditárias neurológicas ou psíquicas influenciavam na formação da personalidade dos delinquentes, atenuando-lhes a culpabilidade.

Preocupado com o fenômeno biológico do crime, Lombroso passou a estudar a figura do delinquente - não do delito -, tentando explicar este pelo atavismo. Segundo ele, o delito resultava de uma regressão ao homem selvagem, causada por uma parada de desenvolvimento. O delinquente seria um indivíduo mais próximo do homem primitivo, portanto com um maior instinto animal que o levava a cometer o crime.

ENRICO FERRI (1856 -1829), pai da Sociologia Criminal, foi o maior expoente da Escola Positiva. Negou o livre arbítrio e sua consequência e a responsabilidade moral; deslocou o problema do crime para o criminoso, admitindo que o crime é ocasionado por uma série de fatores antropológicos e sociais.

Para Ferri, o delinquente não pode ser o único responsável pelo delito que cometeu, legando à sociedade uma parcela de culpa. Segundo ele, o homem, quando isolado em uma ilha, não tem qualquer responsabilidade.⁵

Enrico Ferri construiu a teoria dos substitutivos penais, remédios jurídicos que eliminam as razões da pena, destinados a modificar, principalmente, as condições sociais e econômicas de efeitos criminógenos.

Segundo Ferri, com sua Sociologia Criminal, a pena deve visar ao reajustamento para o convívio social.

RAPHAELLE GAROFALO foi o iniciador da chamada fase Jurídica do positivismo italiano. Foi um dos criadores da ciência da Criminologia.

Para ele, o delinquente não é um ser normal, mas portador de anomalia do sentimento moral. Ele considera, mesmo limitadamente, a influência do fator social no desencadeamento da delinquência.

O CRIMINOSO NATO DE LOMBROSO

Como já destacado, **CESARE LOMBROSO** foi o iniciador da Escola Positiva, pai da Antropologia Criminal. O médico psiquiatra italiano defendeu a tese do criminoso nato, um indivíduo que, segundo ele, possui traços e características próprias. O criminoso nato teria anomalias cerebrais que o tornavam, determinadamente, um criminoso. Indivíduos portadores de certas moléstias no cérebro, fatalmente, cometeriam crime, nada os impedindo na sua conduta criminosa.

Ao lado do criminoso nato, Lombroso admitia também outras espécies de criminoso,

como o ocasional e o passional, no entanto nos deteremos no estudo do criminoso nato, que ora nos interessa mais de perto.

O tipo do criminoso lombrosiano - nato - apresenta características particulares, deformações e anomalias anatômicas e psíquicas. O indivíduo criminoso, segundo Lombroso, tem olhos não perfeitamente iguais, um menor que o outro, em alturas diferentes; orelhas em asa, com lóbulos pregados; assimetria craniana; fronte fugidia; zigomas salientes; arcada superciliar proeminente; prognatismo maxilar; face ampla e larga; cabelos abundantes; o dedo anular se iguala ou supera em tamanho ao dedo médio; nos pés há pregas, como resquícios da antiga forma simiesca.

Segundo o criminologista **VITORINO CASTELO BRANCO**, Lombroso afirmava que os tipos humanos menos evoluídos apresentam testa larga, puxada para trás, queixo saliente, puxado para a frente.⁶ O criminoso, então, teria também essas características e uma reentrância no osso occipital, resquício da animalidade anterior manifestada em indivíduos em atraso de evolução.

Ainda como caracteres físicos, o tipo lombrosiano apresenta insensibilidade física, analgesia - insensibilidade à dor -, mancismo, isto é, o uso preferencial da mão esquerda, ou ambidestrismo, resistência aos traumatismos e recuperação rápida, distúrbios dos sentidos, grossos dedos dos pés, separados e prensíveis, pequeno nódulo situado no alto posterior do pavilhão da orelha, encrespamento da pele dos olhos por rugas precoces, entre outros. Psiquicamente, o criminoso, sob a ótica de Lombroso, é insensível moralmente, impulsivo, vaidoso, preguiçoso e imprevidente.⁷

Lombroso chegou a tais conclusões depois do estudo de famosos criminosos da época, mas salientava, entretanto, que o conjunto de vários dos caracteres citados é que denunciaria o criminoso, e que criminosos ocasionais ou passionais podiam não apresentar anomalias.

CONTRIBUIÇÕES DA ESCOLA POSITIVA DO DIREITO PENAL: A CIENTIFICIDADE E O NOVO TRATAMENTO PARA A CRIMINOSO

Detendo-nos, dentro do âmbito da Escola Positiva do Direito Penal, à antropologia de Cesare Lombroso, com sua teoria sobre o criminoso nato, mesmo em dias atuais, em que tal teoria é profundamente questionada, devemos reconhecer os pontos positivos da doutrina positiva e suas contribuições para o campo do Direito Penal e da Criminologia.

A primeira contribuição a ser destacada é o caráter científico que Lombroso imprimiu aos estudos do delito e do delinqüente. Para o médico, o crime não devia ser considerado um mero fenômeno jurídico, desviando a atenção do delito para o delinqüente.

Como a moderna medicina tem desviado o estudo das doenças para o doente, acreditando ser a observação do paciente como um todo concreto o caminho para a cura, assim Lombroso procedeu com relação ao delito. Para ele, sendo o crime um fenômeno natural, deveria ser submetido à observação objetiva em conjunto com a análise da pessoa do delinqüente, tentando desvendar, cientificamente, quais as possíveis causas que levavam um indivíduo a delinqüir, fossem elas causas fisiológicas, patológicas, psicológicas ou sociais.

Dessa forma, mediante o uso do método experimental, Lombroso foi o pioneiro no estudo de caráter científico no campo da criminologia, contribuindo para os modernos estudos da área.

Outra grande contribuição legada por Lombroso ao campo da Criminologia e do Direito Penal foi a maneira de serem tratados os delinqüentes.

Antes da Escola Positiva, a Escola Clássica prendia-se à figura do delito, ignorando o delinqüente como pessoa e, portanto, dando ao delinqüente tratamento rígido e pouco humanista. Qualquer indivíduo que cometesse um crime - não importando de que tipo - era passível das mais severas punições.

Ao considerar o criminoso como um anormal por conseqüências do atavismo e de fatores de ordem endógena⁸, Lombroso, conforme salienta o médico TALVANE DE MORAES - Diretor do Departamento Geral de Polícia e Científica do Rio de Janeiro -, “chamou a atenção dos meios científicos e jurídicos para o fato de que algumas pessoas, por terem características biológicas e mentais anômalas, estariam mais suscetíveis de romper as regras sociais do que as ditas pessoas reais.”, fazendo com que o tratamento para elas fosse diferenciado, abrandado e tivesse caráter de recuperação da saúde, e não de pena.

Como afirma, ainda, o Dr. TALVANE DE MORAES, “um doente mental que apresente um quadro delirante, onde ele se sinta permanentemente ameaçado, pode vir a cometer um crime. De acordo com o Direito Universal, essas pessoas já não podem mais ser punidas, e sim tratadas.”

Do exposto, pode-se notar que Lombroso contribuiu grandemente para um tratamento mais humano e adequado dos delinqüentes, levantando a reflexão de que cada caso é único e merece atenção e cuidado para ser resolvido satisfatoriamente.

REFUTAÇÕES À ESCOLA POSITIVA DO DIREITO PENAL

Com o desenvolvimento da Psicanálise e sua ascensão nos anos cinquentas, as teorias de Lombroso foram substituídas pelas idéias de Freud, que procuravam desvendar os mistérios da mente. Pouco a pouco, então, o criminoso nato do psiquiatra italiano foi sendo desacreditado, em virtude das observações feitas por diversos estudiosos da área da Medicina, do Direito e da Criminologia, que não comprovavam a existência do criminoso nato.

Refutando o determinismo defendido pela Escola Positiva, o criminologista VITORINO CASTELO BRANCO adere à teoria do livre arbítrio, ao asseverar que “é a educação que dá ao homem o autocontrole de seus atos, através do juízo crítico que então possui, e por meio dele pesa os prós e os contras de seus desejos, chegando à conclusão do que deve e do que não deve ser feito”

Ainda segundo o supra mencionado criminologista, basta recorrer à observação para que não se confirme a existência do criminoso nato: há milhares de indivíduos atrás das grades que não possuem as características físicas e psíquicas gizadas por Lombroso e que, nem por isso, são pessoas pacatas, mas sim criminosos, muitos de alta periculosidade, ladrões, assaltantes, seqüestradores, estupradores e assassinos, que devem cumprir pena pelos atos praticados. Há, também, pessoas honestas e tranqüilas que apresentam muitos dos traços físicos do criminoso nato de Lombroso.

Muitos outros criminologistas, nacionais e estrangeiros, engrossam a corrente dos que se opõem a teoria do criminoso nato, asseverando que ninguém nasce criminoso, somente o sendo depois de cometer o crime, não sendo possível, dessa forma, falar-se em criminoso nato.

Conforme o italiano PIETRO NUVOLONE, a corrente sociológica - que estuda as causas da criminalidade -, hoje predominante, exclui a possibilidade de uma configuração da personalidade criminosa e coloca toda a culpa da prática do delito sobre a estrutura da sociedade. Para a referida corrente, “não existem delinqüentes, mas apenas pessoas que cometem ações penalmente relevantes pela influência e coação dos fatores sociais.”

Para o psiquiatra TALVANE DE MORAES, “O crime é um ato social, ou seja, só existe crime na medida em que a sociedade convencionou que determinadas práticas se constituem em um ferimento à regra. Encontramos fatos considerados crimes para uma determinada sociedade, mas que não o são para outras. Para os muçulmanos, ingerir bebida alcoólica é crime, e transgredir essa lei pode dar até pena de morte. Será que pessoas que cometem esse tipo de crime já nascem predispostas a isso? É totalmente absurdo pensar nessa hipótese.

Diante dessas considerações, vê-se que, nos dias atuais, a teoria do criminoso nato é amplamente combatida por diversas correntes e estudiosos. As anomalias no cérebro, hereditárias, consideradas por Lombroso causa determinante da criminalidade, não são mais consideradas a causa ou a fonte única que leva à conduta criminosa.

Sem embargo disso, a Criminologia moderna admite que pode haver uma tendência ao crime, transferida pela hereditariedade. No entanto, essa é apenas uma das causas da delinquência, ao lado de causas diversas de cunho biológico, sociológico e mesológico, às quais nos reportaremos adiante.

CAUSAS DA DELINQUÊNCIA: ABORDAGEM ATUAL

Causas biológicas

A abordagem atual sobre as causas da delinquência ultrapassa em muito as fronteiras desenhadas pela Escola Positiva com Lombroso. É verdade que a Escola alcançou outros horizontes com Ferri e Garofalo, no entanto, como nosso objetivo é abordar principalmente a teoria do criminoso nato, no presente capítulo trataremos das causas biológicas que levam um indivíduo a praticar crimes, ressaltando as não comentadas por Lombroso.

As causas biológicas da delinquência compreendem as causas físicas, patológicas e psíquicas.

Um movimento iniciado na Inglaterra, no início dos anos sessentas, tentou defender a tese de que indivíduos portadores de 47 cromossomos, em vez dos 46 que os indivíduos normais possuem, têm uma forte tendência para o crime, mais especificamente para o crime contra a vida.

No entanto, um grupo de estudiosos contestou a referida teoria - que no fundo tentou reviver a teoria do criminoso nato de Lombroso -, alegando que a presença de um cromossomo a mais nas células, uma anomalia constitucional, tomava a pessoa um adulto mais agressivo, mais rebelde e de inteligência reduzida. O fato de os portadores desse “defeito genético” serem menos inteligentes faria com que eles, em determinado momento de suas vidas, não conseguissem conter os impulsos e cometessem algum tipo de delito, não implicando esse fato, contudo, que tal anomalia torna seus portadores delinquentes natos.

Pode-se crer, então, que anomalias genéticas e outros tipos de moléstias que afetem a inteligência, suprimindo-a totalmente ou apenas a diminuindo, podem facilitar o surgimento de uma conduta criminosa em seus portadores.

Segundo PIETRO NUVOLONE, deve-se investigar diferentemente as causas da criminalidade nas pessoas consideradas anormais. O campo dos anormais engloba os semi-enfermos mentais e os que apresentam desequilíbrios endócrinos. Tais condições de caráter endógeno podem também afetar o comportamento das pessoas, por exemplo, o aumento do nível de determinados hormônios no organismo faz com que seus portadores sejam mais facilmente irritáveis que as pessoas com taxas normais. A maior irritabilidade desses indivíduos pode levá-los - se não contidos pela educação - à prática de algum delito.

Ainda segundo o professor italiano, a prática delituosa partida dessas pessoas pode ser

consequência de uma predisposição ao crime, que se exterioriza de forma explosiva em situações determinadas.

Conforme acentua VITORINO CASTELO BRANCO, a Biotipologia Criminal demonstra que é possível a influência da forma física do homem na sua conduta.

O médico ERNST KRETSCHMER classifica as pessoas em vários tipos humanos, relacionando-os a determinadas condutas criminosas. Diversos estudiosos tentaram comprovar teorias próprias a respeito da relação psicossomática, isto é, de uma regra demonstrativa de que cada tipo físico corresponde a um determinado temperamento.

No dizer do supracitado médico, os crimes violentos - contra os costumes e contra a integridade corporal - geralmente partem de indivíduos do tipo pícnico (pescoço grosso e curto, tendência a engordar, rosto largo, musculatura pouco desenvolvida), ao passo que os crimes não-violentos, furtos e estelionatos, partem de pessoas do tipo leptosômico (magro, bem proporcionado, desprovido de gordura, nariz fino).⁹

A Criminologia moderna admite que o homem psicologicamente cansado, diante do corre-corre da rotina, que trabalha muitas horas seguidas, com grande carga de responsabilidade, tem propensão a praticar algum delito. Segundo estudiosos, a violência dessas pessoas seria como desabafos incontidos de indivíduos insatisfeitos e psicologicamente cansados.

Ainda se consideram causa psíquica da delinquência os desvios de psique que encontrem seu substrato nas experiências do inconsciente na idade infantil. A Psicanálise sempre procurou demonstrar as conexões entre os traumas da infância e o comportamento desviante - fase adulta.

Esse é o pensamento da corrente psicanalítica, que interessa na componente psíquica inconsciente do fenômeno delinquência, e traria suas origens de crimes e traumas pré-natais ou da primeira infância.

Dessa forma, fica claro que as experiências traumáticas, mesmo de um passado remoto, também podem desencadear uma conduta violenta em quem por elas passou.

Causas sociológicas

As causas sociológicas como fonte da criminalidade constituem a principal bandeira defendida pelos criminologistas do século XX.

A vida em sociedade, com as particularidades das condições de cada país, de cada cidade, influi de maneira decisiva no comportamento do povo. Para os defensores de que existe uma “predisposição à delinquência”, o fator social pode favorecer a manifestação dessa predisposição.

Segundo **PIETRO NUVOLONE** a crise na sociedade provoca no indivíduo a vontade de substituir as estruturas sociais, alimentando o instinto da subversão violenta nos indivíduos predispostos à agressividade.¹⁰

O ambiente social tem, freqüentemente, uma influência determinante na formação da personalidade e, portanto, na gênese da ação delituosa.

A grande maioria dos novos criminologistas aponta que a destruição da sociedade familiar é uma das principais causas da onda de criminalidade hoje vivenciada. A desorganização da família, o desrespeito mútuo entre pais e filhos, faz com que as crianças de hoje, amanhã adultas, cresçam desajustadas, num clima que constantemente fomenta a rebeldia e o desencadeamento de comportamentos agressivos e delituosos. O desgaste do núcleo familiar torna cada vez menos eficiente o corretivo ‘educação’.

O Instituto de Criminologia de Cambridge, Inglaterra, publicou pesquisa relatando que “o aumento da criminalidade é o produto de uma sociedade em transformação, onde o homem se sente inseguro e esquecido como pessoa, diante da supremacia da automatização das atividades técnicas.”¹¹

A crise de valores hoje vivenciada por todas as sociedades também contribui para a gênese da delinquência. Os indivíduos psicologicamente fracos são levados a crises de abandono e desolação, o que, por sua vez, os conduz ao uso de drogas, que já são fonte de desvios de caráter criminoso.

A formação de metrópoles e megalópoles também dá sua parcela de contribuição ao aumento da criminalidade em tempos hodiernos. Grandes centros urbanos fazem crescer ainda mais a injustiça social.

Conforme enuncia o italiano **PIETRO NUVOLONE**, “o afluimento de indivíduos e grupos de diferentes formações, origens e tendências, que se sentem excluídos e frustrados em face de uma sociedade que privilegia certos núcleos que vivem avulsos, numa, perspectiva consumística” gera uma insatisfação e “criam-se as premissas de rebeliões, como tentativas de alcançar, por meios criminosos, o bem estar e a riqueza, considerados valores supremos.”¹²

A forma de exercício do poder estatal também concorre para a instigação de condutas delituosas.

Em lugares onde o poder estatal está enfraquecido, com a decadência do poder central, permite-se a prosperidade das organizações criminosas, que têm leis próprias e vínculos autônomos, e agem no comércio de drogas e armas, o que aumenta o índice de criminalidade.

Do exposto, vê-se que a abordagem atual quanto às causas da delinquência detém-se, com maior afinco, nas causas desencadeadas pelas relações da sociedade moderna, sobretudo na injustiça social.

Causas mesológicas

Hodiernamente, há quase unanimidade em se reconhecer que as condições do meio ambiente influem no comportamento das pessoas. Indivíduos que vivem em ambientes com o ar mais puro e mais vegetação são mais saudáveis, física e mentalmente, apresentando menos distúrbios de comportamento.

A deterioração ecológica, segundo os cientistas, mina as condições da vida física e, portanto, da saúde, que interfere também na psique podendo provocar desvios mentais, dos quais surgem atos criminosos.

Segundo o criminologista **VITORINO CASTELO BRANCO**, há uma influência do meio físico na gênese do crime. Conforme ele explicita, “o clima e a topografia têm efeito nas características mentais, artísticas e criminosas do povo”¹³ e há diferenças entre os crimes praticados nas diversas regiões.

O desequilíbrio ecológico, que engloba tanto a superpopulação quanto a deterioração do meio ambiente - poluição física, química, elétrica e nuclear - dificultam o desenvolvimento natural da vida.

Gases tóxicos e substâncias químicas prejudiciais à saúde são ainda indiscriminadamente utilizados, poluindo o ar, rios e mares e, por consequência, contaminando os alimentos a serem posteriormente ingeridos pelo homem. Com tudo isso, cai a cada dia a qualidade de vida das pessoas, o que lhes afeta física e mentalmente, podendo fazê-las mais

propensas à delinquência.

O grau de desenvolvimento a que o homem chegou lhe traz, nada obstante as muitas vantagens, problemas que podem desencadear a prática do delito. A poluição radioelétrica, causada por receptores de rádio e televisão e, acreditamos, até por modernos fornos de microondas, modifica o equilíbrio elétrico das células, sobretudo dos neurônios, influenciando no sistema nervoso central do indivíduo, causando-lhe neuroses, que podem levá-lo a um comportamento delituoso.

Verifica-se, assim, que todo o meio ambiente que circunda o homem, quando destruído ou mal conservado, pode ser um dos fatores concorrentes para a manifestação da conduta anti-social.

A PREDISPOSIÇÃO A DELINQUÊNCIA

Depois da teoria de Lombroso, do criminoso nato, surge, modernamente, a hipótese da tendência ao crime, da predisposição à delinquência, transmitida hereditariamente.

Paralelamente, médicos e juristas defendem a premissa de que o homem é mal em sua essência. Em entrevista à revista *Veja*, o advogado criminalista WALDIR TRONCOSO PERES não hesitou em afirmar que “qualquer um de nós tem instintos homicidas”,¹⁴ e completou:

“O espírito do homem é porco. Por ali passam desejos de todos os matizes que são os mais cruéis e terríveis. O mais generoso dos homens já deve ter desejado a morte de uns cem. Esse impulso todo mundo tem.”¹⁵

Corroborando a tese do advogado, o criminologista **VITORINO CASTELO BRANCO** consigna:

“Selvagem e egoísta, todo o homem é um criminoso em potencial, pronto para furtar, agredir e matar aqueles que o contrariam e que o atrapalham nas suas ambições. Este é o homem desvestido de seu verniz de civilização, o homem como ele sempre foi e ainda é realmente um bruto, enfim.”¹⁶

Mais adiante, em seu livro *Criminologia*, defende que há uma potencialidade criminosa em todos nós e que, quando não somos bem condicionados à sociedade em que vivemos, perdemos o controle, deixando a potencialidade criminosa transformar-se em ato criminoso.

A ciência criminológica moderna admite o criminoso por tendência, reconhecendo que o homem pode nascer com inclinação ou vocação para a violência.

Conforme salienta **PIETRO NUVOLONE**, “a predisposição à criminalidade também tem raízes em fatores hereditários. (...) Querer negar essa realidade significa fechar propositadamente os olhos frente a uma verdade que a genética já demonstrou e que não há razão para desconhecer no campo da criminologia.”¹⁷

A corrente que defende a existência do delinquente por tendência ressalta, no entanto, que, nem sempre, quem tem a tendência torna-se delinquente, pois, para que isso aconteça, deve haver a colaboração de fatores exógenos sociais. Vejamos o que afirmam alguns autores.

Segundo **PIETRO NUVOLONE**, existe a predisposição criminal, revelada quando há a concorrência de fatores sociais:

“Na mesma família existem os agressivos, os prevaricadores e os pacíficos; isso leva a concluir que o ambiente, o fator social, pode favorecer a manifestação de uma predisposição criminal, mas não é causa, e muito menos exclusiva, do crime.

(...) No cromossomo pode ser encontrado um fator predisponente; o ato criminoso ocorrerá na medida em que outros fatores atuem sobre a predisposição.”¹⁸

O mesmo autor ainda afirma que os fatores ambientais e sociais favorecem grandemente a passagem da predisposição ao ato.

O advogado WALDIR TRONCOSO PERES acentua que “quem pratica o ato obviamente tem uma estimulação que vem de dentro e vai para fora, mas existe uma coadjuvação do lado de fora para dentro. Existe um comando social que determina que ele mate.”¹⁹

Conclui-se, assim, que o comportamento criminoso pode advir, segundo estudiosos, de uma predisposição biopsíquica para o crime, concretizada, ou não, conforme a atuação de fenômenos sociais, existindo indivíduos em que a predisposição não encontrará o “humus” apto ao desenvolvimento de manifestações criminosas, pela correção do problema mediante sistemas educativos.

CONCLUSÃO

Procuramos, pelo meio deste, suscitar uma maior reflexão a respeito das causas da delinquência. Partindo das idéias de **CESARE LOMBROSO**, tentamos fazer, em apertada síntese, um balanço entre as causas apontadas por Lombroso - pela teoria do criminoso nato - e as atualmente aceitas por médicos, juristas e criminologistas.

Acreditamos que o pioneiro da Escola Positiva restringiu por demais as causas da criminalidade, encerrando suas conclusões nas anomalias do cérebro dos indivíduos, fato que os tornavam criminosos.

Dessa forma, somos da opinião que, além das causas biológicas, um complexo de muitos outros fatores fomentam um ambiente propício ao surgimento de comportamentos delituosos.

Destacamos, por exemplo, a injustiça social que campeia em toda parte do mundo, principalmente nos chamados países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Os menores abandonados, em número cada vez maior, são delinquentes potenciais, tomando-se delinquentes reais em 99% dos casos, por falta de programas educativos. Que bloqueiem a “vocação” para o crime.

Consideramos, também, que as grandes diferenças econômicas são uma das maiores causas do aumento da delinquência. Governos que privilegiam os mais abastados permitem que os ricos se tornem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres, criando revoltas e, muitas vezes, desejo de alcançar a riqueza por meios fraudulentos.

Concordamos com os citados autores que consideram a degeneração da instituição familiar como uma fonte de desajustamentos, que pode causar o florescimento da delinquência. Lares desfeitos e desrespeito entre os próprios familiares fazem com que não haja respeito também pelas demais pessoas, desequilibrando as relações entre componentes de uma mesma sociedade. A falta de moral religiosa, que muitas vezes leva ao vício do álcool e das drogas, também pode ser citada como uma contribuição ao surgimento de condutas fora do padrão

considerado “normal”.

Pensamos, destarte, que as maiores causas da delinquência estão no âmbito social, acreditando, embora limitadamente, no adágio popular “a ocasião faz o ladrão”, pois cremos que “o homem é produto do meio”. Meio social, principalmente, mas não ignorando as influências do meio físico.

Aos problemas ambientais abordados no corpo da pesquisa, acresceríamos ainda os efeitos maléficos da poluição sonora. É cientificamente provado que o excesso de ruído, principalmente nas grandes cidades, acarreta danos à saúde, inclusive de ordem psíquica, acentuando neuroses, que podem levar a um comportamento desviante.

Enfim, acreditamos que características físicas não influenciam no comportamento dos indivíduos e que, como quis Lombroso, os criminosos não apresentam traços físicos que os denunciem. Discordamos, portanto, de Lombroso, quando ele defendeu que os criminosos teriam cérebros com características peculiares e que aqueles que cometem crimes já nascem com o destino fatal de se tomarem criminosos. Rejeitamos, assim, a teoria do criminoso nato, acreditamos, entretanto, que uma tendência à agressividade pode fazer parte da personalidade de algumas pessoas, sendo transmitida pela hereditariedade.

NOTAS

- ¹ FIGUEIREDO, A. Alves de. *Ob. cit.*, pág. 30.
- ² LYRA, Roberto. *Novíssimas Escolas Penais*, pág. 24.
- ³ MONIZ SODRÉ, Antonio. *Ob. cit.*, pág. 321.
- ⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, v. 1, pág. 42.
- ⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Ob. cit.*, pág; 36.
- ⁶ CASTELO BRANCO, Vitorino. *Criminologia*, pág. 80.
- ⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Ob. cit.*, pág. 35.
- ⁸ FIGUEIREDO, A. Alves de. *Comentários ao Código Penal*, pág. 30.
- ⁹ CASTELO BRANCO, Vitorino. *Ob. cit.*, pág. 123.
- ¹⁰ NUVOLONE, Pietro. *Ob. cit.*, pág. 82.
- ¹¹ CASTELO BRANCO, Vitorino. *Ob. cit.*, pág. 183.
- ¹² NUVOLONE, Pietro. *Ob. cit.*, pág. 82.
- ¹³ CASTELO BRANCO, Vitorino. *Ob. cit.*, pág. 182.
- ¹⁴ PERES, Waldir Troncoso. *Veja nº 1.368*, de 30/11/94, pág. 7.
- ¹⁵ Idem, *ibidem*, pág. 10.
- ¹⁶ CASTELO BRANCO, Vitorino. *Ob. cit.*, pág. 15.
- ¹⁷ NUVOLONE, Pietro. *Ob. cit.*, pág. 80.
- ¹⁸ NUVOLONE, Pietro. *Ob. cit.*, pág. 77.
- ¹⁹ PERES, Waldir Troncoso. *Ob. cit.*, pág. 8.

BIBLIOGRAFIA

- CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Criminologia: Biológica, Sociológica, Mesológica*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980.
- ENCICLOPÉDIA MIRADOR INTERNACIONAL. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1987, v. 13.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERRI, Enrico. *El Homicida*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1930.
- FIGUEIREDO, A. Alves de. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, v1.
- LEITE, Eduardo de O. *A monografia jurídica*. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- LYRA, Roberto. *Novíssimas Escolas Penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1991, v. 1: Parte geral.
- MONIZ SODRÉ, Antonio. *As tres Escolas Penaes*. 2 ed. corr. e aum. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917.
- MORAES, Talyane. A moderna tentativa de reviver Lombroso. *Prática Hospitalar*, ano 8, V. 6, n. 2, p. 22-25, mai./jun. 1993. .
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, V. 1.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Tradução de Ada Pellegrini Grinover; notas de René Ariel Dotti. São Paulo: RT, 1981, v. 1.
- PERES, Waldir Troncoso. Amor mortífero. *Veja*, São Paulo, ano 27, n. 48, p. 7-10, 30/11/1994.

A PRISÃO NÃO VINGOU

João Eduardo Ribeiro de Oliveira
Acadêmico do 8º Período do Curso de Direito da UFRN

“A prisão lança por suas portas, ao término da pena, segundo sua duração, um pobre sujeito desalentado e radicalmente estéril pela comunidade”.

SALLEILLES

INTRODUÇÃO

Na época atual a pena de privação da liberdade tem sido a solução principal utilizada no combate ao crime, acarretando o abarrotamento populacional dos presídios e delineando um dos principais problemas sociais das nações modernas: a ineficácia da estrutura prisional.

A política imposta na codificação penal brasileira nascida em 1940 possui marca distintiva no fato de que a cominação da pena de prisão ocupou a maioria das sanções estabelecidas. Nem as posteriores Leis 7.209/84 e 7.210/84, uma instituidora de reformas na parte geral do CPB e a outra disciplinando a fase executória da pena e os incidentes porventura presentes, tornaram-se aptas a uma profunda e suficiente melhoria da situação penitenciária.

NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Ultrapassada a fase da vingança privada, a imposição de sanções aos homens teve, nos primórdios da organização social, caráter notoriamente intimidativo, significando que a única preocupação era a de inspirar temores à comunidade e assim coibir a prática delituosa.

Uma incriminação resultava fatalmente em um extermínio, quando não em mutilações. Assim foi o Código de Manu e o Código de Hamurabi (Talião), embora nesse último já se consagrasse o início da solidificação do Princípio da proporcionalidade (olho por olho, dente por dente). A pena se consolidava como instrumento transpessoal que atingia muito mais do que a restrição da liberdade, com finalidade de atemorização geral.

Aliada à crueldade, a imposição de pena refletia um cunho religioso em que o condenado devia ser perdoado por entidades divinas. Assim foram os Juízos de Deus (Ordálias) que segundo MOACIR A. DOS SANTOS, **“consistiam em experimentos cruéis, tais como a prova pelo fogo, a prova pela água fervendo, a prova pelo cadáver, a prova pela água fria, a prova pela serpente, a que se submetia o réu, no pressuposto de que Deus, proclamando a verdade, viria em seu socorro, livrando-o incólume.”** (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil p 44).

Na Idade Média, o Direito Canônico instituiu a prisão celular, onde os clérigos faltosos se depuravam através ao isolamento e da solidão. Surge a pena privativa de liberdade, porém com uma fundamentação religiosa, e portanto, diversa da natureza da pena em que o Estado interfere na liberdade daqueles que infringem as normas legais.

A Igreja inspira o nascimento da prisão como instituição do direito/dever estatal de punir. Como assevera FUNES, tem-se como único fator positivo da pena privativa da liberdade, o fato de que seu crescimento pôde impulsionar o desprestígio da pena capital. Esse era o único

ponto elogioso.

Todavia, engana-se quem pensa que somente razões jurídicas impulsionaram o nascedouro da pena privativa de liberdade. O advento da Revolução Industrial ocasionou a violenta exploração do trabalho e a freqüente migração das pessoas do campo para a cidade, imprimindo nesta matizes de violência nunca vistos, ensejando assim medidas legais bruscas que possibilitassem o controle da grande massa de migrantes, pois a pena de morte não seria eficaz contra o excessivo número de pessoas que inflacionava os centros urbanos.

Comprova-se tal evidência com a chamada *casa de força*, utilizada para internação de mendigos, vagabundos e prostitutas, já empregada desde o Séc. XVI na Europa.

A explosão cultural evidenciada com o Renascimento e subseqüentemente com o Iluminismo, proporcionou o primeiro passo para a humanização da pena e dos presídios. Com o advento da Escola Clássica (BECCARIA), começou-se a enfatizar a necessidade de melhor tratamento para os apenados, abolindo-se a crueldade excedente que subsistia em sua época. Entretanto, a vertente clássica pecava pela associação entre a pena e o crime, na qual quanto mais grave o crime mais penosa seria a sanção.

Nesse contexto assinalam SÉRGIO S. SHECAIRA E ALCEU CORRÊA JR. que **“Opondo-se a esta teoria, a Escola Positiva colocou o homem como centro do Direito Penal, dando à pena o escopo da ressocialização do delinqüente. Os positivistas, como Cesare Lombroso e Enrico Ferri, consideravam a pena mais que um castigo, um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela.”** (Pena e Constituição. p. 20)

A modernização das penitenciárias americanas (principalmente na Pensilvânia) culminou, em fins do Séc. XVIII, no sistema do *solitary confinement*, no qual se estabelecia o absoluto isolamento solitário como forma de punição, tendo por base a influência da comunidade religiosa dos Quakers. Até que em Auburn (Nova York), no ano de 1821, aperfeiçoou-se o sistema com a implantação da comunidade diurna, mas balizada pela incomunicação absoluta dos detentos.

Finalmente, em 1846, O Capitão Machonochie implantou na Ilha de Norfolk um sistema de evolução, como forma de estimular o bom comportamento dos segregados, transmitindo para o futuro a concepção do sistema progressivo.

No Século XX, várias tendências subsistem e determinam os contornos da atividade político-repressiva do Estado. Um dos direcionamentos acerca da forma de repressão é a **POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA**, que parte da premissa de que o Direito Penal se organiza com base na relação opressores/oprimidos, defendendo seus partidários a abolição da pena privativa de liberdade por entendê-la um instrumento inútil de controle da criminalidade. Pressupõem seus defensores que a pena serve simplesmente como aparato de dominação.

Outra corrente notabilizada é aquela que se especifica pela alcunha de **“MOVIMENTO DA LEI E DA ORDEM”**, calcada na desacertada e violenta repressão aos criminosos por meio de leis de grande severidade e utilização de penitenciárias com alto grau de segurança, justificando essa prática pela necessidade de intimidação (prevenção geral). Igualmente é defendida **“a diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução, que na hipótese, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente para as autoridades penitenciárias.”** (Sérgio S. Shecaira e Alcides C. Jr. Ob cit. p 106)

O Movimento da Lei e da Ordem tem largo emprego nos Estados Unidos, empreendedor do sistema **“Three Strikes”**, onde se retira definitivamente o delinqüente das ruas após a reincidência da terceira conduta infracional. Denota-se a inexistência de critérios eficazes para coibir e minorar a prática delitiva.

Finalmente, vislumbra-se no cenário jurídico a **“NOVA DEFESA SOCIAL”**, basilada

na consciência da necessidade de ressocialização do encarcerado. A procura da reinserção do preso à sociedade atende não só a proteção da dignidade do homem, como explicitado no artigo 1º, III e 5º, XLIX da CF, mas igualmente se perfaz como garantia de paz na sociedade.

FILIPPO GRAMATICA, após a Segunda Guerra e seguindo tendências democráticas consolidadas naquela época, idealizou a Nova Defesa Social. Coube a MARC ANCEL aprofundar e disseminar a concepção de mudança no processo de recuperação dos confinados e a modificação dos estabelecimentos prisionais. A Nova Defesa Social tem como pressuposto a transformação daquele que se submete à contenção forçada de sua liberdade com fins de que, ao cumprir a pena, possa retomar ao livre convívio.

Outro grande idealizador da transformação dos institutos prisionais foi MARIANO RUIZ FUNES, idealizador da obra **“A crise nas prisões”** em que atesta a maléfica superutilização da pena privativa de liberdade, clamando pela necessidade de classificação dos detentos ante o amontoamento irregular dos presídios; indo além disso e lutando para fazer da prisão uma possibilidade de egresso da vida delituosa.

O PENSAMENTO DE MARIANO RUIZ FUNES DE ACORDO COM A NOVA DEFESA SOCIAL

MARIANO RUIZ FUNES afirma que a multiplicidade de ações de combate à criminalidade é que amenizará a superpopulação carcerária e que a prisão é somente um dos aparatos destinados à minoração da delinquência. Como atesta o próprio Funes: a relação entre o crime e uma única solução “está tão desproporcionado e ininteligível como o seria o de que todas as variedades mórbidas que a patologia registra dispusessem de um só remédio”. (A crise nas prisões. p 11.)

Para isso, faz-se imperioso a individualização do cumprimento das penas, significando a aplicação justa e correta do tratamento dado ao preso de acordo com o que ele é. Vê-se, então, que a subtração dos incapazes ou dos enfermos mentais do seio da prisão comum atende justamente ao princípio pessoal defendido pelo supramencionado escritor.

Cogita-se para a individualização proposta, a necessidade de classificação exata do delinquente, para assim destiná-lo ao presídio, ao manicômio ou outras instituições que se adequem, de acordo com as características são/enfermo, enfermo físico/mental, ocasionais/habituais, urbanos/rurais, homens/mulheres, etc.

O preso rural, por exemplo, na visão do autor, deve se concentrar nas colônias agrícolas ou industriais por não se adaptar à convivência com os detentos da cidade. Menciona além disso que a proximidade do presidiário com a sua família e com seu local de origem é um fator insubstituível de reinserção social. Após tantos anos da publicação de seu livro, o pensamento de FUNES se mostra atual diante da situação presente, onde temos justamente a antítese, na qual os condenados são destacados de sua cidade de nascimento para cumprirem pena nas capitais.

A ausência de critérios acomete da mesma forma o preso “acidental” que, por uma circunstância adversa, ingressa na prática delituosa e, ao adentrar na estrutura prisional, enterra lá suas esperanças de liberdade. Isso motivado pelo acúmulo irregular de encarcerados das mais diversas origens, de comportamentos peculiares e apenados de acordo com crimes diferentes.

A base dessa seleção pessoal dá-se com a implantação da nominada “clínica criminal”, que nada mais é do que a transposição dos conceitos teóricos da Antropologia Penitenciária para o exercício prático de ordenação dos presidiários. Esse selecionamento é pautado pelo “sistema homogêneo da série” onde os prisioneiros são selecionados em grupos, de acordo com aspectos

subjetivos, como a aptidão física, atenção e memória, por exemplo.

Esse tratamento não significa, como querem alguns opositores da individualização, uma pena para cada delinqüente, mas o que se propõe é um grupo de delinqüentes para a mesma pena.

Não é somente essa a crítica referida ao poder de ressocialização da prisão. Bentham e Webb, com os respectivos princípios da Não Superioridade e da Menor Elegibilidade, sustentam a impossibilidade de humanização das penas tendo em vista que o ambiente carcerário não pode ser superior à vida das classes mais insuficientes economicamente. Argumento, por sinal, que atualmente encontra ampla aceitação em alguns meios sociais.

No mesmo pensamento trilha ROXIN, quando afirma que o preso tem o direito de não ser ressocializado contra sua vontade, por se tratar de pessoa já com grau de discernimento. Igualmente é a opinião do Mestre argentino ZAFARONNI quando questiona a atribuição do organismo estatal em atribuir sofrimento aos seus cidadãos.

Desconsideradas as oposições propostas em virtude da primazia do interesse social, temos que para a efetivação desse trato peculiarizado, deve-se privilegiar a nova educação do encarcerado ao invés do estudo sobre novas penas a serem aplicadas. Não que tal aspecto seja prescindível, mas torna-se de menor valor quando se verifica a necessidade urgente de esvaziamento das penitenciárias. Nesses termos, a Pedagogia Corretiva deve tomar a importância dada à Penologia.

FUNES denuncia que a aglomeração desorganizada dos presos torna o cárcere o principal fator de contribuição à reincidência, e que a monotonia, a rotina, o tédio e até o que o Prof. Pinto de Toledo chama de “psicoses da prisão” se juntam a essa irregular cumulação para criar nos detentos a inspiração de se evadirem das penitenciárias.

A importância da obra de FUNES está na peculiaridade de ter se firmado como pensamento pioneiro da utilização múltipla dos meios de oposição à ação criminal e da luta para destinar a prisão como estabelecimento de reforma para aqueles condenados que não se corrigem com as outras penas.

O Estado vem se tornando o próprio agente corruptor destes condenados e acelerando neles o processo de brutalização definitiva. A prisão só não ressocializa porque está caótica e seu poder de reinserção social ficou e permanecerá latente até que outras condições passem a se tornar vigentes nos cárceres.

O DIREITO PENAL DO TERROR

Mas a situação momentânea está longe dos ideais acima explicitados, contrariamente temos um Estado preocupado em acerbir condutas consideradas nocivas e despreocupado com o caos reinante em todas as penitenciárias, como bem certifica JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS: “Engana-se porém, quem considera que a violência é apenas obra de maus policiais ou de policiais excessivamente compenetrados de seus deveres de repressão à criminalidade. Ela se encontra institucionalizada e é praticada pelo Estado, precisamente através do ‘Direito penal do Terror’”. (ob. cit. p. 34)

A expressão “Direito Penal do Terror” foi trazida por René Ariel Dotti para o meio jurídico nacional e designa a intensa e descriteriosa atividade legislativa de majoração das penas cominadas a determinados crimes, cujas características são ora explicitadas: “criação de um clima de guerra, em que o criminoso é visto como um inimigo a ser alvejado, sanções penais violentas, discurso marcado pela demagogia, criação de tipos penais sem critérios que não a necessidade contingente e, por vezes, falsa ou tendenciosa de obter, da população, condutas ou

omissão de condutas etc” (João Gualberto Garcez Ramos. ob. cit. p. 34)

É visível a existência de disposições marcadas com as características do Direito Penal do Terror. Assim é a Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular), Lei 4.771/65 (Código Florestal), Lei 5.197/67 (Código de Caça), Decreto-lei nº 221/67 (Código de pesca), Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), Lei 6.368/76 (Lei de Tóxicos) e principalmente a Lei 8.072/90.

Todas essas disposições contêm alta carga repressiva. Não é que seja reprovável a cominação de penas para condutas que ameacem a vida das pessoas de bem. Todavia há distorção quando se comina para os denominados “crimes ecológicos” sanções que, não raro, superam aquelas destinadas a reprimir os delitos de ofensa à vida.

Dessa forma é que o JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS afirma ser inconstitucional a Lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90) por violar o Princípio da proporcionalidade que nada mais é do que o reflexo do Princípio da isonomia incidente na sistemática penal e por ir de encontro ao mandamento constitucional restringindo ou ampliando suas normas. Diz o autor em relevo: “As penas do Código Penal foram cominadas abstratamente, uma em relação às outras, de maneira a existir um equilíbrio. A intromissão do legislador na Parte Especial do Código Penal, para aumentar ou para diminuir as penas de alguns crimes (e não de todos) sem acrescentar elementares que justifiquem uma maior ou menor censurabilidade - e de consequência, maior ou menor apenamento - das condutas, é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade das penas.” (ob. cit. p. 90)

SOLUÇÕES IMPOSTAS AO PROBLEMA PRISIONAL

O objeto desse trabalho volta-se precipuamente para a má utilização da pena de privação da liberdade e o verdadeiro significado que a mesma encerra, onde sua abolição seria ação drástica por demais, na medida em que o aprisionamento de infratores pode ser eficaz para aqueles que não detêm condições de permanecer em liberdade e necessitam de uma nova orientação pedagógica. Por esse motivo pincelamos rapidamente, de forma conclusiva, as alternativas postas no intuito de oferecer novos caminhos de sancionamento legal.

Entretanto, é primário assinalar que descabe na época atual a aplicação da pena capital. É inegável que as penas que suprimem a vida do apenado representam a volta ao passado humano de alienação dos sentimentos morais e de degolações e crucificações em praça pública para servir de elemento aterrorizante a todos os cidadãos. A evolução sócio-cultural já não mais permite a negação do valor do homem.

O Estado se tornaria tão assassino quanto o executado, rompendo-se todos os alicerces construídos progressivamente em torno dos conceitos de humanização defendidos nos tempos atuais.

A privatização das penitenciárias, mesmo elidindo-se a transposição, para os particulares, da responsabilidade pelo cumprimento e progresso das penas, o que é e sempre será atividade pública, continua como solução delicada, tendo em vista os perigos do mau gerenciamento dos serviços prestados pelos presidiários, podendo se culminar na exploração demasiada da força de trabalho dos encarcerados.

A descriminalização, por sua vez, surge como uma medida lógica, vez que a legislação penal elenca como crime determinadas condutas que não oferecem a gravidade exigida para a utilização da pena privativa de liberdade. Assim é o adultério, a posse sexual mediante fraude, e para alguns, certos crimes que encerram somente dolo de perigo (o curandeirismo, a omissão de notificação de doença, o exercício ilegal da Medicina, por exemplo), viabilizando-se a

apreciação destes para a seara administrativa por meio dos órgãos competentes.

O Direito Penal deve ser mínimo, isento do atual semblante emocional que deságua na excessiva tipificação e na ruptura do equilíbrio solidificado no CP e na legislação complementar, cuja sistemática deve ser fechada e interligada. Deve-se obter uma sincronia entre as cominações estabelecidas e o grau de importância dos diversos objetos jurídicos tutelados.

Nesses termos, é que DORADO MONTERO designa o Direito Penal como “direito protetor dos criminosos”, sendo sufragado por Von Liszt no momento em que prega que “O Código Penal é a ‘constituição do delinquente’. Se há alguém reprimido pelas normas penais esse alguém é o Estado, que pelo Direito Penal teve estritamente regulamentado seu poder de interferir na esfera pessoal de cada indivíduo.” (João Gualberto Garcez Ramos. ob. cit. p. 22)

A busca de outras penas possui importância primordial igualmente, daí é que a perda de bens, a prestação de serviços à comunidade, a limitação de final de semana, a multa, a restrição de direitos, a prisão domiciliar e tantas outras penalidades, que se subtraem à vedação imposta pelo art. 5º, XLVII da nossa Carta Constitucional, devem ser utilizadas de forma mais intensa naqueles crimes em que o agente não possui a periculosidade suficiente que justifique a contenção da liberdade.

O avanço processual solidificado com a Lei 9.099/95, criadora dos juizados especiais criminais e que instituiu novidades como, por exemplo, a composição dos danos civis (art. 72 e ss.) e a suspensão do processo (art. 89), soma-se às demais formas de se minorar o problema prisional. Todavia, doutrinadores ainda pregam maiores mudanças no âmbito processual penal como aumento do prazo do “sursis”, a diminuição da ação pública incondicionada e o alargamento da utilização das medidas como fiança, liberdade provisória, indulto, graça, anistia e o perdão judicial.

O ponto mais urgente da mudança é, sem sombra de dúvida, a concretização de um sistema que propicie a reforma do condenado, onde se possa aplicar todas as ferramentas (instrução, trabalho, ...) tendentes a evitar que o cárcere seja mais penoso do que deve ser. A prisão há de ser um instrumento terapêutico, em que o trato dado ao encarcerado atenda à finalidade de torná-lo apto a retomar plenamente à vida social.

No nosso meio já vigora um instituto prisional voltado para o objetivo de reintegração social e que se solidifica nas disposições contidas no diploma legal 8.069/90 regedor dos interesses da criança e do adolescente, como bem se pode verificar em seu artigo 7º: **“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”** (acentuamos).

Igualmente se percebe no art. 86 da citada Lei 8.069/90 a preocupação de prevenção e modificação da delinquência juvenil, quando estabelece: **“Art 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”**.

Embora a situação do menor ainda não tenha atingido o patamar esperado por todos, a política de reintrodução social infanto-juvenil já conta com aspectos extremamente modernos e aptos a efetivar mudanças. Como modelos temos a integração de entidades municipais, estaduais e federais no apoio à criança e a adoção de medidas que evitem a internação (privação da liberdade) como a advertência, a obrigação de reparar o dano, a semiliberdade, a liberdade assistida (arts. 112 e ss. da Lei 8.069/90), entre tantas outras medidas sócio-educativas presentes na esfera legal.

Todavia, para os portadores da capacidade penal, a sociedade se contenta simplesmente

em que a pena castigue, aflija ao aprisionado as piores atrocidades a serem suportadas pelo ser humano, na ilusão de que assim estará se fazendo “justiça”, sem perceber que se o preso consegue libertar-se do cárcere retomará para a vida infecunda, agora com a carga da violência e revolta adquirida na prisão.

E sendo assim, temos que a prisão não vingou: primeiro por não ter logrado êxito, pela falta de força reeducadora e por mostrar-se como um entrave social; segundo por não ter se firmado como o instrumento de vingança almejado pela sociedade, haja vista que não há retribuição quando o Estado impõe àqueles condenados condições de vida tão desonrosas a incutir neles o desígnio de fugas, revoltas, rebeliões e conseqüentemente firmar uma instabilidade social.

Por isso, ABRAHMSSEN adverte que, para a ação pura e simplesmente segregadora da sociedade, a resposta dada pelo segregado coloca-nos em tempos de apreensão: **“Cada ser humano se sente ameaçado, até certo ponto, pela competição e, por conseguinte, está mais ou menos inseguro, razão pela qual tem que mitigar os seus temores e as agressões. Uma forma de se livrar delas é castigar o delinqüente. Este, por sua vez, sofre de temores e agressões, e se livra delas agredindo e castigando o cidadão respeitador da lei.”** (Funes, ob. cit. p 165”).

BIBLIOGRAFIA

FUNES, Mariano Ruiz. A crise nas prisões. São Paulo. Saraiva. 1955.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Textos selecionados: “A inconstitucionalidade do direito penal do terror”. Curitiba. Juruá. 1991.

SANTOS, Moacir Amaral dos. Primeiras linhas de direito processual civil. 15ª ed. 1º vol. São Paulo. Saraiva. 1992.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JR., Alcides. Pena e constituição. 1ª ed. São Paulo. RT. 1995.

REFUTAÇÃO DO CHAMADO DIREITO “ALTERNATIVO” A LUZ DA DOCTRINA CATÓLICA

Hélio Seabra Monteiro de Barros Júnior
Acadêmico do 1º Período do Curso de Direito da UFRN

Neste período conturbado de pós-modernidade em que vivemos, poucas são as instituições que se mantêm incólumes a críticas e contestações, às vezes de cunho construtivo, mas quase sempre nihilistas. Assim acontece nos meios jurídicos, também às voltas com crises de valores, e agora palco de um debate sobre a questão do DIREITO ALTERNATIVO.

Surgido na Europa, como contestação do Direito Natural, o uso alternativo do direito - termo mais apropriado para designar essa corrente revolucionária - tem suas raízes num contínuo processo histórico de destruição de todas as formas de superioridade, ou desigualdade entre os homens. A questão do igualitarismo, se levada até suas implicações mais extremadas, remete à afirmação ou à negação de Deus, já que Ele constitui a superioridade infinita. Por esta razão, uma refutação ao Direito alternativo que se pretenda cabal, não pode simplesmente ignorar o ponto de vista católico.

Como corolário do igualitarismo, e objeto predileto de contestação por parte do Direito alternativo, há a negação do direito de propriedade. Mais uma vez, batem os alternativos numa das bases da Doutrina católica, como veremos a seguir. A revelia da lei, e mesmo contra ela, atuam os partidários do “uso alternativo do direito” no sentido de promover a insegurança da propriedade, abalando aquilo que dá estabilidade às famílias e à sociedade como um todo. Eis aqui outro aspecto destacável da Doutrina católica, a família, e por conseguinte, a ordem social harmônica e solidária, mais uma vez atacado pelo Direito alternativo.

Nem mesmo aspectos da Filosofia do direito, como a imparcialidade dos magistrados, escapam da abrangente consideração do Magistério da Igreja, que promotor do Direito Natural, contrapõe-se radicalmente ao chamado Direito alternativo. Portanto não foge à discussão acadêmica do Direito uma abordagem católica de todos esses temas.

Antes de entrarmos diretamente nos pontos mais polêmicos do ideário do Direito alternativo, convém defini-la, bem como explicitar seus métodos de ação, nas palavras dos seus próprios partidários. “O direito alternativo, no sentido estrito, emerge do pluralismo jurídico. ***Este direito concorrente, paralelo, achado na rua, emergente, insurgente***, é construído pela população na sua caminhada libertária. (...) [seus] atores principais são os movimentos sociais, sindicatos, partidos políticos, setores progressistas das igrejas, comunidades de base (...) ***O exemplo forte de direito alternativo que se constrói ao arrepio do oficial é aquele emergente da luta dos camponeses sem terra: o de ocupação***” (Amilton Bueno de Carvalho, “Magistratura e Direito Alternativo”, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992, p.90).

A deturpação, e mesmo a usurpação de termos como liberdade e democracia, são freqüentes no discurso das ideologias igualitárias. No fundo, promovem a tirania e a negação dos princípios que ostentam em seus *slogans*. “Liberdade, liberdade, quantos crimes cometeram em seu nome”, foi o desabafo de Madame Roland, revolucionária de 1789, ela mesma vítima de seus companheiros de luta, na guilhotina.

“Na América Latina, combate-se com o direito ante o fracasso das revoluções” (Amilton Bueno de Carvalho, “Lições de Direito Alternativo - I, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991, p.57). Mas combatem exatamente o quê, os alternativos? Seriam as ditaduras, o terror e a instabilidade provocada pela parcialidade da Lei, a ausência do estado de

direito? Respondem eles o contrário: “Somente modificando as regras atuais da lógica imperante (democracia representativa, Estado como fonte do Direito, etc.) é que os direitos comunitários deixarão de ser inferiores, confrontados ou cooptados pelo Direito Positivo do Estado” (“Lições de Direito Alternativo -II, p.136).

Em outro autor, podemos identificar os métodos desta “transformação”. “Aceitar a tese da revolução processual não significa abandonar, por considerar fora de questão, o **momento explosivo**, que não deve ser descartado. Afinal, é difícil crer que a burguesia recuará (...) O momento é de **surpresa**. Sabemos que a cultura jurídica burguesa está ruindo (...) acreditamos num novo iluminismo, negador da barbárie e afirmador do socialismo, radicalização da democracia (...) a luta somente tem início. Importa estar sempre alerta ao lema favorito de Marx: *De omnibus dubitandum*”, (Edmundo Lima de Arruda Jr., “Lições de Direito Alternativo - I, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991, p.98).

O Direito alternativo não tem a Justiça, em si, como fim ou valor absoluto. Mais precisamente, a máquina judiciária com seu poder e prestígio, seria mero instrumento para a destruição do princípio da propriedade - de acordo com o aporte marxista e neo-marxista ao uso alternativo do Direito - promover a luta de classes, efetuar a transição para o socialismo e, enfim, implantar a autogestão. Segundo seus próprios autores, “o direito alternativo **não é “apenas uma nova escola jurídica”, e sim uma “objetiva antevisão de um projeto de transformação da sociedade”** (Miguel Alves Lima, “Lições de Direito Alternativo - II, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991, P.53).

Visualiza-se o “**ideal de autonomia, onde os próprios movimentos ou a classe trabalhadora discutam suas próprias leis**”. A intransigência não é com a lei em si, visto que nos movimentos há um processo de estabelecimento de leis... **o problema é que as leis têm que estar do nosso lado, devemos transformá-las**” (João Batista Moreira Pinto, “Lições de Direito Alternativo - II”, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991, P.23). É preciso ressaltar que **a transformação** aludida, que fere aliás diversos princípios do Direito, “**não se fará sem ranger de dentes e o direito positivo, que melhor seria chamado de impositivo, será defendido arduamente**” (Amilton Bueno de Carvalho, “Magistratura e Direito Alternativo”, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992, P.96).

No campo específico do Direito, postulam os “alternativos” que nem o juiz, nem o Estado, são entidades *super partes*. “As forças progressistas lançam as bases para uma ‘jurisprudência alternativa’, na medida em que estão a negar os postulados basilares da cultura jurídica dominante, que são os seguintes: apoliticidade; imparcialidade; independência do Judiciário” (Edmundo Lima de Arruda Jr., “Lições de Direito Alternativo - I”, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991, p.89).

Contrapõe-se a isto a Doutrina Católica, segundo a qual “a composição imparcial da corte de justiça se liga às garantias do direito, como fator essencial. O juiz não pode ser parte, nem pessoalmente, nem pelo Estado. **Um juiz que possua o verdadeiro sentido da justiça, renunciará por si mesmo ao exercício de sua jurisdição no caso em que ele deva se considerar como parte**. Os tribunais populares que nos estados totalitários foram exclusivamente constituídos de membros do partido, não ofereciam nenhuma garantia jurídica” (Pio XII, “Alocução ao VI Congresso Internacional de Direito Penal, 3/10/1953, “Discorsi e Radiomessaggi”, vol. XV, p. 344).

A questão foi tratada expressamente por Santo Tomás de Aquino, que ensinou: “O homem deve amparar no juízo ao pobre o quanto seja passível, mas sem detrimento da justiça, do contrário é aplicável a frase do Êxodo: ‘Nem mesmo do pobre terás compaixão no juízo’. (Ex.23,3)” (Suma Teológica, 2-2 q. 63 a.4 ad 3). A Sagrada Escritura muito prega o amor aos

pequenos, a ponto de recomendar: “No juízo, sê piedoso para com os pequenos” (Eccli., 4,10). Por outro lado, é absolutamente clara em que ***jamais se deve ser parcial***, mesmo em favor dos pobres. Isto porque ***um fato delituoso, por exemplo o furto, não muda de natureza em sendo praticado por um grande, ou por um pequeno***.

É evidente, entretanto, que o juiz pode, e às vezes deve levar em consideração circunstâncias agravantes ou atenuantes relativas ao delito. É obvio que alguém que rouba, e ao mesmo tempo possui muitos bens materiais, é mais culpado do que aquele que rouba, possuindo poucos bens. A consciência do magistrado deve levar em consideração tais aspectos, no seu juízo, graduando sua severidade dentro dos limites da lei.

Quando, com chocante insistência, os juízes alternativos se declaram “parciais”, não se referem a essa cuidadosa avaliação de atenuantes e agravantes. Eles aplicam a expressão popular “dois pesos e duas medidas”, conforme as partes pertençam ou não às classes “opressoras”.

Além de pregar a parcialidade dos magistrados, chegam os partidários do Direito alternativo a afirmar que “no Brasil, a realidade é tão cruel, radical e insuportavelmente indigna, que ***a legalidade deve ser rompida em nome de princípios humanitários superiores...***” (Amilton Bueno de Carvalho, “Lições de Direito Alternativo - I”, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991, p.92).

Ensinou-nos Santo Agostinho, endossado por Santo Tomás (Suma Teológica, 2-2 q.60, a.5), que “nas leis temporais, embora os homens as discutam ao instituí-las, sem embargo, depois de instituídas e confirmadas, não lhes será permitido julgar as mesmas, mas apenas segundo elas”. Ensina também a doutrina católica que ***“uma só causa têm os homens para não obedecer, e é quando se lhes pede algo que repugne abertamente ao direito natural ou divino***; pois todas aquelas coisas em que se viola a lei natural ou a vontade de Deus, é mau as mandar ou fazer” (Leão XIII, encíclica “Diuturnum”, n 16).

A conseqüência é que, se determinada lei não viola a lei divina ou a lei natural, ela tem plena legitimidade e não bastam vagos “princípios humanitários superiores” para a descumprir. Sobre o amor que se deve ter à lei, é interessante considerar este texto de Bourdaloue: “Maria conduziu Jesus ao templo para obedecer a lei (...) Maria não só obedece sem obrigação, mas submete à lei seu próprio Filho, maior, mais livre e mais isento que ela mesma” (Sermão da purificação de Nossa Senhora, *apud* Mons. Angel Herrera Oria, “La Palabra de Cristo -I”, B.A.C., Madrid, 1953, p. 671).

Os alternativos, quando absolutamente impedidos de prolatar sentenças diretamente contrárias à lei, promovem uma verdadeira “guerrilha interpretativa”. Vejamos as seguintes afirmações: “O simples cumprimento das leis não basta para quem pretende uma radical transformação nas relações sociais de poder. (...) O uso alternativo do direito consubstancia-se, pois, no momento, na exegese a ser dada ao direito oficial. Não decidindo contra textos legais, mas interpretando-os de forma popular, servindo aos interesses das grandes massas oprimidas (...) O importante é construir um suporte teórico forte, sustentável, na aplicação das leis, dando-lhe um significado que pode não ser o desejado pelo legislador, mas seria o querido pela população” (Lédio Rosa de Andrade, “Lições de Direito Alternativo – II”, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1991, p.85).

Ou a lei existente, aplicável ao caso, é ou não é justa. Não há meio termo! Se é injusta, por não estar de acordo com o Direito Natural, pode não ser executada, mas apenas nos termos explanados na proposição anterior. Se a lei é justa, deve ser aplicada segundo sua mais provável interpretação, ou seja, a mens legis, seu mais correto sentido. Pelas mesmas razões pelas quais não pode ser desobedecida, também não pode ser defraudada por interpretações cavilosas. Além do mais, aceitar externamente uma determinada lei como se fosse justa, e depois fazer malabarismos para não a aplicar, é atitude indecorosa e corrosiva da reta ordenação da sociedade.

Um desses “malabarismos” consiste em relativizar a interpretação conscienciosa da lei. “Todas as interpretações lógicas possíveis de uma mesma norma jurídica possuem igual validade” (“Lições de Direito Alternativo - II, p. 191). Em outro autor alternativo temos: “Parece claro que toda decisão jurídica é uma opção entre as várias possibilidades de decisões, todas jurídicas. O que parece não estar claro é o critério a ser adotado para a efetivação dessa adoção (...) O critério (que consciente ou inconscientemente é político-ideológico) deve ser a opção pelos pobres, pelos oprimidos, pelas classes e grupos marginalizados e geralmente expropriados de qualquer Direito. O critério interpretativo deve ser o comprometimento com o bem comum, entendido como o bem da maioria da população” (Horácio Wanderley Rodrigues, “Lições de Direito Alternativo - II, p. 182).

Do ponto de vista extritamente legal, as interpretações lógicas possíveis de uma mesma norma jurídica podem possuir igual validade. Entretanto, do ponto de vista moral, a Igreja condenou a proposição segundo a qual “o juiz pode julgar segundo uma opinião menos provável” (Denz. 1152). Bem como reprovou a tese segundo a qual “no concurso da opinião menos provável com a mais provável, conhecida e julgada como tal, é lícito seguir a menos provável” (Denz. 1219).

A proposição impugnada resvala para um inevitável subjetivismo, a respeito do qual o Papa Pio XII assim se exprimiu: “A Igreja permanece firme no princípio: o juiz decide no caso particular segundo a lei. Princípio que, sem favorecer um excessivo ‘formalismo jurídico’ (...) repudia entretanto aquele ‘arbítrio subjetivo’, que colocaria o juiz não baixo, mas acima da lei” (Pio XII, discurso à Sacra Romana Rota, 29/10/1947, “Discorsi e Radiomessaggi”, vol. IX, p. 311).

Todos esses sortilégios jurídicos são feitos em nome da “opção pelos pobres”, como se lê na proposição impugnada. João Paulo II, a quem tal opção é tão cara, esclarece que não se trata de uma opção “exclusiva ou excludente”, e critica “ideologias que com freqüência reduzem os pobres a abstratas categorias sócio-políticas ou econômicas” (Acta Apostolicae Sedis, vol. 5, p.511, 1985). Em outra ocasião, ao falar de tal opção, adverte ainda contra os que “acentuam unilateralmente a dimensão social da evangelização” e “fomentam uma ‘Igreja do mundo pobre’ contraposta à Igreja institucional” (Acta Apostolicae Sedis, vol. 3, p. 318,1985).

Os textos em que o pontífice reinante condena a luta de classes são abundantes. Por exemplo: “é preciso realizar [essa opção] sem que signifique ver o pobre como classe, como classe e luta”(A.A.S., vol. 4, p. 359, 1985). Não se vê, portanto, como a “opção preferencial pelos pobres” possa servir de critério para as decisões judiciais, pois seu campo de aplicação é outro, e nada tem a ver com a luta de classes.

Tendo o direito de propriedade como objeto de verdadeira fúria passional, distorcem os autores alternativos o conceito de “estado de necessidade”, para com isso apoiar as invasões de terras. Invocam eles a tese da “invasão famélica”, por analogia ao “furto famélico”, este último admitido pela Igreja sob condições muito específicas.

O furto famélico, ou seja, feito por fome, segundo a Doutrina Social Católica, não é admitido nem mesmo quando existe necessidade grave, mas apenas “extrema”. A Igreja condenou a seguinte proposição: “é permitido roubar, não só em caso de necessidade extrema, mas também de necessidade grave” (Inocência XI, Denz. nsímbolo 176 /f “Symbol” \s 10 1186). Tal condenação foi reeditada por Leão XIII na encíclica Rerum Novarum (Denz. nsímbolo 176 \f“Symbol” \s 10 1938 b) e pelo Concílio Vaticano II, em nossos dias (Constituição Pastoral “Gaudium et Spes”, Ed. Paulinas, São Paulo, 1983, p. 97).

Mesmo no caso de necessidade extrema, em que a vida do indivíduo corra perigo iminente, o furto por fome só se pode dar nas seguintes condições: a) deve-se tentar pedir antes, se for possível; b)a quantidade tomada deve ser a medida do indispensável; c) o furto deve ser o

único meio de sair da necessidade; d) que a pessoa roubada não esteja na mesma necessidade, ou caia nela em consequência do furto; e) que o necessitado não haja provocado voluntariamente seu estado de necessidade angustiosa (Cf. T. García Barberena, “Comentarios al Código de Derecho Canónico”, B.A.C., Madrid, 1964, nsímbolo 176 \f “Symbol” \s 10 265).

Parece claro que, no caso concreto, as invasões de terras não se enquadram na categoria “furto famélico”. Não há necessidade extrema, ou perigo de vida para os “sem terra”, que legitime tais invasões! É mais evidente que se trate de uma ação político-ideológica, contrária ao trabalho assalariado, e ao direito de propriedade.

Mas objetaria algum partidário do agro-reformismo: “Não sendo lícitas as invasões, que outro recurso restaria aos “sem-terra” para promoverem seu bem estar e o de suas famílias?” Chega a pasmar tal pergunta, porque a resposta é de bom senso. O recurso é o trabalho, conforme o texto da encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII: “Posto que dividida em propriedades particulares, a terra não deixa de servir à utilidade comum de todos, atendendo que ninguém há entre os mortais que não se alimente do produto dos campos. Quem não os tem, supre-os pelo trabalho, de maneira que se pode afirmar, com toda a verdade, que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida, quer ele se exerça num terreno próprio, quer em alguma arte lucrativa cuja remuneração, apenas, sai dos produtos múltiplos da terra, com os quais ela se comuta” (nsímbolo 176 \f “Symbol” \s 10 14).

Defendem os partidários do Direito alternativo, que “(...) o que é justo para uns, é injusto para outros, basta ver o atual conflito sobre a reforma agrária: para os sem-terra, invadir propriedades é justo, porque representa a possibilidade de trabalho, de vida digna; para os donos das terras é injusto, pois fere o ‘sagrado’ direito de propriedade” (Amilton Bueno de Carvalho, “Magistratura e Direito Alternativo”, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992, p. 28).

Em frase já consagrada pelo senso comum, diz-se que o direito de um termina onde começa o de outro. Portanto, não pode ocorrer que o que é justo para uns, seja injusto para outros. No caso das invasões de terras, o direito do proprietário é justo, pois, como se viu anteriormente, não existe o estado de necessidade extrema, que é requisito para legitimar o furto, em casos excepcionais. O invasor, portanto, nenhum direito tem de arrebatar o que não é seu, e ainda agravar pelo emprego da violência e da coação, sua atitude já radicalmente imoral (cf. “Suma Teológica”, 2-2 q.66).

Convém recordar o ensinamento da Igreja, segundo o qual “nem por serem iguais em natureza, devem os homens ocupar o mesmo posto na vida social”, e que “os pobres que lutam contra os ricos, como se estes houvesse usurpado bens alheios, agem não somente contra a justiça e a caridade, mas também contra a razão” (Bento XV, Encíclica “Ad Beatissimi”, in “Les Enseignements Pontificaux - La Paix Intérieure des Nations”, pp. 104-105).

Pouca importância dão os alternativos à segurança jurídica, um dos direitos inalienáveis do homem. Para eles, “quem precisa de segurança é conservador, pois a segurança é para manter a ordem, e a ordem é isto que aí está” (Amilton Bueno de Carvalho, Jornal da Tarde, São Paulo, 24/10/90).

Opõe-se a isto a Doutrina Católica, nas palavras de Pio XII, quando de sua mensagem de Natal de 1942:

“Da ordenação jurídica querida por Deus, emana o inalienável direito à segurança jurídica, e por isso mesmo a uma esfera concreta de direito, protegida contra qualquer ataque arbitrário.

“A relação do homem com o homem, do indivíduo com a sociedade, com a autoridade, com os deveres civis, a relação

da sociedade e da autoridade com os particulares devem estar assentadas sobre um claro fundamento jurídico e tutelados, se necessário, pela autoridade judiciária. Isto supõe:

“a) um tribunal e um juiz, que tomem as decisões a partir de um direito claramente formulado e circunscrito;

“b) claras normas jurídicas, que não possam ser transgredidas com concessões abusivas a um suposto sentimento popular, e com meras razões de utilidade;

“c) reconhecimento do princípio que também o Estado, e os funcionários e organizações dele dependentes ficam obrigados” (Pio XII, “Discorsi e Radiomessaggi”, vol. IV, p. 332-333).

Como em todo processo revolucionário, faz-se primeiro um trabalho tendencial, no sentido de arrefecer as eventuais resistências, e “anestesiá-las” as pessoas - melhor seria dizer “vítimas” - antes de aplicar-lhes o conteúdo amargo das idéias revolucionárias. Este trabalho tendencial no âmbito do Direito alternativo, cujo sucesso se faz sentir à medida que as pessoas deixam de considerá-lo relevante ou perigoso, consiste em repudiar a “majestade” do Direito, substituindo-a por uma informalidade vulgar.

Em entrevista ao “Jornal da Tarde”, de São Paulo (24/10/90), alguns juízes “alternativos” reiteraram seu “repúdio generalizado” à toga, ou então expressaram o ridículo que sentem em olhar as partes de cima. “O que nós queremos é ser uma pessoa só, que diz palavrão e que julga” (Amilton Bueno de Carvalho). Isto que, diriam alguns, não passaria de mera opção estética, ou mania das novas gerações, é objeto de considerações mais sérias por parte dos próprios promotores do Direito alternativo:

“Falamos da reivindicação de abolirem-se as mesas elevadas, e cadeiras de altos espaldares. (...) Esta diferença de mobiliário, aliada às vestes talaras e outros aparatos da espécie, seria o símbolo físico do juiz ‘acima das partes’, alguém situado entre a vulgaridade da existência humana e afeição divina, onipotente” (“Lições de Direito Alternativo - I”, p. 121).

Comparemos tais afirmações com este trecho da alocução de Pio XII ao VI Congresso Internacional de Direito Penal, de 3/10/ 1953: “Nada é tão necessário às comunidades nacional e internacional quanto o respeito à majestade do Direito, como também a idéia salutar de que o Direito é em si mesmo sagrado e inviolável, e que, por conseguinte, aquele que o ofende se expõe a castigos, e de fato os recebe” (Pio XII, “Discorsi e Radiomessaggi”, vol. XV, p. 352).

Para melhor medir o abismo que separa a concepção “alternativa” da concepção esposada pela Doutrina Social Católica, leia-se a frase abaixo, do Papa Leão XIII: **“O poder legítimo vem de Deus, e o que resiste ao poder, resiste à ordenação de Deus; com o que fica muito enobrecida a obediência, já que esta é prestada à mais justa e elevada autoridade”.**

As atitudes pregadas pelo Direito alternativo não podem ser entendidas sem o necessário conhecimento da ideologia que as impregna. O princípio e fundamento do Direito alternativo é que a ordem jurídica vigente é um Direito de classe, como já foi visto, e que por isso não tem plena legitimidade. A partir dessa idéia, negam o direito de propriedade, e junto com ele os princípios do Direito Natural. Por fim, submetem à pretensa “vontade popular”,

definição aliás vaga e contestável, sobretudo num momento histórico em que não há mais povo em sua plenitude, senão “massas” amorfas e facilmente manobráveis.

Em sua alocução de Natal, de 1942, Pio XII ensinou que “a fim de que a vida social, tal como é querida por Deus, obtenha seu fim, é essencial um ordenamento jurídico que lhe sirva de apoio externo, de proteção. Ordenamento cuja função não é dominar, mas servir, tender a desenvolver e aumentar a vitalidade da sociedade na rica multiplicidade de seus fins, conduzindo todas as energias individuais rumo a seu aperfeiçoamento, em pacífica conjunção, e defendendo-as, com meios apropriados e honestos, contra tudo aquilo que é desvantajoso a seu pleno desenvolvimento” (op. cit. pp.332-333).

Além dos trechos já mencionados de João Paulo II, sobre a luta de classes, cabe aqui recordar suas palavras aos jovens de Belo Horizonte (1/7/1980): “Aprendi que um jovem começa perigosamente a envelhecer (...) quando passa a acreditar que a única esperança para melhorar a sociedade está em promover a luta e o ódio entre grupos sociais, na utopia de uma sociedade sem classes, que se pode revelar bem cedo na criação de novas classes” (“Todos os pronunciamentos do Papa no Brasil”, Loyola, São Paulo, 1980, p. 34).

Quanto ao jusnaturalismo, que, segundo os autores do Direito alternativo “não pode ser tomado como padrão de referibilidade do direito e da juridicidade”, diz a Doutrina Católica o contrário, nas palavras de Pio XII:

“O direito está necessariamente fundado, em última instância, sobre a ordem ontológica, sua estabilidade, sua imutabilidade. Em toda parte onde os homens e os povos estão agrupados em comunidades jurídicas, não são eles, precisamente, homens, com uma natureza humana substancialmente idêntica? As exigências que decorrem desta natureza, são as normas últimas do direito. Tão diversas como possa ser a formulação dessas exigências em direito positivo, segundo os tempos e os lugares, segundo o grau de evolução e cultura, seu núcleo, porque exprime a ‘natureza’, é sempre o mesmo” (Pio XII. Alocução para o VI Congresso Internacional de Direito Penal, 3/10/1953, “Discorsi e Radiomessaggi “, vol. XV, p. 348).

No fundo, os ataques dos alternativos ao jusnaturalismo, servem para o questionamento da espinha dorsal do direito civil, que é a noção de propriedade. O Papa Leão XIII, na encíclica “*Rerum Novarum*”, ensinou a esse respeito:

“A universalidade do gênero humano, sem se deixar mover pelas opiniões contrárias dum pequeno grupo, reconhece, considerando atentamente a natureza, que nas suas leis reside o primeiro fundamento da repartição dos bens e das propriedades particulares; foi com a razão que o costume de todos os séculos sancionou uma situação tão conforme à natureza do homem e à vida tranqüila e pacífica das sociedades.”

Por seu lado, as leis civis, que tiram o seu valor, quando são justas, da lei natural, confirmam esse mesmo direito e protegem-no pela força.

“Finalmente, a autoridade das leis divinas vem por-lhe o seu selo, proibindo sob pena gravíssima, até mesmo o desejo do que pertence aos outros: ‘Não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem a sua casa, nem o seu campo, nem o seu boi,

nem a sua serva, nem o seu jumento, nem coisa alguma que lhe pertença' (Deut. 5,21)"

Ainda na mesma encíclica, discorre Leão XIII, “a propriedade particular, já Nós o dissemos mais acima, é de direito natural para o homem: o exercício deste direito é coisa não só permitida, mas ainda absolutamente necessária (cf. Santo Tomás, II, q. 66, a. 2)”.

Um dos melhores comentários a essa verdade tão conhecida, é de João Paulo II, publicado no “*L'Osservatore Romano*”, a 18/12/1987: “O direito de propriedade está unido à pessoa, também quando se trata da propriedade dos meios de produção. Está unido porque o homem desde o começo tem sido nomeado pelo Senhor como dominador da Criação visível. Está unido com a finalidade de que possa ser corretamente libertada a iniciativa econômica, a qual não serve só ao indivíduo mas também à sociedade. Este princípio, considerado por Santo Tomás expressão de direito natural, pertence a toda tradição da Igreja, desde a “*Rerum Novarum*” até a “*Laborens exercens*”.

Em contraposição, não seria excessivo recordar o que Marx e Engels escreveram em seu famoso manifesto de 1848:

“A propriedade privada atual, a propriedade burguesa, é a última e mais perfeita expressão do modo de produção e de apropriação baseado nos antagonismos de classe, na exploração de uns pelos outros. Nesse sentido, os comunistas podem resumir sua teoria nesta fórmula única: abolição da propriedade privada” (Manifesto do Partido Comunista. Ed. Vitória. Rio de Janeiro, 1963,5 ed.. p.38).

Portanto, uma lei positiva, por ser contrária à propriedade, sendo oposta à lei natural, poderia não ser obedecida. ***Os juristas alternativos*** tendem, em grande parte, para exatamente o oposto: ***não desejam obedecer leis conformes ao direito natural, a fim de negar a propriedade.***

Vimos que, desprezando os direitos básicos do homem exatamente aqueles oriundos de nossa própria natureza humana - e submetendo a sociedade à insegurança da parcialidade judiciária, à dúvida quando ao apego à lei, por parte dos magistrados, o direito alternativo instauraria um regime contrário ao nosso ideal de Estado de direito. “*Nemo iudex sine lege*” (ninguém é juiz sem lei), o contrário degeneraria em tirania. O juiz “alternativo”, por-se-ia acima da lei, tributário apenas de sua “consciência de classe”, ou eventualmente do que se estabeleceria como “justo” popular.

Contra esta última idéia, já no século passado alertava Pio IX, na encíclica “*Quanta Cura*”: “Alguns, desprezando de fato e tendo por nada os princípios certíssimos da sã razão, ousam proclamar: ‘a vontade do povo, manifestada pela opinião pública, deve constituir uma lei soberana, independente de qualquer direito divino e humano, e os fatos consumados, pelo próprio fato de serem consumados, passam a ter, na ordem política, força de direito’”.

Poderíamos aludir à lista interminável de crimes, não simplesmente comuns, mas perpetrados pela própria autoridade judiciária, em regimes totalitários, em que as idéias do direito alternativo se aplicavam perfeitamente: “a ‘justiça’ do partido nazista matou, torturou ou prejudicou seriamente milhares de inocentes, em nome do povo alemão, assim como na antiga Cortina de Ferro milhares de dissidentes tiveram a mesma sorte, ou até pior. Ainda hoje, nos países em que subsiste o regime comunista, vige o terror partidário, o clima de delações, e o trabalho escravo.

Porém, como alerta último, e por se tratar da ofensa mais grave que um magistrado jamais pode fazer, aludamos ao crime de Pilatos. Convencido da inocência de Jesus Cristo, consciente das violações das normas jurídicas da época, tanto romanas como judaicas, cedeu

Pilatos ao medo de contrariar o “populacho”, de enfrentar uma “opinião pública” hostil. Tivesse o direito prevalecido o sumamente Justo não teria sido condenado.

BIBLIOGRAFIA

1) Livros:

“Acta Apostolicae Sedis”. Roma: Typis Polyglottis Vaticanis, 1985. Vols 3, 4 e 5.

“Actes de Léon XIII”. Paris: Maison de la Bonne Presse, n.d. Vol. 2.

Aquino, S. Tomás de, “Suma Teológica”. Madrid: BAC., 1952.

Barberena, T. García, “Comentários al Código de Derecho Canónico”. Madrid: B.A.C., 1964.

Carvalho, Amilton Bueno de, e outros, “Lições de Direito Alternativo - I”. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1991.

Carvalho, Amilton Bueno de, e outros, “Lições de Direito Alternativo - II”. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1991.

Carvalho, Amilton Bueno de, “Magistratura e Direito Alternativo”. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1992.

“Constituição Pastoral ‘Gaudium et Spes’”. São Paulo: Ed. Paulinas, 1983.

Corrêa de Oliveira, Plínio, D. Geraldo de Proença Sigaud, D. Antonio de Castro Mayer, e Luiz Mendonça de Freitas, “Reforma Agrária – Questão de consciência”. São Paulo: Ed. Vera Cruz, 1960.

Marx, Karl, e Friedrich Engels, “Manifesto do Partido Comunista”. Rio de Janeiro: Ed. Vitória, 1963.

Oria, Mons. Angel Herrera in “La Palabra de Cristo”. Madrid: B.A.C., 1953. Pio XII, “Discorsi e Radiomessaggi”. Vaticano: Tipografia Poliglotta Vaticana. Vols. IV, IX e XV.

“Todos os pronunciamentos do Papa no Brasil”. São Paulo: Loyola, 1980.

2) Periódicos:

Carvalho, Amilton Bueno de. “Jornal da Tarde”, São Paulo, 24/10/1990.

Costa, José Maria da, “Justiça alternativa é retrocesso”. “O Estado de São Paulo”, 12/12/1990.

Daniele, Leo, “Direito Alternativo”. “Catolicismo”, n 514, out. 1993.

Dip, Ricardo Henry Marques, “Direito exclui desvios”. “O Estado de São Paulo”, 1/2/1991.

Friede, R. Reis, “Direito Alternativo - solução para o progresso?”. “Jornal da Manhã”, São Paulo, 28/7/1993.

Gandra Martin, Yves. “Direito Alternativo”. “Catolicismo”, n 514, out. 1993. “L'Osservatore Romano” (edição em língua portuguesa), 18/12/1987.

Romani, Dagoberto, “Direito Alternativo e desordem”. “O Estado de São Paulo”, 30/1/1991 .

O DIREITO DE SER: O INDIVÍDUO E O ESTADO

Myerson Leandro da Costa
Acadêmico do 1º Período do Curso de Direito da UFRN

INTRODUÇÃO

A liberdade consiste na afirmação da personalidade, seja do indivíduo, seja da nação. Durante grande parte da história humana, foi vetado ao indivíduo o direito de se exprimir dentro da sociedade, de expressar suas próprias concepções morais, de desenvolver livremente sua consciência. Só a custa de muitos esforços é que os homens têm conquistado seus direitos como indivíduos, limitando a ação da autoridade sobre o homem, enquanto pessoa.

Durante muito tempo a ordem legal prezou mais a autoridade que a liberdade, que é necessária para que o homem possa contribuir com o fruto da sua produção intelectual à sociedade, pois esta, devido a sua dinâmica, exige uma atividade intelectual de crítica, de expectativa, de recriação de valores.

O cidadão foi reconhecido livre desde a antigüidade, mas e o homem enquanto ser (pessoa)? Este trabalho tenciona mostrar como se desenvolveu as liberdades humanas no decorrer da história, comparar as liberdades antigas e as hodiernas, mostrar o que é cidadão, sua diferença do indivíduo, e como objetivo principal delimitar até que ponto o estado pode interferir na vida do homem, qual a órbita de ação humana que o estado e toda a sociedade, como conjunto, devem considerar intangível.

ASPECTO FILOSÓFICO DA LIBERDADE

Do ponto de vista filosófico, a liberdade pode ser a plena capacidade do homem de agir e querer conforme sua vontade, da qual seria sujeito. Não sendo limitado em sua ação, senão pelo seu próprio entendimento. Para os escolásticos, a liberdade consistia na faculdade de agir e de querer tomando a decisão mais conveniente ao sujeito. Os escolásticos excluem qualquer tipo de coação, mesmo da necessidade ou da natureza. Entendem que onde falta a coação, mas esteja presente a necessidade da natureza, se tem apenas espontaneidade e não ainda liberdade. F.A Jaffre; SJ tem pensamento análogo e considera que a real liberdade deve livrar-se de duas espécies de óbices, que a pode comprometer ou destruir: o impulso interior (que conduza a vontade a querer algo), e a força exterior (que a violenta modificando a escolha feita). Este autor acrescenta textualmente: “Os filósofos e os teólogos chamam, a ambos os obstáculos e a ambos os estados de liberdade, de: liberdade de indiferença ativa (mas não sem motivos) ou liberdade de espontaneidade.

O homem, por este ponto de vista, por possuir certas qualidades inerentes ao seu ser, é colocado como ser espiritual e não material. Logo a liberdade seria, um pressuposto humano, independente da matéria, uma qualidade da alma. A alma não se altera, é perene e imortal, logo a liberdade seria una e imutável, desde o princípio, passando o livre arbítrio a ser a capacidade de autodeterminação. Não é eliminada a possibilidade de existência de uma causalidade, mas os defensores do acima exposto, procuram explicar a decisão pela liberdade de escolha das causas que atuam sobre o sujeito que deve querer e deve apresentar- se como livre.

Em oposição a isto alguns filósofos negaram completamente a liberdade do homem, que inexistiria devido à ação de agentes exteriores que comandariam o comportamento humano.

A. Schopenhauer, conclui seu trabalho sobre o livre arbítrio afirmando que a liberdade não existe, porquanto fica ela fora do domínio das ações individuais. Voltaire, acreditava que só se tem liberdade de fazer quando se tem o poder de fazer, pelo que conclui não existir liberdade de indiferença: “É um termo destituído de senso, inventado por pessoas que não o possuem.”

O estudo filosófico da liberdade prende-se a relação entre necessidade e causalidade, que suscitaria no problema do determinismo, alguns o equiparam ao fatalismo, cabendo fazer distinções entre os dois termos: O FATALISMO, vê todo o destino do homem condicionado por um ser divino, de forma inexorável e irreversível, só havendo possibilidade de mudança pela própria intervenção divina. Esta é uma filosofia de abandono do ser natural diante da onipresença do sobrenatural, nada pode o homem fazer ante o *fatum*. Alguns dilemas surgem dessa concepção, Deus quis que o homem fosse livre, mas ao mesmo tempo e contraditoriamente tivesse um destino pré-estabelecido. Se todos os atos humanos dependem do beneplácito divino, como premiar o bem e punir o mal? Para Santo Agostinho, o homem tem a ilusão de que é livre e isto basta. Como ficaria então a questão da liberdade? Existem duas possibilidades, ou o homem é livre e Deus não conhece o que ele irá fazer no futuro (e nesse caso Deus não é onisciente) ou Deus conhece o futuro do homem antes de ser por ele percorrido (nesse caso o homem não é livre). Se ocorrer a primeira hipótese, nega-se a existência de Deus (faltar-lhe-ia a onisciência), caso se verifique a segunda hipótese negar-se-ia a liberdade do homem.

O DETERMINISMO, teve como finalidade principal lutar contra o livre-arbítrio. Procurar explicar os fenômenos sem a intervenção do homem ou de Deus. Qualquer que seja sua forma (física, biológica, psíquica ou social), a explicação é buscada nas condições e nos fatores determinantes de sua origem. O determinismo, doutrina que julgava ser as direções da vontade humana determinadas, por diferentes motivos ou causas, que procuram mostrar “que não há querer isento de motivos e que os homens, via de regra seguem de bom grado as suas inclinações e caráter, e evitam conflitos com aquela e com este.” (Brugger). O determinismo ergue-se contra as doutrinas indeterministas, que acreditam ser a vontade livre de qualquer influência, pelo que poder-se-ia tomar indistintamente qualquer direção.

Podemos encontrar idéias deterministas em Demócrito, que já dizia: “nada sucede fortuitamente, no que foi seguido por Lucrécio e por Epicuro. A partir de Hegel, Francek, Debot e outros, a palavra determinismo tornou-se conhecida, difundida e muito usada. A partir daí surge o “determinismo absoluto” de cunho estritamente causal, que procura explicar a manifestação de todos os fenômenos como regida matematicamente por equações diferenciais. Esta posição nega completamente a liberdade, devido a inexorável manifestação das forças naturais, seguindo leis matemáticas, o homem fica sujeito a fenômenos que surgem imperativamente.

Tanto no fatalismo religioso quanto no determinismo, o homem é sujeito de ações exteriores sobre as quais não pode interferir, sejam essas ações de cunho sobrenatural, sejam fenômenos físicos, biológicos, psicológicos ou sociais. No fatalismo religioso ainda se admite a quebra do destino inexorável por intervenção divina, no determinismo, que afasta a existência de Deus, o inexorável acontecerá inevitavelmente.

A DIALÉTICA, surge das contradições entre deterministas e fatalistas. Para Hegel “Só é livre o homem que conhece”. O conhecimento fará com que embora o homem não possa interferir nas leis naturais, deverá apreendê-las, integrar-se a elas, modificando as condições em que estas surgem e se manifestam. Ora, os fenômenos naturais ocorrem sem o querer e sem a intervenção humana, entretanto o domínio do homem através do seu conhecimento sobre a natureza, vai construindo paulatinamente a liberdade humana, ou por meio de uma alteração dos princípios naturais, ou através de uma consciente adequação à sua exteriorização. Na luta contra a natureza, duas são as modificações, a da natureza e a do próprio homem.

Para Hegel: “A liberdade não é senão a convicção da necessidade”, daí que se há de

estabelecer um vínculo entre as duas. Engels diz: “A liberdade não consiste, pois, na sonhada independência em relação aos fenômenos naturais, mas na consciência destes e na conseqüente possibilidade de projetá-los racionalmente para determinados fins”. O livre arbítrio, segundo a concepção dialética, é a capacidade de decisão com conhecimento de causa. Conclui Engels: “A liberdade, pois, é o domínio de nós próprios e da natureza exterior baseado na consciência das necessidades naturais, como tal, é forçosamente um produto da evolução histórica.

Pode-se dizer que um dos pontos mais importantes da concepção dialética da liberdade, está no conteúdo social de seus princípios filosóficos. Acreditam que o homem só existe em grupo, logo a liberdade não é uma conquista individual, mas do grupo. É uma conquista social, já que social é o conhecimento. Por isso que para eles a liberdade é produto da evolução histórica, é que não é ela inerente a natureza humana.

A LIBERDADE INDIVIDUAL NO PROCESSO HISTÓRICO

Foram os gregos que conceberam a idéia básica da liberdade como ideal humano, apoiando-se, em duas noções: a) a ambição do grupo de realizar-se plenamente; b) proteção do grupo contra qualquer ataque externo. Sua preocupação era a defesa da pólis (cidade) e a garantia de uma vida autônoma, ponto de partida da almejada hegemonia.

Não se pode falar de liberdade no mundo feudal, com sua sociedade estamentária, onde a vida dos servos era condicionada pela dependência ao senhor feudal, de suas ferramentas, terras.

O cristianismo, com a idéia de que os homens são iguais em Cristo (o que induz uma igualdade de nascimento), fez-se precursor dos princípios do Direito Natural (base dos preceitos de liberdade moderna). Mas a igreja católica toma-se grande senhora feudal, passando a defender este sistema, deixando para o plano teórico a idéia do igualdade, enquanto defendia sua liberdade ante o poder secular.

A reforma que tantas modificações viera trazer no comportamento religioso, não conseguiu um pensamento uniforme sobre a, questão da liberdade. Verificando-se as opiniões dos principais reformistas, denota-se a disparidade das concepções filosóficas acerca da liberdade. Lutero e Zwinglio, por exemplo, queriam subordinar a igreja ao estado, numa prova de que a liberdade religiosa deveria depender dos interesses políticos. Calvino condenava a idéia da intervenção do estado nos assuntos religiosos, afirmando que o poder secular não poderia interferir nas leis eclesiásticas.

Com o aparecimento dos estados nacionais, a concepção de liberdade toma um aspecto mais amplo. A luta contra o Absolutismo tenciona conseguir um mínimo de liberdades, legalmente garantidas para o indivíduo, isto deu origem ao “BILL OF RIGHTS” e a “PETITIONS OF RIGHTS”, que estabelecem as liberdades fundamentais (direito a propriedade, liberdade individual...), tudo com base no Direito Natural. A liberdade passou a ser defendida como a afirmação de um indivíduo ou de um grupo, em sua própria essência, daí a necessidade do jusnaturalismo.

Nesta, sociedade, que seguia o modelo liberal, a luta pela liberdade passou do campo político para o econômico. A liberdade passou a ser compreendida como a capacidade reconhecida ao sujeito econômico, de procurar a satisfação dos seus interesses da melhor maneira que lhe pareça, desde que respeite um mínimo de normas jurídicas, as quais devem garantir a vida, a propriedade privada, a ordem pública. Nesta sociedade é o poder econômico que condiciona o poder político e: a liberdade econômica fundamenta a liberdade política. Kant, defendia a noção de liberdade individual, contida nos limites da lei, mas dentro da compreensão

de cada um. Diz Kant: “É necessário definir a minha liberdade externa (jurídica) como a faculdade de não obedecer às leis exteriores, senão quando puder dar-lhes meu consentimento.”

Estas idéias vão ser aceitas pelos enciclopedistas que vêem a liberdade como resultante do Direito Natural, como fora expresso por John Locke: “Por natureza todos os homens são iguais e participam da sociedade civil ao formar-se a sociedade política.” Montesquieu retoma os conceitos de Locke, e declara que a liberdade política há de consistir na segurança de uma vida que se harmonize com os ditames da consciência individual, sob a proteção legal e segundo os preceitos jurídicos. A lei passa a ser o verdadeiro limite da liberdade, lei que tem que representar o mínimo exigível pela organização social. Por isso a divisão dos três poderes do estado, para garantir o pleno exercício dos direitos individuais. Rousseau coloca princípios semelhantes no contrato social.

J.Bethan não admitia direitos naturais e imprescritíveis. Dizia: “Assim como não existe direito que não deva ser mantido enquanto for vantajoso para a sociedade, como um todo, não existe direito que não deva ser abolido quando a abolição for vantajosa para a mesma sociedade”. John W. Burgess combatendo a teoria do Direito Natural, e a do contrato social, considerou o estado como um produto natural do desenvolvimento histórico, descobrindo na soberania sua principal característica. Daí sua conclusão (análoga a de Kant) de que liberdade somente sob o império da lei.

Algumas críticas surgiram à ideologia burguesa de liberdade política e da democracia liberal, como por exemplo O ANARQUISMO. Esta teoria defende a idéia de que a única autoridade sobre o indivíduo é a de sua consciência moral, reguladora da vida social, capaz de estabelecer o limite da liberdade de cada um. Esta passa a ser a plena capacidade da ação do homem, como indivíduo, e precisa ser defendida e respeitada para que todos isoladamente possam ser livres. Acreditam os anarquistas que Estado é uma violentação do direito individual de liberdade, pelo que deve ser extirpado como causa deste mal. “Somos anarquistas por natureza, cidadãos por sugestão.” (Will Durant)

Para os teóricos do socialismo, o estado só perderá sua condição de existência, quando cessarem as lutas de classes, o que só ocorrerá com a própria abolição das classes sociais. Consideram que o princípio de que todos são iguais perante a lei, constitui-se num direito em potencial, e não um fato consumado na sociedade capitalista. Que liberdade tem um operário, que vive num dilema, ou vender sua força de trabalho a preço fixado no mercado, ou morrer de fome? Que liberdade tem um trabalhador que não dispõe dos meios de produção e tem que vender suas energias aos donos desta para sobreviver? Segundo Norberto Bobbio, a igualdade material é pressuposto indispensável para ,que haja liberdade,

Assim, se os homens não tiverem igualdade de potência, ou seja, igualdade de condições de ascensão econômica e social, jamais esses homens poderão ser tidos como livres de fato.

LIBERDADE ANTIGA X LIBERDADE MODERNA

Para Fustel de Coulanges, o estado grego e tantos outros, ainda permanecem nesse estágio “em que a religião é a senhora absoluta da vida privada e da ordem pública; o estado uma comunidade religiosa; o rei um pontífice; o magistrado um sacerdote; a lei uma fórmula sagrada; o patriotismo uma piedade; o exílio, excomunhão. O homem vê-se submetido ao estado pela alma, pelo corpo e pelos bens. É obrigatório o ódio ao estrangeiro, pois a noção do direito, do dever, da justiça e da afeição, não ultrapassam os limites da cidade.”

Denota-se que para o autor citado acima, não era possível a liberdade individual, pois a cidade fundava-se sobre uma religião, constituindo-se numa igreja dotada de poder absoluto sob seus membros.

Segundo a concepção de Benjamin Constant: “A liberdade entre os antigos, significava participação ao poder do estado, a liberdade entre os modernos, é liberdade perante o estado (...) não é o homem como homem é o cidadão que tem valor.”

A liberdade na Polis, que era uma unidade ética, consistia num momento de vida total da comunidade. Para Ladoulaye: “O povo é rei, o homem é escravo.”

Werner Jaeger, relacionando o princípio da isonomia e o da igualdade, escreve: “A Polis se impõe aos indivíduos de maneira vigorosa e implacável, imprimindo-lhes o seu marco. É a fonte de todas as normas de vida válidas para o indivíduo (...) a vida na Polis criou isonomia, não só na esfera do Direito, como também nos mais altos bens de vida. Satisfeita a exigência de isonomia como igualdade perante a lei, o Estado se impunha aos indivíduos de maneira inexorável. Através da lei o homem forja uma nova e estreita cadeia, que mantém unidas as forças e os impulsos divergentes, centralizando-os como jamais poderia fazer a antiga ordem social. Como senhor invisível, a lei introduz as normas em todas as esferas da vida, antes reservadas ao arbítrio individual. Traça caminhos e limites, inclusive nos assuntos mais íntimos da vida privada e conduta moral dos cidadãos.”

Buckhardt traça um paralelo entre o estado antigo e o moderno e diz: “O Estado moderno, só exige que nada escape materialmente dele; a Polis pretendia que lhe servissem positivamente, razão pela qual interferia em muitas coisas, antes reservadas aos indivíduos.”

Por último uma observação de Erick Kahler: “A democracia antiga era ativa, a moderna, defensiva. A democracia antiga pressupõe ainda a participação primitiva ao núcleo da comunidade pré-individual, que está em situação de se dividir em suas partes integrantes, os indivíduos. A democracia moderna significa proteção ao indivíduo perante as exigências de uma ordem cada vez mais coletiva. Significa proteção ao indivíduo e suas atividades econômicas por parte do estado. A democracia na Polis significava o privilégio de participar na construção do estado, de atuar em comum em prol do estado, o privilégio de ser uma parte vital do estado. Não é o privilégio de ser o mais livre possível da interferência do estado. É o privilégio de um dever político, mais que um direito político.”

LIBERDADE PÚBLICA E LIBERDADE PRIVADA

Para Miguel Reale “uma ordem social justa tem duas coordenadas, a liberdade pública e a privada, que se cruzam num ponto em que se situa o valor central da pessoa humana, sendo impossível sem elas determinar qualquer dos direitos dos indivíduos e dos grupos.”

Liberdade pública refere-se às relações da pessoa com o estado. Divide-se em políticas e civis: aquelas são o poder de participar do governo, os direitos de votar e ser votado: as últimas referem-se ao poder de exercer cargos e funções públicas. A liberdade pública relaciona-se à posição do homem para com o todo social, sujeito ao sistema de valores em que vive. As liberdades privadas referem-se às relações intersubjetivas, é o homem voltado para si mesmo, para a interioridade de sua consciência.

As liberdades privadas, ou direitos civis, são denominadas “direitos do homem”, porque em regra, se aplicam a todos os homens, ao passo que as liberdades públicas, são “direitos do cidadão, por se aplicarem apenas ao cidadão, o súdito do estado.

Conclusão

Embora Jellineek discordasse de outros autores, quanto ao fato de não ter havido liberdade nas sociedades antigas, em um aspecto ele concordava, para citá-lo: “A mais notável diferença entre o estado antigo e o moderno, está na apreciação da personalidade humana, na antigüidade nunca se chegou a conhecer o homem como pessoa.”

A função do Estado deverá ser a de garantir aos indivíduos e aos grupos, o exercício de suas possibilidades. O cidadão deverá ser livre para que condicione um indivíduo livre, ou seja, “uma pessoa como mundo ético intangível” (Reale) É necessário que não haja interferência do estado no indivíduo, pessoa, que deve ter garantido, através de um sistema social justo, o direito de se desenvolver de acordo com sua consciência individual.

Não basta apenas que seja determinado até onde o estado pode interferir no homem, enquanto pessoa, mas que o indivíduo seja a base para todo o ordenamento jurídico. Para uma sociedade realmente livre, deverão haver homens realmente livres, pessoas, não cidadãos.

Logicamente esta liberdade deve ser condicionada também pelo respeito ao próximo, pela afirmação da personalidade de outrem, não como prolongamento e imposição do nosso próprio pensamento, mas pelo direito que deve ter cada indivíduo de expressar seu próprio Eu singular.

Todas as liberdades só podem surgir a partir do momento que seja considerada a liberdade do indivíduo de ser (pessoa), que é a essencial. Quando todo o sistema político social estiver voltado para o valor intangível da pessoa humana, suscitará uma órbita de ação individual, na qual o estado não poderá interferir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARREIRO, C.H Porto. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro. Rio Sociedade cultural limitada. 1976.
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. 25 ed. Rio de Janeiro. Livraria Freitas Bastos. 1977
- NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo. Sugestões literárias. 1981
- REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 2 ed. Rev. e Amp. São Paulo. Saraiva 1997.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 3 ed. Rev. São Paulo. Saraiva. 1976.

O DIREITO EM CRISE OU ÓTICA

Direito, Normatividade e seu conceito

Giorgio Erick Sinedino de Araújo
Acadêmico do 4º Período do Curso de Direito da UFRN

ADVERTÊNCIA

Falarei, digo, ensaio algo sobre o Direito - Ciência.

Compreender suscita infundáveis discussões, pois jamais se poderia compreender algo sem a dimensão, e esta sem a noção de espaço, e ainda sem a noção de inteligível, e, finalmente, sem os preceitos do que seja verdadeiro. Deixemos vistos caracteres sob o prisma do relativo, a exposição que ora inicio, e a uma gnose posterior - que se lhes atenha com objetivos próprios...

Todavia, é impreciso realizar as menores inferências num ambiente científico social, desmuniado do argumento da verdade, em face de “teorias” tão-somente bem fundamentadas, cridas e reputadas entre os salões mais afortunados e entre as mentes mais brilhantes da exegese do fenômeno humano: dir-lhes-ia que a verdade é irrelevante, no absoluto da vida sensível; acrescentar-lhes-ia que os fatos, inferências e perquirições do sensível - eis a armadilha, o ardil, o qual encobre, como neblina, a importância real das formas e seus encaixes. O mundo humano povoa-se de formas.

Não poderia ser maior, permitam o acentuado prosaísmo, meu manancial de observações, aquele onde pululam formas, encaixes, e fatos deformados em casuísmos; corrompidos em nome de ideologias; extraídos de audições particularizadas, de eventos históricos recontados por prosélitos maniqueístas e hipócritas, - a despeito de sua virtual força recriadora do “ordem” institucional e do efeito estimulador de opinião (daí preocupem-se em dominá-lo, meu manancial). Como desvale o homem, sua igualdade à priori; temos a função primordial do Direito, igualar o homem, rebaixá-lo em sua inteligência, como se a “igualdade” não o fosse em uma vida despojada das relações com o institucional, margem das diferenças, que o alija de si próprio.

Isso é a Ciência Jurídica, que desafia seu criador e repetidor ao longo dos tempos a entendê-la de modo menos patético, comparado às barreiras físicas, espirituais e temporais dos humanos; num sistema que, em certa época, prostrava-se ao gracejo de tê-la (a Ciência Jurídica) segundo o mote de Ars “bani” et “aequi”.

Críticas (extemporâneas, admita-se) à parte, consideremos que se deva trazer, neste momento, o estado de este manuscrito visar pôr de perfil algumas idéias incoerentes sobre o pensamento jurídico anterior ao Direito e demais aspectos, digamos, arquitetônicos, de sua lógica. Em nada satisfaz a concepção do absoluto, caso se prescindia do valor imediatamente ligado ao fenômeno de sua existência (1); esse juízo não parece, mas, sim, e de fato, é mera repetição da inutilidade da fantasia, do mito, pois se o absoluto é a absorção real - absorve-se à parte, como segmentos do todo. Os demais níveis em que a atividade cognoscitiva pode vislumbrar seu objeto (além desse, por convenção, “Estrutural”, menos mediato e mais insusceptível à metafísica), estão dotados de recursos concretos à axiologia, todavia posterior às observações “topográficas”; o que se quer expressar é uma lacuna de já pronunciada monta, esta que se liga aos anseios de uma Ciência Jurídica, independente quanto à crítica de sua “Estrutural” e das outras partes, numa proporcionalidade inversa à especialização dessa crítica - em face do mundo jurídico unificado. Às partes, chamemo-las “Dimensões”.

Natural é a inferência de que, após a separação das dimensões, resguardadas suas

ligações ao corpo, absoluto, tenda-se à evolução, especialização principiológica, e, sobretudo, atinja-se uma “consciência derivada”, da “linha mestra”, no caso, observa-se uma hierarquia entre os princípios gerais segundo um argumento racional de separação - e uma forma de compreendê-los nas esferas supra/infra-estruturais e intermediariamente (2) que responda a um processo “metodológico”. Crie-se reservas para com aquelas idéias as quais direta ou mediatamente induzem o estatismo na relação jurídica fundamental (entre os “ramos” do Direito); ou que condicionem a Filosofia Jurídica a paradigmas; ou que tragam a anemia à vida normatizada do cidadão, sendo esta reflexo de um capricho estatal. Por mais herméticas e satisfatórias que pareçam ser, **não o são**. Por mais eruditas e complexas, **não excedem o pedantismo e a teatralidade**. O Direito Estatal, e Social, Humano, e Individual - é o Reino da Diferença e do Prejuízo a outrem (reitero minhas palavras iniciais e, agora, faz-se cabível a conclusão, trouxe, traz e trará; erro, acompanha-se de uma Crise, como lastro de sua vergonha).

DOS EIXOS, OU DO PALNO MÉTODO-SISTEMA / CIÊNCIA-FILOSOFIA

Que é a idéia? Coisa? Fato? Representação? Elemento do que se entende? Transcendência à matéria? Absorção objetiva?

Idéia. Dentre os infundáveis questionamentos sugeríveis pela carga aceptiva do termo, resta, a princípio, inelutáveis, os elementos “subjetividade” e “abstração, em forma”; ou seja, a idéia vem àquele que se presta a concebê-la numa forma mentalizada, ou induzida. Nada, além disso, compõe o senso primitivo dela e juízos de valor lhe são outras de seu gênero.

Direito como idéia. A pureza (3) da idéia, supra-referida, introduz a aparente antinomia da idéia bruta e da idéia jurídica, numa suposição de que à complexidade duma instituição não se lhe pudessem reter as naturezas de suas relações, havendo compromisso incontornável com a sistemicidade - com seus ramos e especializações normativas ainda que olvidassem da sistematicidade e da temporalidade concentre-se no fato de que a relação precede à normativização, prove-se-o que o costume antecede a lei escrita, refute-se o que o costume procede à consciência unipessoal do meio, e da representação intelectual do certo e errado, sob o ponto de vista da culturalidade, das paixões individuais e do estado psicopatológico - é a iniciativa, a intencionalidade, a ação, cujo ‘ser certo’ ou ‘ser errado’ é inspiração de juízos, igualmente, unipessoais, e os quais definem, socialmente, a ‘conduta média indicável’ - a vida social - na relação homem-meio-sociedade legitimadora. Daí que o bom e o mau não sejam, mais que ilusões ou arquétipos. Partindo desse referencial puro do direito, as especializações históricas constituem-se em adaptações à estratificação e ao acirramento das eventualidades numa relação jurídica qualquer, como o Estado, ‘sui generis’ para o monopólio da força punitiva legítima (Direito, bonarum proprium sensus); mas, seria irrelevante ao desenvolvimento do que seja jurídico; pois todos são conceitos contruídos em comparação ao dado, ou seja, todas promanam da cultura e da história. Desta feita, formas para-estatais de violência, ainda que terminantemente repudiadas em meios aristocráticos-jurídicos (a elite jurídica-legislativa, aqueles que detêm a faculdade de discernimento do Poder-condicionado (4)), não fogem à certeza comum de juriferência, nem coíbe sua aplicação, no seio da ordem civil - veja-se a vingança, os linchamentos, o desforço (este garantido por lei), sem os quais o homem perde a marca de si próprio (Direito, Aliud Sensus).

De uma idéia purificada de Direito, como um organismo, dá-se a luz a sua Estrutural; nessa seqüência. E ao estudo da Estrutural importam seus aspectos fáticos, consoante supra. Manifesta-se obrigatória, por outro lado, o choque do seu sentido histórico às suas realidades estritas, resultando, no que se percebe de Aristóteles à Tomás de Aquino, de Maquiavel à Leibniz, de Locke à Kant, de Hegel à Kelsen, de Fichte a Savigny, Stammler e Del Vecchio,

algumas insensatezes na dissecação do fenômeno jurídico (sobretudo com a aceitação ou imposição de Verdades, ou Princípios Metodológicos avessos, encima de particulares; dessa parte, a recriação de universais (hipóteses absolutas, Aristóteles; hipóteses panenteístas, T. Aquino/Espinosa; hipóteses negativas, Maquiavel/Hobbes; hipóteses liberais, Locke; hipóteses idealistas-culturais, Kant/Fichte/Savigny/Stammner/Del Vecchio; hipóteses panestatistas, Hegel/Kelsen). Não é conveniente desenvolver críticas pormenorizadas devido à natureza deste artigo, porém, num futuro, haverá oportunidades, em etapas. Num esboço de resumo, percebe-se a anterioridade da sistematização à ocorrência do emprego do método, ou melhor, a categorização jurídica, a sua humanização, num primeiro momento; a sua igualitariedade (isonomia e eunomia), num segundo; a autonomia exacerbada das dimensões, combinadas aos momentos anteriores, abala o conjunto e ameaça com a fragmentação do Direito em Direitos Especializados e, por fim, a crise de legitimidade. No atual estado de coisas, in verbis, globalização, alinhamento em blocos, o interesse teórico de conceder conteúdo altruísta às legislações, inobservadas as características supra, dá vazão ao aumento do atrito idéia versus idéia pura, restando mais evidente a fragilidade da construção sobre a Ciência Jurídica; a Soberania, o Poder Constituinte Originário - hoje, - são conceitos mortos, ou parâmetros inúteis do Direito para com as outras Instituições Sociais eram aproximações ao valor de referência Poder, segundo uso. Afirme-se que a Filosofia não anteceda, (não pode), à Ciência do Direito, porque à idéia pura assistem fundamentos fenomênicos os quais desenvolvem-se no eixo “apreensão”. Resolvendo o dilema da superposição sistema/ método, postule-se a excelência da situação conexa entre método/ciência, sendo à Filosofia o elo sistemático; o fato de haver uma seqüência ordenada no processo cognoscitivo induz a axialidade dos seus entes, máxime para o entendimento das deformidades causadas pelo circuito Direito-linguagem-método-linguagem-ciência-linguagem (5), que é o ato desenvolvido durante um debate, como este. A separação de premissas causada pela linguagem ao dissecar a organicidade do Fato Social, incute a interpenetração dos eixos jurídicos, e dissemina os Arquétipos ao longo deste; vê-se o homem, diante do cerne da Problemática Jurídica, não mais técnica, nem metodologia.

DOS FOCOS, OU DOS LASTROS IDEOLÓGICOS

Conclui-se a inspiração dessa breve análise com o que sói ser visto em outras teorias. Nada obstante, é bastante improvável absorver com segurança o estado de incorreção daquilo que vem sendo levantado. Dentro do conceito purificado de idéia, distingue-se claramente a separação espacial-moral do método ao sistema, da ciência à filosofia, nesta ordem; sabe-se que sobre esta ESTRUTURAL constroem-se conceitos. Igualmente, advertiu-se que a deontologia enrijece o eixo filosófico, apenas; mas a deontologia fortaleceu-se sobre a Ciência - e a isto chamou-se Arquétipos. Os arquétipos são como os focos das lentes: os raios que os cruzam, atravessam paralelos ao eixo correspondente à natureza do que o contém. Deste modo, a liberdade não pode engendrar condições para que uma legislação a institua, nem vice-versa, por exemplo, porque um ato legislativo não cria uma norma visando a tal fim, nem secundariamente; se adotarmos como marco inicial a liberdade (ainda exemplo), ou a caridade, até a ordenação social (criada não ideológica, mas estratégica), colimando algo, é erro substancial: “O aperfeiçoamento do Estado em Monarquia constitucional é obra do mundo moderno (...). A história deste aprofundamento íntimo do Espírito do mundo é objeto da história universal. “(Hegel, Jorge F. G., Princípios da Filosofia do Direito. Paraf. 273 Guimarães e sucessores.) - o fim basta a si na qualidade de abstração ontológica; de onde surgem as iniciativas de trazer aos focos as origens, então? Sob o contexto da rubrica, instiga a prática do recurso o costume. Difundiu-se e consagrou-se às explicações o testemunho autorizado e a exegese, ao passo que a mentalidade quanto as outras ciências evoluiu. Prendem-se à dicotomia infértil do Natural/Positivo e esquecem as crises de poder e a suspensão das prerrogativas jurídicas. O

Direito é micros social e assim deve ser - não deve existir como moral, e, enquanto ente, não basta a si próprio ... o foco capta um espaço mínimo do que se funda, a ponto de descaracterizar a relação. Intermediado nos lineamentos do que representa o arquétipo, as crises, ou melhor, o questionamento que sofre hoje, esta área de estudo, derivam do choque e das instabilidades dos fundos principiológicos infiltrados na vida jurídica das populações, criando comprovações e expectativas jamais embasadas na natureza real dos fatos e coisas.

ESCÓLIO

(1) Desde o início da advertência, é possível observar que o emprego da terminologia “verdade” sofre questionamentos em seu estereótipo “bom, justo, real”. A “verdade” é inferência unipessoal do fenômeno no meio (âmbito desenvolvido) de uma organização socialmente coordenada, segundo recursos, **sempre** arbitrários, de verificação - como se a arbitrariedade de parâmetros, jamais absoluta e sempre oponível a uma realidade numênica, ao longo do tempo, no mínimo, pudesse concretizar sua condição de ente autônomo... Por outro lado, a mesma “verdade” faz-se presente e necessária ao sentimento humano, efêmero, como alternativa a sua falibilidade, buscada sobre os efeitos das trevas intrínsecas projetadas ao fio de seu entendimento de real; aí a explicação plausível de sua busca desregrada através do tempo, e a estatuição de fundamentos “filosóficos” à “verdade”; deve-se ressaltar que o substantivo “verdade”, e o adjetivo “verdadeiro”, a princípio neutros, recebem cargas semânticas flexíveis por meio dos empregadores e circunstâncias; critica-se a aceção que se veste dos elementos condenados, por exemplo, o assumido na doutrina do direito em suas raízes - sejam longínquas ou modernas as quais contaminam as “melhor intencionadas” tentativas de “compreendê-lo” (cf FOCO).

Em contrapartida, situaria a possibilidade do esfacelamento de um conceito de “verdade” em favor de outro, já apresentado, o de impressão absoluta, que seria o reter dos elementos componentes de uma instituição qualquer, segundo sua disposição moral (posição abstrata das partes), ilesa, senão aos valores interinstitucionais - a pretexto de deflagrar toda e qualquer ciência alheia à condição essencial de si própria. A axiologia quanto aos elementos internos, ainda que objeto estrito de uma filosofia da ciência, anima a estrutura, cedendo-lhe existência cronológica (visto que este manuscrito ignore o complexificador da existência espacial, à qual se vinculariam subespécies culturais do fato social-Direito). Entretanto, não se deve abrir mão do estudo dos cultos sociais, como constante, em função dos seus valores na formação numênica - reconhece que há neste artifício, algo como arbitrariedade no desvio dos elementos reais da impressão absoluta, entretanto, observe-se a barreira maior, a fronteira fincada aos reinos consciência/consciência verbal. Trata-se do enlace sistemático, o qual ocasiona, coercitivamente, a “compressão intelectual”, que é o abandono às dimensões morais concretas em favor do conceber o microcosmo-jurídico - em “escala reduzida”. (Apraz que se atente para o fato de que o descompasso da vida de uma instituição, para qualquer observador, é imenso, ou incomensurável; não que se inviabilize tornar tangível aquela em função deste, porém, fazê-lo, implica na conversão daquela ao tamanho humano. Nesse ínterim, a permeabilidade à concretização ou mesmo à propositura de um cunho estilizado para algo real e dotado de várias dimensões).

Em suma, “verdade principiológica” provém de uma disjunção com o elemento “instituição”, ou, em nosso caso, “Direito”.

(2) Deseja-se fazer uma observação, não desenvolver um escólio.

A questão dos PGDs é absorvente; em particular, não me lanço, senão esporadicamente, a juízos desse tipo; entretanto, o Direito, vê-se-o, mais amiúde, revestido na informalidade desses “mandamentos amorfos”, do que em leis, propriamente ditas; O MODUS AGENDI do ser social

baseia-se em reflexos sobre uma base eminentemente racional de arbítrio - a educação moral, não exatamente moral, mas ética, do indivíduo, impulsiona suas reações concretas em seu meio, causando o Direito grande influência; há-se de reconhecer, porém, na concepção originária da educação moral, sendo, grosso modo, mediata e axiológica, antes de normativa e cogente, objetos de um segundo juízo silogístico (ou terceiro). Portanto, o ato jurídico há de envolver mais circunstâncias sociais que seu eixo estritamente teleológico permita; alegoricamente o Direito tem sobre o direito delegado o entendimento de um título sendo respaldado por sua instituição, ao passo que, **socialmente**, ainda, no Direito **socializado**, na Vida Moral-Jurídica do cidadão, seu direito seja **mais um** reflexo na base racional de arbítrio. Ainda, pode-se ter a vida longa, quase natural inata ao ser (inata às suas primeiras perquirições); dos Princípios Gerais, pois o recurso Estatal de concepção do Direito só é observável e possível na medida de sua legitimidade e legitimação, enquanto se o foco situar no valor a si próprio, num valor popular, individualizado, que se baseie no primitivo “certo/errado”; “meu/teu”, inclusive na “anomia barbárica”, da parte análoga ao cientista jurídico em face ao Direito, donde o homem, o ator social frente à sua realidade, condição.

Dessa exposição poder-se-ia extrair algum fundamento para a natureza evolutiva do Direito, dentro da perspectiva da especialização dos PGDs: sua especialização dá-se a partir de mais que gemiparidade tecnológica - é a adaptação do povo “médio” às transformações, menos ágil que estas, contudo, mais célere que a percepção do Universo “Metajurídico” .

(3) Não é oportuno deixar a mera constatação lógica que a pureza não se refere, em absoluto, à do cientista Hans Kelsen: aqui, a pureza é um **princípio** à composição do sistema teórico; lá, é um **atributo** da convicção sistêmica; aqui, a pureza é uma **simplicificação**; lá, um mecanismo **condicional à verdade** sistêmica; aqui, não se refere a ideologia, não tem existência histórica, nem espacial; lá, presta-se à caducidade e questionamentos. Jamais realizo prolepse. Apenas estatuo que a pureza Kelseniana desenrola-se sob pano de um esquema teórico, onde aqui se esboça. A simples referência à pureza expressa “simplicidade”, ou “primitivismo”.

(4) “Poder Objetivo versus Poder Subjetivo ou Condicionado”.

Grande óbice à idealização do Direito é a influência do Poder sobre a racionalidade e a crítica. O Poder é a origem da dominação, e sobre as ciências não se anulam seus efeitos. Seu maior efeito é a deformação da Estrutural.

O poder nasce com a pluralidade, e, paralelo a esta, reproduz-se; por outro lado, concentra-se espacialmente; poder é um conceito de densidade. A marcha da história coloca adjetivos ao poder, mas ele mesmo é o que a ignora, e dela, as instituições, realizadas para acompanhar a pequena eternidade do poder, e a incerta, da história. Se o Direito-puro é instituição, talvez germe de uma, o poder nele se instala aproximando o que é do que ele (o poder) circunstancia, para distribuir legitimadamente a violência entre as outras (instituições). Eis o objeto dessa curta nota, dissimulado do encargo de tamponar as relações características de vasos não-tão-comunicantes, e veja-se um ambiente de coisas inatingível aos instrumentos modernos de intimidação: a Justiça e a Pobreza. Como pode o cientista desligar a necessidade entre a defesa do patrimônio e a defesa do privilégio do que recolhe maior volume de bens? Como falar de falhas na apreciação jurisdicional (substâncias, desvios dos comandos normativos, fora de justificativa dialética nestes) e a completude, e o conteúdo principiológico das modernas legislações? Há-se de entender as contradições, não como tais, porém na sua juridicidade - a termo de exceção, no desequilíbrio da relação hierarquizada e estratificada num meio social. Esse eufemismo, sob outro ângulo, revela o limite de legitimação na elite jurídica, classe mais “intolerante” à heteronômica ficção do Direito Positivo... pois, via de regra, os imperativos

essenciais são percebidos por ela, contudo, eventuais crises de poder ou institucionais favorecem a repulsa mútua dos atos populares que as exprimem (crises), e a orientação político-legislativo-jurídica, levando avante o choque da estratégia de dominação-da-elite com o condicionamento aos imperativos essenciais da massa.

A real elite jurídica é aquela que excede a barreira da simples compreensão do Poder Condicionado, a ponto de ser vetora, mandatária dos seus efeitos, por isso - ela atrai a lei escrita e a doutrina, para conceber a contradição, e desviar a influência (resposta ou reflexo) em direção a outras instituições, de intento a descarregar a violência reflexa noutros reinos (Ver Maquiavel, Nicolau. O Príncipe. Cap. XIX). Quando sua manipulação intelectual é insuficiente, ou de alguma forma não se atingem os alvos - recorre-se à força (Poder Condigno). No entanto, à agressividade assiste um limite e ei-lo junto ao ponto crítico do poder Condicionado; se o condicionamento de que o Direito é bom e justo cinde perante determinada atitude - há a crise, e reputa-se inválida a teoria base desse hipotético modelo legal. Nesse ínterim, a reordenação jurídico-social far-se-ia sobre um plano de concessões, de natureza quaisquer, Poder Compensatório; inexoravelmente, a Teoria do “status quo ante” estaria perdida.

Em suma, a Estrutural baseia-se no poder e uso deste por uma ‘elite’, genérica; o conteúdo ideológico de uma teoria representativa da estrutural não poderia, portanto, contaminar-se das “Dimensões”, nem de idéia, exceto a da relação jurídica em si.

Obs.: O raciocínio desta nota desenvolveu-se a partir da morfologia do poder desenvolvida por Galbraith (John Kenneth. Anatomia do Poder. Pioneira Ed.). Suas idéias gerais são instigantes.

(5) Esse circuito simplifica a decodificação dos mecanismo reprodutivos da Ciência, a partir do momento em que se transfere, a cada ‘etapa’ característica, um elemento, um nível de fala, que se apropria da noção sintagmática anterior e a repassa para a decodificação seguinte, através da sumarização dos preceitos semânticos, sua leitura, sua combinação seqüencial, adaptação da melhor combinação à etapa sucessora e transposição do juízo - sempre verbal, segundo a língua.

Desse modelo, em verdade, a estrutura natural de isolamento, método negativo (indução restritiva da forma “A não é B, não pode ser C, então é D” - num universo cujos limites situam-se por Princípio de indução Finita). Uma advertência: a Dedução forma a Teoria, não integra a relação conceitual ou de verbalização, vista a demonstrar o que se desenvolve. Assemelha-se a profunda contradição, todavia, aproximar-se Indução e Dedução, onde supostamente deveria haver Dedução; mas não é esse o engano; a base verbal o é, apesar de indelevelmente associada e inseparável a qualquer processo de definição com vistas a uma teoria; (a relação linguagem-definição é análoga/homóloga à efemeridade do homem-vida institucional; cf. supra, Escólio 1, In Fine) uma maneira de contorná-la, i. e., minimizá-la, se possível à codificação da Estrutural a seu método, ao “point de départ” da Ciência-debate.

Fundamental à assimilação da problemática é o fato da impotência da língua quando confrontada a um objeto (as questões sobre a natureza do objeto foram iniciadas com a constatação da verdade objetiva); fornece chave, para a dúvida, o princípio que reza a limitação natural do uso da língua (Desempenho) concretamente, do conhecimento da mesma, a limitação sobre, (Competência), pelo falante. Se não dispomos da palavra ‘verde’, em nosso vocabulário, como caracterizar uma palmeira - como definir -, sua cor, e tonalidades? É o que acontece; apesar de que se aprisione a impressão, e por melhor que o faça, temos de comunicá-la a fim de gerar repercussões. O sintagma é conceito fenomenológico. Propor-se que há alternâncias de amarelo e azul, combinadas, suscita a imprecisão, e não teremos ‘palmeira verde’.

Por fim, adstringa-se à opção de que o simbolismo da ‘logos’ seja transportado ao fim

da cadeia e suas aparições intermediárias sejam reificadas (a representação). A linguagem, sendo um símbolo, é elemento transitivo - daí suas fronteiras e fragilidade frente à coisa representada, mais completa. Por bem dizer, o triângulo semiótico denota a funcionalidade desta Proposição. (Não que visto fato torne tudo dilema de semiótica; fala-se de método).

Obs.: A dicotomia Competência/Desempenho pertence à Chomsky (, Noam. Aspectos da Teoria da Sintaxe. Ed. Abril). O tratamento simbólico da linguagem é dedobrado por Cassirer (, Ernst. Ensaio sobre o Homem. Martins Fontes). A “Teoria” do Sintagma é fruto das observações de Saussure (, Ferdinand. Curso de Lingüística Geral, Flag).

ESCURIDÃO

Na escuridão, “nihil oritur”. Aproveito-a para reforçar o ainda por se dizer. Pouco foi dito, mas não se fez filodoxia.

[Populis] petimus; ferte haec et dicite lectos.

Dardaniae venisse duces sócia arma rogantis”.

Virgílio. Eneida. Livro VIII

*“É impassível de dúvida, que nem uma faculdade,
nem um ponto de vista determinado são bastantes à
satisfação de exigências científicas”*

*Freidrich Karl Von Savigny (Sistema de Direito
Romano)*

BIBLIOGRAFIA

Maquiavel, Nicolau. O Príncipe; Abril.
Foucault, Michel. Nietzsche, a Genealogia e a História; Graal.
Chomsky, Noam. Aspectos da Teoria da Sintaxe; Abril.
Lévi Strauss, Claude. Antropologia Estrutural.
Saussure, Ferdinand de. Curso de Lingüística Geral.
Veblen, Thorstein. A Alemanha Imperial e a Revolução Industrial.
Kelsen, Hans. Teoria Geral das Normas. SAFE.
Idem. Teoria Geral do Direito e do Estado. MF
Weber, Max. Economia e Sociedade. EDIUNB
Durkheim, Émile. Regras do Método Sociológico.
Kaplan e Lasswell. Poder e Sociedade. EDIUNB
Savigny, K. F. Von. Sistema. Depalma.
Canaris, Claus. Pensamento Sistemático (...) FCG.
Kant, Immanuel. Crítica da Razão Pura. FCG.

NOTAS SOBRE A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO FEDERALISMO

*Gustavo Ferreira Santo
Procurador do Município de Recife/PE e Mestrando na UFSC*

A FORMAÇÃO DA IDEIA FEDERALISTA

A união de comunidades autônomas para a constituição de centros de poder representativos de interesses de diversos povos remonta a antiguidade. Os gregos e os romanos construíram uniões que, ao critério das tipologias hoje aceitas, podem ser classificadas como confederações. Diversos outros exemplos são encontrados na história, como, na Suíça, a confederação helvética. Mas, como inauguradora da forma federativa do Estado, a constituição norte-americana de 1787 apresenta uma nova realidade, a partir da diluição da confederação das 13 antigas colônias inglesas na América.

Assim, a primeira experiência concreta de Federalismo na definição hoje vigente foi a dos Estados Unidos da América. Inicialmente, as colônias inglesas na América, ao tornarem-se independentes, firmaram um acordo internacional estabelecendo uma Confederação. Mas, dificuldades de manter o pacto e necessidade de cooperação levaram à formulação de um modelo federativo. Criou-se um poder central e a ele se atribuiu algumas competências antes entregues aos Estados. Este poder central, segundo Amaro Cavalcanti¹, transformou-se em um verdadeiro Estado-federal com todos os ramos do poder público, completos e bem definidos: um poder legislativo, entregue a um Congresso, composto pela Câmara dos representantes e pelo Senado; um poder executivo, exercido pelo Presidente da República, e um poder judiciário confiado à Suprema Corte.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, são encontrados na Federação americana os seguintes elementos: “I) do mesmo modo que todas as federações, existe a união de certo número de entidades políticas autônomas (os Estados), para finalidades comuns; II) a divisão de poderes legislativos entre o governo federal e os Estados componentes, divisão regida pelo princípio de que o primeiro é um ‘governo de poderes enumerados’, enquanto que os últimos são ‘governos de poderes residuais’; III) operação direta, na maior parte, de cada um desses centros de governo, dentro de sua esfera específica, sobre todas as pessoas e propriedades compreendidas nos seus limites territoriais; IV) provisão de cada centro com completo aparelho de execução da lei, quer por parte do Executivo, quer do judiciário; V) a supremacia do governo federal, dentro, de sua esfera específica, dentro de qualquer ponto discutível do poder estadual”².

Tendo a experiência norte-americana ocorrido com sucesso, diversos outros países adotaram o Federalismo, que se adaptou às realidades às quais foi aplicado. Outra Federação é a Suíça, que, apesar de ter experiência de união política desde o século XIII, conheceu pra valer a forma federativa a partir de 1848. A Federação é formada pela união de cantões, que têm competência legislativa residual à da Confederação (como se chama o Estado federal). O Canadá encontrou na forma federativa a organização ideal para a diversidade cultural encontrada em seu território. Alemanha, Argentina, México, compõem o incontável rol de países a aderir a esta organização.

Espanha e Itália são países que vêm dando cada vez mais autonomia a províncias e regiões, em uma tendência clara à federalização. Com características próprias, estes Estados unitários fortemente descentralizados formam, para alguns, uma categoria à parte de Forma de Estado: o Estado Regional.

O debate sobre a federação é, porém, anterior a este fato histórico. José Nilo de Castro, aponta que Jean Jacques Rousseau, nas Considerações sobre o Governo da Polônia, já

recomendava um sistema federal, dizendo que seria o único sistema que reúne as vantagens dos grandes e dos pequenos Estados, apesar de não ter o termo o mesmo sentido que hoje possui. Montesquieu, também sem grande precisão conceitual, antes, já afirmara que a forma federativa de Estado “é uma convenção pela qual vários corpos políticos consentem em tornar-se cidadãos de um Estado maior que querem formar. É uma sociedade de sociedades, que dela fazem uma nova, que pode ser aumentada pela união de novos associados”³.

Lúcio Levi⁴ divide o tema, tratando de um lado do federalismo como teoria do Estado federal e de outro como uma visão global de sociedade. Neste segundo sentido diz ter sido Kant o primeiro grande pensador federalista. Kant preconizava uma paz perpétua que seria atingida com a constituição de uma federação mundial. Para Kant A guerra era o maior obstáculo contra a moralidade, a maior inimiga do progresso, sendo que as relações internacionais se encontram no plano pré-jurídico do estado de natureza, sujeita ao uso constante da força, que, em nenhuma hipótese, resolve questões de direito. Ele compreende que condição fundamental para a paz é o Direito. Assim, propõe um ordenamento jurídico sustentado por um aparelho coercitivo acima dos Estados. A idéia de uma sociedade federal, para Lúcio Levi, historicamente se contrapõe à do Estado nacional. Segundo ele, Proudhon viu a fusão entre nação e Estado como explosiva, já que acentuaria as divisões internacionais e transformaria a luta entre povos em extermínio de raças. Proudhon seria outro pensador federalista neste sentido, já que vê, no plano político, a Federação completando a obra da revolução econômica. Com o contrato federativo se preserva a autonomia das províncias e municípios e, assim, se preserva a iniciativa e a liberdade dos indivíduos.

Mas, a federação como teoria da forma de Estado é encontrada, nos seus contornos modernos, na obra “O Federalista”, escrita por Hamilton, Madison e Jay. O livro “O Federalista” reúne um conjunto de artigos, dirigidos ao povo, publicados na imprensa de Nova York pelos três líderes políticos citados, com o objetivo de justificar a Constituição recém-promulgada. Fernando Papaterra Limongi⁵ acredita que só a partir de “O Federalista” se delimitou claramente o que era federação, até então comumente confundido com confederação. Na distinção, enfatizou-se o fato de que na Federação as suas ações se estendem aos indivíduos, enquanto nas Confederações o governo central se relaciona somente com os Estados que conservam suas soberanias. Encontra-se na obra forte tendência a associar a Federação ao atingimento do objetivo de uma sociedade democrática. A união corrigiria fraquezas republicanas identificadas no período de Confederação vivido pelas ex-colônias, garantindo ao mesmo tempo um governo forte e as liberdades individuais dos cidadãos, uma vez que o governo central poderia fazer cumprir as decisões dele provenientes.

ESTADO FEDERAL NO BRASIL

As idéias federalistas chegaram ao Brasil desde cedo, importadas dos Estados Unidos. José Nilo de Castro⁶ diz que antes mesmo da independência já surgem inspirações federalistas, e, depois da independência, na Constituinte de 1823 foi o tema debatido. A tendência centralizadora foi herdada do período colonial, quando a coroa portuguesa montou um aparelho burocrático na Colônia fortemente controlado pela Metrópole. A história da Colônia foi uma história de centralização do poder, já que nos primórdios da colonização houve um poder político descentralizado representado pelas Câmaras municipais, representantes dos interesses dos proprietários rurais, mas que foi aos poucos abafado pela estrutura imposta por Portugal à medida que aumentavam seus interesses no Brasil, ao ponto de, no séc. XVIII, ser a Coroa a única detentora de poder no Brasil.

Ainda no Império, Rui Barbosa e Joaquim Nabuco se empenharam a fundo para a

implantação de um sistema federativo, segundo relata Paulo Bonavides. A vinda do Federalismo só com a República é que causou, para uns, alguma surpresa.

Nosso federalismo veio por decreto. A idéia federal foi um dos principais móveis da proclamação da República. A constituição republicana de 1891 transformou as antigas províncias em Estados-membros da nascente Federação brasileira. Mas os autores são unânimes em afirmar ter sido desde o seu nascimento o nosso Estado federal fortemente centralizador. Paulo Bonavides⁷ diz ter na ditadura de Floriano Peixoto se evidenciado o unitarismo crônico, violento e autoritário deste Estado, perpetuando vícios conhecidos do autoritarismo monárquico, o que se fez com a ajuda de um presidencialismo contrabandeado na bagagem teórica do federalismo de Importação.

A Constituição de 1934 manteve a Federação. O mesmo fez só formalmente a Constituição de 1937, já que a Constituição não foi obedecida entre 1937 e 1945. Michel Temer⁸ afirma ter sido o Estado neste período realmente unitário, pois os Estados-membros eram governados por interventores. José Nilo de Castro diz termos vivido neste período uma espécie de Império Unitário, um federalismo nominal. A Constituição de 1946 restabelece a Federação, sob uma forma de Federalismo cooperativo. No período que aí se inaugura destaca-se a criação dos órgãos regionais. No regime instaurado em 1964, mais uma vez vingou a tendência à centralização. A Constituição de 1967 e a EC n. 1 de 1969 refletem esta tendência, junto com todos os Atos Institucionais editados pela Ditadura. A Constituição de 1988 redefiniu competências entre as unidades da federação, dando dimensão federativa aos municípios.

Para Paulo Bonavides, a nossa história federal pode ser dividida em três fases. Dentro desta classificação, a primeira fase do federalismo brasileiro foi marcada pela intervenção federal. Corresponde esta fase a um dos mais agitados períodos de nossa história: a chamada Primeira República. Em nossa opinião, a proeminência da política oligárquica deformou os institutos previstos na Constituição, sendo o estudo do autoritarismo do período uma importante chave para o entendimento do nosso modelo Federal.

Uma segunda fase, que seguiu à Revolução de 30, teve motivações predominantemente econômicas. Nela os Estados buscam na União investimentos, incentivos, subsídios, mas em contrapartida conhecem uma dependência cada vez maior em relação ao Poder Central.

A terceira e última fase de nosso federalismo, de acordo com o referido autor, seria marcada pela positivação das regiões como unidades da Federação. A história do nosso federalismo, ensina Paulo Bonavides, revela um nível de identidade de problemas e interesses comuns nas regiões a exigir este reconhecimento de suas realidades em uma ampla reforma da forma federativa de Estado. Identifica ele na Constituição de 1988 um importante fato nesse sentido com a constitucionalização das regiões, embora atitude limitada, já que só se refere administrativamente a estas. O reconhecimento da realidade sociológica das regiões é uma das propostas que Paulo Bonavides vê como saída para dilemas do federalismo brasileiro. O autor chega a dizer que o federalismo assentado no binômio União-Estado está morto, e que em sua história a República criou um grande Estado unitário.

NOTAS

¹ Regime Federal e a República Brasileira, Editora UnB, 1983, pg. 32;

² Ob. Cit. pg. 155;

³ Castro, José Nilo de. Considerações sobre o federalismo, Revista de Informação Legislativa, nº 15, jan/mar de 1985, pg. 47;

⁴ Levi, Lúcio. Federalismo, in Bobbio, Mateucci e Pasquino(orgs), Dicionário de Política, Linha Gráfica Editora e Editora UnB, Brasília, 1991, pg. 475;

⁵ “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos, in: Weffort, Francisco, Os clássicos da Política, Editora Ática, São Paulo, 1991;

⁶ Ob. Cit. pg. 52;

⁷ O Caminho para um Federalismo das Regiões, Revista de Informação Legislativa, nº 65, jan/mar de 1980, pg. 118;

⁸ Ob. Cit., pg. 65;

BIBLIOGRAFIA

Bonavides, Paulo. O Caminho para um Federalismo das Regiões, *Revista de Informação Legislativa*, nº 65, jan/mar de 1980;

Castro, José Nilo de. Considerações sobre o federalismo, *Revista de Informação Legislativa*, nº 15, jan/mar de 1985;

Cavalcanti, Amaro. Regime Federal e a República Brasileira. Brasília: UnB, 1983;

Levi, Lúcio. Federalismo, in Bobbio, Mateucci e Pasquino(orgs), Dicionário de Política, Linha Gráfica Editora e Editora UnB, Brasília, 1991;

Limongi, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos, in: Weffort, Francisco, Os clássicos da Política. São Paulo: Ática, 1991;

Temer, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

O DIREITO ADQUIRIDO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS

*Elaine Cardoso de Matos Novais
Bacharelada do Curso de Direito da UFRN
Monitora da Disciplina de Direito Civil III – Contratos*

INTRÓITO

Sabe-se que o presente Século XX tem sido palco de inúmeras mudanças. Não é difícil observar que os mais diversos campos, como as searas econômica, política ou social, vêm sofrendo influência das modificações decorrentes do avanço tecnológico e da maior interação existente entre diferentes nações.

A rapidez e a intensidade das alterações mencionadas, mesmo que não sejam percebidas por alguns desinteressados, inspiram uma percepção nova da atualidade. Isto implica em dizer que passa a se analisar determinadas situações e necessidades, tidas anteriormente como imutáveis e indispensáveis ao exercício válido de alguns direitos, e percebe-se que talvez elas não devam subsistir diante da hodierna conjuntura.

No afã de remediar situações como tais, são formuladas reformas, a exemplo das tão discutidas reformas administrativa e previdenciária. Todavia, nada obstante os defensores das modificações sempre proclamarem sua necessidade, toma-se imperioso perquirir sua real importância e ter cautela para que destas alterações não decorram prejuízos irreparáveis para os cidadãos.

Atinge-se, então, uma “pedra de toque” a ser discutida no trabalho em análise. Ao se conceber como inaceitáveis ou insusceptíveis de permanência algumas regras jurídicas, dada a sua inconformidade com a realidade atual, qual o procedimento a ser adotado com relação àqueles que, com a supressão da norma, podem ser prejudicados porque já preencheram todos os requisitos exigidos para o exercício de um direito que agora foram transmutados.

Nesse diapasão, este texto pretende abordar até que ponto as mudanças e reformas podem alcançar normas constitucionais, transgredindo direitos já reconhecidos e integrado ao patrimônio dos cidadãos. Assim, a fim de entendermos o âmago da questão, mister se faz tecer algumas considerações propedêuticas acerca do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Reformador, designando sua natureza e apontando seus limites.

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado ou Instituído foi questionada primeiramente pelo abade Sieyès, no famoso discurso *Qu'est-ce que le Tiers État?*, há mais de duzentos anos atrás, momento em que defendeu ser o Poder Constituinte Reformador condicionado pelas regras fundadas pelo Poder Constituinte Originário, contidas na Constituição. A idéia foi bastante discutida ao longo dos tempos e hoje tornou-se amplamente aceita.

O Poder Constituinte Originário, assim, tem a função precípua de fazer emergir nova organização jurídica fundamental. Sua essência firma-se na elaboração da Constituição, numa tentativa de ajustar-se o direito positivo aos anseios da sociedade.

Historicamente, este *potestas constituens* encerrava a ruptura com o modelo de

ordenamento jurídico vigente e, via de regra, uma revolução social servia de meio condutor para a manifestação da nação em defesa de novos interesses emergentes. Daí afirmar o ilustre mestre Raul Machado Horta, que: *“O Poder Constituinte Originário, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no texto constitucional novo as alterações mais profundas que a Revolução produziu na estrutura social e na relação do poder no Estado e na Nação.”*

Todavia, atualmente, não se afiguram tão comuns as hipóteses de grandes revoluções e golpes de Estado, podendo o Poder Constituinte Primário emergir quando toda a ordem jurídica já se revela transposta, não se coadunando, em nenhum aspecto, com a presente realidade social. A inconformidade com o direito do Estado, mais precisamente, a falta de eco da ordem jurídica vigente com a mentalidade da população, visualizada pela perda de eficácia da Constituição anterior, motiva o povo a agir.

Depreendo-se, então, que o referido poder incumbe à própria nação, confundindo-se até mesmo com a vontade desta, a qual não podendo exercê-lo diretamente, o faz por intermédio de seus representantes.

Quando há um novo Poder Constituinte Originário, todos os princípios anteriormente condizentes com o direito perdem a sua validade. Ocorre como se nunca tivessem existido, pois verifica-se uma verdadeira ruptura, uma quebra da ordem jurídica anterior.

O ensinamento do insigne lente Paulo Bonavides explicita o porquê desta hipótese: “politicamente é o poder constituinte um poder supra legem ou legibus solutus, um poder a que todos os poderes constituídos hão necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa extrajurídica de criar a Constituição.”²

Logo, diante das considerações trazidas à baila, abordando as características do Poder Constituinte Originário, seguimos a orientação de Georges Burdeau, destacando como pontos distintivos os seguintes: inicialidade, incondicionalidade e autonomia.

O caráter inicial é justificado pelo fato de que nenhum poder antecede ao Poder Constituinte Originário, ao revés, dele é que se constituem todos os demais (esta atribuição, porém, não deve ser examinada de modo a fomentar a interpretação de seu exaurimento no decorrer do tempo). A autonomia, por sua vez, explica-se porque somente a nação, independentemente de qualquer poder, terá legitimidade para decidir qual o ordenamento jurídico deverá prevalecer. Por fim, o Poder Constituinte Originário é incondicional, haja vista a inexistência de subordinação deste poder a regras ou normas fixadas, razão pela qual, em tese, pode manifestar-se livremente. Passemos, então, ao estudo do Poder Constituinte Derivado.

PODER CONSTITUINTE INSTITUÍDO

Enfocando o tema do Poder Constituinte em um patamar ideal, satisfaria, por demais, aquela constituição que pudesse organizar o ordenamento jurídico de modo a adequá-lo à sociedade atual e futura em todos os aspectos. Todavia, é inevitável que a conformação da ordem jurídica instaurada ocorra somente com relação à situação presente no momento de seu surgimento, sendo humanamente impossível concretas previsões de mudanças.

Em virtude disto, e no afã de evitar que a nação fique a mercê de transformações ocasionais e fortuitas, são permitidos e criados mecanismos de defesa do direito já codificado e fruto do Poder Constituinte Originário, consubstanciados no poder de revisão

O Poder Constituinte Reformador existe, portanto, como uma garantia do cidadão de manter vivo o espírito da norma constitucional, na medida em que lhe compete proceder às

alterações julgadas necessárias.

Alguns autores, dentre os quais se pode citar Joseph Barthélemy, Duverger, Duguit e Laferrière, compreendem o Poder Derivado como sendo ilimitado, uma vez que não se esaurindo no tempo o Poder Constituinte Originário, aquele seria o extrato subsistente deste. Enquanto isto, outra parte dos doutrinadores reconhece a origem do Poder Constituinte Reformador semelhante a de qualquer outro decorrente do Poder Originário, com limitações e condicionamentos.

Há de ressaltar-se que o segundo posicionamento, sem embargo das respeitadas opiniões em contrário, é cediço e facilmente cognoscível a partir do ensinamento propiciado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que leciona: *“Dizer que o Poder Constituinte Originário não se esgota com a edição da Constituição, que por isso ele subsiste na Constituição, é afirmação verdadeira em termos. Sem dúvida, o Poder Constituinte de que é titular o povo não se esgota com a prática de um ato, como a liberdade não se exaure em qualquer de suas manifestações. Entretanto, é um órgão constituído, e não o agente do Poder Constituinte Originário, autor da Constituição, que recebe desta o poder de alterá-la, sob certas formas, dentro de certos limites. Assim, o órgão constituído habilitado a modificar a Constituição está como os demais órgãos constituídos, limitado em sua competência pela Lei Magna.”*³ (Grifos acrescentados)

Resta clarividente, dessarte, que o Poder Instituído singulariza-se por ser derivado (é criação do Poder Originário), condicionado (sua atuação restringe-se em face dos limites estabelecidos na Lei Maior, podendo agir apenas de acordo com as condições impostas) e subordinado (como a própria denominação sugere, porque subordina-se ao Poder Constituinte Primário, encontrando-se abaixo deste).

O DIREITO ADQUIRIDO ...

A concepção de direito adquirido, emergida da proteção dada aos *facta praeterita* pelo Imperador Teodósio em Roma, consolidou-se, primeiramente, no âmbito do Direito Privado.

Os civilistas debruçaram-se sobre o tema, examinando a relação entre a lei nova e os fatos ocorridos sob a égide da norma anterior - levantando questões como da irretroatividade da lei no tempo e da irrevogabilidade de situação pretérita -, para reconhecer no direito adquirido aquele que se incorporava ao patrimônio do titular, resguardando-se das alterações advindas com a novel regulamentação.

Não obstante a primazia do estudo privatístico acerca da idéia, não se exclui o posterior interesse do Direito Público, o qual recepcionou o conceito elaborado pelos privatistas. A segurança das situações jurídicas subjetivas não foi acobertada rapidamente pelo texto das leis fundamentais, pois o princípio do direito adquirido surgiu como preceito reflexo no ordenamento, mas conseguiu, no decorrer do tempo, ser elevado a categoria constitucional, pelo menos no Brasil.

Em termos de legislação pátria referente ao assunto, a Carta Magna resguarda o direito adquirido, ao dispor no art. 5º, XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No campo da legislação ordinária, o artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil define o direito adquirido como sendo aquele que o seu titular, ou alguém em seu nome, possa exercer, como também o direito cujo começo do exercício tenha termo prefixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Neste contexto, com o intuito de compreendermos melhor o princípio do direito adquirido, impende-se discriminar o direito adquirido propriamente dito, do direito consumado e da expectativa de direito.

O direito consumado caracteriza-se pela circunstância de o seu fato gerador ter produzido todos os efeitos, ou seja, o direito exsurgiu no mundo jurídico, foi exercido e suas consequências legais foram esgotadas. De outra face, no que concerne à expectativa de direito, dada a circunstância de o fato aquisitivo não ter se concluído, ela representa uma simples esperança sem inclusão de nenhum direito ao acervo patrimonial do interessado. Por fim, no direito adquirido, como infere-se da definição legal, todos os requisitos são atendidos para o exercício de uma pretensão - dê-se que o fato gerador ocorre por inteiro -, porém, os efeitos decorrentes deste ato não são produzidos.

Digno de enfoque apresenta-se o conceito da lavra do douto Caio Mário da Silva Pereira, que, com maestria peculiar, esclarece: “Direito adquirido, in genere, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para o seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode tingi-los, sem retroatividade.”⁴

Levando em consideração o fato de os preceptivos mencionados e a transcrição supra reportarem-se a lei, não persistem no direito brasileiro discussões atinentes à intangibilidade do direito adquirido quanto às normas ordinárias. A legislação ordinária, portanto, não pode atingir direito anterior - já integrado ao patrimônio do cidadão, mas que não teve suas consequências geradas -, nem tampouco os chamados fatos consumados, sob pena de macular-se o princípio da irretroatividade da lei, o qual impede submeter ao comando da lei nova, fatos integralizados antes de sua vigência.

Entrementes, a *vexata quaestio* do estudo ora apresentado cinge-se na permissibilidade de direito adquirido às normas constitucionais. Poderá a Constituição, desse modo, impedir a preservação de direito anterior, para a aquisição do qual todos os requisitos já foram atendidos? Vejamos a seguir.

... AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Invocando anotações feitas em tópico anterior, recordamos que o Poder Constituinte Instituído é limitado, motivo pelo qual deve resguardar os princípios consagrados pela ordem constitucional. Teoricamente, sua atuação encontra barreiras nas limitações impostas pelo Poder Originário, sejam elas expressas ou implícitas.

Não obstante esta ponderação de fundamento doutrinário, o entendimento de parte dos doutos traduz a idéia de que as normas constitucionais decorrentes tanto do Poder Constituinte Originário quanto do Poder Derivado incidem imediatamente. Isto implica em dizer que não existiriam direitos adquiridos oponíveis à Constituição, por ser esta a lei fundamental, detentora do condão de inovar sempre no ordenamento jurídico.

Desta forma, a discussão gira em torno da aplicação direta e imediata da norma constitucional sobre situações jurídicas completas cujos efeitos não se verificaram -, subsistentes da regulamentação antecedente, e que conflitam com o mandamento constitucional inaugurado.

Segundo os conseqüências deste posicionamento, falar em direito adquirido em face da Constituição seria aquiescer com a ultratividade da regra precedente, vale dizer, seria permitir a coexistência do mandamento revogado com uma disposição constitucional diversa, o que, em princípio, seria absurdo. A única forma de manter vigentes regras contrárias a novo dispositivo constitucional seria a expressa determinação deste último, ao passo que, havendo compatibilidade entre ambos, caberia a invocação de direito adquirido sob o manto de lei

anterior.

O fundamento desta tese encontra justificativa no escólio de José Celso de Melo Filho, que assevera: “A incidência imediata das normas constitucionais, todas elas revestidas de eficácia revogatória das regras e dos atos dotados de positividade jurídica inferior não permite que se invoque contra elas qualquer situação juridicamente consolidada. Assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais.”⁵

Corroborando a tese em comento, aponta-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal (RE nº 93.290/RJ), no qual figurou como relator o Ministro Moreira Alves: “...estou de acordo com ambos os fundamentos do acórdão recorrido. E, especialmente, com o segundo: o de que não há direito adquirido contra a Constituição. Este princípio se aplica tanto às normas originárias da Constituição, quanto às decorrentes das emendas posteriores, pois uma e outra têm a mesma natureza e a mesma hierarquia.”⁶

Sem embargo da opinião esposada pelo insigne ministro na decisão trasladada, suscitamos, mais uma vez, a diferença entre Poder Constituinte Originário e o Poder Reformador, para afirmar que muito embora ambos estejam imbuídos da vontade da nação, não figuram em um patamar de igual hierarquia.

O Poder Derivado, repetimos, é condicionado e limitado por regras estabelecidas pelo próprio Poder Originário, que garante a sua existência. Alguns destes óbices a reformas arbitrárias exteriorizam-se através das cláusulas pétreas; outros, mediante limitações implícitas, tudo no desiderato de não deixar ao alvedrio do legislador poderes vastos que permitam alterações indevidas.

A expressão cláusula pétrea, largamente aceita e adotada pelos constitucionalistas brasileiros, denota as limitações constitucionais expressas, materiais e circunstanciais. Encontram-se elas averbadas no art. 60, § 4º, da *Lex Mater*.

“Art. 60. *omissis*

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir;

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Partindo deste dispositivo, outra parte da doutrina busca fomentar a razoabilidade e imprescindibilidade da proteção dos direitos adquiridos às normas constitucionais, provenientes de reformas.

Este posicionamento, digno de aplausos e dos mais elevados encômios, almeja expor que a regra da inexistência de direito adquirido contra a Constituição sofre restrições, não se revestindo de natureza absoluta.

Sendo assim, mesmo que uma emenda à Constituição viesse alterar determinado assunto de modo antagônico ao vigente até então, aquele que tivesse integralizado as condições exigidas para aquisição deste direito, apesar de não o ter exercido, estaria salvaguardado, independentemente de existir anuência expressa da proteção de direitos adquiridos.

Este raciocínio encontra guarida no intransponível magistério do mestre Caio Mário da Silva Pereira, como depreende-se do excerto a seguir: “Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não

pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas, se é a própria Constituição que consigna o princípio da não retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (exempli gratia, a inamovibilidade e vitaliciedade dos juizes) tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício.”⁷ (Destaques nossos)

Sedimentando esta formulação, o ínclito Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em decisão proferida no antigo TFR, defendeu opinião, até hoje por ele sustentada, cujo teor coaduna-se perfeitamente com o momento presente. Ei-la: “O espírito da Constituição em vigor é de respeito aos direitos individuais. Consagra ela, portanto, os princípios do constitucionalismo tradicional, compatibilizando-os com os novos princípios do constitucionalismo social do Século XX. Deixa expresso, outrossim, que a lei não prejudicará o direito adquirido. Não explicita se lei material ou lei formal. A emenda constitucional não é a lei em sentido formal, por ser manifestação do poder distinto, que é o poder de revisão. Todavia, é ela, inegavelmente, lei material. (...) A verdade é que o poder constituinte instituído é o próprio poder legislativo constituído. E o poder constituído não é o mesmo poder constituinte. Distinguem-se. O primeiro é fruto do segundo.” Mais adiante arremata: “Os princípios, portanto, consagrados pela Constituição, obra do poder constituinte originário, implicitamente limitam e condicionam o poder de revisão. Um desses princípios, que a Constituição do Brasil abarca, que a domina, já falamos, é o princípio liberal de respeito aos direitos individuais. Ilegítima, portanto, a emenda que, contrariando o princípio, assim contradizendo-se, desrespeita um direito individual, ignora um direito já adquirido.”⁸ (Grifos acrescentados)

CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, temos razões suficientes para acreditar que o deslinde da discussão estudada só pode ser alcançado mediante a perquirição da autoridade do Poder Constituinte Reformador e da imensurável relevância do princípio da segurança jurídica.

A pertinência da idéia desenvolvida pelo segmento que defende a existência de direitos adquiridos às normas constitucionais demonstra, à saciedade, a fragilidade inerente aos argumentos do primeiro posicionamento, pois, se a própria constituição prima pela irretroatividade das leis, como permitir a aplicação de uma nova disposição a situações completadas sob o manto de lei anterior?

Por outro lado, insta atentar para o fato de que a preservação destes direitos que fazem parte do patrimônio dos particulares, mas cujo exercício não teve lugar, ainda, no mundo jurídico, não haveria de trazer grandes prejuízos. A uma, porque, sendo disciplinadas pela lei pretérita estas situações tinham sua importância até então, o que não mudaria na mentalidade das pessoas de uma hora para outra. A duas, porquanto livrar-se-ia a sociedade de uma crise decorrente da instabilidade criada.

Imaginemos, então, que, por força de uma reforma constitucional, a mulher só poderia aposentar-se, com proventos integrais após 35 (trinta e cinco) anos de serviço. Se não preceito expresso abrindo exceção aos direitos adquiridos, como explicar a uma cidadã que ela, malgrado integralizar 30 (trinta) anos de serviço, não poderá mais aposentar-se nas condições precedentes, havidas antes da reforma. Quão tamanha não seria sua insatisfação ao saber que deveria trabalhar mais 05 (cinco) anos a fim de obter aposentação com proventos integrais, ao passo que outra colega, cujo tempo de serviço era idêntico ao seu, só por ter requerido a aposentadoria antes da

reforma, encontra-se desfrutando da inatividade remunerada. Haveria, nesta hipótese, isonomia? Entendemos que não.

Poder-se-ia invocar, contudo, que, em situações como esta, o Poder Constituinte Derivado haveria sempre de resguardar expressamente os direitos adquiridos sob a batuta de lei anterior. Refutamos esta alegação com um argumento quase intransponível, o de que o Poder Constituinte é exercido por cidadãos eleitos, figuras humanas falíveis, as quais não estão livres de erros, nem tampouco de deixarem lacunas constitucionais, prejudiciais aos direitos adquiridos.

Ademais, vale consignar a opinião de alguns de que a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal (proteção de direitos e garantias individuais) reveste-se de notável imprecisão conceitual - visto que o Título II da Carta Magna enfeixa inúmeros direitos (direitos e garantias fundamentais) -, e, por isso, não poderia toda esta gama de direitos ser protegida de alterações.

Ora, logicamente não assentimos em interpretar o termo “dos direitos e garantias individuais” como abrangente de todos os direitos e garantias fundamentais elencados no Título II da CRFB. Mas, se a falta de previsão do dispositivo aludido não pode forçar a exegese de impedir que todos estes direitos não sejam abolidos ou alterados por emendas, o mínimo que se pode extrair é a permissão de proteger-se o direito adquirido, direito este que já faz parte da vida do indivíduo e com o qual o cidadão está contando para desfrutar seus efeitos em determinado tempo.

NOTAS

¹ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. - Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 24.

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. - São Paulo: Malheiros, 1994. p. 127.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. - São Paulo: Saraiva, 1990. p. 25.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 13 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 115.

⁵ MELO FILHO, José Celso de. Apud O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a “cláusula pétrea” dos direitos e garantias individuais. Revista de Informação Legislativa. Ano 32. nº 128 - Brasília: subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, out/dez 1995.

⁶ RTJ 99/890-891.

⁷ Ob cit. p. 117.

⁸ RTJ 99/879-878.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. - São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. - São Paulo: Saraiva, 1990.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. - Belo Horizonte: Dei Rey, 1995.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública. Revista de Informação Legislativa. nº 32. - Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, out/dez 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 13 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVÉRIO, Paulo Roberto Mendonça. O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a “cláusula pétrea” dos direitos e garantias individuais. Revista de Informação Legislativa. nº 32. - Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, out/dez 1995.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Servidor Público - Aposentadoria - Direito Adquirido - Das limitações do Poder Constituinte Derivado. Temas de Direito Público. - Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

APELAÇÃO EM LIBERDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

*Cristina Silva Macêdo
Acadêmica do Curso de Direito UFRN - 8º Período*

INTRODUÇÃO

Pode-se definir apelação como o recurso adequado para sentenças definitivas ou com força de definitivas, dirigido à superior instância, cuja finalidade reside, basicamente, no reexame da matéria inerente ao processo, com o intuito de reformar o *decisum* prolatado.

O recurso de apelação no processo penal encontra-se previsto a partir do artigo 593 do CPP, onde pode-se facilmente verificar sua aplicabilidade em sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; e em decisões definitivas, ou dotadas desta força, proferidas ou não por juiz singular, onde não couber recurso em sentido estrito.

O dispositivo legal supra citado prevê, outrossim, a apelação como recurso cabível em decisões do Tribunal do Júri quando for constatada existência de nulidade posterior à sentença de pronúncia; quando a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena; e, finalmente, quando o veredicto dos jurados for manifestamente contrário aos elementos comprobatórios dos autos.

DA NECESSIDADE DE RECOLHER-SE À PRISÃO PARA APELAR

O artigo 594 do Código de Processo Penal Brasileiro determina, de forma inequívoca, a necessidade do recolhimento à prisão para interpor o recurso em comento, senão vejamos:

“art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se o réu for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto. “

Como pode-se observar, o próprio dispositivo prevê algumas ressalvas à tal determinação. O condenado poderá recorrer em liberdade, desde que preste fiança para gozar desse privilégio; que seja reconhecido como primário e de bons antecedentes, ou já esteja respondendo ao processo em liberdade, seja por ocasião da pronúncia, seja por pagamento de fiança.

Inferre-se do texto normativo um paradoxo: uma vez que o pagamento de fiança assegura ao condenado por crime passível desse benefício a possibilidade de aguardar solto o trânsito em julgado da condenação, o condenado por crime inafiançável poderá esperar em liberdade o julgamento do recurso sem dispêndio algum de natureza monetária; basta apenas que seja reconhecido como primário e de boa conduta.

Ao interpretar mais cautelosamente o dispositivo legal em tela, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO assevera que “se a infração for afiançável, não se deve exigir fiança, ou exigi-la se o réu não tiver bons antecedentes, ou se não for primário, salvo a hipótese do artigo 323, III, do CPP, quando, então, a infração seria inafiançável. Na verdade, se o réu primário e de bons antecedentes que comete um crime inafiançável tem o direito de apelar em liberdade, sem prestar qualquer caução, não teria sentido que não o tivesse aquele que cometeu

uma infração afiançável. Mas, se aquele que cometeu um crime afiançável não é primário (excluída a hipótese do artigo 323, III, do CPP) ou não tem bons antecedentes, deverá prestar fiança.”¹

Faz-se oportuno lembrar que a hipótese do artigo 323, III, do CPP, mencionada pelo ilustre doutrinador trata do réu reincidente em crime doloso; circunstância na qual a lei processual obsta, expressamente, toda e qualquer possibilidade de concessão de fiança.

Ressalte-se, outrossim, que o réu que vinha respondendo ao processo em liberdade assegurada por ocasião da fiança, ao ser condenado, poderá continuar solto para recorrer da sentença, caso não haja cassação do benefício. Este é o entendimento esposado pelo STF, no julgamento abaixo transcrito:

“Se o réu prestou fiança, que não foi cassada tem direito de apelar em liberdade, independentemente da apreciação de seus antecedentes. (STF, RHC 62.034, DJU 24.08.84, p. 13478).”²

Valendo-se apenas da leitura do artigo 394 do CPP, faz-se possível concluir que a impossibilidade de apelar em liberdade apresenta-se de forma condizente à legislação, sendo, portanto, perfeitamente legal. Todavia, sua confrontação com outros textos legais e princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico demonstra sua redação falha e ultrapassada, razão pela qual posiciona-se por sua revogação, conforme será aduzido a seguir.

DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

O princípio da presunção de inocência preconiza a impossibilidade de considerar-se culpado alguém cuja sentença condenatória ainda não tenha transitado em julgado.

Quando alguém responde a um processo de natureza penal, prefere-se utilizar a nomenclatura **presunção de não-culpabilidade**, ao invés de **presunção de inocência**, dado o fato do recebimento da denúncia por parte do magistrado basear-se em meros indícios de autoria e/ou materialidade. Conseqüentemente, não presume-se que o réu seja inocente, uma vez que há indícios contra ele que o levaram a responder por um ato em juízo, presume-se, apenas, que não seja ele culpado das acusações impostas.

Uma vez levado pelo princípio da **presunção de inocência** em sentido estrito, o juiz sequer receberia a denúncia, ou pronunciaria o réu, nos casos de crimes do Tribunal do Júri, posto que nada de concreto existiria contra o acusado, apenas indícios.

Tão logo é recebida a denúncia ou pronuncia-se o réu, verifica-se a **presunção de autoria**, que autoriza o réu a responder ao processo criminal, sem, contudo, violar-lhe qualquer garantia constitucional.

O que realmente encontra-se assegurado ao acusado no processo penal é o **princípio da não-culpabilidade**, pois existem apenas indícios contra sua pessoa; indícios estes que não podem considerá-lo culpado de imediato, mas tão somente após apurados os fatos e circunstâncias que o cercaram, mediante o devido processo legal.

Pois bem. A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LVII, institui que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Mais adiante, o inciso LXI do mesmo artigo preconiza que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em

lei”.

Como pode-se verificar, com o advento da nova ordem Constitucional e seus princípios basilares, cria-se um conflito de disposições entre o CPP (artigo 594) e a Lei Maior, dividindo a doutrina e a jurisprudência em duas correntes: a primeira acredita que o artigo 5º da CF não revogou o artigo 594 do CPP, sendo, assim, possível conciliar seus textos. Outra corrente, porém, adverte que por ser posterior e contrária à disposição do CPP, além de hierarquicamente superior, a nova Constituição teria revogado a norma processual penal, ao consagrar o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Aqueles que defendem a coexistência pacífica dos dois dispositivos direcionam a aplicabilidade da norma ordinária àquele réu sem bons antecedentes e reincidente. Dessa forma, acredita-se que a vedação legal de apelar em liberdade apenas atingiria o condenado que não seja primário ou que não seja portador de bom comportamento pretérito. Uma vez reconhecida a boa conduta anterior e a primariedade do réu, este gozaria do benefício de recorrer em liberdade, conforme pode-se verificar nas citações abaixo:

“Apelação em liberdade. Júri. Réu que teve seus bons antecedentes e primariedade reconhecidos na sentença condenatória e que não vira decretada sua prisão quando da pronúncia tem o direito de apelar em liberdade (CPP art. 594) (STF, RHC, rel. Francisco Rezek. RT 599/447 e RTJ 111/638).

No mesmo sentido: RTJ 124/595.”

“O benefício de apelar em liberdade, reconhecido a favor de réu primário e de bons antecedentes pelo artigo 594 do CPP (redação da Lei 5.941/73;) também se aplica às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri (STF. RHC, Rel. Rodrigues de Alckmin, DJU 07.05.76).”

Como pode-se observar, a apelação em liberdade vem sendo considerada possível apenas àqueles que são considerados merecedores, em caráter objetivo, do benefício. Os critérios para definir ou não o merecimento encontram-se bem esposados no próprio artigo 594 do CPP, ou seja, primariedade e bons antecedentes.

Entretanto, volte-se a atenção àqueles réus que não são primários, ou não tenham bons antecedentes, mas, que no decorrer da instrução processual, não demonstraram qualquer indício de pretensão de fuga, ou de tumultuar o trâmite legal do processo em superior instância. Haveria necessidade de recolher à prisão alguém que reflete sinais de reabilitação ao convívio social? A simples reincidência já caracterizaria a conveniência do recolhimento à prisão para apelar?

Damásio de Jesus acredita que sim, ao esposar o seguinte entendimento:

“PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - Cremos que não revogou o art, 594 do CPP. O legislador ordinário entendeu que, havendo uma sentença condenatória julgando o réu culpado, é necessário, para que possa apelar, que se recolha à prisão. Atende-se aos dois requisitos do princípio do estado de inocência: natureza cautelar da medida e sua necessidade (esta determinada pelo legislador).” (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça reafirma esta teoria, em pronunciamento sumulado abaixo transcrito:

“Súmula 9 - A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Tal afirmação encontra-se fulcrada no fato de que, uma vez prolatada a sentença condenatória, não existem mais meras presunções contra o réu, mas sim uma decisão judicial, proferida pelo Juiz de Direito, que, para tanto, presidiu e estudou todo o processo e foi convencido da culpabilidade do cidadão, declarando-o, em nome do Estado, culpado do crime que a ele é imputado. A necessidade de recolhimento à prisão não encontra-se baseada apenas em suposições, mas no poder de uma sentença que, ao considerar o indivíduo culpado, declara sua falta de adaptação ao convívio social, merecendo, destarte, ser reeducado.

Inobstante tal ponto de vista, o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade não estaria sendo levado em consideração pelo Artigo 594 do CPP, uma vez que o dispositivo legal afirma que alguém já é culpado, mediante a prolação de sentença condenatória pelo magistrado. Deve-se observar, contudo, que a sentença, ao ser combatida através de um recurso, ainda não transitou em julgado, não sendo, portanto, dotada do poder de tolher a liberdade de um indivíduo.

Eis o pensamento do mestre TOURINHO FILHO, acerca da matéria:

“Agora, face ao princípio segundo o qual o imputado não pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, mais se evidencia o direito de apelar em liberdade. Não só de apelar, mas, inclusive, de interpor recurso extraordinário ou recurso especial, com efeito suspensivo, pois a interposição desses recursos pressupõe a não-existência de trânsito em julgado”. (Processo Penal, vol. 04, 16ª ed. pág. 323).(grifo nosso.)

Além de injustificada, a presunção levantada contra o condenado é ilegal.

De mais a mais, o inciso LXI da Constituição Federal estabelece que ninguém será recolhido à prisão sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Ao restringir a possibilidade de uma pessoa recorrer ao seu recolhimento à prisão, mais uma vez a Magna Carta estaria sendo ofendida.

Ao fundamentar a necessidade de recolhimento à prisão, cabe ao magistrado justificar, de maneira convincente, que a permanência do indivíduo em liberdade consistiria em uma ameaça ao devido andamento do processo em instância superior. Apenas apreciar antecedentes não consiste em justificar a prisão. Deve-se, sim, avaliar o comportamento presente do condenado, verificando a necessidade ou não de seu recolhimento para recorrer.

TOURINHO FILHO é um pouco mais incisivo, ao afirmar:

“Dês que o magistrado fundamenta a ordem em prisão, esta será legal. FUNDAMENTAR NÃO É INDICAR O DISPOSITIVO LEGAL. FUNDAMENTAR É MOSTRAR A NECESSIDADE DO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO. E, em nosso ordenamento jurídico, a necessidade repousa numa daquelas circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, como se infere no parágrafo único do artigo 310 e no artigo 324, IV, todos do CPP”. - (Prática de Processo Penal, 16ª ed. pág. 325).

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

No processo criminal, a defesa do réu é um elemento indispensável. Sua apreciação deve ser realizada de forma plena e sempre que possível, sob pena de nulidade do processo, tamanha a sua importância.

Uma das formas de manifestação do princípio do contraditório encontra-se percebida na possibilidade de impugnação dos atos decisórios. A Constituição Federal, ao estabelecê-lo, não impõe limitações ao seu exercício, não cabendo, destarte, à legislação ordinária, fazê-lo.

Ao determinar uma condição da natureza da privação de liberdade ao condenado reincidente de forma a permitir o conhecimento do recurso, está sendo contrariado o princípio da ampla defesa. Nada mais absurdo que deixar de rediscutir o mérito do *decisum* prolatado em virtude da não-obediência de uma formalidade cuja utilidade é discutível.

Não obstante a violação ao princípio constitucional, impor uma condição dessa natureza vai de encontro ao exercício de um direito inerente à pessoa humana, que é o direito de se defender.

O recolhimento à prisão deve partir somente de ordem judicial fundamentada, e tal fundamentação deve repousar no sentido da necessidade real do recolhimento. A singela apreciação de antecedentes não vislumbra, em hipótese alguma, a referida necessidade.

O não-conhecimento do recurso de apelação de réu reincidente que esteja em liberdade caracteriza, de forma evidente, uma restrição à defesa, uma vez que impede a apreciação de matéria por ela defendida, o que encontra-se vedado na Constituição, pois a defesa deve pronunciar-se de forma ampla, dentro dos ditames asseverados pela Lei Maior.

Faz-se de bom alvitre relembrar que um dos mais importantes aspectos do princípio do contraditório e da ampla defesa reside na recorribilidade das decisões judiciais. A imposição de obstáculos à interposição de recurso de apelação em sentenças condenatórias leva a posicionar pela inconstitucionalidade de qualquer dispositivo que dessa forma determine.

Há, ainda, um outro curioso aspecto a ser combatido, no tocante à vedação do direito de apelar em liberdade, conforme será comentado adiante.

A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A Lei 8.072 de 25.07.90, que disciplina os crimes hediondos abre, em seu artigo 2º, uma possibilidade de apelação de sentença condenatória em liberdade, onde volta-se especial atenção ao seu respectivo parágrafo 2º:

“art. 2º - Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º. “omissis”

§ 2º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”

O advento da Lei dos Crimes Hediondos cria um novo obstáculo à vedação imposta pelo artigo 594 do CPP, gerando mais uma contradição entre os textos legais em comento. Não obstante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, depara-se agora com uma lei em plena vigência, que assevera a possibilidade de recorrer em liberdade. Lei esta posterior ao CPP, que apesar de tratar de matéria específica e restrita, mais uma vez leva a refletir sobre a necessidade de recolher-se à prisão para apelar.

Levanta-se, destarte, uma infeliz contradição entre o CPP e a Lei dos Crimes Hediondos. Enquanto verifica-se possível apelar em liberdade da sentença que condena um indivíduo em um crime de grande ofensa ao convívio social, que é o crime hediondo, a infração mais branda não encontra-se passível de tal benefício.

Face a presente lógica, aquele cidadão que já cometeu algum crime, e está elaborando um segundo, deverá preferir cometer um crime hediondo em lugar de um crime comum, uma vez que a Lei 8.072/90 determina que o magistrado poderá decidir fundamentadamente se poderá ou não recorrer em liberdade, caso condenado seja, Independente de seus maus antecedentes ou sua reincidência.

À medida que o CPP obsta a possibilidade de interpor apelação em liberdade frente à vida pregressa do réu, o Estatuto Processual Penal estimula, destarte, a prática dos crimes considerados hediondos, uma vez que a Lei que os disciplina não impõe qualquer obstáculo à recorribilidade de sentenças condenatórias em tais crimes.

DAMÁSIO DE JESUS, já citado anteriormente, reconhece a existência da contradição entre os textos legais em estudo, quando assevera em sua obra:

“Ao contrário do que dispõe o artigo 594 do CPP, o artigo 2º, § 2º da Lei dos crimes hediondos não exige que o condenado, para recorrer em liberdade, tenha sido reconhecido na sentença primário e de bons antecedentes.”

TOURINHO FILHO também pronuncia-se a respeito, quando afirma que: *“Mesmo nos denominados crimes hediondos, pode o réu apelar em liberdade, uma vez que as presunções de periculosidade e de fuga que aquela disposição legal deixa transparecer não podem se sobrepor à presunção de inocência”*.⁴

Resta incontroverso que tal possibilidade só existe estando o réu, por ocasião da sentença, gozando de liberdade. Uma vez estando provisoriamente preso, seja por prisão preventiva, seja por flagrante delito, não há de se falar em apelação em liberdade, pois se alguém preenche os requisitos para prisão provisória, logicamente não os preencherá para recorrer em liberdade. Caso o juiz determinasse a soltura de alguém que já encontrava-se preso após a sentença condenatória, criar-se-ia uma nova contradição, não obstante as já verificadas anteriormente.

Faz-se de bom alvitre salientar que o artigo 594 do CPP garante àqueles condenados que não são reincidentes ou que têm bons antecedentes o privilégio de apelar em liberdade automaticamente, ou seja: por força do dispositivo legal, não verifica-se a necessidade de fundamentação para a concessão do benefício, o que não ocorre com a Lei dos Crimes hediondos. Nesta, mesmo o réu primário e com bons antecedentes está sujeito à fundamentação do magistrado para apelar em liberdade.

CONCLUSÃO

Recorrer em liberdade é um direito assegurado ao cidadão brasileiro pela Constituição

de 1988. Direito esse assegurado através do artigo 5º, incisos LV, LVII e LXI, onde verificamos os princípios da ampla defesa e devido processo legal e o da presunção de não-culpabilidade.

Ao passo que condiciona o conhecimento de recurso de apelação de sentença condenatória ao recolhimento do réu à prisão, o artigo 594 do CPP impõe uma condição para exercer um direito garantido constitucionalmente. Resta incontroverso que viola o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Deve-se compreender que a elaboração do Código de Processo Penal ocorreu em um período menos avançado em termos de garantias individuais. Não justifica-se, portanto, no grau de evolução em que encontram-se a democracia e a liberdade no Estado Brasileiro, manter em vigor dispositivos fulcrados em presunções retrógradas, que hoje não fazem o menor sentido.

Uma vez que a lei assegura àquele que praticou um crime hediondo a possibilidade de apelar em liberdade, também deve entender-se que aquele que praticou um crime menos grave e de menos impacto social também faz jus a tal benefício, caso demonstre merecimento, verificado através de sua conduta presente.

A liberdade é um dos mais preciosos bens do indivíduo, e esta somente poderá ser tolhida mediante decisão FUNDAMENTADA de autoridade judiciária competente. Não basta criar restrições basiladas em meras presunções. Necessita-se, sim, de apontar fatos ou circunstâncias concretas que verifiquem a necessidade do encarceramento. Caso não sejam constatados motivos que realmente justifiquem o recolhimento à prisão para interpor recurso de apelação, a simples análise de antecedentes não mostra-se suficiente para tanto.

Ao obstar o conhecimento de um recurso interposto por um reincidente que esteja em liberdade, o juiz, além de afrontar o princípio da ampla defesa, garantido constitucionalmente, não acredita na reabilitação do condenado que, por um infortúnio, voltou a transgredir a lei.

Existe ainda um outro aspecto: o inocente injustamente acusado. Aquele que cometeu um crime, foi condenado e não mais o fez; porém, é acusado de um segundo e injustamente condenado. Ele terá que privar-se de sua liberdade para provar sua inocência?

Não resta dúvida que a existência de sentença condenatória, mesmo antes de transitada em julgado, consiste em uma razão plausível para recolher alguém à prisão, uma vez que, para chegar no veredicto, deve ter sido observado o **Devido Processo Legal**, além da **fundamentação da decisão judicial** (fundamentação esta que pode ser suficiente para justificar o aprisionamento de alguém).

Uma vez verificada a presença destas estas garantias constitucionais, não há porque insurgir-se contra a necessidade do recolhimento à prisão para apelar. Absurda é a determinação de prender apenas por prender, apreciando simplesmente a vida pregressa do réu.

Nada mais injusto que levantar presunções de periculosidade constituídas de fatos passados. Deve-se analisar o presente do indivíduo, e somente após tal exame deve-se decidir se ele poderá ou não apelar em liberdade.

NOTAS

¹ in Processo Penal. Vol. 04. 16ª ed. São Paulo, Saraiva. pp. 304/305.

² apud Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*. pág. 390.

³ in Novas Questões Criminais, pág. 08.

⁴ in Processo Penal. Vol. 04. 16ª ed. São Paulo, Saraiva. pág. 304/305.

BIBLIOGRAFIA

GRANDINETTI, Luís Gustavo e CARVALHO, Castanho de - *O Processo Penal em face da Constituição*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JESUS, Damásio E. de - *Código de Processo Penal Anotado*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

_____, *Novas Questões Criminais*, São Paulo: Saraiva, 1993.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui - *Teoria e Prática do Júri*, 5ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da - *Crime Organizado: A Nova Lei*. in Revista do Centro de Estudos Jurídicos JF/RN, vol. 02, n. 01, Natal, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - *Prática de Processo Penal*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

_____, *Processo Penal*, vol. 04, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ERRO MÉDICO

Vanessa Alessandra Pereira
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 6º Período

Art. 2º “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”¹.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos a Medicina é vista como algo ligado à deificação, onde os médicos eram considerados verdadeiros deuses, únicos capazes de aliviar o sofrimento dos doentes, impedindo, assim, a disseminação das moléstias. Nessa época, é importante ressaltar, inexistiram questionamentos a respeito das mais variadas condutas praticadas por esses profissionais. Talvez por um temor infundado, ou quem sabe, pela própria inexistência de normas específicas, os erros aconteciam e se repetiam sem que nenhuma sanção fosse estabelecida.

Foi na Mesopotâmia que a medicina passou a ser exercida com um cuidado peculiar, pois enquanto aqueles que obtivessem a cura dos enfermos eram ressarcidos pelos meios pecuniários, os que operassem mal, perdiam os instrumentos indispensáveis à prática dessa Ciência, qual sejam, as próprias mãos. Senão vejamos:

Art. 218 – “Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata, ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, deve-se-lhe-á cortar as mãos”².

No Brasil, a fiscalização desse exercício profissional, veio a sedimentar-se nos três primeiros séculos, a partir do descobrimento, com a ação de delegados ou comissários do físico-mor e do cirurgião-mor do reino. Em 1782, o governo de D. Maria I criou a Junta do Promedicado, com sede em Lisboa e delegados no Brasil. Esses, cassavam diplomas e licenças, vistoriavam hospitais, fiscalizando, assim, o exercício da medicina, além de dar início a cobranças por demais necessárias.

Apenas à título de informação, os primeiros Conselhos de Medicina criados em nosso país, datam de 1957, época em que éramos governados pelo então Presidente Juscelino Kubitschek.

O atual Código de Ética Médica, responsável pelos direitos e deveres destes profissionais, foi elaborado em novembro de 1987, vindo a ser aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, em 1988, através da Resolução nº 44.045, que terminou por revogar os Códigos de 65 e 84.

A RESPONSABILIDADE MÉDICA

O pressuposto básico para a caracterização da responsabilidade do médico, como profissional liberal, reside na culpa. Na visão de Celso Delmanto³: ***“Enquanto o dolo gira em torno da vontade e finalidade do comportamento do sujeito, a culpa não cuida da finalidade da conduta (que quase sempre é lícita), mas da não observância do dever de cuidado pelo sujeito, causando o resultado e tornando punível o seu comportamento”.***

Agir culposamente, no entender do Código Penal Brasileiro⁴, é agir com imprudência, negligência ou imperícia. Porém, para a efetivação dessa responsabilidade faz-se necessária a presença de alguns requisitos, retratados com maestria pelo Dr. Newton Regis Alencastro Pacheco⁵, como sendo: a) agente habilitado legalmente ao exercício da Medicina; b) ação resultante de um ato profissional; c) culpa profissional, sem a intenção de prejudicar; d) existência de um dano real, efetivo e concreto (mutilação, morte,...); e) e, por último, porém, não menos importante, nexo causal entre o erro cometido e a lesão provocada, sem o qual descaracterizaria o ilícito.

Quanto à questão da culpabilidade, elemento subjetivo do delito, cumpre-nos esclarecer as diferenças existentes entre a imprudência, a negligência e a imperícia, já mencionadas acima, e de considerável importância à compreensão da questão ora abordada.

IMPRUDÊNCIA

Pode-se dizer que a imprudência consiste na prática de um ato perigoso, sem os cuidados necessários por parte de quem o pratica. No entender de Julio Fabbrini Mirabete, é:

“... uma atitude em que o agente atua com precipitação, com afoiteza, sem cautelas...”.

Diariamente nos deparamos com a imprudência médica em nossa sociedade. Afinal, quem de nós, um dia, não foi medicado através de simples “consultas telefônicas”? Febre? Tosse? É gripe! Nem sempre... Necessário se faz uma consulta pormenorizada dos sintomas no próprio consultório médico, e, não, uma receita via telefone, fax, ou qualquer outro meio utilizado para tal fim.

Entre os casos jurisprudenciais que poderiam ilustrar o tema, destaca-se recente decisão, cuja ementa apresenta-se assim construída:

“DANOS MORAIS - ERROS MÉDICOS CAUSANDO PADECIMENTO AOS FAMILIARES DA PACIENTE, QUE VEIO A ÓBITO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I - ERRO DE DIAGNÓSTICO. Médico que dispensou tratamento à paciente como se estivesse em com alcoólico, quando se tratava de acidente vascular cerebral, divulgando ainda o fato através de imprensa e causando padecimentos aos seus familiares. II - ERRO DE TRATAMENTO. Médico que submeteu a paciente à desnecessária cirurgia para diagnosticar o AVC, sob suspeita de haver hemorragia intracraniana, quando não havia indicação quer pela angiografia cerebral, quer pela punção lombar. Como se tratava de infarto brando, a intervenção cirúrgica apenas agrediu a paciente, sem que

houvesse qualquer melhora em seu estado clínico, com grande aflição a seus familiares, que tiveram de providenciar urgente remoção dela a esta Capital, mas já sem possibilidade de reverter o quadro”.

NEGLIGÊNCIA

Seguindo a linha de Damásio de Jesus, que acredita ser a negligência uma “...ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado”, mais uma vez cumpre ressaltar o pensamento do Dr. Newton Pacheco, autor por demais claro e coerente nas observações retratadas. Para ele, a negligência nada mais é do que:

“...a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento “.

Mirabete⁶ vai mais longe, ao mencionar a displicência e a preguiça mental como fatores dessa omissão. De uma forma ou de outra, a negligência decorre da passividade do agente, no caso, o médico que, podendo e devendo agir de determinado modo, prefere a inércia de sua ação, ocasionando os mais graves entraves à vida do paciente.

Nos dias atuais vem tornando-se comum ouvirmos notícias referentes ao esquecimento de corpos estranhos (gases, pinças,...) durante as cirurgias realizadas. Um bom exemplo ilustrativo é o que se segue:

LESÃO CORPORAL CULPOSA - NEGLIGÊNCIA - MÉDICO-CIRURGIÃO - ESQUECIMENTO DE MATERIAL CIRÚRGICO NO ORGANISMO DA VÍTIMA - COMPROVAÇÃO TESTEMUNHAL - LESÕES DAÍ RESULTANTES - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA RESTRITIVA DE DIREITO SUBSTITUÍDA PELA MULTA - APELAÇÃO PROVIDA - DECLARAÇÃO DE VOTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 129, §§ 6º E 7º DO CPB DE 1940⁷

IMPERÍCIA

Ao consultarmos o significado da palavra imperícia, deparamo-nos como sendo:

“...a falta de prática ou ausência de conhecimentos. que se mostram necessários para o exercício de uma Profissão ou de uma arte qualquer. (...) A imperícia conduz o agente à culpa, responsabilizando-o, civilmente ou criminalmente, pelos danos que sejam causados por seu erro ou falta”⁸.

Daí reconhecer-se que o pressuposto indispensável a configuração da mesma seja a devida habilitação legal. Ao revés, inúmeros doutrinadores não a aceitam quando trata-se de erro ligado à Medicina. Entre eles, destaca-se Genival Veloso de França, em seu livro *O Direito Médico*, citado por Newton Pacheco:

“Nosso pensamento é de que o médico habilitado - profissional e legalmente - não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja essa situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou a ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade. (...) Ora, se um homem tem nas suas mãos um diploma que lhe confere um grau de doutor e uma habilitação legal, será extremamente difícil a alguém provar que essa pessoa seja imperita.”⁹

Respeitando as opiniões em contrário, e o ilustre autor acima mencionado, faz-se mister afirmar que, felizmente, nossos tribunais não seguiram esse pensamento, por demais arcaico e paternalista, à medida que abriria uma enorme brecha para a inimputabilidade desses profissionais.

É de bom alvitre lembrar ainda que, o referido diploma não necessariamente qualifica o bom profissional. Pois, se assim fosse, não estaríamos nós a discutir o problema, nem os tribunais a julgá-lo.

No escopo de melhor esclarecer a questão; passa-se a transcrever ementa de julgado proveniente do TJSP, qual seja:

“ATO ILÍCITO. IMPERÍCIA PROFISSIONAL. TRATAMENTO MÉDICO DE QUE RESULTOU DEFORMIDADE FISIONÔMICA NO PACIENTE. INJEÇÕES DE VASELINA LÍQUIDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROCEDENTE. DUPLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE DA MULTA PREVISTA NO ART 1.538, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO CONFIRMADA.”¹⁰

Ainda na mesma linha de raciocínio, TJSP, AC 6.909-1, Rel. Juiz Gonçalves Santana, RT 549/72:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MENOR INTERNADO EM HOSPITAL. AMPUTAÇÃO DOS PÉS. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DOS MÉDICOS. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.”

LEGISLAÇÃO APLICADA

Caso configure-se os pressupostos acima explicados, cumpre à vítima de erro médico, ou a família desta, em caso de morte, acionar os meios legais, para percepção de seus direitos. O Código Penal Brasileiro nos fornece o artigo 18, II, que trata dos crimes culposos; o artigo 121, §3, §4, retratando o homicídio culposo; e o artigo 129, §1, §2, §3, §6, tipificando a lesão corporal, seja ela de natureza grave, seguida de morte ou culposa.

Na esfera ético-disciplinar, os interessados devem procurar o Conselho Regional de Medicina, órgão competente para julgar tais questões. O que leva Léo Meyer Coutinho¹¹, médico atuante na área jurídica, a afirmar:

“Não custa lembrar que as decisões dos Conselhos valem para os médicos assim como as decisões judiciais valem para

a sociedade em geral.”

E, sendo assim, têm-se a disposição inúmeros dispositivos. É o caso do artigo 29 do referido Código, que veda ao médico a prática de **“atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”**. Ou, então, do artigo 79, que menciona o acobertamento de erro ou conduta antiética de médico. Em todo caso, ao ser comprovada a conduta irregular, o profissional poderá ser punido com advertência, suspensão ou, inclusive, a perda da habilitação.

Quanto às sanções civis, podemos salientar a importância dos artigos existentes no Código Civil Brasileiro. Iniciemos com o artigo 159, que trata da reparação de dano causado pela ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia; passando pelo artigo 1.538, que estipula indenização no caso de ofensa à saúde; pelo artigo 1.539, caracterizado por estabelecer hipótese em que o ofendido fica impossibilitado de exercer o seu ofício ou profissão; observando também o artigo 1.521, III, que inclui a responsabilidade do patrão ou contratante; e o artigo 1.545, estabelecendo a satisfação de dano, causado pela imperícia, negligência ou imprudência.

Sem o intuito de perder-se nas redes da normatização nem terminar por cair nas teias do cansaço, é de bom alvitre transcrever o artigo 14, §4, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), já que o mesmo também serve como instrumento em defesa dos pacientes e das famílias daqueles que se sentirem prejudicados.

“O profissional liberal responde pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de seus serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos. A responsabilidade será apurada mediante a verificação de culpa”.

CONCLUSÃO

Chegamos ao fim acerca das considerações pertinentes ao erro médico, um tema um tanto quanto esquecido nas Universidades e, principalmente, no meio social.

Não teve esse artigo, em nenhum momento, a intenção de denegrir a profissão médica, exemplo maior de renúncia e abnegação. Ao revés, o que objetivou-se foi alertar as pessoas dos riscos existentes na relação médico-paciente, quando aqueles em quem, muitas vezes confiamos nossas vidas, mostram-se incapazes de honrar o compromisso assumido perante a sociedade e, principalmente, a si mesmos.

Que o ser humano é passível de erros, não há dúvidas. Agora, quando esse erro atinge o bem maior do indivíduo, que é a vida, saímos da esfera do razoável e passamos a questionar até que ponto a nossa omissão em denunciá-los está contribuindo, nesse exato momento, para a ocorrência de mais um erro médico.

NOTAS

1 Código de Ética Médica.

2 Código de Hamurabi (2000 a.C.), capítulo XII.

3 in Código Penal Comentado, 3 ed., atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 30.

4 Ver artigo 18, II.

5 in O Erro Médico: responsabilidade penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p.32-34.

6 Julio Fabbrini Mirabete, *Op. cit.*, p. 142.

7 AC 397.331-1- 3ª Câmara Criminal - J. 15.10.85 - Rel. Juiz Ralpo Waldo.

- 8 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12 ed. Rio de Janeiro: 1993, vol. II, p. 419.
9 Newton Pacheco, *Op. cit.*, p. 66.
10 TJSP, 2CC, AC 49.628, Rel. Frederico Roberto, RT 188/778.
11 in Código de Ética Médica Comentado. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 146.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Povos. 6 ed. São Paulo: Ícone, 1989.
COUTINHO, Léo Meyer. Código de Ética Médica Comentado. São Paulo: Saraiva 1989.
DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 3 ed. atual. e ampl. Por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
FOLHA SP - 03.02.96; 09.02.96.
GARCIA, Hamílcar de; NASCENTES, Antenor. Grande Enciclopédia Delta Larrouse. Rio de Janeiro: Delta, 1980, volume 10.
JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, volume 1.
MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1994, volume 1.
MIRIO, Carmem; FERNANDES, Rute. Erro Médico visto pelos Tribunais. São Paulo: Edipro, 1991.
PACHECO, Newton. O Erro Médico: responsabilidade penal. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1991.
SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA, nº 01/96, p. 14-15.

POSSIBILIDADE LEGAL DA UTILIZAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Décio Teixeira de Carvalho Junior
Acadêmico do Curso de Direito – 8º Período

A atual escalada de crimes que vitima os grandes centros urbanos do país passa por inúmeros debates, tanto em relação a suas causas como no que pertine aos remédios que devem ser aplicados com o fito de detê-la. Nesse sentido, merece consideração o dispositivo inserto na Carta Política de 1988 que autoriza a escuta telefônica para fins de investigação e instrução criminal.

Traz-se à baila, como pano de fundo para essa discussão, a análise de caso concreto onde foi impetrado ***habeas corpus*** com vistas a anular sentença condenatória, por entendê-la fulcrada em prova obtida por meio ilícito, no caso a escuta telefônica autorizada por Juiz, sob alegação de que o dispositivo constitucional não possui auto-aplicabilidade, pois sua eficácia depende da promulgação de legislação complementar.

O deslinde da questão cinge-se à apreciação de duas questões distintas porém constituintes de uma mesma realidade. A primeira possui em seu cerne caráter constitucional, versando sobre a admissão da auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional constante do art. 5º, inciso XII, e ainda se esse dispositivo é acolhido pelo art. 57 do Código das Telecomunicações. A segunda, de características processuais, refere-se ao esclarecimento se a condenação deveu-se unicamente à escuta telefônica ou se esta escuta foi o agente catalisador para que a autoridade policial obtivesse prova bastante a possibilitar o oferecimento da denúncia e posterior condenação.

Da exegese do texto constitucional, infere-se a preocupação do legislador constituinte em ressaltar a possibilidade da escuta telefônica para fins de investigação policial ou instrução processual penal.

Há que se ter em mente, a princípio, que o sistema representativo, embaixador da democracia brasileira, concede ao parlamentar o condão de expressar idéias em nome da população que o elegeu para representá-la. Assim, quando inseriu-se na Constituição a ressalva autorizando a escuta telefônica para fins de investigação e instrução criminal, deve ser entendido tal fato como resultante da vontade dos representados, os quais preferiram abrir mão de um direito individual, que seria a inviolabilidade da comunicação telefônica, em favor do bem coletivo que é a segurança e proteção da sociedade como um todo contra a prática de atos criminosos.

Observando-se esse aspecto, há de se admitir que a proteção legal dos direitos do cidadão não é hermética, devendo haver a busca do equilíbrio entre a garantia do direito individual e a proteção do interesse coletivo. Deve-se fugir assim da idéia da proteção absoluta, haja vista que não foi a intenção do legislador promulgar uma Carta Política para que seja utilizada por criminosos condenados e confessos como escudo de proteção a suas atividades prejudiciais à sociedade. Portanto, não há que se alegar a falta de regulamentação de dispositivo constitucional que fixou determinado princípio, para conceder ***habeas corpus*** a condenado e lançá-lo no seio da sociedade, que não o quer, autorizando com isso a continuidade de prática delituosa, com os resultados nefastos já conhecidos.

Nesse sentido, a Professora Ada Plegri Grinover em sua obra *Liberdades Públicas e Processo Penal - Interceptações Telefônicas*, Saraiva, 1976, p.306/307, discorre que: “**...As liberdades públicas não são mas entendidas em sentido absoluto, em face da natural restituição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas**

pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias." E complementa estabelecendo as possibilidades para autorização de medida atinente à quebra de sigilo: **"...quando se trata de apurar ou reprimir crimes, quando avulte o interesse social ou quando se trata de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem também constitucionalmente asseguradas."**

Assim, tem-se que o texto constitucional é auto-aplicável, possuindo eficácia plena, visto que traz **expressamente a ressalva** em relação à possibilidade de escuta telefônica para investigação e instrução criminal, não necessitando, dessa forma, de legislação complementar que autorize tal procedimento. Essa legislação regulará tão-somente as hipóteses e a forma para que se processe a autorização de escuta telefônica, cabendo aos aplicadores da lei, através de decisões fundamentadas, estabelecer sua aplicabilidade aos casos concretos. Além do mais, o sistema jurídico pátrio prevê na Lei 4.117/62 (Código das Telecomunicações), **em plena vigência**, que não se considera violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição sua, de conversa telefônica.

A autoridade policial, antes de proceder a escuta telefônica, deve requerer ao juiz competente que a autorize e este, ao permitir a escuta, profere decisão na qual pondera a existência de hipótese em que o interesse do indivíduo é ultrapassado pelo interesse público, justificando com isso a autorização concedida.

Talvez em virtude do período em que o país viveu sob regime totalitário, existe na atualidade uma verdadeira ojeriza à autoridade por aqueles que a confundem com o arbítrio. Até mesmo os que a detêm sentem-se constrangidos em usá-la quando necessário, com receio de serem considerados arbitrários. O país deve vencer este estigma e conscientizar-se de que agir com autoridade não se pode considerar como agir contrário à liberdade e sim a seu favor, pois a liberdade existe graças ao respeito à lei, a qual deriva dos princípios e anseios da sociedade, reguladores das relações entre seus membros.

No que concerne à controvérsia se a escuta telefônica é a ensejadora da condenação ou se é apenas agente catalisador para que a autoridade policial consiga as provas necessárias ao oferecimento da denúncia e à conseqüente condenação, resta patente que ela não se constitui elemento probante ensejador da condenação, mas apenas o meio pelo qual a autoridade policial, através de investigação, autorizada pela judicial, confirmou suas suspeitas e acelerou a prisão em flagrante do condenado, impedindo que sua prática delituosa atingisse mais pessoas do que as que efetivamente atingiu. A possível alegação de que a prova conseguida após degravação de conversa telefônica tenha sido obtida por meio ilícito, esbarra na auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional autorizativo desse expediente, além do fato de que a prisão em flagrante delito normalmente traz consigo prova bastante da materialidade e/ou autoria do ilícito.

Destarte, conclui-se que o dispositivo constitucional inserido no art. 5º, inciso XII, possui auto-aplicabilidade e eficácia imediata, e que, em conseqüência, a sentença condenatória prolatada com base em prova obtida após degravação de escuta telefônica devidamente autorizada por autoridade judicial, não possui qualquer nulidade, devendo surtir todos os seus efeitos.

BIBLIOGRAFIA

Constituição da República Federativa do Brasil – promulgada em 05.10.1988 - Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 6ª ed. atualizada – São Paulo: Saraiva, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e Processo Penal: as Interceptações Telefônicas. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 1978.

Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962.

O ALCANCE DA ATUAÇÃO PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS

Flávia Felício Mathias
Bacharelada do Curso de Direito da UFRN

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por escopo tecer algumas considerações acerca do alcance da atuação processual do Ministério Público nas causas em que oficia como *custos legis*.

Antes de adentrar no cerne da questão, convém ressaltar a importância do órgão do Ministério Público nos dias atuais, tendo em vista o seu disciplinamento constante no texto constitucional de 1988. Com efeito, hodiernamente representa, o Órgão Ministerial a Instituição encarregada da preservação de valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. Isso porque, por força de expressa disposição constitucional, o Ministério Público é considerado como **“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”** (art. 127, da Constituição de 1988).

Como se vê, diante do que dispõe a Carta Magna, os membros do *Parquet* possuem múltiplas atribuições que lhes são conferidas pelo Ordenamento Jurídico, para servir de instrumento hábil a assegurar, aos cidadãos em geral, a conservação da condição humana, mediante o acesso a bens indispensáveis a uma existência digna. Em decorrência disso, hoje o ofício do Ministério Público é por demais diversificado.

De fato. Percebemos tal diversificação quando observamos que, na seara criminal, atua, o Ministério Público, através de seu representante, deduzindo a pretensão punitiva do Estado e postulando a repressão ao crime, tendo por objetivo zelar pelos interesses gerais da sociedade. Tanto é assim que, ao contrário do que muitos pensam, não há que se falar em obrigação de acusar, posto que o membro do *Parquet* tem plena liberdade de convicção e de atuação, podendo e devendo pedir a absolvição ou recorrer em favor do acusado, caso se convença da sua inocência.

Por outro lado, o Ministério Público também atua na esfera cível, na qual possui papel tão relevante quanto no campo penal. Aqui se ocupará da tutela de certas instituições (família, registros públicos etc.); de certos bens e valores fundamentais (valores artísticos, meio-ambiente etc.); ou de certas pessoas (ausentes, incapazes, consumidores etc.). Tal macroatribuição do Ministério Público se operacionaliza, do ponto de vista do exercício da atividade processual, ora atuando como parte da relação jurídico-processual, ora atuando como fiscal da lei ou *custos legis*.

Na primeira hipótese - parte da relação jurídico-processual -, o Ministério Público é órgão agente, pois toma a iniciativa de provocar o Poder Judiciário por meio da propositura de inúmeras ações, como, por exemplo, nas de nulidade de ato jurídico em fraude à lei, nas de destituição de pátrio poder etc., podendo, ainda que eventualmente, assumir a defesa de terceiros no processo. Neste particular, é de mister realçar que atuar na qualidade de parte significa o fato de alguém figurar no pólo ativo ou passivo da relação processual com direitos, poderes e ônus, como ocorre com o *Parquet*, conforme o art. 81 do Código de Processo Civil.

Na segunda hipótese - fiscal da lei ou *custos legis* -, o Ministério Público oficia como órgão interveniente, em virtude da qualidade de uma das partes do processo, devendo, nestes casos, zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou suprir alguma inferioridade (na presença

de incapaz, por exemplo); ou, ainda, em decorrência da natureza da lide, na qual exista interesse público a ser zelado (no mandado de segurança, por exemplo). Em casos que tais, não há compromisso nem com a parte ativa nem com a parte passiva da relação jurídico-processual, cabendo-lhe apenas a defesa da prevalência da ordem jurídica e do bem comum, razão pela qual possui, o Ministério Público, plena liberdade de atuação.

Neste ponto é que reside o objeto de nosso estudo, ou seja o alcance da atuação ministerial como *custos legis*. É evidente que não há pretensão de se realizar uma análise exauriente do tema proposto, ao revés, tem-se por objetivo a obtenção de resposta para o seguinte questionamento: atuando como *custos legis*, cabe ao Ministério Público verificar apenas a regularidade processual ou pode ele manifestar-se também quanto ao mérito da causa em discussão?

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE

Em face das considerações expendidas, percebe-se que o texto constitucional ora em vigor conferiu ampla legitimidade ativa e interventiva, na área cível, para defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, de interesses difusos e coletivos.

Por outros termos, a Constituição atual destina o Ministério Público, de forma prioritária, ao zelo dos mais graves interesses da coletividade, posto que ora tutela interesses relacionados de modo indeterminado com toda a coletividade, ora está ligado a pessoas determinadas, mas sempre na medida em que isso consulte o interesse geral e desde que seja respeitada a compatibilidade prevista no art. 129, IX, da Lei Maior, concernente aos fins de preservação da ordem jurídica e do bem comum, buscados através de sua atuação.

Dentro da estrutura constitucional vigente, quando o Ministério Público atua como órgão interveniente, diz-se que suas atribuições são de fiscal da lei ou *custos legis*. Assim é porque, nessas hipóteses, o *Parquet*, no âmbito da relação processual, exerce os mesmos poderes e direitos processuais que as partes - salvo aqueles referentes à disposição do direito ou da ação, quando existentes -, aparecendo no processo como verdadeiro órgão do interesse público, pois se preocupa com a aplicação da lei e com a relevante necessidade de garantir a mais estrita neutralidade do organismo jurisdicional.

Em consonância com o Código de Processo Civil pátrio em vigor, a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, no processo civil, ocorre nos casos elencados em seu art. 82, *in verbis*:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade;

III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Dessume-se da leitura do dispositivo legal em referência que, em verdade, o Órgão Ministerial, atuando como *custos legis*, tanto pode intervir como fiscal de direitos ou interesses indisponíveis do grupo social (coletividade), pouco importando que a ação de desenvolva entre duas pessoas individuais, como acontece nas ações de usucapião, nas relativas ao pátrio poder, e nas de dissolução da sociedade conjugal; como pode atuar fiscalizando interesses de determinadas pessoas ou classe de pessoas, de que seriam exemplos as ações em que existem

interesses de incapazes. No primeiro caso, o destinatário da norma que determina a intervenção protetiva ministerial é a instituição do usucapião, do pátrio poder, do casamento etc.; já no segundo, é o destinatário específico da norma, como, por exemplo, o incapaz.

Em qualquer dessas hipóteses, repita-se, o Ministério Público será *custos legis*, ou seja, apresenta-se como sujeito especial do processo, na medida em que a finalidade de sua intervenção se consubstancia na garantia de um processo justo, desenvolvendo, para tanto, atividade protetiva dos interesses indisponíveis do indivíduo ou do grupo social.

O ALCANCE DA ATUAÇÃO PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS

Passemos a um breve estudo acerca da atuação do Ministério Público como custos legis, no que pertine ao seu alcance. Com efeito, nas hipóteses em ele oficia como órgão interveniente, exercendo as atribuições de fiscal da lei ou custos legis, dúvida se apresenta em se saber se em feitos dessa natureza, cabe ao Ministério Público apenas verificar a regularidade processual, sem imiscuir-se no mérito da causa, ou, se, além disso, deve ele pronunciar também sobre a pretensão deduzida em juízo, manifestando-se quanto a sua procedência ou improcedência.

Na verdade, diante do texto constitucional em vigor, a aludida dúvida quanto ao alcance da atuação do Ministério Público como custos legis se mostra apenas aparente. Isso porque a Carta Magna de 1988 conferiu à Instituição do Ministério Público elevado status constitucional, de modo que ele vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, face ao alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos.

Com a disciplina ora advinda da própria Constituição democrática, vê-se que, longe de se limitarem os papéis a ele reservados, junto à atividade jurisdicional do Estado, o Ministério Público hoje está consagrado com liberdade, autonomia e independência funcional de seus órgãos, cabendo-lhe a defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, da ordem jurídica e do próprio regime democrático, conforme dispõe o art. 127 da Lei Maior.

Desse modo, a atuação do Ministério Público como custos legis não se compatibiliza com a limitação de apenas verificar a existência ou inexistência de nulidade capaz de impedir o regular desenvolvimento do feito, de modo a ficar-lhe vedado a manifestação quanto ao mérito da lide. Ora, atuar como fiscal da lei não significa que o Parquet somente pode se pronunciar sobre a regularidade do processo, posto que, se assim fosse, estar-se-ia restringindo o seu ofício como instituição permanente essencial à função jurisdicional, o que de modo algum condiz com a sua disciplina constitucional. Aliás, a atuação ministerial como custos legis decorre da qualidade de uma das partes presentes no processo ou da natureza da lide, não havendo qualquer ligação com a necessidade de ser uma atuação limitada.

Por outras palavras, a expressão “custos legis” não é sinônimo de limites, de restrições, correspondendo, apenas, a uma forma de atuação do Órgão Ministerial do ponto de vista da atividade processual. A destinação constitucional do Ministério Público como instituição fiscal da lei deve ser compreendida à luz dos demais dispositivos da Lei Maior que regem a sua atividade, e, em especial, à luz de sua própria finalidade tuitiva de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Neste diapasão, relembre-se que as atribuições do Ministério Público como órgão interveniente têm por fim a garantia de um processo justo, tutelando, pois, os interesses indisponíveis do grupo social ou do destinatário individual da norma, o que impõe a sua manifestação também quanto ao mérito da causa em discussão.

Tanto é assim que, nas hipóteses que versam acerca de interesses de destinatários individuais da norma, como, por exemplo, os incapazes, a intervenção do Ministério Público não se caracteriza no sentido de que somente pode opinar em favor do destinatário específico, ou suprir suas eventuais omissões processuais, mas sim em consonância com a característica específica de opinar livremente como custos legis, ainda que em desfavor do destinatário da norma.

Em outros termos, em casos tais, pode o Parquet opinar pela improcedência da pretensão, caso entenda não estar provado o direito do autor, ou, pela sua procedência parcial, se vislumbrar consequências jurídicas relevantes para a atenuação de tal pretensão.

Sendo assim, percebe-se que a característica peculiar da atuação do Ministério Público como custos legis é opinar de forma livre, até mesmo em desfavor do destinatário individual da norma que exige sua intervenção no feito, o que não significa manifestação apenas quanto à regularidade processual, e sim pronunciamento a respeito do mérito da lide.

Tal assertiva deriva das disposições constitucionais referentes à disciplina do órgão do Ministério Público, as quais o colocam como função essencial à atividade jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, abrindo caminho para maior ou, talvez, integral participação do Parquet junto à tarefa da prestação jurisdicional, podendo-se cogitar, do *lege ferenda*, de sua intervenção em todos os feitos.

Por conseguinte, não há mais lugar para intenção de se restringir a atuação do Ministério Público, nas hipóteses em que age como custos legis, à verificação da regularidade processual, pois, tendo a Constituição Federal de 1988 lhe conferido ampla legitimidade interventiva (art. 127), claro está que sua manifestação deve abranger também o mérito da questão submetida à apreciação jurisdicional.

BIBLIOGRAFIA

- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. O ministério Público no Processo Civil e Penal; Promotor Natural; Atribuição e Conflito. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrine; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

DA INADMISSIBILIDADE DO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Eduardo Bezerra de Medeiros Pinheiro
Juiz de Direito no RN

Com a introdução pelo ECA da medida sócio-educativa, prevista em seu art. 112, cabe perguntar se a vítima, na qualidade de Assistente do Ministério Público, pode se habilitar nos processos Judiciais que, via representação, foram instaurados para apurar ato infracional praticado por adolescente.

Entendemos que não, porquanto, muito embora o ECA - art. 152 - dispor que as normas gerais previstas na legislação processual pertinente serão subsidiariamente a ele aplicáveis, nesse particular, o CPP é incompatível com as normas estatutárias.

Porém, antes de opinarmos acerca da questão posta em debate, algumas considerações merecem ser tecidas e a primeira delas é quanto à finalidade do Assistente do Ministério Público, figura exclusiva da processualística penal.

Dentre as várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes em nosso direito, que variam desde a clássica busca da condenação para, de posse da sentença penal condenatória, executá-la na esfera cível e a obtenção de uma justa aplicação da pena, razão pela qual, desde a edição da Súmula nº 210¹, do STF, admite-se que o Assistente do Ministério Público possa apelar daquela decisão terminativa visando majorar o apenamento.

Assim, estando o Assistente do Ministério Público, na visão de FÁTIMA ZIYADE², conceituado como “o ofendido pelo delito que intervém na ação penal pública ao lado do Ministério Público para defender o interesse seu e auxiliar a acusação numa correta aplicação da sanção ao infrator do dispositivo legal.”, está aquela controvertida figura umbilicalmente ligada à idéia de pena, a qual, por mais que evolua, não apagará seu caráter retributivo, ao passo que, no ECA, a medida sócio-educativa, que por sua vez, também constitui uma medida específica de proteção - art. 113 - funda-se, principalmente, nas necessidades pedagógicas objetivando o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Noutro lado, o ECA, visando proteger integralmente tanto a criança quanto o adolescente, muito se esforça para que a medida sócio educativa não seja confundida com pena, pois, usando uma linguagem que poderíamos considerá-la politicamente correta, pretende afastar qualquer semelhança com as normas repressivas, razão pela qual, talvez, por excesso de zelo, tenha levado os seus elaboradores a omitirem naquele avançado diploma dispositivos referentes à prescrição do ato infracional, o que não impede a sua aplicação por ser visivelmente benéfica.

A incomunicabilidade entre as normas penais e Estatutárias, salvo para fins de tipificação do ato infracional, é regra absoluta. Tanto é verdade que o TJSP, ao interpretar o art. 104 do ECA, vem firmando jurisprudência no sentido de que “*O advento da maioridade penal não exige o adolescente de responder por infração anterior perante o Juízo da Infância e da Juventude*”³, não constituindo, desta forma, óbice ao recebimento da representação.

Pelas filtradas palavras do ECA, cujos termos devem ser seguidos à risca pelos que o manejam, o adolescente não é preso e sim “*apreendido*”⁴; não é encaminhado à delegacia mas à “*repartição policial especializada*”⁵; não existem flagrante delito nem seu respectivo Auto, que, respectivamente, são substituídos por “*flagrante de ato infracional*” e “*auto de apreensão*”⁶, não fala em indício e materialidade delituosas, mas, usando a terminologia da lei 1.533/51 - Mandado de Segurança - em “*prova pré-constituída*”⁷; não admite o ECA decreto de prisão preventiva contra adolescente nem se expede mandado de prisão, mas sim a “*decretação de*

internação” e “mandado de busca e apreensão”⁸ e, nessa mesma cadência, prossegue o ECA em outros tantos dispositivos.

É o pensamento de ROBERTO JOÃO ELIAS⁹ ao lembrar que “*mesmo as medidas restritivas de liberdade que são aplicadas ao adolescentes (internação e regime de semi-liberdade) não têm caráter punitivo, mas tão só pedagógico.*” E que é “*preciso sempre recordar que tais medidas são de caráter pedagógico e nunca punitivo. Assim sendo, o representante do Ministério Público não deve agir, como ocorre no processo penal, como um simples acusador. Conquanto tenha se estabelecido o devido processo legal na área de menores, isso não transforma o adolescente em réu, no sentido penal, posto que ele é inimputável.*”

Temos ainda que “*importa considerar que nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, ao contrário do que ocorre na, Justiça Comum, não se investiga a prática de um crime (ou ato infracional), mas a pessoa do incapaz, (...). Tanto é assim que as medidas sócio-educativas previstas na Lei 8.069/90, não se constituam em apenas, mas em providências judiciais que visam, primordialmente, proteger o incapaz (destacado de parte do parecer da Dra. Isabela Gama de Magalhães Gomes, Procuradora de Justiça, na ap. civ. 14.848.0”/7 - C. Especial do TJSP*”¹⁰.

Adotando o mesmo pensamento, o STJ esclarece que “A medida sócio-educativa, de que trata o art. 112, inciso III, da lei 8.069/90, (prestação de serviço à comunidade), aplicada a menores in casu, tem sentido jurídico diverso da prevista no art. 43, inciso I, do Código Penal, por isso que não pode ser tomada como pena restritiva de direito. É a lição do art. 228 da Carta Magna.”.

Outro óbice a impedir a habilitação da vítima como assistente do Ministério Público na apuração de ato infracional é que o ECA, como bem esclarece o seu artigo inaugural, visa a proteção integral da criança e do adolescente e como tal, o Estatuto Menorista não agasalha a investigação de ilícitos penais, estricto sensu, com fim repressivo, salvo quando praticados contra um daqueles, como está previsto nos arts. 225 e seguintes.

Entretanto, a vítima, na sua pessoa ou representada por seus sucessores, ode, quando cabível, pleitear indenização que entenda merecida, independentemente do resultado final da sindicância ou representação, posto que o ECA não impede que, na esfera civil - arts. 156 e 1.521, I, CC - sejam os responsáveis pelo adolescente civilmente acionados.

Pelo exposto, resta-nos certo que o ECA, por visar a proteção da criança e do adolescente e não a persecução penal, não admite que a vítima venha, nos processos judiciais instaurados mediante representação, a habilitar-se como Assistente do Ministério Público, pouco interessando a natureza da sua pretensão, a qual, quando objetivar a reparação do dano, pode, na esfera civil, ser objeto de ação indenizatória.

NOTAS

1 Súmula 210: “O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º e 598 do CPP.”

2 O ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 34.

3 JT J 170/230

4 art. 171

5 art. 172, § único e 175

6 art. 173; 179

7 art. 182

8 art. 184

9 COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. São Paulo: Saraiva. 1993. pp. 150 e 159/160

10 apud A REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS E SEU REFLEXO NO ESTATUTO, por CARLOS GILBERTO MENEZELLO ROMANI, art. pub. na RT nº 703, maio/94. p. 255.

BIBLIOGRAFIA

- ROMANI, Carlos Gilberto Menezello. A reiteração de atos infracionais e seu reflexo no estatuto. São Paulo. Revista dos Tribunais nº 703. pp. 255/259.
- ZIYADE, Fátima. O Assistente da Acusação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993.

O PROBLEMA DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Eduardo M. Cavalcanti
Bacharelado do Curso de Direito/UFRN

SINOPSE PROPEDEÚTICA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, novas garantias sobrevieram aos segurados da Previdência Social. As principais estão esculpidas nos artigos 194, 201 e 202, do texto permanente, e no artigo 58, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Estes dispositivos constitucionais asseguram, *verbi gratia*, a irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV), a renda mensal nunca inferior ao salário mínimo para os benefícios previdenciários (art. 201, § 5º), a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos mês a mês, no cálculo da renda mensal inicial dos benefícios (art. 202, caput) e a revisão dos benefícios concedidos antes da promulgação da Carta Magna de 1988, para fins de se restabelecer o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão (artigo 58, do ADCT).

No tocante às garantias dos artigos 201, § 5º, e 202, caput, certas celeumas emergiram entre os Tribunais pátrios sobre a eficácia da aplicação destes dispositivos. Nada obstante, a maioria da jurisprudência atingiu um consenso sobre a auto-aplicabilidade dos preceptivos acima apontados, com a receptividade deste entendimento, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça¹. Vale salientar que o artigo 58, do ADCT, não foi objeto deste tipo de contenda, uma vez que o seu parágrafo único determinou a sua eficácia a partir do sétimo mês da promulgação da Carta Magna.

Sem embargo da indubitável posição dos pretórios, a Administração Pública, precipuamente o Instituto Nacional do Seguro Social, não obedeceu, em alguns casos, ao estatuído pelas normas suso citadas. Por isto, restou aos segurados a via judicial, o ocasionou uma avalanche de processos ajuizados contra esta autarquia.

Atualmente, com a implantação do Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), em dezembro de 1991², e, por conseguinte, com a introdução do reajuste proporcional do artigo 41, II, da Lei nº 8.213/91 os benefícios previdenciários vêm sofrendo defasagens em seu poder aquisitivo, as quais, do mesmo modo, estão levando os segurados a se albergarem no Poder Judiciário.

É sob esta ótica que o presente trabalho vai ser construído. Dessarte, torna-se necessário uma análise dos reajustes previstos antes da Constituição Federal de 1988, entre a Carta Magna e a implantação do reajuste da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e após a vigência do plano determinado por esta norma legal. Posteriormente, externaremos nossa conjectura sobre o valor real e a irredutibilidade dos benefícios previdenciários emergidos pela atual Constituição como princípios, para fins de se cotejar com o reajuste imposto pelo artigo 41, II, da Lei nº 8.213/ 91.

SÚMULA Nº 260, DO EX-TFR

A controvérsia do reajuste dos benefícios previdenciários suscitada antes da Constituição Federal de 1988 impeliu o extinto Tribunal Federal de Recursos à edição da Súmula

nº 260, a qual prescreve que:

“No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerando, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo atualizado.”

Nada obstante a primeira leitura desta epítome nos levar ao raciocínio de que se trata do mesmo reajuste preconizado pelo artigo 58, do ADCT³, iremos concordar que as regras outrora impostas, mormente no que concerne aos reajustes subseqüentes dos benefícios previdenciários, o que se faria através do salário mínimo atualizado, diferenciam completamente da revisão instituída pelo mencionado dispositivo constitucional transitório.

Este raciocínio encontra-se abalizado na hermenêutica dos diplomas legais vigentes à época da criação da referida súmula. O artigo 25 da CLPS (Decreto nº 89.312, de 23/01/84), alterado posteriormente pelo Decreto-lei nº 2.171, de 13/11/84, proclamava que o salário mínimo seria apenas um marco temporal do reajuste dos benefícios previdenciários, cujo índice seria estabelecido pela Política Salarial vigente. Assim, se nos obtermos na lição do Juiz RIDALVO COSTA, pronunciada com inexecedível percuciência no voto da AC nº 13606 - SE⁴, chegamos à conclusão de que “o salário mínimo servia apenas de parâmetro para o enquadramento nas diversas ‘faixas’ que são, em geral, definidas nas diversas leis que cuidaram da política salarial, em determinadas épocas”.

Para tornar claro esta assertiva, basta observarmos a legislação que regulamentou o reajuste dos benefícios da Previdência Social. Por exemplo, o artigo 2º, do Decreto-lei nº 2.171/84, prescrevia que o reajuste dos benefícios far-se-ia sempre que fosse alterado o salário mínimo, cujos índices seriam os mesmos da política salarial. Assim, como a política salarial era definida por índices que tinham como parâmetro o salário mínimo, existiam normas legais que determinavam o índice e as faixas de salários mínimos. Nesta perspectiva, podemos citar a Lei nº 6.708/79 que adotou o INPC como índice para os reajustes semestrais dos salários em geral, adotando três faixas: até três vezes o maior salário mínimo, de três a dez salários mínimos e acima de dez salários mínimos. Posteriormente, surgiu o Decreto nº 84.560/80, modificado pela Lei nº 6.886/80, que por sua vez foi alterada pelo Decreto-lei nº 2.012/83, entre outras mudanças.

Vale frisar, portanto, que a Súmula 260 não vinculou o reajuste dos benefícios previdenciários com o índice de correção monetária ou real do salário mínimo, uma vez que nos reajustes subseqüentes dos benefícios apenas se utilizaria, nas faixas de salários mínimos estabelecidas pela legislação como critério para se adotar o índice da política salarial, o salário mínimo então atualizado. Por conseguinte, benefícios com faixas de salários mínimos diferentes sofriam reajustes diferenciados, porquanto em cada faixa a política salarial determinava índices próprios.

Destarte, é de se entender que o reajuste da Súmula 260 não corresponde ao do artigo 58, do ADCT, haja vista que o reajuste disciplinado por aquela regra não previa que as prestações mantidas pela autarquia previdenciária fossem corrigidas no mesmo percentual do salário mínimo⁵.

ARTIGO 58, DO ADCT

Independentemente da posição dos Tribunais sobre a fórmula exata da Súmula 260, do ex-TFR, o reajuste dos benefícios deve corresponder ao índice aplicado ao salário mínimo, ou este serve apenas como marco temporal, é pacífico na jurisprudência que o artigo 58, do ADCT,

restabeleceu o valor real dos benefícios previdenciários, haja vista que os reajustes até então propugnados definhavam o seu poder aquisitivo. Por isto, o comentário de WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA sobre o supracitado preceito arremata, à saciedade, qualquer dúvida sobre a situação dos benefícios previdenciários que subsistia antes da Constituição da República de 1988: “Este artigo revê uma grande injustiça que estava sendo feita com os aposentados, pois a prestação continuada não acompanhava qualquer índice que satisfizesse as perdas reais dos aposentados. Mês a mês iam os aposentados perdendo seus ganhos. Quem, há dez anos, recebia a prestação continuada ou a aposentadoria equivalente a dez salários mínimos, hoje não está recebendo 60% do que recebia, tendo uma perda real de grande vulto.”⁶

É de bom alvitre mencionar que, além da revisão estatuída pelo referido preceito, o reajuste dos benefícios previdenciários ficaram atrelados ao reajuste do salário mínimo até a implantação do Plano de Benefícios da Previdência Social⁷ (Lei nº 8.213/91), ex vi do artigo 14 da Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989.

Por isto, a partir da literalidade do artigo 58, do ADCT, podemos inferir duas conclusões: a) a revisão do artigo 58 tem como termo inicial o mês de abril de 1989⁸; b) a sua vigência exauriu-se com a implantação do Plano de Benefícios da Previdência Social (RSTJ 37/198).

É de se ressaltar, ainda, que a implantação da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, deu-se apenas em dezembro de 1991, com a sua regulamentação pelo Decreto nº 357, de 07 de dezembro de 1991. Porém, este entendimento não foi, *ab initio*, harmônico entre a doutrina e a jurisprudência, pois existiam aqueles que propugnavam pela idéia de que este diploma legal teve eficácia no dia de sua publicação.

A principal consequência de se ter admitido que a implantação da Lei nº 8.213/91 ocorreu na data de sua publicação consistiu na defasagem deflagrada pelo não reajuste dos 147%, pois adotando este entendimento os benefícios não teriam este índice, que reajustou, em setembro de 1991, o salário mínimo de Cr\$ 17.000,00 (dezessete mil cruzeiros) para Cr\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil cruzeiros), pois, em tal data, o artigo 58, do ADCT, não seria o parâmetro para se reajustarem os benefícios, mas sim a regra esculpida no artigo 41, II, da Lei nº 8.213/91, que repontou o sistema proporcional.

Com efeito, logo após a entrada em vigor da Lei nº 8.213/91, dúvidas afloraram acerca do percentual a ser aplicado aos benefícios previdenciários. Em princípio, a Previdência baixou a Portaria nº 3.845/91 concedendo abono de 54,60% aos proventos de valor igualou superior a Cr\$ 17.000,00 (dezessete mil cruzeiros). Posteriormente, reconhecendo parte de seu erro, o MPAS baixou novo ato, de nº 10/92, aumentando o valor do reajuste para 79,96%. Mais tarde, já com base na decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 147.684-2/SP (RTJ 148/579), a Previdência finalmente reconheceu que os segurados tinham direito a um percentual de 147,06%, editando a Portaria nº 302/92.

Conclui-se, deste modo, que o artigo 58, do ADCT, serviu de critério de reajuste dos benefícios previdenciários até dezembro de 1991, data em que entrou em vigor o Plano de Benefícios da Lei nº 8.213/91.

O REAJUSTE A PARTIR DA LEI Nº 8.213/91

Malgrado o artigo 58, do ADCT, ter-se constituído como o critério que melhor assegurou, em toda a história da Previdência Social, o valor real dos benefícios previdenciários, com o advento da regulamentação da Lei nº 8.213/91, foi implantado para os benefícios o critério proporcional de reajuste. Proporcional, sim, pois que o reajuste dependia da data de

concessão dos benefícios.⁹

O índice do reajuste, com o passar do tempo, foi sendo alterado. Em 23 de dezembro de 1992, com a edição da Lei nº 8.542, o índice de correção dos benefícios passou a ser determinado pelo IRSM. Posteriormente, o reajuste dos benefícios previdenciários realizou-se com base na variação do IPC-r, instituído pela Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, que regulamentou o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, criando a Unidade Real de Valor (URV). Atualmente, com o “Programa de Desindexação” criado pela Medida Provisória nº 1.503, de 30.06.95, a qual vem sendo reeditada mês a mês, o reajuste dos benefícios voltou a ser feito pela variação do INPC.

Vale salientar, na oportunidade, sem embargo da mudança constante dos indexadores, que o critério proporcional de reajuste não foi abandonado pelas normas editadas após a implantação do Plano de Benefícios (Lei nº 8.213/91).

Pois bem, a partir da implantação do Plano de Benefícios da Previdência Social, os benefícios foram, paulatinamente, perdendo o seu poder aquisitivo, em relação ao número de salários mínimos, justamente por não mais se enquadrarem no reajuste concedido ao salário mínimo. Essa realidade vem representando, hodiernamente, um dos maiores problemas de nossa sociedade, que necessita urgentemente de uma solução.

DO PROBLEMA

Diante do esposado, pode-se perceber que, até dezembro de 1991, o reajuste concedido aos benefícios previdenciários abalizava-se no artigo 58, do ADCT (RST J 46/46). Implantado o Plano de Benefícios regulado pela Lei nº 8.213/91, cujo primeiro reajuste foi adotado em janeiro de 1992, a defasagem dos benefícios em relação ao salário mínimo já ocorreu em tal momento.

Deveras, prescrevia o artigo 41, II, que os valores dos benefícios em manutenção seriam reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo fosse alterado. Assim, tendo sido o salário mínimo modificado em janeiro de 1992, automaticamente os benefícios previdenciários seriam reajustados pela variação integral do INPC. Diante deste fato, poder-se-ia indagar: mas como os benefícios sofreram defasagem em relação ao salário mínimo, vez que este também era reajustado pela variação integral do INPC, a teor da Lei nº 8.222, de 05.09.91? Ora, o salário mínimo foi corrigido pelo índice da acumulação do INPC, aplicando-se o reajuste de 119,82342%, mais o aumento real de 4,02%, conforme determina a Portaria nº 42, de 20.01.1992, do MEFP, ou seja, os benefícios previdenciários não obtiveram o ganho decorrente deste último índice, como se deduz da tabela fornecida pela Portaria nº 3.037, de 24 de janeiro de 1992.

A segunda defasagem sobreveio a partir de 1º de maio de 1992, através da Lei nº 8.419, do sétimo dia do citado mês. Por meio desta norma, o salário mínimo passou a corresponder a Cr\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil cruzeiros), sendo corrigido, portanto, em aproximadamente 139,49027%. Vale ressaltar que este diploma legal, em seu artigo 7º, parágrafo único, instituiu o FAS - Fator de Atualização Salarial - como índice de aplicação ao reajuste do salário mínimo a partir de 1º de setembro de 1992. Por isto, sendo a correção pelo FAS estabelecida pela variação acumulada do IRSM - Índice de Reajuste do Salário Mínimo -, conforme se deduz do disposto no artigo 3º, da referida lei, a correção dos benefícios previdenciários, portanto, não mais seria realizada pelo mesmo índice de reajuste adotado para o salário mínimo.

Assim, no mês de maio, os benefícios também sofreram perda do seu poder aquisitivo,

em relação ao número de salários mínimos, haja vista que, de acordo com a Portaria nº 57, de 13 de maio de 1992, a qual foi editada com obediência ao artigo 41, II, da Lei nº 8.213/91, pois, repita-se, como este preceito ordenou que os valores dos benefícios seriam reajustados, com base na variação integral do INPC, nas mesmas épocas em que o salário mínimo fosse alterado, e o índice acumulado do INPC correspondeu a 130,3616%, menor, portanto, que o de 139,49027% concedido ao salário mínimo, não resta dúvida sobre a defasagem em relação ao número de salários mínimos.

Chegamos em setembro de 1992, por meio da Portaria nº 601, de 28 de agosto de 1992, com o salário mínimo de Cr\$ 522.186,94, cuja correção preconizada pelo FAS correspondeu a 127,0378% (artigos 1º e 2º). Destarte, obrigatoriamente o benefício previdenciário teria de ser corrigido, o que foi feito pelo índice do INPC correspondente a 124,7869% (Portaria nº 447, de 16 de setembro de 1992, artigo 1º).

Realizada esta perfunctória análise, a qual é suficiente para se inferir qual a causa da destruição do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários, torna-se prescindível o exame da forma dos reajustes posteriores aos que foram acima verificados. Realmente, pode-se perceber a dança numérica da Política Salarial e dos índices de reajustes dos benefícios previdenciários e do salário mínimo. Uma vez no mesmo índice, não se concedia o aumento real do salário mínimo aos benefícios previdenciários; ou, quando se tinham índices diferentes, o reajuste do salário mínimo era superior.

Além do mais, para os fins deste trabalho, poderíamos apenas afirmar que a defasagem dos benefícios previdenciários é observada a olhos vistos, pois os benefícios até dezembro de 1991, quando lhes foram assegurados o reajuste do artigo 58, do ADCT, tinham o mesmo número de salários mínimos da época de suas concessões, e, atualmente, as rendas mensais correspondem a número de salários mínimos muito inferior ao do início do seu pagamento.

Tentaremos, adiante, definir o parâmetro que a Constituição Federal de 1988 impôs para que não houvesse a irredutibilidade dos benefícios previdenciários, bem como o alcance da garantia constitucional que determina o “reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, um caráter permanente, o valor real”.

DOS PRINCÍPIOS

Decerto que para se analisar qualquer garantia institucional¹⁰ da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário perquirir, de logo, a sua natureza jurídica, ou seja, encontrar os princípios e as regras que norteiam a sua eficácia no mundo jurídico.

Tratando-se da Previdência Social, busco achegas na lição de WLADIMIR N. MARTINEZ¹¹, que afirma: “No seguro social, a solidariedade é básica, mas, exatamente por sua posição nuclear, o preceito sustentador distingue-se dos princípios básicos e dos técnicos, sobrepairando como diretriz superior”. Acrescenta, ainda, que “diferentemente do exame dos princípios por ela representados, o estudo da solidariedade social é a análise da Previdência Social. Ausente a solidariedade será impossível organizar a Previdência Social”.

Resta clarividente, destarte, que o princípio da Solidariedade corresponde ao alicerce de toda a construção da Previdência Social. Os seus corolários, portanto, representam os princípios e as regras que regem os direitos e as obrigações inerentes ao instituto da Previdência Social. E entre esses princípios, podemos citar dois que, malgrado existirem outros de notável relevância, são mais correlacionados com a finalidade deste trabalho: o da definitividade e o da irredutibilidade dos benefícios.

A regra da definitividade imposta aos benefícios da Previdência Social traduz-se no caráter substitutivo dos meios de subsistência do trabalhador. Por isto, as prestações mantidas pela previdência têm o objetivo de garantir ao obreiro condições que lhe permitam o sustento sem recorrer ao trabalho.¹²

Quanto ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, podemos aduzir que consiste na manutenção do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários, uma vez que, com o processo inflacionário que este País, até há muito pouco tempo, vinha sofrendo havia vários anos, as defasagens são, até hoje, motivo de preocupação do Estado e de toda a sociedade

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 194, III, 201, § 2º, e 202, *caput*, confirmou a atenção com que era tratada a defasagem dos benefícios previdenciários. Deveras, visam estes dispositivos à irredutibilidade do valor dos benefícios; ao seu reajustamento para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real; e ao reajuste dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais, respectivamente.

Assim, diante dos princípios acima expendidos e sob a situação hodierna dos benefícios previdenciários, questionamos: será que os modelos de reajustes adotados a partir da implantação do Plano de Benefícios da Lei nº 8.213/91 respeitam os direitos de irredutibilidade e preservação do valor real dos benefícios que a Carta Magna de 1988 protegeu? Entendemos que não.

Para abalizar nosso posicionamento, partimos do princípio da legalidade, que se pode verificar evidente no artigo 201, § 2º, e 202, *caput*, da Constituição Federal. Nestes preceitos está averbada a imprescindibilidade de lei regulamentadora, para fins de se definirem os critérios a serem utilizados para garantir a irredutibilidade e a preservação do valor real dos benefícios.

Porém, é de bom alvitre salientar que a necessidade de lei disciplinadora não autoriza o legislador a editar normas desvinculadas da realidade social e dos direitos e garantias resguardados pela Constituição Federal. Desse modo, não poderia o exegeta interpretar a necessidade de regulamentação determinada pelos supracitados artigos somente no aspecto do positivismo jurídico das normas constitucionais, pois “A Ciência do Direito nada tem que ver nessa concepção com os fatos históricos e sociais contemporâneos”¹³. Ou seja, na espécie, não pode o intérprete da norma que determina a regulamentação, por lei, da preservação do valor real e irredutibilidade dos benefícios previdenciários julgar simplesmente que a Lei nº 8.213/91, ao implantar o Plano de Benefícios, obedeceu ao princípio da legalidade, não se podendo, destarte, alterar o reajuste prescrito por esta norma, em razão dela estar atendendo a uma determinação constitucional, sem, no entanto, analisar se o reajuste adotado é condizente com os princípios abalizadores da Previdência Social, no que respeita, principalmente, à realidade social e contemporânea dos benefícios previdenciários.

Portanto, essas leis devem estar assentadas na estrutura normativa da Constituição, o que corresponde a compreender a sua concretude. O ínclito mestre PAULO BONAVIDES¹⁴ corrobora esse pensamento: “Toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa. Entender o contrário significa atar-se ao dogma e ao preconceito de perquirir o Direito onde ele já não existe: a vontade subjetiva do legislador ou essa mesma vontade quando se objetiva na lei, tratando-se ainda nesse caso, de uma vontade desatualizada e imobilizada pelo texto da norma”.

Pois bem. Qual a realidade social e histórica que mobilizou o Poder Constituinte da *Lex Mater* de 1988 e quais os fundamentos que erigem a garantia institucional da Previdência, no que toca à proteção do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários?

DA INCONSTITUCIONALIDADE

A grande preocupação do Constituinte originário com a defasagem dos benefícios previdenciários fez exsurgir a regra do artigo 58, do ADCT. Os segurados viam suas rendas mensais, ao longo dos anos, serem aniquiladas pelo critério de reajuste proporcional que era adotado, o qual não acompanhava a velocidade do processo inflacionário.

Com o advento desta nova regra, que enquadrou os benefícios previdenciários nos mesmos índices de correção do salário mínimo, uma vez que estes seriam reajustados no afã de se obter o mesmo número de salários mínimos que tinham na data de sua concessão (Lei nº 7.787/89, artigo 14), uma grande aspiração foi assegurada: a de que os benefícios não perdessem o poder aquisitivo diante da avassaladora inflação.

Indubitavelmente, o número de salários mínimos que tinham na época da concessão seria o padrão ideal para se corrigirem os benefícios previdenciários. Ora, o salário mínimo é estabelecido para atender às necessidades básicas do trabalhador e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte (artigo 7º, IV, da CF/88). E como um dos princípios abalizadores da Previdência Social é o da definitividade, que se caracteriza pelo caráter substitutivo dos meios de subsistência do trabalhador, o mesmo número de salários mínimos da época da concessão apresenta-se como o sistema que melhor se coaduna com a realidade social dos benefícios previdenciários.

Outro argumento que alicerça este raciocínio consiste na fragilidade dos reajustes concedidos apenas para acompanhar os índices inflacionários, sejam eles altos, baixos ou deflacionários. Sabe-se que qualquer índice inflacionário, por mais irrisório, não é suficiente para sustar a perda do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários. Com o tempo, sem sombra de dúvida, as rendas mensais irão sofrer defasagens.

O salário mínimo, ao revés, além da correção monetária causada pelos índices inflacionários, sofre reajustes reais, em razão da necessidade social que representa, que também caracteriza os benefícios previdenciários.

Desta forma, os princípios da irredutibilidade e da preservação do valor real dos benefícios previdenciários não correspondem apenas à equivalência dos índices da inflação, mas sim à realidade social e contemporânea dos benefícios previdenciários, a qual, compreendemos, significa assegurar o número de salários mínimos que estes tinham na data da concessão como método de reajuste.

Sob outra ótica, alertamos para o aspecto lógico da matéria em exame. Isto significa que o artigo 58, do ADCT, ao garantir a revisão dos benefícios previdenciários, concedendo-lhe o número de salários mínimos que tinham na data da concessão, cujo critério serviu de reajuste até dezembro de 1991, representou a comprovação de que os benefícios estavam defasados, e, por isso, devia ser restabelecido o seu poder aquisitivo. Assim, como compreender que a lei regulamentadora, criada para proteger a irredutibilidade dos benefícios e preservar-lhes o valor real, possa disciplinar reajustes que restaurem a defasagem outrora observada?

Deve-se entender, dessarte, que “a correção do valor dos benefícios é regra lógica, mas também jurídica; se o processo inflacionário tornar sem significação o valor, o benefício deixa de existir, de fato”¹⁵.

O mestre da hermenêutica, CARLOS MAXIMILIANO¹⁶, já defendia que “a interpretação das leis é obra de raciocínio e de lógica, mas também de discernimento e bom senso, de sabedoria e experiência”. Completa este raciocínio, ao afirmar que “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão

reta.”

Cotejando estes arrazoados com a questão em análise, reputa-se como correta a idéia de que o artigo 58, do ADCT, veio a atender uma necessidade imperiosa, e, por isso, não poderia uma norma modificar uma regra que atende, com resultados favoráveis, uma garantia constitucional, implantando um critério que outrora foi condenado, em razão da defasagem que ocasionava.

As disposições transitórias visam à “transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia, Constituição nova versus Constituição velha, e de hierarquia diversa, Constituição nova versus ordem ordinária preexistente”¹⁷. A finalidade destas normas consiste, portanto, na criação ou extinção de determinadas situações jurídicas, “para que a Constituição já se depare, na sua aplicação regular, com uma nova realidade”¹⁸.

Isto posto, entendemos que a solução para o reajuste dos benefícios previdenciários não pode ser outra, senão a de adotar o salário mínimo como parâmetro de reajuste, ou seja, os benefícios não poderiam ter o seu número de salários mínimos concedidos na data da concessão rebaixados.

Este raciocínio, nada obstante, pode ser desacreditado pelo argumento de que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Entretanto, consideramos que a vinculação do número de salários mínimos para o reajuste dos benefícios previdenciários pode enquadrar-se em uma das liberalidades dispostas no mencionado dispositivo. O Pretório Excelso já se pronunciou neste sentido, em matéria semelhante, nestes termos:

EMENTA: “AÇÃO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA COM BASE EM SALÁRIO MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE MALTRATO AO ARTIGO 7º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- A fixação de pensão alimentícia tem por finalidade garantir aos beneficiários as mesmas necessidades básicas asseguradas aos trabalhadores em geral pelo texto constitucional.

- De considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista no inciso IV do artigo 7º da Carta Federal.

- Recurso extraordinário não conhecido

(JSTF 159/227. Rel. Ministro ILMAR GALVÃO)

“(...)a despeito da liberalidade da regra do artigo 7º, IV, parte final, da CR/88, dentro dessa liberalidade, cabem-se os alimentos. Porque eles são para o sustento. Por sua natureza, hão igualmente de ser capazes de atender às necessidades vitais básicas dos alimentados: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Tampouco podem os alimentos - como o salário mínimo - perder o poder aquisitivo. Trata-se de tutela à subsistência humana, à vida humana. De modo que essa ligação íntima (por sua natureza

e função) entre o conceito de salário mínimo e o de alimentos, aponta como correta a igualdade de tratamento de ambos. Portanto, também a vinculação de um ao outro.” (grifos acrescentados) (AI nº 169.843-1, 18.8.92. Apud YUSSEF SAID CAHALI. Dos Alimentos. RT: São Paulo. 1993. 2 ed, p. 709)

Assim, como os benefícios previdenciários são de natureza alimentar, têm por objeto atender às necessidades vitais básicas dos alimentados: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte e não podem perder o poder aquisitivo, não vemos qualquer óbice para que o salário mínimo seja adotado como critério de reajuste dos benefícios previdenciários.

Este posicionamento é percebido, também, em alguns julgados. É da jurisprudência:

“(…) O legislador constituinte, no escopo de recuperar o poder aquisitivo dos pensionistas, no artigo 58, do ADCT, determinou a atualização dos benefícios de prestação continuada, de modo que as pensões, a partir de abril de 1989 até a implantação do plano de custeio e benefícios, guardem equivalência, em termos de número de salários mínimos, à época das concessões. Contudo, ao implantar o Plano de Custeio e Benefícios da previdência, o legislador ordinário há que adotar critério de reajustamento que resguarde essa equivalência mínima, de forma a, curvando-se ao preceito constitucional inserto no art. 201, § 2º, preservar o valor real dos benefícios. “(entendimento do eminente magistrado WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, Juiz Federal da 2ª Vara, da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, ao proferir sentença na Ação Ordinária nº 93.0025256-9).

“(…)Evolução da legislação previdenciária brasileira, análise do artigo 201, § 2º da CF/88, e artigo 58, do ADCT. Acerto na adoção do critério de preservação dessa relação, antes e depois do início da eficácia desses dispositivos. A regra constitucional é transitória, na medida em que é corretiva de defasagens pretéritas, mas tem caráter permanente enquanto princípio tradutor do mínimo valor real prescrito pelo artigo 201, § 2º.”

(AC nº 0214331/93 - RJ. TRF da 2ª Região. 2ª Turma. Rel. Juiz SÉRGIO D 'ANDREA. unânime. Decisão 07.03.94. DJ 14.02.95)

Poder-se-ia argumentar, ainda, contra a tese defendida no trabalho em comento, que a irredutibilidade dos benefícios previdenciários não está imune dos efeitos decorrentes do processo inflacionário. O que a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, *verbi gratia*, consoante este posicionamento, veda é a diminuição, por lei posterior, dos vencimentos que o juiz, em exercício antes de sua vigência, estivesse recebendo (RTJ 45/355). Quanto ao servidor, esta garantia protege aquilo que, a título de vencimentos, o mesmo já vinha percebendo (RTJ 112/768). Neste diapasão, o Ministro Soares Muñoz assinalou que: “... A garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos proíbe que a remuneração dos juízes seja reduzida. Não os

coloca, porém, a salvo das contingências resultantes da inflação, que atinge todos os cidadãos. Nem ela afasta a incidência de outras normas constitucionais, de conformidade com as quais os vencimentos de todos os servidores públicos, inclusive dos magistrados, são fixados em lei...” (RTJ 105/671,675).

Porém, não se há de admitir que a irredutibilidade dos benefícios previdenciários impossibilite apenas redução nominal do valor de suas rendas mensais. A uma, porque a irredutibilidade neste caso está consubstanciada no valor real dos benefícios, e não no valor nominal. A duas, porque, pelo caráter substitutivo dos benefícios e pela importância, social que ele representa, não se pode propugnar por uma legislação que reduza o seu poder aquisitivo.

Diante dos argumentos esposados, outra medida não pode ser deferida, senão a de negar vigência aos reajustes implantados a partir da Lei nº 8.213/91, considerando inconstitucional qualquer critério que diminua o número de salários mínimos que os benefícios previdenciários tinham na data da concessão.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, gostaríamos apenas de expressar a importância dos benefícios previdenciários para a sociedade. Deveras, o trabalhador, durante toda a sua atividade laboral, anseia por uma aposentadoria digna de todo o seu trabalho que prestou para a construção de sua família, de sua comunidade e de seu Estado. Porém, quando se aposenta, o que ocorre é o aviltamento dos valores dos seus benefícios previdenciários.

A solução deste problema seria, para nós, que os benefícios previdenciários nunca perdessem o número de salários mínimos aos quais correspondiam à época da concessão. É sabido e ressaltado que o salário mínimo, por representar o menor ganho que o trabalhador deve perceber, sofre reajustes maiores que os índices inflacionários, pois, se assim não fosse, seriam completamente inválidas as garantias sociais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, voltamos a repetir a inconstitucionalidade das normas que regulam a irredutibilidade e o valor real dos benefícios pelas regras estabelecidas após a Lei nº 8.213/91, vislumbrando, pois, que o critério estabelecido pela Constituição Federal de 1988, e que deverá ser adotado pela norma infraconstitucional, rege-se pela equivalência do número de salários mínimos a que os benefícios previdenciários correspondiam na data da concessão.

NOTAS

1 Em relação ao artigo 201, § 5º, da CF/88, ver: RTJ 147/697, RTJ 148/621, RTJ 149/257, RTJ 149/629, RTJ 149/955. Quanto ao artigo 202, ver: JSTF 161/93, JSTF 181/23 e a Súmula nº 09, do TRF/5ª Região.

2 Muito se discutiu sobre a data da implantação do Plano de Benefícios instituído pela Lei nº 8.213/91, cujos reflexos desta contenda ocasionou, inclusive, a grande polêmica sobre o reajuste de 147%. Com julgamento do STF através do RE nº 147.684-2/SP, concedendo o mencionado índice, tornou-se claro o entendimento de que a implantação deste diploma legal operou-se a partir do Decreto nº 357, de 07 de dezembro de 1991. Neste sentido, ver RSTJ 40/177.

3 Aliás, algumas decisões dos nossos Tribunais enfatizam expressamente que o reajuste proclamado pela Súmula 260 assegura à renda mensal do benefício previdenciário o número de salários mínimos que tinham na data da concessão. Neste sentido ver: RSTJ 52/80.

4 DJU 15.05.92, p. 12932, decisão unânime. Ver, ainda, AC nº 1044412-PE, decisão unânime, 3ª Turma, TFR, Rel. Min. JOSÉ DANTAS, DJ 05.06.86; Embargos de Declaração na AC nº 109763-RS, decisão unânime, 1ª Turma, Rel. Min. WASHINGTON BOLIVAR, DJ 13.11.86; AC 319053, decisão unânime, 2ª Turma, TFR/3ª Região, Rel. Juiz JOSÉ KALIAS, DOE 10.06.91, AC 307440-SP, decisão unânime, 2ª Turma, TRF/3ª Região, Rel. Juiz ARICÊ AMARAL, DOE 20.05.91; AC 419505-RS, decisão unânime, 3ª Turma, TRF/3ª Região, Rel. Juiz VOLKMER DE CASTILHO, DJ 29.11.89.

5 Vale salientar que este entendimento é adotado pela Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, pois os cálculos dos processos que tramitam neste órgão jurisdicional, cuja pretensão visa ao reajuste do benefício previdenciário com

base na Súmula 260, do ex-TRF, são realizados em conformidade com o posicionamento acima albergado.

6 in Comentários à Constituição de 1988. Trecho transcrito no voto da AC nº 13605-SE Rel. Juiz RIDALVO COSTA, DJU 15.05.92, p. 12932, decisão unânime.

7 Neste sentido, ver: Recurso Extraordinário nº 178.572-1, 1ª Turma do STF, ReL. Min. ILMAR GALVÃO, decisão unânime. DJ 24.02.95, Seção I, p. 3694.

8 Neste sentido, ver: Recurso Extraordinário nº 177.934-9, 2ª Turma do STF, Rel. Juiz MARCO AURÉLIO, decisão unânime. DJ 03.03.95, Seção I, p. 4116.

9 O artigo 41, II, da Lei nº 8.213/91, prescrevia que: “O reajustamento dos valores de benefício obedecerá às seguintes normas: I - *omissis*; II - os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual.”

10 Separar os direitos fundamentais das garantias institucionais foi uma preocupação de Schmitt na Alemanha, Seguindo essa linha, Gomes Canotilho em Portugal assevera: “... as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais”. *Apud* PAULO BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: MALHEIROS. 1994. p. 498. Este entre nós corrobora o entendimento daquele, afirmando que são garantias do instituto que formam o componente institucional dos direitos fundamentais”. Destarte, podemos proclamar que ressalta-se na Constituição da República de 1998 a Previdência Social como garantia institucional.

11 Princípios de Direito Previdenciário. 3 ed. São Paulo: LTr. 1995. p. 76.

12 Neste sentido ver: WLADIMIR N. MARTINEZ. Ob. cit., p. 155-6.

13 PAULO BONAVIDES. Ob. cit., p. 458.

14 Ob. cit., p. 461.

15 WLADIMIR N. MARTINEZ. Ob. cit., p. 155.

16 Hermenêutica e Aplicação do Direito. 16 ed. Rio de Janeiro: FORENSE. 1996. p. 100.

17 LUÍS ROBERTO BARROSO. Disposições Transitórias, Delegações Legislativas e Poder Regulamentar. Revista de Direito Público. v. 96, p. 70.

18 LUÍS ROBERTO BARROSO. Ob. cit., p. 70.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Xavier de. Reajustamento de Benefícios Previdenciários. Revista Trimestral de Direito Público. nº 02, p. 89/99.

BARROSO, Luís Roberto. Disposições Transitórias. Delegações Legislativas e Poder Regulamentador. Revista de Direito Público. nº 96. p. 69/80.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 1994.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 2 ed. São Paulo: RT. 1993.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Reajustamento dos Benefícios após a Lei nº 8.213/91. Revista de Previdência Social. nº 138. Ano XVI. p. 374/376.

_____, Princípios de Direito Previdenciário. 3 ed. São Paulo. LTr. 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

OLIVEIRA, Aristeu de. Legislação Previdenciária. 1 ed. São Paulo: Atlas. 1995.

SAMPAIO, Eliana Marinho. A Dança dos Números do INSS. Revista de Previdência Social. nº 139. Ano XVI. p. 471/472.

ATO E NEGÓCIO JURÍDICO: CARACTERÍSTICAS E DISTINÇÕES

Dario Jorge Maciel de Andrade
Acadêmico de Direito da UFRN – 7º Período

Desde muito tempo a distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico vem sendo motivo de grande questionamento doutrinário. Apesar de não ser um tema complexo, geralmente causa alguma dificuldade de entendimento ao iniciante dos estudos jurídicos, seja pela proximidade existente entre seus conceitos, seja pelo resultado comum alcançado direta ou indiretamente com a exteriorização da vontade: a produção de efeitos jurídicos. Daí o acentuado interesse e mesmo o desafio da abordagem do presente tema.

Para que possamos fazer uma distinção sistêmica e compreensiva do que seja ato e negócio jurídico é necessária a sua localização dentro do universo que se denomina fato jurídico, ao qual ambos pertencem.

Fatos jurídicos são acontecimentos, qualquer seja a origem, que possuem consequências jurídicas, como assinala Caio Mario, aprimorando a conhecida definição de Savigny: fato jurídico “é o acontecimento em virtude do qual começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas” (já que em muitas circunstâncias o fato atua sobre um direito preexistente).

O fato jurídico é natural quando provém de um fenômeno da natureza e independe da vontade humana, como o nascimento, que gera a personalidade civil do homem; a morte, que abre o direito sucessório; o movimento da formação das ilhas, que gera direito para os proprietários ribeirinhos.

O fato é humano quando depende para a sua realização da vontade do homem, seja ela positiva ou negativa.

Dividem-se os fatos voluntários em atos jurídicos e atos ilícitos.

Os primeiros caracterizam-se por constituírem uma atuação volitiva em consonância com o preceito legal. Diante disso, o direito delega-lhes a consequência de gerar direitos e deveres para o agente. Ao contrário, os atos ilícitos, por representarem uma afronta ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, por se constituírem através da desobediência a um preceito legal, criam para os seus agentes apenas deveres ou sanções, que variarão proporcionalmente à gravidade do ato praticado e com o tamanho do dano ou da lesão provocada a outra pessoa.

Assim, a manifestação da vontade humana direcionada para produção de efeitos jurídicos recebe a denominação de ato jurídico em sentido lato.

Quando a emissão de uma vontade é dirigida com o fim único e específico de obtenção de um resultado é que surge a denominação de ato jurídico em sentido estrito, assim denominado pela doutrina tradicional, a que se filia nossa legislação civil e, pela doutrina moderna, negócio jurídico.

Segundo Maria Helena Diniz, “a doutrina do ato jurídico que para os alemães corresponde à dos negócios jurídicos não é romana, embora tenha sido construída por abstração sobre elementos extraídos pelos jusnaturalistas, em meados do século XVIII, e por civilistas que, posteriormente, lhe deram maior desenvolvimento, concluindo que a categoria mais importante

para o direito é a dos atos lícitos, dentre eles o negócio jurídico” (“Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol.1,pág. 214).

No direito francês não foi adotada a distinção entre ato em sentido estrito e negócio jurídico. O Código de Napoleão fez referências à matéria de forma genérica, fazendo alusão apenas aos fatos e atos jurídicos.

O nosso Código Civil, seguindo a orientação dada pelo Código de Napoleão, não adotou a expressão negócio jurídico.

Podemos ressaltar como pressuposto comum tanto do ato como do negócio jurídico a existência de uma vontade dirigida a determinado fim. Entretanto, para que essa vontade produza efeitos é necessária a sua exteriorização, que ela saia do campo da mera abstração, do pensamento, e venha, de conformidade com o ordenamento jurídico, constituir-se concretamente em ações espontâneas, com o objetivo de criar direitos e obrigações.

Observa-se então, que, tanto o ato como o negócio jurídico caracterizam-se por ter como elemento principal a exteriorização volitiva. Entretanto, para distinção do campo que os separa, devemos estudar de que forma se dá essa emissão da vontade.

Nos atos jurídicos a vontade é manifestada e os seus efeitos jurídicos são causados de forma independente de serem almejados pelo agente, desde que existem por mera consequência legal.

Já nos negócios jurídicos há declaração de vontade, que tem por fim precípua a produção de efeitos perseguidos pelo declarante. A declaração de vontade, nos negócios jurídicos, objetiva exclusivamente o fim diretamente pretendido pelo emissor. A sua importância, segundo Carlos A. da Mota Pinto, “manifesta-se na circunstância de esta figura ser um meio de auto-ordenação das relações jurídicas de cada sujeito de direito”. Assim, para o autor, o negócio seria “o instrumento principal de realização da autonomia da vontade”.

Diferencia também de forma precisa Fábio Maria de Mattias, citado por Maria Helena Diniz, quando afirma que “o negócio leva, realmente, em consideração o escopo procurado pela parte ou partes interessadas e a esse fim a ordem jurídica adapta os efeitos. No ato jurídico stricto sensu prevalece apenas a função que o ordenamento estabelece para o próprio ato e o objetivo pelo agente ao cumpri-lo”.

Contrapondo os dois instrumentos, conclui acertadamente Roberto Barcellos de Magalhães que “todo negócio jurídico, no sentido amplo, é um ato jurídico, mas nem todos os atos jurídicos envolvem os mesmos pressupostos de um negócio jurídico” (“Das pessoas, dos bens e dos atos jurídicos”, parte I, pág.103). Evidencia-se, assim, a existência de atos jurídicos que, além da manifestação de vontade, exigem uma declaração que objetiva a regulamentação de relações pactuadas e, por isso, são designados de negócios jurídicos.

Mesmo sem fazer referência expressa ao negócio jurídico, o nosso Código Civil, no art. 81, pela definição dada ao ato jurídico, reconhece implicitamente a sua existência.

Definido o ato jurídico pelo nosso Código como sendo “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, guardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Confirma com clareza a concepção de Caio Mario de que “o ato jurídico é um valor semântico mais abrangente de um conceito jurídico mais amplo, compreensivo de qualquer declaração de vontade”, daí por que, ainda, conclui o doutrinador, “o negócio Jurídico deve ser compreendido como espécie do qual o ato é gênero”,

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 1º Vol. 5º ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978;
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 1º Vol. 7º ed. São Paulo, Saraiva, 1989;
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos. Parte 1 - das pessoas, dos bens e dos atos jurídicos. 1º vol. Rio de Janeiro, Lúmen Júris LTDA, 1993;
- NEGRÃO, Theotonio. Código civil e legislação civil em vigor. 13º ed. Rio de Janeiro, Malheiros, 1994;
- DAIBERT, Jefferson. Introdução ao direito civil. 2º ed, São Paulo, Forense, 1975;
- PINTO, Carlos A. da Mota. Teoria geral do direito civil. Coimbra, 1976.

COMENTÁRIO DAS CRÍTICAS À LEI 8.971/94¹

Fábio Barbalho Leite
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 9º Período
Monitor de Administrativo

INTRÓITO

O relacionamento amoroso, mesmo quando entre homem e mulher, fora das leis da igreja e do Direito sempre foi estigmatizado pelas sociedades. Na nossa, não se passou nem se passa diferente. A sociedade brasileira da época do vigente Código Civil, não muito distante dos tempos da escravidão, é, bem mostra Orlando Gomes em excelente monografia (*Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro, Publicações da Universidade da Bahia*, 1958), eminentemente conservadora (ainda o é): agrária, patriarcal, católica fervorosa.

Aí, as relações de companheirismo existiam, como sempre existiram. E mesmo os casados, se eram homens, tinham suas concubinas, até mesmo famílias paralelas com filhos bem criados - os bastardos (aliás, palavra mais eufemística essa; na realidade nunca usada, usou-se e se usa seu similar de baixo calão). De tão comum o fenômeno, tais mulheres e filhos à margem do matrimônio nem mais eram execrados. Aceitos em suas comunidades, entretanto, d'uma forma hipócrita: convivia-se com eles, porém, nada se falava a respeito de seu estado; e direitos?... Ora, quais direitos?! À boca pequena, em sociedades provincianas, tudo se comenta; entretanto, à luz do dia, o quadro perfeito da conservadora família brasileira, havida pelo casamento segundo os ditames da Santa Madre Igreja Católica Apostólica Romana, continuava irretocado. Em suas sombras, companheiras e filhos desassistidos pelo óbito ou abandono do varão.

Também multiplicavam-se mulheres e homens “amancebados”, com filhos, sem garantias que os protegessem contra reveses subseqüentes à ida sem volta do patriarca, quer pela morte, quer pelo abandono do lar.

Esse quadro não deixou de sensibilizar espíritos renovadores, inconformados com as injustiças. Assim, vieram legislações reconhecendo direitos aos filhos fora do casamento, participação destes na sucessão do pai, a igualdade entre os filhos “legítimos” e “ilegítimos”, o reconhecimento da sociedade de fato, a meação do patrimônio entre os companheiros. A jurisprudência também soube avançar, e o resultado é a situação jurídica daquelas famílias, hoje, diferir bastante de quando a promulgação do nosso vetusto Código Civil. Culminação de todo esse processo, creio ser a Constituição Federal de 1988, no capítulo sobre a família, especificamente, o art. 226. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a polêmica Lei 8.971, de 29.12.1994, são, entre outros, reflexos dos incisos daquele dispositivo constitucional.

Concomitante a todos esses avanços, foram as reverberantes vozes dos guardiões da tradicional família brasileira que, a todo progresso, batiam a mão no peito e proclamavam, em tom apocalíptico, “o fim dos valores morais da nossa sociedade”, “a decadência moral do país”, “o ocaso do casamento”, “a institucionalização da luxúria”,... Com a denominação de *Piranha*, ratificada pelo ilustre Saulo Ramos, à Lei 8.971/ 94, noto apenas ter-se abandonado o beletrismo do canto.

CASAMENTO: BASE ÚNICA DA FAMÍLIA?

O concubinato, prega a generalidade da doutrina, é uma forma de relacionamento entre

homem e mulher, caracterizada pela informalidade, onde os concubinos escolhem por bem decidirem as próprias regras de seu enlace, passando ao largo das preceituações e formalidades cogentes do Direito. A doutrina ainda lembra outras características do concubinato, tais como a durabilidade da relação, a construção patrimonial em comum, *affectio societatis*, coabitação (a súmula 382, STF, não a tem como indispensável à caracterização do concubinato), fidelidade, notoriedade, a comunhão de vida, ...

Diz o *caput* do art. 226, da CF:

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (grifo acrescentado).

Dessarte, a premissa fundamental de toda e qualquer contestação às teses de inconstitucionalidade da Lei 8.971/94, neste trabalho: não o casamento, mas sim a família é a pedra angular da sociedade.

Doutra premissa não se pode partir. O casamento é tão somente uma das formas, a institucionalizada, que torna a família. A família, ou entidade familiar, expressão com conteúdo semântico (para usar um termo ao gosto do prof. José Taumaturgo) mais largo, pode se originar por outros meios, adquirindo outras formas, como o companheirismo ou concubinato, a adoção. Ao Estado caberá velar igualmente pela proteção e assistência de toda e qualquer família. E por este conteúdo principiológico deve ser pautada sua atuação, não somente administrativa, mas também legislativa e jurisdicional. A Lei 8.971/94, creio, é produto desses influxos no campo legiferante.

Talvez a visão do concubinato e do casamento como pólos antagônicos leve a que se perceba, em todo avanço do primeiro, desprestígio do segundo. Entretanto, nada mais deturpado. O descrédito por que passa a instituição do casamento não se deve a concessões de direitos a concubinos. Em verdade, o instituto do casamento civil passa por grande crise: cada vez mais divórcios e menos matrimônios. O “*Até que a morte os separe*” mais e mais torna-se meras palavras ritualísticas. Foi-se o tempo que o fim do amor no casamento era substituído por um sentimento de amizade ou mesmo de conformidade e mantinham-se os laços, até o derradeiro expiro, por um tanto de regras sociais². Entretanto, isso se dá não como um fenômeno do Direito, o que poderia levar à conclusão que medidas jurídicas reverteriam o quadro. O fenômeno é social, e, ao Direito, resta tão-somente avançar e adaptar-se aos novos tempos. Ao Estado (personificação do Direito, conforme Kelsen) interessa proteger a família em qualquer de suas formas³. Se essa não mais assume majoritariamente a tradicional forma do casamento civil, fazer o quê? Adaptar-se e intentar novos meios para também proteger as “outras” famílias.

COMENTÁRIO DAS CRÍTICAS À LEI Nº 8.971/94

A Lei nº 8.971/94, em seus três polêmicos artigos, concede o direito a pensão alimentícia e direitos sucessórios aos companheiros. *In verbis*:

“Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

“Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada

judicialmente, divorciada ou viúva.

“Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

“I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do “de cujus”, se houver filhos deste ou comuns;

“II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do “de cujus”, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

“III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

“Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

“(...)”

A Lei 5.478/68 dispõe sobre a ação de alimentos.

As principais críticas, em síntese, são: legislar sobre o concubinato é contrário a sua razão de ser; incabíveis direitos sucessórios aos concubinos similares aos dos cônjuges, pois tal consubstanciaria uma situação onde as pessoas teriam os direitos advindos do casamento, sem as obrigações deste; a concessão de direitos aos concubinos, tais como pensão alimentícia e sucessórios, desestimularia a conversão da união estável em casamento, agredindo, assim, o art. 226, §3º, parte final, da CF; por consequência, haveria inconstitucionalidade.

Arrazoadamente, procede o argumento que regar o concubinato é um paradoxo, implicando em sua extinção, pois descabido regar-se algo cuja grande característica é a informalidade. A proteção do Estado ao concubinato - ou união estável, expressão de nossa atual Carta Magna e legislações mais recentes -, no plano legislativo, não pode chegar ao extremo de regulamentá-lo. Tal seria a transformação do concubinato em casamento civil; sob outro nome, é certo, todavia, mesma essência.

O argumento, repito, pertine; entretanto, não se presta à crítica à Lei nº 8.971/94. Talvez, levados pela idéia de escolher, o casal, de mútuo e consciente acordo o concubinato, decidindo afastar as regras do Direito, os críticos da referida norma, pensem-na afrontosa à liberdade individual. A idéia é enganosa...

O concubinato comum, corriqueiro não é o de casais jovens, modernos que decidem, com conhecimento do Direito, das suas possibilidades, viverem juntos, como experiência ou, simplesmente, por não quererem os liames formais do casamento. A grande maioria dos concubinatos, a realidade atesta, são de pessoas que a vida aproxima, não por prévios acordos ou decisões conscientes. Quando não pobres e/ou ignorantes, o concubinato vai acontecendo até constituir-se uma união estável. Chega-se, então, a situações tais como o abandono pelo varão ou sua morte, deixando mulher e filhos; estes por vezes ainda não auto-suficientes; aquela, quase sempre, incapacitada para o mercado de trabalho, quer por falta de qualificação, quer por encontrar-se já além da meia-idade⁴. A dramas tais, o Direito não pode fugir, esquecendo de manifestar-se; não regando o concubinato, mas legislando sobre seus efeitos. É nesse contexto que se insere e justifica-se a Lei 8.971/94.

A segunda crítica, merece, primeiramente, um breve comentário sobre a ordem sucessória prevista no art. 1.603, CC. Em nosso direito pré-codificado, vigorava uma ordem sucessória, onde o cônjuge ficava após os colaterais, que herdavam até o décimo grau. Por tal exagero, Clóvis Beviláqua, em comentário mordaz registrado por Caio Mário (*Instituições do Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, vol. VI, 2ª ed., 1995, pág. 97*), dizia que tais colaterais herdavam mais na condição de conterrâneos que parentes. Ainda antes do nosso código, foi promulgada a Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, a Lei Feliciano Pena, que colocou o cônjuge em terceiro lugar, antes dos colaterais. Quando do código civil, seu autor manteve o cônjuge na mesma posição e reduziu o grau de vocação hereditária dos colaterais ao quarto. O advento da Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, trouxe, entre outros progressos, mudanças no código, art. 1.611 e parágrafos, deixando o cônjuge (homem ou mulher, bom lembrar) como herdeiro concorrente, no usufruto da quarta parte da herança enquanto durar a viuvez, se existente filhos do cônjuge falecido ou comuns do casal. Não havendo filhos, mas ascendentes, usufrui o cônjuge sobrevivente à metade dos bens do *de cujus*. Ainda assim, permanecem as críticas. Caio Mário, *ob. cit.*, pág. 72, perfilha dever o cônjuge sobrevivente concorrer com os ascendentes no domínio da herança, e não somente em usufruto:

“De jure condendo, entendemos que ao cônjuge deve ser assegurado o usufruto quando concorre com filhos do casal ou do falecido consorte. Mas não deve ser excluído pelos ascendentes, porém ocupar juntamente com eles o segundo lugar na ordem de vocação hereditária. A nosso ver, o cônjuge sobrevivente deve ser considerado herdeiro necessário, o que em várias passagens desta obra proclamamos.”

Todo esse processo pretendeu atender ao critério de presunção de afeto por parte do falecido. Bem mais provável haver maiores liames afetivos entre os cônjuges, a legitimar a preferência destes na ordem sucessória, do que entre colaterais. Por outro lado, prestigiam-se os anos de comunhão de vidas do casal, que possibilitaram a construção de um patrimônio.

As mesmas razões prestam-se a justificar a concessão de direitos sucessórios aos concubinos, a equiparação dos seus direitos aos dos cônjuges; os destes, alargados pela já referida Lei 6.515/77.

Aliás, ande no Código Civil, na parte que trata sobre os alimentos, consta relação de parentesco ou dever entre os cônjuges, como fundamentação da prestação alimentar, leia-se **valorização e proteção da família, dos liames familiares**. Ora, com o advento do § 3º, art. 226, CF, nada mais justo com seu espírito que o dever de alimentos entre concubinos. Ademais, a Lei 8.971/94, em concedendo direitos alimentares aos concubinos, veio confirmar a luminar doutrina de um jurista gaúcho, Sérgio Girschkov Pereira, em *A União Estável E Os Alimentos*, RT 657, julho de 1990, cujas razões são apresentadas sucintamente por Rodrigo da Cunha Pereira, *ob. cit.*, págs. 79/80:

“1º) a Constituição consagrou juridicamente o concubinato, elevando-o em nível de ser nela abordado explicitamente; 2º) enquadrando o concubinato como entidade familiar e sobre ele cogitando em dispositivo pertinente à família, considerou-o como uma forma de família e de família legítima (ainda que é evidente, sem igualdade com a família advinda do casamento, tanto que o § 3º do art. 226 prevê a conversão do concubinato em casamento; 3º) a Constituição Federal quer que o Estado proteja a união estável. Ora, o Judiciário é igualmente Estado; 4º) como ensina Yussef Said

Cahali (Dos Alimentos, p. 15-19, n. 1 do Capó 1) o dever de alimentos tem como fundamento uma obrigação de caridade e solidariedade familiares. Está em sua base um dever ético de assistência e socorro resultante do vínculo familiar. Se a Constituição passou a considerar o concubinato como entidade familiar, como forma de família, não há porque este dever de solidariedade não atue igualmente entre os concubinos; 5º) o direito a alimentos diz com o direito mais fundamental e essencial de todos, que é o direito à vida e à vida com dignidade. Estamos aí diante do princípio universal não apenas moral, mas jurídico; 6º) se o concubinato é entidade familiar, seria profundamente contraditório continuar assegurando direito alimentar entre irmãos, que muitas vezes se afastam totalmente em termos de convivência, para negá-lo aos concubinos que viveram em estreita e íntima relação, talvez por longo tempo; 7º) se a relação concubinária provoca perda de alimentos percebidos em decorrência de anterior casamento, como é pacífico em nosso país, obviamente esta linha de pensamento só pode partir do pressuposto da existência de um dever alimentar entre os concubinos; 8º) a visão do jurista e aplicador do direito, mais ainda quando lida com o valor vida digna, não pode ser dogmático-positivista e lógico/formal. (...) 9º) não se sustenta a afirmação de alguns de que a Constituição dependeria de regulamentação, sendo indevido, antes disso, pensar em alimentos entre concubinos, que apenas poderiam existir se contemplados expressamente em texto legislativo.”

Quanto à tese de que ampliar direitos em matéria de concubinato provocaria um retraimento das convolações de casamento, desatendendo ao disposto na parte final do § 3º, art. 226, CF, penso, vênias pedidas e recebidas, que ela parte de uma exegese deturpada daquele dispositivo constitucional. Em verdade, não há ainda certeza sobre o exato significado da sentença magna, in verbis, sublinhada:

“Art. 226. (...)

§ 3º. para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Pende a doutrina por interpretar, *a priori*, como uma determinação a não se protocolar, burocratizar a conversão da união estável em casamento civil. Rodrigo da Cunha Pereira, ob. cit., pág. 131, leciona:

“De antemão, devemos entender o termo como algo que não deve ser dificultado, quer dizer, a transformação de um instituto em outro deve ser facilitada pela lei, como diz o texto constitucional, ou seja, não poderá a lei ordinária dificultar, tornar complicada ou dificultosa tal conversão a ponto de impedi-la.”

Certo, todavia, é que a Carta Magna não se coaduna com interpretações que tenham o concubinato e o casamento como institutos contrários, o prestígio de um, implicando no declínio do outro. Claramente, o próprio texto constitucional, ao referir-se explicitamente aos dois institutos, valorando-os positivamente, vai contra o entendimento de inconstitucionalidade da lei

em comento. Ademais, seu art. 1º, restringindo os direitos lá previstos ao(a) companheiro(a) comprovado(a) de homem(mulher) solteiro(a), separado(a) judicialmente, divorciado(a) ou viúvo(a), que com ele(a) viva há mais de cinco anos, ou dele(a) tenha prole, mais do que resguarda os direitos da família estabelecida por casamento civil.

EPÍLOGO

A lição adiante é de Carlos Maximiliano, conhecido como o maior mestre nacional da Hermenêutica, em seu clássico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 12º ed., pág. 134. Transcrevo-a como meditação para estas derradeiras linhas.

“Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência.

“Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimam o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; todas as expressões se combinem e harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico.

“Não raro, à primeira vista duas expressões se contradizem; porém, se as examinarmos atentamente (subtili animo), descobrimos o nexu culto que as concilia. É quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas.

“Sempre que descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; (...)” Sublinhados acrescentados.

Como tudo o mais em Direito, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, parte final e a Lei 8.971/94 possibilitam várias leituras. Resta saber, entretanto, qual a melhor; ou por outra, a que melhor se adequa às demandas sociais de nossa época. Do meu lado, entendo não prevalecer as teses de inconstitucionalidade da lei em tela, muito menos os resmungos - é o rótulo cabível a um artigo com o título A “Lei Piranha”, Ou O Fim Do Casamento À Moda Antiga - contra ela. Doravante, o fato de se reconhecer direitos patrimoniais no concubinato, mesmo não existindo, para formação do patrimônio, concurso direto de ambos os concubinos, demonstra a visão do companheirismo, não como mera sociedade de fato a espelho das sociedades comerciais, mas como verdadeira entidade familiar; conclusão a que já chegara a mais avançada jurisprudência, na esteira das luzes lançadas pela Carta Magna de 1988.

NOTAS

1 A idéia deste artigo me veio com a leitura da IN VERBIS, Vol. 01, nº 02. Lá, em seu primeiro artigo, que consta na bibliografia deste, li e reli avidamente o trabalho da colega Caroline Maciel. Foi a partir d'algumas conjecturações anteriores e outras tantas contrapostas a algumas opiniões daquele artigo e do emérito Saulo Ramos,

que desenvolvi o presente. Digo isto, claro, sem nenhum interesse em exacerbar a discussão, mas por amor de saudar a oportunidade do debate científico, trazida por esta revista.

2 Impossível escrever sobre o tema e não lembrar Vinícius: “(...)Que não seja imortal, posto que é chama/ Mas que seja infinito, enquanto dure(...)”. Ou o humor ácido do Barão de Itararé: “O casamento é uma tragédia em dois atos: um, no religioso; o outro, no civil.”. E ainda, todos os contos de Nelson Rodrigues...

3 “Não é o ato formal de casamento que realmente interessa ao Estado, mas o que ele representa como forma de união duradoura entre um homem e uma mulher para finalidades essenciais à vida social (...) Da mesma forma não se pode condenar a política de reconhecimento dos efeitos da união livre, em nome de falsos pressupostos éticos.” - Orlando Gomes, apud Rodrigo da Cunha Pereira, obra constante na bibliografia, pág. 54.

4 Referindo-me a uma hipótese onde caberia direitos a mulher, não me esqueço da igualdade dos sexos perante o Direito, proclamada pela Constituição Federal, nem do parágrafo único, do art. 1º da Lei 8.971/94. Apenas recorro a um exemplo que, de tão freqüente, remete todos a uma história passada com algum(a) conhecido(a).

BIBLIOGRAFIA

MACIEL, Caroline, A LEI 8.971/94 E A TUTELA JURÍDICA AOS CONCUBINOS. Revista Jurídica IN VERBIS. Natal: CCSA/UFRN, Vol. 01, nº 02, AGO/SET 95, págs. 7-9.

MAXIMILIANO, Carlos, HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO. Rio de Janeiro: Forense, 12 ed., 1992.

PEREIRA, Carlos Mário da Silva, INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL. Rio de Janeiro: Forense, Vols. V, 1 ed., 1992, e VI, 2 ed, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL. Momentos Jurídicos, nº 08, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RAMOS, Saulo, A “LEI PIRANHA” OU O FIM DO CASAMENTO À MODA ANTIGA, Folha de São Paulo, 21-03-1995, pág. 1-3.

QUESTÕES SOBRE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA - II

Vladimir da Rocha França
Bacharel em Direito pela UFRN
Mestrando em Direito na UFPE

ELEMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

Prosseguiremos aqui o trabalho iniciado em nosso “*Questões sobre Discricionariedade Administrativa-I*”; publicado neste periódico, onde procuramos identificar o que a doutrina entende por Poder Discricionário e, como vê as relações deste instituto com as atividades vinculadas da Administração Pública.

Para tentar compreender a Discricionariedade Administrativa, é preciso esclarecer quais são os elementos, as fontes e os limites que o ordenamento jurídico estabelece para o Poder Discricionário.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR entende ser o ato discricionário a concretização do poder discricionário quando a norma faculta a ação ou a omissão ao agente da Administração Pública, baseando-se este nos critérios de conveniência e oportunidade.¹

A ininterrupta torrente dos fatos trazidos à Administração Pública inviabiliza os esforços do legislador em produzir normas que cubram todos os seus aspectos de relevância jurídica. Faz-se então necessária a concessão de uma margem de liberdade decisória nos agentes e órgãos públicos para que estes possam apresentar as soluções exigidas pela lei e segundo sua finalidade maior, o interesse público.

Entretanto, na atividade administrativa desempenhada pelo agente público se verifica a recusa da lei em deixar à sua livre apreciação elementos e pressupostos indispensáveis à harmonia, à coerência e à segurança do ordenamento jurídico. Consoante a maioria da doutrina e da jurisprudência pátria, são: a competência, a forma e a finalidade dos atos administrativos.

Representam o mínimo legal indisponível para lei, que nos atos ditos discricionários devem também ser observados pela Administração Pública.

Aos demais elementos e pressupostos dos atos administrativos determina a lei a sujeição destes ao juízo discricionário do administrador. Evidentemente, quando estiver configurada a necessidade do exercício do poder discricionário.

Nesses espaços abertos pela lei, o momento da prática do ato, o motivo do ato e o conteúdo do ato, e para alguns, a forma e a finalidade do ato, navega a discricionariedade administrativa. Compreende uma concessão legal ao Poder Público.

A norma ensejadora da “opção discricionária”, quando encontra o caso concreto levado à Administração Pública, tem suas imprecisões, conceitos indeterminados, faculdades, concessões, proibições e soluções, propostas ou impostas, colocadas diante do administrador.

Perante o caso concreto, constitui dever irrenunciável ao agente ou órgão público apresentar as medidas cabíveis para a satisfação do interesse público, ou mesmo nenhuma em virtude deste. Tomada a decisão conforme a forma, competência e finalidades legais, é vedada a intervenção dos outros poderes do Estado no chamado “mérito do ato administrativo”.

Define-o JOSÉ CRETELLA JÚNIOR como “o aspecto do ato administrativo que consulta a conveniência ou a oportunidade da medida tomada”.² A sua formação passa pela compreensão do conteúdo da norma jurídica a qual se atribui a cessão da discricionariedade.

Como ALMIRO DO COUTO E SILVA expõe: “A regra sobre a competência poderá estatuir que, do elenco de atos legalmente possíveis, tenha o administrador a faculdade de escolher aquele que julgue mais conveniente e oportuno, bem como de determinar a feição concreta que o ato deverá ter”.³

O poder de escolha está relacionado com o “se” e o “como” da ação administrativa ou com ambos. Para os demais o poder discricionário sempre se manifesta no âmbito da consequência jurídica (Rechtsfolge), existindo uma forma de poder discricionário que se identifica na decisão relativa à adoção ou não de uma medida determinada (Entschliessungssermessen) e outra que se refere apenas com a escolha do ato a ser praticado, dentre as alternativas cabíveis (Auswahlermessen).⁴

Um ponto de controvérsia que se verifica no estudo do poder discricionário é o concernente à relação entre e os conceitos jurídicos indeterminados e por conseguinte, ao estabelecimento de uma zona de livre apreciação no exercício da atividade administrativa e segundo os limites da lei.

Os conceitos jurídicos indeterminados expressam e qualificam as necessidades públicas cuja satisfação representa o destino da Administração Pública. Tais como “utilidade pública”, “urgência”, “grave comoção”, “atentado à Ordem Pública” etc.

No direito austríaco, BERNAZIK defendia a existência de uma “discricionariedade técnica” dado que os problemas administrativos se apresentam usualmente com grande complexidade, sendo portanto, vedado ao poder judiciário submetê-la ao seu controle e entrar no mérito do ato administrativo. Entretanto TEZNER renegava que pudesse haver poder discricionário nos casos de aplicação do conceito jurídico indeterminado bem como a insuscetibilidade deste à revisão judicial.

Preconiza-se no direito germânico a inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no suporte fático legal (Tatbestand); e, as questões que lhe disserem respeito, resumem-se à interpretação da norma jurídica; haja vista o poder discricionário abranger a escolha da consequência ou do efeito jurídico (Rechtsfolge).

Por ser vago e impreciso, o conceito jurídico indeterminado enseja o surgimento de conceitos diversos. Uns são conceitos empíricos, referindo-se a fatos, situações ou estados da natureza ou da realidade (ruído, dia, óbito, por exemplo); outros são conceitos valorativos, sendo exigido do hermeneuta jurídico a sua apreciação consoante as peculiaridades destes (conduta desonrosa, motivo torpe, segurança nacional, por exemplo).

É reconhecida na doutrina e na jurisprudência a presença de uma “área de apreciação” (Beurteilungsspielraum), na opinião de BACHOF; que compreende as soluções “sustentáveis”, segundo ULE (Vertretbaren); já que a Administração Pública goza de “prerrogativas de avaliação” (Einschützungs-prärogative), conforme HANS JULIUS WOLF.

Baseado nessas afirmativas, ALMIRO COUTO E SILVA nega o conceito jurídico indeterminado como fonte do poder discricionário, ainda que aquela não esteja sujeito a um controle judicial pleno, por ser inviável ao Poder Judiciário declarar a correção ou o equívoco do comportamento administrativo. E diz: “A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência e de oportunidade da medida no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro”.⁵

A complexidade do ato concreto e a diversidade de opiniões e pareceres constituiriam

os limites que impediriam ao julgador alterar a decisão administrativa, quando no exame da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública. No exercício do poder discricionário, a lei tomaria para si a demarcação das fronteiras proibidas à revisão judicial dos atos administrativos, que por sua vez, compreenderiam a “área de apreciação” do administrador.

Bastante consagrado nas letras jurídicas pátrias, o administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO tem posição diversa da defendida pelo professor gaúcho. Diverge da opinião de que o tema dos conceitos jurídicos indeterminados é distante ao tema da discricionariedade.

Parte ele do pressuposto de que “é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis”⁶, justamente em virtude da fluidez do conceito legal.

Conseqüentemente, quando confrontado com a realidade fática, disporia o administrador também de uma margem de liberdade intelectual. Seria admissível ao agente público produzir um ato discricionário em razão de ter sido adotado um comportamento administrativo aceitável para o caso concreto. Comportamento este que poderia ser extraído do conceito legal fluido, e, insusceptível de correção judicial.

Cabe ao Poder Judiciário repassar as violações de direito, devendo verificar se a Administração Pública ficou dentro do “campo significativo da aplicação” do conceito normativo vago ou se foi desconhecido. Deve ainda reconhecer se a decisão administrativa é incensurável e a ausência de direito subjetivo de terceiro ameaçado ilegalmente pelo comportamento administrativo adotado.

A discricionariedade é integrada tanto pela liberdade volitiva quanto pela liberdade intelectual. Além das opções administrativas, orientadas pelos critérios de conveniência e oportunidade, os conceitos vagos e imprecisos apreendidos na forma adotada pela Administração Pública para a situação contextual constituem a fonte do poder discricionário. Evidentemente consoante as determinações e limites impostos pela Ordem Jurídica.

Ambos produzem os mesmos efeitos jurídicos, chegando inclusive a se mesclarem e, tornando prejudicial à medida administrativa, a sua dissociação. Portanto, o controle judicial efetuado sobre esses elementos tem a mesma intensidade e natureza.

Assim conclui o respeitado administrativista: “a discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de insolúveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicado”⁷

O jurista português AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, que tem uma grande contribuição doutrinária, expõe as seguintes idéias.

Para o professor luso, a função executiva não pode ser reduzida à mecânica tradução em ato de imperativos legais pois de outro modo, comprometer-se-ia a proteção e a garantia dos direitos individuais, a clássica divisão de poderes e o princípio da superioridade da lei em relação às outras funções estatais, sendo hoje é impossível a sua total submissão ao controle jurisdicional.

O órgão legislativo institui as diretivas da atividade administrativa através de comandos para os órgãos ou agentes da Administração Pública. São acrescentados aos limites naturais e lógicos que regulam a atividade administrativa as condições de aplicação da norma, estabelecendo uma ação, negativa ou positiva, da qual não se pode eximir a Administração Pública.

Inexiste no direito público, que rege a Administração Pública, o princípio da autonomia da vontade. Cabe ao agente público, dentro da parcela da sua competência, identificar na realidade as condições de fato previstas na norma administrativa, conforme a finalidade legal.

A norma aponta as situações de fato que compreenderão as condições de imputabilidade de qualquer ato à Administração Pública. Perante as condições de fato, competirá ao agente desenvolver de início, um processo interpretativo, circunscrito à liberdade que a lei lhe conferiu, defrontando-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível e conceitos de significação exata indeterminada ou plurissubjetivos. Logo o Estado de Direito impõe um limite para a determinação dos conceitos utilizados na norma ao legislador, sob pena de se passar da norma abstrata à ordem individualizada.

Quando previstas de modo incontestável as premissas de fato na norma, segue a administração na prática dos atos que estabelece diante da constatação daquelas. Se, ao invés, essas premissas são previstas em forma contestável, será necessário que o agente estabeleça o conceito oriundo de uma das várias interpretações possíveis. A discricionariedade possibilita e garante, conseqüentemente, a aplicabilidade da norma jurídica.

Finalmente, estabelece que o problema do poder discricionário é problema de interpretação. A norma jurídica impõe como dever a Administração Pública uma determinada atividade que este fica obrigado a realizar, sempre que no mundo das realidades um certo fato ou condições se verifiquem. Apresentam-se como conceitos, que podem pertencer ao mundo da realidade empírica, indubitavelmente individualizados, embora abstratos; ou no mundo da realidade contraposta, onde predomina a incerteza. Nesta, caberá ao agente administrativo fazer a subsumção dos fatos aos conceitos postos e interpretáveis, segundo o que estritamente a competência discricionária permitir.

LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO

Antes de tudo, o poder discricionário constitui um dever. O instrumento legado ao administrador pela norma para que apresente as soluções exigidas pela Ordem Jurídica às questões enfrentadas na atividade administrativa.

Exige-se incondicionalmente do administrador que exerça as prerrogativas decorrentes do poder discricionário no sentido de optar pelo comportamento que represente a maior repercussão de efeitos e conseqüências benéficas ao conjunto dos administrados.

Transcrevemos aqui a lição de FRITZ FLEINER: “Na legislação e na Ciência do Direito se fala (...) do poder discricionário, quando o Direito Objetivo permite a atuação de um órgão político segundo sua própria determinação. Por poder discricionário que foi outorgado pelo legislador a autoridade administrativa há de se determinar como pertinente, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor responde ao caso concreto e a intenção da lei (...) Regularmente, o poder discricionário se limita aos pontos concretos que o legislador tenha deixado livres num preceito jurídico”.⁸

Preceitos jurídicos guardam em seu seio as faculdades e os deveres que, conferidos ao Poder Público, viabilizam a ação administrativa mais eficaz ao concreto. Não estão a disposição ilimitada da Administração Pública. Representam sim as condições para a “providência ótima”, seja por critérios de conveniência e oportunidade, seja por conceitos jurídicos indeterminados. Em suma: quando estabelecida a competência discricionária.

Todavia CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO faz a seguinte ressalva: “a providência ideal em muitas situações é objetivamente incognoscível. Poder-se-á tão somente

saber que será uma que se contenha dentro de um número limitado de alternativas e que se apresente como razoável para o caso concreto”.⁹

A função administrativa subordina-se à lei, somente podendo ser desempenhada consoante o seu fim e na órbita formada pelos limites da Ordem Jurídica e da situação contextual.

Os deveres-poderes da Administração só podem ser orientados para a finalidade legal. Havendo por parte do órgão ou agente público investido na competência discricionária a utilização indevida dessas prerrogativas, ou para satisfazer interesse estranho a finalidade legal, ou para efetivar interesse secundário e incongruente ao caso concreto, ainda que admitido pela lei, pressupõe-se o desvio de poder, o *détournement de pouvoir*.

É a Teoria do Desvio de Poder.

Para AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, verificadas as suas idéias sobre a discricionariedade administrativa, a identificação dos limites do poder discricionário depende primordialmente do processo interpretativo lógico, a ser desenvolvido pelo administrador, dos preceitos jurídico. “Trata-se de uma faculdade de escolher uma entre as várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições-de-fato do agir administrativo - escolha feita sempre dentro dos limites da lei”.¹⁰ Embora estabeleça o fim imanente à atividade administrativa, a norma é suscetível de interpretação pela Administração Pública.

Conseqüentemente, os limites da discricionariedade administrativa seriam construídos sobre a hermenêutica jurídica, aplicada a conceitos legais “teóricos”. Os conceitos de “puro valor” constituiriam pontos intocáveis a apreciação subjetiva do administrador, somente podendo ser preenchidos pela concepção sócio-política vigente e, portanto, fora da liberdade discricionária.

Para WEIDA ZACANER, mesmo na “zona de livre apreciação”, não há liberdade absoluta por parte do agente administrativo.¹¹ Além dos limites demarcados pela lei que cria o poder discricionário, existem os decorrentes *ratio legis*, do fim geral de utilidade pública bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.¹²

O jurista VICTOR NUNES LEAL LEMBRA o seguinte aspecto: “a demarcação dessa zona livre é, em si mesma uma questão jurídica suscetível de apreciação jurisdicional”.¹³ Quando se, cuida do controle do poder judiciário sobre os atos discricionários, refere-se a identificação dos limites impostos pelo Ordenamento Jurídico.

Quanto ao fim legal, não existem maiores controvérsias. É certo que consiste num limite ao poder discricionário, acarretando a sua violação pelo administrador, a transposição da zona livre para a zona vinculada; incorre no abuso de poder. Como M. SEABRA FAGUNDES afirma, “em matéria de fins, não existe jamais para a Administração um poder discricionário”¹⁴; ressalvadas as posições minoritárias de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e de ALMIRO DO COUTO E SILVA.

No que concerne aos conceitos jurídicos indeterminados, questiona-se o processo interpretativo como o único caminho para lhes conferir a objetividade necessária à sua aplicação. Esgotado, haveria ainda espaço para a sua apreciação subjetiva do administrador, ou seja, a discricionariedade.

Todavia somente na impossibilidade de se fazer cessar fluidez do conceito legal pelos meios previstos no Ordenamento Jurídico, deixar-se-ia à Administração Pública a liberdade intelectual e volitiva no desempenho de sua competência discricionária.

A Administração Pública está acorrentada às diretivas legais bem como a todos os princípios fundamentais do Estado de Direito.

Se a Administração reiteradamente liga determinados efeitos jurídicos a determinadas situações de fato, o princípio da igualdade impõe que o mesmo comportamento deve ser adotado em casos futuros semelhantes.

Os atos discricionários devem estar distantes do irracionalismo, da incoerência, da insensatez e da ilogicidade, segundo o princípio da razoabilidade. Não pode o regime jurídico-administrativo abrigar medidas desautorizadas e desconexas com a situação contextual.

Desrespeita frontalmente o princípio da moralidade a ausência de lealdade e de boa-fé no comportamento administrativo.

Inexiste qualquer óbice à análise Poder Judiciário desse e de outros princípios caros ao Estado de Direito. O controle jurisdicional desses aspectos essenciais dos atos administrativos não implica na intervenção no mérito do comportamento administrativo ou na substituição dos critérios de conveniência e oportunidade.

Enumera ALMIRO DO COUTO E SILVA os vícios relacionados com o exercício do poder discricionário: a transgressão das balizas legais; o abuso de poder ou desvio de sua finalidade maior; e o seu não exercício ou exercício deficiente.¹⁵ Todos se referem aos “casos em que a lei define apenas algumas condições necessárias ao exercício do poder, deixando que a Administração Pública complete o quadro regulativo para o exercício da potestade, através de uma estimação subjetiva, quer quanto à escolha ou valorização do pressuposto de fato, quer quanto à determinação última do conteúdo concreto da decisão aplicável, dentro das lindes legais, quer quanto a ambos os elementos, ou ainda, quando for impossível a objetivação dos conceitos jurídicos indeterminados”.

CONCLUSÃO

Está distante Ciência Jurídica de apresentar a solução final para o problema da compreensão da discricionariedade administrativa.

Renunciar ao poder discricionário como alguns doutrinadores chegam a preconizar, seria ignorar um poderoso meio para que a Administração Pública possa agir com inovação e dinamismo na resolução dos casos concretos. No entanto, acolher no Ordenamento Jurídico “zonas de livre apreciação”, onde gozaria o administrador de uma liberdade absoluta, significa uma opção igualmente temerária ao Estado de Direito.

Hodiernamente, a discricionariedade administrativa integra de modo inquestionável as bases e colunas de sustentação do Estado de Direito. O estudo da questão, na forma como é orientado na doutrina, parece-nos induzir ao debate quanto ao tamanho do claustro do poder discricionário.

A compreensão das estruturas da discricionariedade é provocado, no âmbito jurídico, pela necessidades básica de edificar barreiras aos abusos e arbitrariedades as quais a cidadania teme e repugna.

É inevitável a presença dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito. Afastado da realidade dos fatos, torna-se-ia esclerosado e estático, com o alcance restrito à época de sua formação. A sua amplitude e atualização decorreu justamente da fluidez desses conceitos, possibilitando uma maior concreção do fim precípuo da Ciência Jurídica: a paz social.

Vimos que, quando a norma pode estabelecer minuciosamente a suas diretivas, sem prejuízo às conquistas mais preciosas da Democracia, assim será feito. E em virtude do próprio desenvolvimento do Estado de Direito, a lei põe ao administrador as “opções discricionárias, haja vista a sua proximidade com a realidade material, ou mesmo conceitos normativos cuja

objetividade é incognoscível.

O legislador reflete nas normas jurídicas que constrói, os anseios, necessidades e interesses da coletividade, como também os princípios fundamentais contidos na lei maior. O julgador preza pela estabilidade do sistema jurídico em vigor, cuidando de retirar ou anular os atos que a ameaçam.

O poder discricionário é uma função exercida pelo administrador em nome do interesse público. Submete-se aos ditames normativos e ao controle jurisdicional, respeitadas a tripartição dos poderes e o princípio da superioridade da lei. Tem o seu espaço delimitado pelo ordenamento jurídico, sendo vedado ao administrador agir fora das fronteiras legais, ou menos do que elas permitem, mas sim, segundo o que elas estabelecerem.

A discricionariedade administrativa tem uma natureza instrumental indispensável à boa gestão da coisa pública. O interesse público obriga aos agentes ou órgãos administrativos investidos na competência discricionária à escolha da melhor opção, a melhor solução para o caso concreto.

A razão da criação desse instituto jurídico abrange a construção dos melhores caminhos para o desempenho da atividade administrativa. Antes da sujeição aos critérios de conveniência e oportunidade formados no juízo discricionário, o comportamento administrativo curva-se em primeiro lugar ao Direito e seus princípios basilares. Inexiste discricionariedade quando: somente se dispõe de uma solução única; abriga o ato administrativo fins estranhos secundários ou distantes da utilidade pública; viola-se as diretrizes legais e competência discricionária; produz-se atos incongruentes e danosos à sistemática institucional; causa prejuízo a direito subjetivo de terceiro oponível à Administração Pública; entre outras hipóteses. Enfim, as faculdades e prerrogativas conferidas ao Poder Público, como também a interpretação dos conceitos legais fluidos, não podem ser utilizados para proteger a ilegalidade, a arbitrariedade, o abuso de poder.

Assim como representa ao julgador, o processo interpretativo das normas jurídicas e seus conceitos indeterminados é uma fonte de constante renovação e atualização da Administração Pública. Entretanto constitui uma fase do exercício do poder discricionário, quando se faz a subsumção do caso concreto ao tipo legal.

Precede à formação do juízo discricionário. Por sua vez, compreende a apreciação subjetiva do administrador sob a ótica de critérios de conveniência e oportunidade próprios, diante da situação contextual. Definido o ato administrativo cabível, verifica-se na Administração Pública ou no Poder Discricionário, quando invocados para se ajustar ao regime jurídico-administrativo ou para dirimir os conflitos de interesse, a observância do mínimo legal exigido e dos princípios constitucionais

O juízo discricionário não pode se substituído pelo juízo do julgador. Todavia o ato administrativo é intocável pelo Judiciário, até o momento que este passa a ameaçar a segurança jurídica e os direitos subjetivos.

O enfoque dado à Administração orienta o grau de discricionariedade administrativa admitida ao caso concreto. Os grilhões legais à autonomia do Poder Público tendem a ceder à evolução da concepção sócio-política vigente no Estado Moderno de Direito, restando ao operador jurídico tentar apresentar soluções necessárias e eficazes, consoante a sua repercussão na Carta Magna.

Encerramos esse estudo sobre a discricionariedade administrativa com mais dúvidas do que propriamente propostas. Mas procurar compreender as limitações de institutos jurídicos como o do poder discricionário consiste no primeiro passo na busca de seu aprimoramento.

NOTAS

¹ José Cretella Júnior, Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 107b, p. 135

² Op. cit. p. 138

³ Almiro do Couto e Silva, Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, Revista de Direito Administrativo Brasileiro, jan/jun 1990, vol. 179/80 p. 48.

⁴ Idem.

⁵ Op. cit. p. 61.

⁶ Celso Antonio B. de Mello, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, São Paulo, Malheiros, 1992.

⁷ Op. cit. p. 33.

⁸ Apud Victor Nunes Leal, Problemas de Direito Público, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 283.

⁹ Op. cit. p. 43.

¹⁰ Afonso Rodrigues Queiró, Teoria do Desvio de Poder do Direito Administrativo, Revista de Direito Administrativo, nº 06, p. 77.

¹¹ Weida Zacaner, Razoabilidade e Moralidade na Constituição Federal de 1988, Revista Trimestral de Direito Público, nº 02, p. 206.

¹² Almiro...cit., p. 63.

¹³ Op. cit. p. 284.

¹⁴ Apud. Victor Nunes Leal, op. cit., p.289.

¹⁵ Almiro...cit., p. 63.

BIBLIOGRAFIA

CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1975.

LEAL, Victor Nunes. Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

MEIRELLES, Hely lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16 ed. São Paulo, RT, 1991.

MELLO, Celso Antônio B. de. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 1994.

. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo, Malheiros, 1992.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo nº 06, p.41-78.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, jan/jun.1990, vol. 179/80, p.51-67.

ZACANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 02, p.205-210.

AS NULIDADES CONTRATUAIS DECORRENTES. DA INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO SEM A OBSERVÂNCIA DE CONCURSO PÚBLICO

Dalila Rocha de Melo
Bacharel em Direito pela UFRN

INTRODUÇÃO

Uma questão por demais discutida no âmbito da Justiça do Trabalho e que ainda não alcançou a unanimidade, envolvendo, ao mesmo tempo, preceitos constitucionais, a Teoria das Nulidades, princípios da Administração Pública, e ainda, princípios do Direito laboral, vem a ser a questão da nulidade dos contratos de trabalho celebrados com a Administração Pública sem a prévia realização de concurso público, após a promulgação da atual Constituição Federal.

Malgrado não haja divergência quanto à flagrante nulidade que vicia tais contratos, tanto a Doutrina como a Jurisprudência se dividem na análise de seus efeitos em relação aos direitos trabalhistas que são freqüentemente reivindicados perante essa justiça especializada, como será adiante desenvolvido.

A IMPORTÂNCIA DO CONCURSO PÚBLICO

Primeiramente, reside a discussão na exigência feita pela Carta Magna que, no inciso II de seu art.37, prescreve: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” Tal regra foi, com acerto, inserida no texto constitucional a fim de proteger a Administração Pública, em todas as suas esferas, dos políticos que, de modo irresponsável, a utilizam como cabide de empregos com fins eleitoreiros. Além disso, é o concurso público o meio adequado encontrado pelo legislador constituinte tanto para garantir oportunidade igualitária para os administrados, como para servir como “meio de aferição da qualificação dos postulantes ao cargo de servidor público, almejando não só a continuidade dos serviços públicos, mas que estes sejam prestados em níveis mais satisfatórios”.¹

Comentando a disposição constitucional em análise, o saudoso Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., Revista dos Tribunais, pág. 374, já lecionava: “O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos consoante determina o art. 37, 11, da Constituição da República. Pelo concurso se afastam, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos”.

Vem a ser, portanto, a exigência de concurso público, um princípio de ordem pública, um verdadeiro dogma constitucional.

A NULIDADE DAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES E SEUS EFEITOS

De tamanha importância se reveste a regra prescrita no art. 37, II, da Constituição Federal, que o fato de sua inobservância gerar a nulidade do ato é pacífico, ainda mais quando a própria *Lex Legun* preceitua no parágrafo 2º do mesmo artigo que “a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”. (grifo nosso)

Desse modo, inquestionável que o ato da contratação sem realização de concurso é nulo, resta serem analisados os efeitos de tal nulidade em relação ao ente público e ao prestador de serviços.

Com efeito, estabelece o art. 158 do Código Civil Pátrio: “Anulado o ato restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Ocorre que, prevalece no Direito do Trabalho o princípio da não retroação das nulidades, em razão de algumas circunstâncias que são peculiares às relações regidas por esse ramo da ciência jurídica.

Primeiramente, há a impossibilidade fática de restituição efetiva das partes ao *status quo ante*, uma vez que o trabalho, como energia despendida, não pode ser devolvido ao agente trabalhador. Em segundo plano, há no Direito Laboral um princípio protetor da parte hipossuficiente da relação contratual. Como se adequar tais peculiaridades à exigência constitucional do art. 37, II?

O primeiro dos posicionamentos existentes, fincado no Direito Civil, baseia-se no princípio que veda o enriquecimento sem causa, procurando resguardar assim o ganho do trabalhador, alegando para tanto que “o trabalho é um fato gerador de riquezas. Negar-se reconhecimento a um trabalho despendido, é se autorizar a só produção de efeitos reais para uma única das partes (o tomador de serviços), que se enriquece, portanto, ilicitamente, em decorrência de seu próprio desrespeito à legislação”.² Em geral, essa corrente entende que os contratados irregularmente fazem *jus* tão somente aos direitos consumados na vigência do pacto, sendo-lhes indevidas as verbas próprias da rescisão contratual sem justa causa, tais como aviso prévio, multa rescisória, FGTS, 40% sobre o saldo, e seguro desemprego.

Há um posicionamento minoritário, fundado nos princípios protecionistas do Direito Laboral, obviamente defendido pelos advogados dos reclamantes, servidores celetistas contratados irregularmente pelos Estados e Municípios, segundo o qual o ente público não poderia se beneficiar de sua própria torpeza, uma vez que a norma que veda a contratação sem concurso é dirigida ao administrador. A ausência de instrução e discernimento da maioria dos servidores contratados irregularmente também é argumento erigido por essa corrente, defensora dos efeitos *ex nunc* da declaração de nulidade, entendendo serem devidas, além das verbas contratuais, as rescisórias, como se válido o contrato até o momento da declaração de sua nulidade.

Uma terceira corrente, predominante no TST e defendida pela Douta Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região, entende ser necessário adequar a nulidade absoluta com o princípio do enriquecimento sem causa e com a impossibilidade de restabelecer o *status quo ante*, de modo que, apenas seriam devidos ao servidor irregular os salários *stricto sensu* com natureza indenizatória, abrangendo, em geral, apenas os salários retidos e as diferenças em relação ao mínimo legal que porventura estejam sendo reivindicadas na reclamação trabalhista. A respeito desse posicionamento defendido pelo Ministério Público do Trabalho da 21ª Região, vale transcrever as ementas dos pareceres comumente exarados pelos respeitados procuradores José de Lima Ramos Pereira e Xisto Tiago de Medeiros Neto, respectivamente a seguir:

EMENTA : “CONTRATO DE TRABALHO - SERVIDOR PÚBLICO - ADMISSÃO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CF/88 - NULIDADE - EFEITOS - PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO CONTRAPRESTACIONAL SALARIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 158 DO CÓDIGO CIVIL - Sendo o contrato de trabalho firmado com ente público após o advento da nova ordem constitucional deve ser declarada a sua nulidade absoluta, devendo haver, apenas, pagamento do salário “*stricto sensu*”, em decorrência da obrigação contraprestacional salarial, a título indenizatório, nos termos do art. 158 do CC, eis que impossível o retorno ao “*status quo ante*”, evitando-se o enriquecimento sem causa do reclamado”.

EMENTA: “É nula a contratação, sem concurso público, no âmbito da administração, em face dos termos do art. 37, II e § 2º da CF. gerando por efeito da sua declaração, direito apenas à remuneração do período laborado, diante da impossibilidade de reposição das energias despendidas pelo trabalhador e a fim de evitar o enriquecimento ilícito do tomador do serviço. excluídas as verbas contratuais e indenizatórias”.

No entanto, em detrimento das correntes já esposadas, há ainda os que defendem que a contratação de servidores sem a observância de concurso público constitui nulidade, cujos efeitos, apesar das características especiais da relação de trabalho, seriam *ex tunc* e totais.

O EFEITO “EX TUNC” DA NULIDADE

Alguns juízes do trabalho das Juntas de Conciliação e Julgamento do Rio Grande do Norte, tais como Maria Auxiliadora Barros Medeiros Rodrigues (que inclusive adotava anteriormente a corrente defensora dos efeitos *ex nunc*), José Dario de Aguiar Filho e Zéu Palmeira Sobrinho, entendem que a admissão de servidor público em contrariedade com a Constituição Federal não merece produzir efeitos, ainda que apenas salariais, sob pena de estar o Judiciário compactuando com tais irregularidades e afrontando princípios constitucionais de ordem pública, princípios estes superiores aos do Direito Civil e do Direito do Trabalho.

Vários argumentos podem fazer com que tal tese realmente seja a mais admirável. Vejamos: se é verdade que o administrador deveria saber que não poderia contratar sem concurso público, também não é menos verdade que os contratados também deveriam saber que não o poderiam ser nessas condições. Ninguém pode se escusar de cumprir a lei alegando que não a conhece (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil). Os contratados, no mínimo, concorrem para a irregularidade praticada, não devendo dela se beneficiar. “A natureza e importância do princípio constitucional posto em evidência tem, sem dúvida, significado especialíssimo. Não se está aqui examinando uma relação pura e simples entre patrão e empregado, mas sim uma relação entre Estado, *lato sensu*, e o cidadão. E aqui as normas de ordem pública assumem total relevância. Se a Constituição, no caso específico da investidura em cargo ou emprego público, penaliza com nulidade o ato praticado sem observar o requisito por ela estabelecido - o concurso público - não podemos nós a pretexto de resguardar suposto direito,

empreender novo tipo de conspiração contra a lei maior, suavizando os efeitos da penalidade nela contida. Se o ato é nulo, assim deve ser considerado”.³

Acertadamente, em recente artigo, o Dr. Cláudio Mascarenhas Brandão, Juiz do Trabalho da 15ª JCI de Salvador/BA veio a favorecer ainda mais os argumentos da corrente em questão ao aduzir: *“Poder-se-ia, finalmente, argumentar com a hipótese de serem os obreiros de pouca instrução e, portanto, presumivelmente não teriam discernimento suficiente para compreender o alcance do preceito e não poderiam ser prejudicados sem o reconhecimento do vínculo empregatício. Data vênia dos que assim pensam, o raciocínio não pode ser acolhido. Primeiro porque, do ponto de vista legal, não se pode interpretar a norma de forma diferente em razão de quem seja o seu destinatário. Segundo, porque a ninguém é dado o direito de alegar o desconhecimento da lei para não a cumprir, consoante o estatuído na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 3º). Ora, se ninguém, pode alegar o desconhecimento da lei como fato excludente de sua responsabilidade, o que se dizer quando essa lei é a própria Constituição, sustentáculo de todo o ordenamento jurídico? Não é crível que, sob o manto protetivo da legislação do trabalho, se possa ignorar a Constituição Federal, da qual deriva o fundamento para todas as demais leis, inclusive de natureza trabalhista. A situação fática é exatamente a mesma do contrato celebrado no período pré-eleitoral, em que a legislação de forma absolutamente clara estabelece a nulidade”, (In JORNAL TRABALHISTA, n. 484, 13.12.93 - ED. CAT - p. 1092)*⁴.

Ressalte-se, ainda, que o art. 37 da Constituição Federal institui para a administração pública os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A nulidade em tela merece maior atenção, haja vista tocar a administração dos bens públicos, lesando o patrimônio do Estado. Desse modo, condenar os entes públicos no pagamento de títulos decorrentes do contrato de trabalho válido e em títulos rescisórios, em defesa do princípio protetor do Direito do Trabalho, implica em “fechar os olhos à norma constitucional, dando efeitos idênticos ao ato nulo, como se absolutamente válido”.⁵

Dentro desse contexto, as reclamações trabalhistas fundadas em contratos nulos, por inobservância do art. 37, II da CF/88, devem ser sempre julgadas improcedentes. Primeiramente porque, provado que o liame empregatício cessou em razão de mácula a dispositivo constitucional expreso, desfigurada estaria a alegação de despedida sem justa causa, restando indevidos os títulos rescisórios. Em segundo plano, também os pleitos de salários não pagos e de anotação na CTPS devem ser indeferidos, pois não deve ser tarefa do Judiciário compactuar com o desrespeito aos fundamentos da própria ordem jurídica. O que não deve ocorrer é a devolução dos salários e vantagens já percebidos, em razão da impossibilidade de restituição da força de trabalho.

A decisão judicial não serve apenas para punir, mas sobretudo deve servir para educar. E, como bem ensina o Dr. Zéu Palmeira Sobrinho em suas sentenças, educar o jurisdicionado significa ensinar-lhe que a contratação sem concurso público gera a nulidade, consoante se infere do parágrafo 2º do art. 37 da Constituição Federal. Se foram infrutíferas as tentativas de conscientizar os administradores públicos da irregularidade de tal conduta, é necessário, agora, conscientizar o cidadão. Imprimir eficácia aos contratos em análise seria como que transformar o dispositivo constitucional em regra substancialmente inócua.

O que tem ocorrido na realidade é que os atuais administradores, principalmente os prefeitos do interior, continuam a admitir pessoal sem observância de concurso público por contarem com a certeza de que todos os direitos destes servidores serão garantidos pela Justiça do Trabalho, que, de certa forma, é conivente com as irregularidades. Tal situação não merece prosperar, devendo a nulidade ser declarada ex tunc, de forma total, sendo indevidas até mesmo as verbas salariais.

CONCLUSÃO

É de suma importância o princípio constitucional insculpido no art. 37, inciso II, da Carta Magna, o qual exige a prévia realização de concurso público para a investidura em serviço público sob pena de nulidade contratual. Ocorre que, estando o contrato de trabalho revestido de certas peculiaridades, tais como a impossibilidade de retorno ao status quo ante, pelo motivo de não poderem ser devolvidas ao trabalhador as energias gastas na labuta, a nulidade em questão merece ser revestida de nuances próprias. No presente contexto, não devem ser devidas verbas rescisórias e muito menos verbas salariais, pois o princípio que veda o enriquecimento ilícito não deve se sobrepor ao princípio que veda a contratação sem concurso público, sob o risco de estar o Poder Judiciário colaborando para tornar inócuo o dispositivo constitucional em estudo.

O que não pode ser admitido é que o Judiciário cobre do trabalhador a devolução dos salários e vantagens percebidas irregularmente durante a vigência do pacto, uma vez que tais verbas assumem o caráter da indenização equivalente a que se refere o art. 158, in fine, do Código Civil. Em outras palavras, o que foi pago ao obreiro não deve ser restituído, e o que restou-lhe devido pela Administração deve ser ignorado em nome da nulidade que ora se discute.

NOTAS

¹ MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS, in Contratação Temporária de Professor Substituto, à Luz da Constituição Federal de 1988, Revista Jurídica IN VERBIS, vol. 01, nº 02, UFRN/CCSA

² MAURÍCIO GOLDINHO DELGADO, in Curso de Direito do Trabalho, Estudos em Memória de Célio Goyatá, vol. I, Ltr, 2ª tiragem, 1993, pág.155.

³ TRT 8ª Região RE-EX-OFF-RO 7342/93 - Ac. 2ª T., 4121/93, 27.05.94, Rel. Juiz Rider Nogueira de Brito

⁴ Apud Dr. Xisto Tiago de Medeiros Neto, no parecer exarado no RO 2156/94. TRT 21ª Região

⁵ XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, in parecer exarado no RO 2156/94. TRT 21ª Região

BIBLIOGRAFIA

DELGADO, Maurício Goldinho. Curso de Direito do Trabalho, Estudos em Memória de Célio Goyatá, vol. I, Ltr, 2ª tiragem, 1993.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho, vols. I e II, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 14 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 4 ed., São Paulo: Atlas

ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO

Yara Maria Pereira Gurgel
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 8º Período

“O neoliberalismo busca destruir os fundamentos do trabalho. A crise provocada pelas classes dominantes não pode servir de argumento para chantagem internacional, com a conseqüente agudização das desigualdades sociais e a perda pelos trabalhadores de suas conquistas através da preterida flexibilização das normas laborais.”

(Declaração Final da IX Conferência Continental da Associação Americana de Juristas - Porto Alegre/RS - Junho de 1991). IN: (Terceirização - Uma abordagem crítica do fenômeno). Apud Rubens Soares Vellinho e Clório Erasmo Haerel. SinteseTrabalhista nº 70 Abri/195.

INTRODUÇÃO

Definitivamente, o “*homo sapiens*” está em constante evolução nas relações com os outros de sua espécie, graças a sua eterna insatisfação e a busca do perfeito. Deixou de habitar nas cavernas para viver nos arranha-céus. Inventou a roda, pisou a lua e, finalmente, recebe, informações de toda parte do mundo em alguns segundos via computador. Chegou a um grau tamanho de evolução que até o gênio italiano Leonardo da Vinci espantar-se-ia caso tivesse a oportunidade de, através de uma máquina do tempo, saber os acontecimentos do Séc. XX.

Inicialmente, o homem trabalhava para o seu sustento próprio, pela necessidade de satisfazer sua fome; tempos depois, iniciou-se o sistema de trocas e o regime de utilização do trabalho alheio.

Já os primeiros legisladores da Idade Antiga deram atenção especial ao lado econômico, social e ético do trabalho.

Aos poucos, o trabalhador saiu do regime de escravidão para o de servidão, deixando de ser considerado coisa e passando a ser visto como pessoa.

Com o fim da Idade Média, surgiu um processo de liberalismo econômico, deu-se o início da Era Moderna. Iniciou-se a prática do trabalho livre, de forma que trabalhador e empresário discutiam acerca das condições de serviço; dando ensejo ao surgimento do capitalismo e à polarização das forças produtivas.

Com a crescente evolução que vem acontecendo no mundo atual, as nações procuram reformas inteligentes de todas as ordens para se adaptarem aos novos fenômenos que acontecem em toda economia mundial, diante da modernização dos meios de comunicação, produção e da abertura de mercado, buscando acompanhar a competitividade crescente entre as atividades de mercado.

Tem havido uma busca ansiosa para conseguir melhores preços e maior qualidade na elaboração do seu produto, resultando num altíssimo índice de demissão, retrocesso nas relações

entre capital e trabalho, e ignorância dos princípios e normas vigentes, regentes das relações trabalhistas. Verdadeiro retrocesso à era do tempo em que o trabalhador era visto como mercadoria.

Buscando reduzir os encargos sociais e enxugar a estrutura empresarial, com o fito de obter mais lucros, as empresas iniciaram uma demissão desenfreada de trabalhadores e firmaram contratos com empresas prestadoras de serviços para executarem atividades antes realizadas por empregados com vínculo laboral. Esses terceiros, prestadores de serviços, destituídos de contrato de trabalho com a empresa beneficiada, mas com aquela locadora de seu labor, passaram a realizar as atividades empresariais, especializando-se em determinada área da produção. Portanto, a nova concepção empresarial é a de que somente uma parcela das atividades devem ser realizadas pelos empregados com contrato firmado com a empresa beneficiada.

Essa especialização em determinada área da produção, motivada também pela intervenção cada vez menor do Estado nas relações de trabalho, ferveu as relações de contrato atípicos, como o contrato por tempo determinado e o trabalho temporário, realizado, na grande maioria das vezes, de forma errônea e acarretando amargas consequências à classe dos trabalhadores, por fraudar os direitos e garantias trabalhistas.

Como lembrou a Presidente do TRT da 10ª Região, Maria de Assis Calsing¹, “o desemprego e o aviltamento do mercado de trabalho são realidades que se agravam em todos os países do mundo, em decorrência de distorções éticas e humanísticas geradas por modelos de desenvolvimento que estão sendo implantados, qualquer que seja a denominação que recebam, em um ou outro dos países”.

Diante da crise econômica que atravessa o país e a baixa educação da população, o índice de desemprego cresce de forma alarmante. Aponta-se que o mercado informal de trabalho já abrange mais de 55% da população economicamente ativa no país e que dois milhões de empregos sumiram na indústria, sendo cada vez maior o número de trabalhadores que se submetem a empregos destituídos de anotações em sua carteira do trabalho e, conseqüentemente, dos seus direitos inseridos nas leis trabalhistas vigentes.

É possível afirmar que o conflito entre o capital e o trabalho tem se caracterizado cada vez mais pela constante busca das empresas em manter-se à par da competitividade das relações mundiais de mercado; usando de artifícios como a terceirização, que são fraudulentos aos direitos do trabalhador, os quais foram conquistados através das lutas de classe e da evolução do pensamento humano.

Imperdoável admitir a submissão do desenvolvimento social ao desenvolvimento econômico. A esse respeito, lembra o francês JEAN CLAUDE JAVALLIER²: ***“O direito do Trabalho, por inteiro, foi apanhado pela tormenta econômica”, passando certas questões (como mercado de trabalho, política de emprego, competitividade entre empresas, etc.) a constituírem o núcleo de todos os problemas jurídicos. O fundamento econômico do Direito do Trabalho não dispensa, é claro, a colaboração dos economistas. Mas se espera que o economista, ao contribuir para a elaboração de modernas leis sociais, tenha presente que continua sendo indispensável que o legislador tenha forte criatividade “para colocar, em pé de igualdade, o livre desenvolvimento dos mercados e o pleno respeito ao Homem que trabalha”.***

CONCEITO

Terceirização, segundo Sérgio Pinto Martins³, “*deriva do latim “tertius”, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria*

fora dessa relação, daí, portanto, ser o terceiro.”

Este instituto se usado de forma correta, que é o que pouquíssimo tem acontecido, possibilita a empresa se dedicar tão-somente a sua especialidade, ou seja, às atividades-fins; e as atividades consideradas “meio”, por não serem necessárias ao fim da empresa mas, tão-somente, ao seu funcionamento, como as atividades de limpeza, de vigilância, de manutenção, que não oferecem lucro direto por não estarem ligadas a sua atuação principal, e podem ser executadas por terceiros desde que respeitados os benefícios constitucionais.

Porém, a realidade dos fatos tem provado que essa concepção acerca da terceirização não tem sido empregada acertadamente. A classe patronal tem dado entendimento errôneo acerca da definição de atividade meio. Tem sido considerada como quase toda às atividades da empresa e não somente as desvinculadas ao seu fim e desnecessárias à realização do produto; e que, flexibilizando as normas trabalhistas através da terceirização, é possível agilizar as atividades empresariais, reduzindo o quadro de pessoal com vínculo laboral à empresa, para baixar as despesas administrativas, visando o não recolhimento dos encargos sociais, possibilitando a concentração de investimentos e especialização nas atividades-fim.

Entretanto, não podemos confundir a empreitada com o instituto em questão. Na primeira, o interesse é o resultado do trabalho, da produção, como os contratos das construtoras. Na terceirização, ao final da produção não se extingue a relação contratual até porque não há uma produção final, mas uma permanente realização de trabalhos, de caráter não eventual.

SÉRGIO PINTO MARTINS⁴, nos seus apontamentos acerca da terceirização, atenta para a idéia de parceria existente entre a empresa locadora de serviços e a empresa beneficiada. Existe uma parceria a medida que o interesse não é a conclusão das atividades, mas seu constante exercício e não somente em picos de produção.

Para nós, fervorosos defensores da Justiça, é possível afirmar que a terceirização tem sido adotada pela classe patronal no intuito de negar os direitos trabalhistas à medida que empregados de micro-empresas executam atividades de natureza não-eventual para empresas de grande porte e indústrias, sob sua subordinação e dependência administrativa, atividades essas necessárias ao seu funcionamento, apesar da relação de emprego ser desconstituída de um contrato laboral.

É cada vez mais comum essa forma de flexibilização das relações trabalhistas. Nelas, as empresas transferem sua responsabilidade contratual para outras intermediárias, de padrões salariais inferiores.

Com isso, a fomentação de empresas prestadoras de serviço aumenta dia-após-dia. Somente no ABC paulista, no início da década de setenta, mais de 50.000 trabalhadores firmaram contratos com empresas de locação de mão-de-obra. Atualmente milhares de trabalhadores como esses buscam, através da Justiça do Trabalho, o vínculo empregatício com as empresas beneficiadas.

Fala-se até em “quarteirização”. É o que se entende por gerenciamento e administração de empresas terceirizadas por um tomador de serviços; é a subcontratação de empresas terceirizadas por uma quarta, buscando a empresa beneficiada a redução dos seus salários e encargos sociais..

O próprio Sr. José Renato Pinheiro, presidente de um sindicato patronal, chamou esse instituto de “Terceirização à brasileira” e ainda lembrou que essa nomenclatura surgiu em consequência do “jeitinho brasileiro”, a esperteza em detrimento dos direitos do hipossuficiente.

É certo que essa eterna mania de esperteza tem trazido graves consequências ao trabalhador brasileiro.

Com toda essa desregulamentação trabalhista, sem a devida postura crítica frente à estrutura jurisdicional, as garantias sociais conquistadas pelos trabalhadores têm ficado somente nas linhas dos diplomas legais.

Como lembrou o eminente juslaboralista uruguaio, AMÉRICO PLA RODRIGUEZ⁵, “Os princípios e normas de Direito do Trabalho que têm por objetivo restringir a exploração do homem pelo homem”, estão sendo desrespeitados para dar lugar à prática costumeira de se prejudicar o trabalhador.

REALIDADE FÁTICA

“O capital” - diz MICHEL RIQUET - “não passará nunca de um saco de moedas ou de um conjunto de mecanismos: uma coisa inanimada, em suma. O trabalhador é o homem vivo, despendendo energias. Não se pode, nem se deve, portanto considerá-lo como uma mercadoria qualquer nem tratar o trabalhador como se fora instrumento ou máquina. É a dignidade da pessoa humana que aqui faz valer seus direitos, condenando toda e qualquer manobra tendente a desrespeitar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso feito à imagem de Deus”. (Os Cristãos e o Dinheiro, pág 31).

O desenfreado e errôneo recurso à terceirização tem trazido sérios problemas de ordem jurídica que necessitam serem analisados. Inicialmente, o desrespeito aos preceitos legais contidos na Consolidação das Leis do Trabalho que têm como inspiração e fonte os princípios gerais justralhistas. Tais constituem o ordenamento jurídico do trabalho, não podendo haver contradições entre eles e os preceitos legais.

Francesco Carnelutti⁶, de forma simplificada e concisa, trata da importância dos princípios do direito: “os princípios gerais do direito não são algo que exista fora, senão dentro do próprio direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Encontram-se dentro do direito escrito como o álcool no vinho: são o espírito ou a essência da lei”.

Dentre os específicos da área trabalhista deparamos com o PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. Esse princípio, em poucas palavras, significa que o julgador sempre deverá dar preferência à realidade fática à documental, no caso de haver divergência entre estes; pois o contrato de trabalho é acima de tudo um contrato-realidade, donde o que interessa é a verdadeira prestação de serviços na qual o trabalhador se ache colocado e não o que foi pactuado.

Acerca disso acrescenta G.SCELLE⁷: “A aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma realidade jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Onde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.”

O princípio da primazia da realidade é fruto da intenção da parte patronal de simular uma situação jurídica distinta da real para fugir às normas trabalhistas incidentes quando do contrato de trabalho.

Fundamentado nos princípios basilares do direito do trabalho, como o da primazia da realidade, o legislador determinou a aceção jurídica de empregado no Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, “in textus”:

Art. 3º; Considera-se empregado, toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Inicialmente, é possível atestar as características essenciais do empregado, necessárias à relação de emprego: NÃO EVENTUALIDADE, CONTINUIDADE SUBORDINAÇÃO, DEPENDÊNCIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA e ONEROSIDADE. Podemos ainda incluir a EXCLUSIVIDADE.

Está sujeito aos preceitos legais da Consolidação todo aquele que prestar serviços de natureza não-eventual a empregador. Entende-se por eventuais todos os serviços que independam da atividade fim da empresa e de acontecimento incerto, casual, que não faz parte da vida normal desta; não se caracterizando, portanto, um contrato de trabalho por faltar a continuidade dos serviços.

Toda empresa possui uma atividade-fim, seja ela ligada à área de produção de manufaturados, automóveis ou de alimentos, por exemplo. Nenhuma empresa muda constantemente essa sua atividade, havendo, portanto, uma continuidade. A sua finalidade, ou seja, o final da realização do seu produto que é lançado no mercado terá sempre uma prestação permanente dos serviços ajustados. Na terceirização o contrato com o terceirizado é permanente e não ocasional. É possível afirmar que os serviços da empresa seja ele atividade-fim ou meio são necessários ao seu andamento e, por isso, existe o caráter de continuidade.

Em seguida, todo empregado que executa atividades para uma empresa está diretamente subordinado à mesma, tendo obrigação de seguir as suas determinações. Conjuntamente à subordinação, encontramos a dependência jurídico-administrativa ou hierárquica que resulta da obrigação do empregado de obedecer diretamente às ordens do empregador.

No caso da locação de serviços, o beneficiado da produção do trabalho é quem determina as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, dirigindo e fiscalizando as atividades, especialmente quando estas são realizadas no seu estabelecimento, acompanhando diretamente os trabalhos independente da existência de vínculo contratual.

Na terceirização, apesar de existir uma continuidade de trabalho e a dependência do empregado de forma jurídica e administrativa, quem assume a responsabilidade da oneração é a empresa locadora de mão-de-obra, apesar desta não assumir os riscos da atividade e não receber os lucros do empreendimento econômico da beneficiada.

A veracidade dos fatos mostra que empresas de grande porte têm demitido seus empregados e, em seguida, os contrata de forma indireta, como autônomos, ou até criando micro-empresas para que esta absorva alguma de suas atividades com total exclusividade, pretendendo acabar com o vínculo empregatício existente e destituindo o empregado de suas garantias.

A prática da terceirização tem trazido sérios danos à classe dos trabalhadores. O desrespeito aos princípios e normas trabalhistas vigentes acarreta uma precariedade de trabalhos devida a exaustiva especialização de uma classe em determinada atividade, causando o subemprego e até o desemprego, a insegurança e a instabilidade das relações trabalhistas.

Os empregados terceirizados, apesar de possuírem todas as características necessárias a uma relação de emprego com a empresa beneficiada, são remunerados pela empresa locadora de serviços que paga baixos salários, com encargos trabalhistas reduzidos, muito aquém do que receberiam se fossem empregados da tomadora de serviços; correndo até o risco desses salários, além de baixos, nunca serem pagos por parte dessas micro-empresas desestruturadas.

Um dos motivos dessa desigualdade entre os trabalhadores que têm vínculo contratual com a beneficiada e os que têm com a prestadora de serviços é a não existência de uma categoria de classes dos empregados terceirizados que possa, através do sindicato, representá-los num acordo e até numa convenção coletiva; como também a impossibilidade de adquirir os mesmos direitos que aqueles nos contratos coletivos pelo fato deles não serem considerados para fins

legais empregados da empresa tomadora dos seus serviços.

Lembra bem Maurício Rands⁸: ***“o principal objetivo visado pelo empresário ao buscar a terceirização é o de deixar os trabalhadores sem a proteção dos sindicatos; implicando assim a maior exploração de mão-de-obra barata, de baixos custos”***.

Dessa forma, a terceirização inibe a ação sindical e até os movimentos grevistas, vez que os empregados terceirizados são destituídos de uma categoria que possa representá-los e defender seus direitos.

LEGISLAÇÃO VIGENTE SOBRE A MATÉRIA

A primeira legislação acerca da terceirização foi a Lei 6.019, de 03.01.74, que trata acerca do trabalho temporário. As empresas, inspiradas pelos constantes exemplos alienígenas, estavam freqüentemente usando a locação de mão-de-obra com o fim de consegui-la barata e desvinculada de um contrato de trabalho permanente. Referido diploma legal dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, buscando distingui-lo do trabalho permanente.

De acordo com o artigo 2º da citada Lei: ***trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços***. (grifos nossos).

Trata-se portanto de atividade de caráter excepcional, permitida tão-somente durante o tempo de substituição de outro empregado que terá vínculo laboral com a empresa, ou quando, extraordinariamente, devido à necessidade imediata de empregados para suprir, num curto espaço, a alta produção, não podendo exceder de três meses; como determina o art. 10 da referida Lei: ***“o contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de 3 (três) meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho”***.

Tempos depois, o Tribunal Superior do Trabalho promulgou alguns Enunciados buscando corrigir lacunas da legislação, como os Enunciados 239, 256 e o 331, que tratam respectivamente acerca dos empregados de empresa de processamento de dados que prestam serviços a bancos, da contratação de trabalhadores por empresa interposta e da legalidade do contrato de prestação de serviços.

Promulgado ao final de 1986 pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Enunciado 256 visava acabar com as fraudes trabalhistas que vinham acontecendo, devido ao desrespeito às normas laborais. Intentava coibir a expansão do instituto da terceirização, determinando a ilegalidade da contratação de empregados através das empresas interpostas e tinha como espírito ***“a não exploração do homem pelo homem”***.

Dessa forma, determina o Enunciado 256:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas leis ns. 6.019, de 03.01.74 e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Com a Constituição Federal de 1988 em vigor, o TST promulgou o Enunciado 331, em 17.12.86, de forma desnecessária e repetitiva, já que o Enunciado 256 trata de forma simplificada acerca de toda a questão.

O Enunciado 331 buscou reunir toda legislação existente acerca da terceirização,

determinando sobre o contrato de prestação de serviços e suas consequências; *in verbis*”;

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS -
LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256.**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalhador temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74);

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública, Indireta ou Fundacional (art. 37. II. da Constituição da República);

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Ao apreciar o embasamento do Enunciado, é possível, inicialmente, constatar que o Inciso I é tão somente a repetição do Enunciado 256, o que ratifica a ilegalidade de empregados serem contratados através de empresa interposta, formando-se vínculo direto com a tomadora de serviços. Procura constranger os abusos ocorrentes contra os benefícios trabalhistas que as empresas têm pretendido através desse tipo de contratação. Com relação ao trabalho de caráter temporário, a Lei nº 6.019, de 03.01.74, trata exaustivamente da possibilidade jurídica deste instituto, deixando bastante claro o caráter da transitoriedade.

O Inciso II do referido Enunciado trata acerca da impossibilidade jurídica de vínculo empregatício com a Administração Pública, Indireta ou Fundacional, em decorrência de contratação irregular, veio tão-somente ratificar o Inciso II do Art. 37 da Carta Magna que determina a necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo, portanto, desnecessário e repetitivo deste inciso.

É determinado no Inciso III que somente os serviços de vigilância, de conservação e limpeza e os serviços ligados às atividades consideradas “meio” do tomador por serem totalmente desnecessárias ao funcionamento da produção, que não forma vínculo empregatício com o tomador de serviços. Os serviços de vigilância já estão perfeitamente determinados através de legislação própria, Lei n. 7.102, de 20.06.83.

Atividade meio nada mais é do que aquela que não coincide com as atividades que têm ligação com o fim principal da empresa, como os serviços de limpeza. É impossível considerá-las como qualquer atividade que tem por final a interação com o objetivo da empresa, a concorrência com as ações permanentes; sendo finalmente necessário a inexistência das características de empregado, elencadas no art. 3º da CLT.

Finalmente, o Inciso IV determina acerca da responsabilidade subsidiária que o tomador de serviços tem caso haja o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa locadora de serviços. Acerca dessa questão, é até possível tratá-la fazendo-se uma analogia com o art. 455 da CLT que determina a responsabilidade subsidiária do sub-

empreiteiro; apresentando, mais uma vez, a falta de inteligência do Enunciado 331.

CONCLUSÃO

É possível afirmar que a terceirização é uma forma moderna de “escravidão”, onde trabalhadores sem vínculo empregatício realizam atividades de caráter não eventual, com exclusividade, sob a dependência administrativa e subordinação da empresa beneficiada. A classe patronal buscou através desse instituto, baixar os custos administrativos ao demitir seus empregados com vínculo empregatício e através de empregados de empresa interposta executar suas atividades; causando um enxugamento na estrutura empresarial e a redução dos encargos sociais, obtendo, conseqüentemente, maior margem de lucro.

Ao promulgar os Enunciados 256 e o 331, o Tribunal Superior do Trabalho viabilizou a possibilidade de empresas contratarem trabalhadores, através de empresas interpostas, para laborarem suas atividades de caráter temporário, ou aquelas desnecessárias ao fim empresarial, que não ofereçam lucro direto, mas que estão ligadas tão somente ao seu funcionamento.

O desenfreado e errôneo recurso à terceirização trouxe sérios problemas de ordem jurídica devido o desrespeito aos princípios e normas legais que regem o Direito do Trabalho. Dentre as conseqüências desse instituto, podemos elencar:

- Alto índice de demissão;
- Desemprego;
- Sub-empregos;
- Mão-de-obra barata;
- Fomentação dos contratos atípicos;
- Flexibilização das normas trabalhistas; - Fraude aos direitos e garantias sociais;
- Instabilidade nas relações empregatícias;
- Formação de uma classe totalmente destituída de sindicato que possa reivindicar seus direitos e representá-los;
- Enfraquecimento dos movimentos sindicais.

Faz-se necessário que o Poder Judiciário sancione medidas inibidoras desse instituto fraudulento aos direitos do trabalhador, antes que o trabalhador deixe de ser considerado pessoa e volte, como nos primordes, a ser visto como coisa.

Portanto, a terceirização não é a solução para que as empresas se coloquem à par com a crescente competitividade entre as atividades de mercado, mas um dos fatores que levou o país à crise existente entre as relações de capital e trabalho.

À conclusão, deixamos a reflexão de J.J. Calmon de Passos: “O homem é um ser imperfeito que se imola e se consome na insofrível e constante luta por alcançar a perfeição. Ele é um prático, pragmático e imediatista que vitaliza o seu cotidiano com a utopia que mantém viva sua esperança num futuro melhor. Ele é o egoísta narcisescamente voltado e é dependente do centro, de todos os outros necessários para a plenificação de sua condição humana. Ele é o ser transitório e frágil submetido à lei da morte, mas que edifica com solidez e se abriga com segurança na perenidade das coisas e de sua individualidade. O homem só tem presente, mas é o amanhã do homem que o mantém vivo e atuante. E porque é assim, irremediavelmente assim, é que me pareceu fecundo, gratificante e desafiador pensar hoje o processo de amanhã, ainda que

o tenha feito de modo tão insatisfatório.”

NOTAS

¹ , Tópicos do discurso proferido na ocasião de sua posse na presidência do TRT da 10ª Região, no dia 22/03/1996; publicado no “Correio Brasiliense” de 08/04/96.

² Manual de Direito do Trabalho. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: Ltr, 1988.

³ A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁴ ob. cito 3ª

⁵ Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. - São Paulo: Ltr, 1978.

e Sistema di Diritto Processuale Civile. I. Funzione e Composizione de Processo. Padua, 1936, pág.120.

⁷ Mario de La Cueva, “Derecho Mexicano dei Trabajo”, 2ª ed., México, 1943, t. I, pág. 381.

⁸ A Flexibilização e as Relações do Trabalho. Tese de Mestrado pela Universidade de Oxford.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. “A Justiça do Trabalho na Ordem Jurídica Brasileira”. São Paulo: . Ltr,1993.

AZEVEDO, André Jobim. “Instituto de Terceirização - Objeto – Finalidade - Desenvolvimento”. Síntese Trabalhista. Porto Alegre. nº 78 Dez/95.

BUENO, José Hamilton. “Terceirização só funciona com parceria”. Síntese Trabalhista. Porto Alegre. nº 78. Dez/95.

CALSING, Maria de Assis. “A Justiça do Trabalho e as mudanças mundiais”. Correio Brasiliense. Bsb/DF. 08/04/96. .

COSTA, Orlando Teixeira. “O trabalho e a Dignidade do Trabalhador”. Síntese Trabalhista. Porto Alegre, nº 75 Set./95.

DINIZ, José Janguê Bezerra. “O Fenômeno da Terceirização”. Jornal Trabalhista. Bsb/DF Ano XIII nº 600. .

HADDAD, José Eduardo. “A Terceirização na visão da Justiça do Trabalho”. Ltr. São Paulo. 021/94. Ano 30.

JAVILUER, Jean-Claude. “Manual de Direito do Trabalho”. São Paulo: Ltr, 1988.

KALUME, Pedro Alcântara. “Terceirização”. Ltr. Vol. 58 nº 03. São Paulo, 1994.

LEIRIA, Jerônimo Souto. “Terceirização muda cenário no Brasil”. Síntese Trabalhista. nº 79. Porto Alegre: Janeiro/96.

LIMA, Enio Rodrigues. “Terceirização de Serviços”. Suplemento Trabalhista. Ano: 29 nº 149/93. São Paulo: 1993.

LIMA, Manoel Hermes. “Terceirização e Fraudes Trabalhistas”. Visão Doutrinária. Suplemento Trabalhista. São Paulo; Ano 32; 1996.

MAMEDE, Gladston. “Em defesa da Terceirização”. Suplemento Trabalhista. LTr. São Paulo. Set/94.

MARTINS, Sérgio Pinto. “A Terceirização e o Direito do Trabalho”. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

MELLO, Álvaro e OLLIVO, Silvio. “Terceirização: Saída para o desemprego”. Síntese Trabalhista. nº 79. Porto Alegre. Janeiro/96.

NETO, Antenor Nascimento. “A roda global”. Revista Veja. 03/04/96.

PASSOS, J.J. Calmon. “Participação e Progresso”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

PIMENTEL, Marcelo. “O preço do Progresso”. Síntese Trabalhista. Porto Alegre. nº 70 Abril/95.

PINHEIRO, José Renato. “País ultrapassa os limites da quarteirização”. Síntese Trabalhista. Porto Alegre. nº 78 Dez/95.

RANDS, Maurício. “A Flexibilização e as Relações de Trabalho”. Tese de Mestrado pela Universidade de oxford.

- RODRIGUEZ, Américo Plá Rodriguez. “Princípios de Direito do Trabalho”. São Paulo: Ltr; 1993.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. “Curso de Direito do Trabalho”. 5ª Ed. Curitiba: Juriá, 1995.
- _____. “Comentários à CLT”. 16ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.
- SANTOS, Marco Fridolin Sommer. “Em defesa do Enunciado 331 do TST”. Revista Ltr. São Paulo. Ano 59 Nov/95.
- SILVA, José Ajuricaba da Costa. e. “Contratação Coletiva de Trabalho” Ltr. São Paulo. Vol. 59 nº 08 Agosto/95.
- SILVA, Larissa Carotta Martins. “A Terceirização no Direito do Trabalho e o Enunciado 331 do TST”. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo. Ano 30. 025/94.
- VELLINHO, Rubens Soares e HAESEL, Clório Erasmo. “Terceirização - uma abordagem crítica do fenômeno”. Síntese Trabalhista. Porto Alegre. nº 70. Abri1/95.

AUTOMAÇÃO: A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA*

*Rogério Magnus Varela Gonçalves
Acadêmico do Curso de Direito da UFPB*

O tema ora proposto tem sido objeto de diversos estudos por doutrinadores do Direito do Trabalho, precipuamente, por dois fatores, um de ordem social, o irreversível processo de avanço tecnológico e o conseqüente incremento no número de desempregados; outro de ordem legal: a inovação constitucional, pois o constituinte pátrio, ao elencar os direitos dos trabalhadores, inseriu a proteção em face da automação contida no art.7º, XXVII, da Carta Magna vigente.

O processo de automação pode subdividir-se em duas fases: a primeira é mais benéfica aos trabalhadores, uma vez que possibilita a execução das tarefas insalubres, perigosas e congêneres pelo uso da tecnologia de ponta, gerando irrefutável melhoria nas condições de segurança do trabalho. Todavia, em pólo totalmente adverso, encontra-se a segunda fase do processo, por demais prejudicial ao trabalhador, podendo gerar o desemprego em massa, já que, havendo uma substituição do homem pela máquina, aumentar-se-ia a produção em detrimento dos custos finais que diminuiriam sensivelmente, o que permitiria um lucro maior, idéia que desfruta da simpatia dos empresários brasileiros.

Para que a automação não tenha um efeito preponderantemente negativo na sociedade, faz-se mister uma etapa preparatória para a implantação de todo o processo. Seria feito um planejamento de adaptação da economia e do mercado de trabalho, enfatizando, neste último ponto, o treinamento, a reciclagem e a readaptação profissional, adequando o trabalhador brasileiro às exigências e necessidades de um mercado de trabalho que apenas absorveria pessoal habilitado a trabalhar com a tecnologia da era pós-industrial.

A OIT tem sistematicamente estudado o problema em tela. Como fruto desses estudos, publicou o "Bulletin d'informations sociales", abrangendo o lapso temporal contido entre 1982 e 1985, no qual Hedva Sarfati e Margaret Cove enumeram alguns dados. O presente texto acolhe alguns dos dados propostos na citada obra, permitindo-se transcrever "infra" alguns deles, quais sejam:

1) as novas tecnologias têm o poder de melhorar a qualidade de vida. Elas permitem suprimir tarefas perigosas e repetitivas, ganhar tempo da execução do trabalho, obter rapidamente informação,..., ao mesmo tempo em que reduz o custo do ensino, da formação ou orientação profissional, da planificação financeira e de atividades de consultoria e assessoria. Mas, na atual conjuntura, a troca de tecnologia gera também o desemprego, além da insegurança do emprego;

2) para a maioria dos Estados-membros da OIT constituída de países em vias de desenvolvimento, essa nova revolução industrial pode ser prejudicial: se eles não puderem utilizar rapidamente as inovações tecnológicas, agravar-se-á o atraso econômico, e aumentarão as dificuldades nos planos de emprego e de competitividade no mercado internacional;

3) os sindicatos de trabalhadores reconheceram que as inovações tecnológicas são indispensáveis para a competitividade das empresas frente às suas concorrentes estrangeiras. Reivindicam, no entanto, maior segurança no emprego e nos locais de trabalho, além de facilidades para o trabalhador adaptar-se às novas técnicas, assim como maior atendimento ao fator humano por parte das fábricas de equipamento (ergonomia). Essas organizações desejam que os frutos da nova tecnologia beneficiem a todos, inclusive no tocante aos salários e às

condições de trabalho, devendo os trabalhadores participar autenticamente da introdução das novas tecnologias (no entender da presente tese, o meio mais adequado para a autêntica participação dos trabalhadores na introdução das novas tecnologias seria a criação de comissões compostas por empregados e empregadores, para se discutir a marcha ou o ritmo de implantação dos produtos tecnológicos, como também a programação de cursos para o desenvolvimento do trabalhador, adaptando-o aos novos equipamentos, entre outros);

4) a automação de fábricas e escritórios determinará, comumente, a revisão das qualificações profissionais requeridas e a própria maneira de trabalhar. Daí pretenderem os sindicatos que os empregadores assumam a carga de reciclagem ou da readaptação dos empregados atingidos.

O atual contexto econômico e político mundial, com a gradativa globalização da economia, como demonstram o NAFTA, o Mercado Comum Europeu e o Mercosul, não permite que se fale em retrocessos ou entraves no desenvolvimento tecnológico, pois o país que incorrer nesse erro estará fadado ao ostracismo econômico-financeiro.

A automação irá gerar uma série de resultados imediatos e mediatos. Os principais reflexos imediatos serão, além da maior segurança do trabalhador, não mais havendo uma sobrecarga sobre a medicina do trabalho, o acréscimo no número de desempregados. Já no tocante a reflexos mediatos, poder-se-ia afirmar que haveria uma maior qualificação da mão-de-obra empregada, além de se fazer imperioso um repensar de todo o Direito do Trabalho, com a necessária flexibilização do petrificado Direito Laboral Brasileiro, tão avesso a profundas modificações, possibilitando, à guisa de exemplo, uma maior gama de possibilidades de utilização do contrato de trabalho por tempo determinado, como também o incentivo ao contrato coletivo, verificando-se menor ingerência estatal, diminuindo-se o universo de normas cogentes, tornando maioria as dispositivas. Todavia, não se apregoa, no presente texto, a retiradas das árduas conquistas dos trabalhadores nacionais, e sim, tenta-se dar sugestões para a minimização do problema, devendo o mesmo ser enfrentado sem rebusques ou aparentes verdades.

Os constituintes pátrios, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, ao disciplinarem o tema em exame, cometeram temerários equívocos, que devem ser destacados: primeiramente, foi utilizado o termo automação, originário do saxão *automation*, significando o sistema automático pelo qual os mecanismos controlam seu próprio funcionamento, quase sem a interferência humana, ao invés de automatização, termo mais apropriado para a gradativa implantação de equipamentos tecnológicos em indústrias. O segundo e principal engano constante na Lei Maior vigente diz, respeito a toda a expressão “proteção em face da automação”, como sendo a automação um mal em si, e não o é, sendo, em última análise, benéfica, pois, sem ela, haveria uma quebra da evolução tecnológica. É bem verdade que a automação pode trazer efeitos danosos, não podendo, contudo, ser vista como uma portadora do germe da nocividade. O texto ora escrito, apesar de fazer ressalvas à expressão constitucionalmente empregada, a utiliza com o intento de ser fiel ao direito positivo.

Muito tem-se falado acerca da importância da regulamentação do princípio da proteção em face da automação, competência do legislador ordinário. Não obstante a relevância do disciplinamento do aludido dispositivo constitucional, de muito mais valia seria uma mudança conjuntural na sociedade, já que o desemprego, principal receio decorrente da automação, não será contido via mandamento legal. Sugere-se a observância dos itens enumerados abaixo como algumas das medidas que atacariam o cerne do problema, modificando fundamentalmente a mentalidade social como um todo:

1) a criação de uma política criteriosa para o ensino, o treinamento e a capacitação profissional para as imergentes atividades humanas que surgirem no decurso do processo de

automação, criando disciplinas curriculares obrigatórias para a formação de mão-de-obra qualificada;

2) o apoio a pesquisa universitária, no que tange ao processo produtivo do país, atribuindo ao ensino superior brasileiro parcela da responsabilidade na preparação de tecnologias avançadas e que possam ser dominadas por um crescente número de usuários trabalhadores;

3) uma justa divisão com os empregados dos ganhos de produtividade resultantes dos avanços tecnológicos, reduzindo-se a jornada de trabalho, aumentando-se o valor real dos salários e melhorando as condições de trabalho, notadamente as concernentes à segurança do trabalhador (o presente item, além de um pouco utópico, pode parecer um contra-senso, pois como se poderia diminuir a jornada de trabalho e, ao mesmo tempo, aumentar o valor real dos salários? A resposta apresenta-se cristalina e simples, pois, com a implantação das novas tecnologias, haverá, indubitavelmente, um acréscimo na margem de lucro do empresariado: é a chamada “mais valia”. A categoria patronal deve atentar para o fato de que é mais benéfico, no atual contexto, manter-se um subordinado dito dispensável que despedi-lo. Caso todos os empresários, por terem suas fábricas automatizadas, resolvessem dispensar seus empregados, haveria uma abrupta redução do mercado consumidor, o que geraria, via de consequência, grave desequilíbrio entre a oferta e a procura. Haveria uma crise de vendas e a inevitável quebra de muitas empresas. Para o crescimento do faturamento das indústrias, além da implantação da automação, deve-se aumentar o poder de compra do mercado consumidor, prestigiando-se o trabalhador, pois é ele quem impulsiona todo o mercado, desde a confecção do produto até a compra do mesmo, uma vez que, por mais avançadas que as máquinas sejam, jamais se encontrarão no final da cadeia mercadológica, não podendo, portanto, comprar. Alguns países já atentaram para a necessidade de prestigiar o empregado e seu emprego. Citar-se-ia, a título exemplificativo, o Japão, que, salvo a imprecisão dos dados, tem taxa de desemprego em torno de 2,5%, mesmo mantendo os *madogiawazoku* (tribo da janela), empregados desnecessários e que são pagos, por estarem no recinto do trabalho, mesmo sem nada fazerem. O governo e o empresariado japonês mantêm tais empregados, pois têm ciência das consequências econômicas e sociais da demissão em massa);

4) uma cooperação entre a iniciativa privada e o poder público resultando, através do aprimoramento do seguro desemprego, em uma maior assistência aos desempregados (poder-se-ia questionar se essa sugestão não oneraria o poder público. Responde-se negativamente, visto que tal aprimoramento basear-se-ia na “mais valia” oriunda do processo de automação, dando-se da seguinte forma: parcela do lucro advindo da automação seria destinada à formação de um fundo monetário, tal lastro financeiro seria utilizado, para, juntamente com o atual montante pago pelo governo, permitir e incentivar o trabalhador despedido a trilhar o próprio caminho, podendo, inclusive, montar uma micro empresa. É uma hipótese que serviria de paliativo para o problema, havendo a necessidade de, ao longo do processo de automação e com a constatação das dificuldades, fazer-se uso de outros meios de proteção do trabalhador. Para tanto, torna-se indispensável uma constante monitoração do processo automatizado, podendo-se paulatinamente, adequar a legislação às fases do processo em análise).

A automação refletirá em efeitos danosos, entretanto os mesmos serão em menores proporções do que se especula, já que, mesmo ocorrendo o desemprego em determinados setores da atividade laboral, haverá, também, em contra partida, a necessidade crescente de pessoal em outros setores. O processo automatizado está, no tocante ao mercado de trabalho hodierno, propiciando uma verdadeira revolução das relações de emprego e dos meios de produção, fazendo-se valer o velho ensinamento de *Charles Darwin* sobre o processo de seleção natural, pois, se, no Mundo, continuam vivos os animais mais evoluídos, continuará empregado apenas aquele que tiver, *pari passu*, acompanhado o avanço tecnológico. É o que poder-se-ia chamar de processo de seleção, não mais natural, e sim tecnológico ou humano. A automação é um processo em que o Mundo está inserido, pois os países que se insurgirem contra ele estarão

caminhando na “contra-mão” da História. O que se espera é que todos possam tirar proveito dessa nova realidade tecnológica, possibilitando uma convivência harmoniosa entre os homens e as máquinas, utilizando-se estas como melhoria nas condições de vida daqueles e não como ameaça de qualquer ordem.

REFLEXÕES ACERCA DO DOMICÍLIO ELEITORAL

Sivanildo de A. Dantas
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 8º Período

Dentre os inúmeros temas polêmicos de Direito Eleitoral, sobleva-se, como um dos mais sedutores, apesar de delicado e conflitante, o domicílio eleitoral.

Nada obstante haver sido abordado pelos maiores eleitoralistas pátrios, continua ainda a matéria sem contornos definidos e precisos, talvez por ter sido tratada de uma forma secundária e superficial, ensejando, assim, dúvidas, críticas e contradições.

Isto ocorre, por um lado, por ser a interpretação da legislação eleitoral muito delicada, na medida em que se aproximam as eleições. Com efeito, ela tem implicações e conseqüências políticas, o que significa dizer que ela se inspira, não raro, em paixões políticas, e, em decorrência, por linhas transversas, também as provoca. Por isso a dificuldade em dar-se uma aplicação literal da lei, quicá exegética.

O objetivo deste estudo não é outro senão o de dar uma pequena contribuição acadêmica para a produção científica do direito.

Antes de começar o estudo propriamente dito, releva analisar o que seja domicílio civil e de eleição para o melhor posicionamento do leitor. A seguir, faremos um exame do domicílio eleitoral no Código, para por fim enfocar o instituto sob o ângulo doutrinário e jurisprudencial.

DOMICÍLIO CIVIL E DE ELEIÇÃO

Segundo a regra perfilhada no art. 31 do Código Civil, domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo, verbis:

“Arf. 31. o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência em ânimo definitivo”.

São pressupostos, portanto, do domicílio civil da pessoa natural a residência e a intenção de permanecer definitivamente em determinado lugar, exercitando os seus direitos e cumprindo as suas obrigações.

Domicílio civil é a residência permanente e, do ponto de vista legal, é o lugar onde se presume presente a pessoa para fins de direito.

Residência, no entanto, é a relação de fato, é o lugar em que a pessoa habita ou tem o centro de suas ocupações. É o lugar de morada normal.

A morada, por sua vez, seria o lugar da presença real ou estada habitual da pessoa.

A essência do primeiro é puramente jurídica e corresponde à necessidade do Estado de fixar a pessoa em dado local; a da segunda e da terceira é meramente de fato.

Sobre o ponto, colha-se a lição do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, volume I, 13ª Ed. Forense - Rio, 1992, p. 248), “(...) para o direito brasileiro, não é o fato material de ser permanente que faz da residência um domicílio, mas o fator psicológico, o ânimo definitivo”.

Apenas para efeito didático, teríamos numa gradação normal a morada, a residência e o domicílio.

Há ainda o domicílio de eleição, que apesar do nome não se confunde com o eleitoral nem tampouco com o civil. É o domicílio de eleição aquele escolhido pela vontade das partes para que nele se promova o cumprimento de um contrato. Pode ou não coincidir com o domicílio civil.

Existem outros tipos de domicílio, mas, para efeito do presente trabalho, ficaremos apenas nestes.

DOMICÍLIO ELEITORAL

O cidadão, para exercer o seu direito político, precipuamente o de votar e ser votado, não precisa, necessariamente, residir com ânimo definitivo no lugar em que vai exercer esse direito-dever. Pois domicílio eleitoral não se confunde com domicílio civil; o cidadão pode ter o domicílio eleitoral em um lugar e o domicílio civil em outro. Há toda uma permissibilidade legal. Ou, como queiram alguns, não há impedimento legal.

O Código Eleitoral definiu no seu artigo 42, parágrafo único, o que venha a ser domicílio eleitoral. Definiu, mas não conceituou, verbis:

“Art. 42. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição do eleitor.

Parágrafo único. Para efeito da inscrição é domicílio eleitoral o lugar de residência ou morada do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas”.

Para o nosso estudo interessa apenas o parágrafo único do artigo em tela.

O que se colhe do dispositivo em questão é que domicílio eleitoral é uma coisa e domicílio civil é outra. Até porque o dispositivo não fala em domicílio, mas em residência ou morada. Por isso não há nenhum óbice em uma pessoa ter o seu domicílio eleitoral na cidade “A”, onde exerça as suas atividades políticas, e o seu domicílio civil na cidade “B”.

Considerou, pois, assim, o nosso estatuto eleitoral domicílio o lugar de residência ou morada do alistando e, em possuindo mais de uma, qualquer delas.

É bem verdade que o Código Eleitoral não tratou de conceituar o que seja domicílio eleitoral, aliás, o que é próprio dos nossos diplomas legais, deixando para a doutrina e jurisprudência esta incumbência. Mas o definiu, de forma que no contexto, as palavras residência, morada e domicílio se igualam, se equiparam, levando muitas vezes a engano o intérprete, talvez pela imprecisão do texto ou, quem sabe, por estar auto-sugestionado com o conceito de domicílio civil.

A legislação admite a possibilidade de o cidadão que tenha várias residências ou moradas em lugares distintos escolher dentre essas uma para ser o seu domicílio eleitoral, por coincidir, talvez, com o centro de suas atividades econômicas e sociais, valorando, desta forma, os laços de identidade ou afinidade deste lugar no qual exercerá seu direito político. Não é o simples fato de o cidadão ter uma residência que consista no seu lar, que o fará obrigatoriamente eleitor desse município. Tem que haver o liame subjetivo, que se traduza na vontade de exercer os seus direitos políticos naquele local.

Imperfeita a norma tal como expressa no art. 42, como defendem alguns doutrinadores?

Talvez.

Neste particular temos o escólio de JOEL JOSÉ CÂNDIDO (Introdução ao direito eleitoral positivo, Ed. Brasília Jurídica-DF, 1994, p. 30), quando numa determinada passagem referindo-se ao Art. 42, parágrafo único, diz: “Termina como tem ocorrido, se julgando em favor do interessado, em decorrência da imprecisão da norma. Mais feliz foi o legislador do Código Eleitoral de 1935, onde o domicílio eleitoral era o mesmo domicílio civil. A jurisprudência, porém, embora por isso se tenha pago um preço muito caro, reluta em exigir, para caracterizar o domicílio eleitoral, os mesmos requisitos que estão a indicar o domicílio civil (...)”. Ato contínuo, opina o ilustre doutrinador, “O ideal a nosso entender é que o ânimo de permanecer fosse o norte da conceituação - tal como se dá na caracterização do domicílio civil - do domicílio para fins eleitorais, o que a redação atual não impede. Evitar-se-iam, assim, candidaturas alienígenas, ditadas apenas por interesses políticos ocasionais”.

Aqui, ousamos dissentir do entendimento esposado pelo grande mestre, argumentando que os princípios da boa-fé e da honestidade hão de ser elevados acima da norma, pois são princípios do direito natural, portanto anteriores ao direito positivo.

Para a consecução dos desígnios desta norma, o próprio juiz tem que ter a consciência que seu poder é imenso. Ao magistrado cabe ajustar a lei à realidade social, a ela não se subordinando nem a ela se aprisionando. A ele compete realizar a justiça justa, vencendo a frieza, a insensibilidade e a decrepitude da lei.

Se o legislador não foi preciso ao redigir o versículo em tela, cabe ao Judiciário, quando convocado a defrontar-se com os casos concretos a ele trazidos para apreciar, suprir esta lacuna, julgando caso a caso, face às riquezas dos fatos e peculiaridades das situações, e, na dúvida, sempre em prol do interessado. Cabe atentar, por pertinente, que o julgador nada obstante ter em mente a boa-fé do requerente, não deve descurar que em nosso País, talvez pela imaturidade política ou por outros motivos, haja sempre aproveitadores dotados de interesses políticos mesquinhos, que, tendo várias residências em municípios diferentes, algumas até forjadas, usará a que melhor lhe aprouver para tentar candidaturas alienígenas, ao sabor de suas conveniências pessoais.

Certamente não foi este o espírito finalístico que o legislador quis dar à norma.

Ainda sobre a indagação de o versículo da lei em apreço ter vindo à lume imperfeita, não merece prosperar a irresignação de alguns doutrinadores. É que temos, também, que levar em consideração que o legislador do Código Eleitoral pode ter tido a intenção de proporcionar ao cidadão de boa-fé o seu livre arbítrio, a sua livre escolha no que diz respeito ao seu domicílio eleitoral quando tiver mais de uma residência ou morada.

Tudo restaria resolvido se o Código Eleitoral tivesse, na esteira do Código Civil, conceituado domicílio eleitoral e o distinguido de residência e moradia para, assim, dar força dogmática ao instituto. Ou, por que não, tomado emprestado o inteiro teor do art. 31 do Código Civil. Talvez assim restasse esclarecida esta controvérsia. Aqui surge, inevitavelmente, a pergunta: seria esta a melhor forma de solucionar o conflito? A resposta está com cada um de nós e, não raras vezes, poderá ter natureza política.

No entanto, infelizmente ou felizmente, esse não foi o entendimento adotado pelo nosso Código Eleitoral. Por isso temos que nos socorrer da doutrina.

Avocando o magistério do mestre TORQUATO JARDIM, temos: “Para o direito eleitoral, enquanto direito público, no entanto, é suficiente a moradia que revele um liame de interesse político na circunscrição, tanto assim que poderá o candidato, tendo mais de uma moradia, escolher qualquer delas. O que faz a lei, para conferir maior nota de legitimidade à representação, é exigir tempo mínimo de moradia, na circunscrição, de modo que, ao domicílio

eleitoral do eleitor, válido a qualquer tempo após o alistamento ou a transferência, se acrescente um plus de cidadania que o faça adquirir, também, o direito de ser votado”.

A jurisprudência dominante, inclusive a do Colendo Tribunal Superior Eleitoral tem se esforçado para consolidar esse entendimento. Vejamos no particular o que diz a ementa do Acórdão nº 8.246, de 03/10/ 86:

Ementa: Domicílio eleitoral. Não se confunde com domicílio civil. Fatos que demonstram a existência do domicílio eleitoral. Prova. (Acórdão nº 8.246, 03/10/86, TSE, in BE-TSE 424/766”.

Com o advento da lei nº 6.996/82 é suficiente a declaração do eleitor para constituir seu domicílio (art. 8º, III), motivo pelo qual, quando do pedido de registro da candidatura, a simples apresentação do seu título de eleitor, é bastante.

Sua declaração tem presunção *juris tantum*, uma vez que desafia prova contrária obtida mediante diligência de verificação promovida pela Justiça Eleitoral, dispensáveis, no entanto, o inquérito policial ou certidão lavrada por oficial de justiça.

Cabe ao juiz, quando do deferimento ou principalmente do indeferimento de inscrição eleitoral, tomar as devidas providências no sentido de apurar a verdade real, da instrução processual, seja através de declaração do eleitor, seja de depoimento pessoal do mesmo ou até por meio de prova testemunhal de que o eleitor tem domicílio eleitoral no município. O que não se pode, em hipótese alguma, é substituir toda instrução processual, por certidão lavrada por meirinho.

Em assim não procedendo, tomar-se-á um ato jurídico manco.

Em sede jurisprudencial há diversos arestos nesse sentido. A propósito convém transcrever, a seguir, o do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, que sob a relatoria do eminente Juiz Dr. WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, traduz na sua ementa todo o fundamento do que acima foi dito:

“EMENTA: DOMICÍLIO ELEITORAL - CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA - INIDONEIDADE - PROVIMENTO DO RECURSO.

Sem embargo de ser frágil, mera certidão lavrada pelo oficial de justiça, dando conta que o eleitor não tem domicílio eleitoral no município onde quer ser reconhecido como tal, por, si só, não possui idoneidade para substituir instrução processual necessária à comprovação da questão fática, colocada sob apreciação do magistrado.

Domicílio eleitoral não se confunde com domicílio civil, daí por que irrelevante a circunstância de o cidadão residir, ou não, na Zona Eleitoral em que é eleitor.

No indeferir inscrições e transferências eleitorais, cabe ao magistrado não descurar-se, em busca da verdade real, da instrução processual, cuidando de tomar o depoimento pessoal do eleitor, assim como determinar, de ofício, a inquirição de testemunhas, pois, em casos que tais, na dúvida, sempre e sempre, impõe-se decidir em prol da capacidade eleitoral ativa, no domicílio escolhido pelo interessado.”

Ainda com relação a domicílio eleitoral, cabe aqui, por pertinente, focar a situação do domicílio do candidato de município novo, desmembrado do município-mãe, mas ainda não instalado. Certamente que para efeito de domicílio eleitoral de candidato de município recém criado contar-se-á o tempo do domicílio do município-mãe.

Essa opinião tomar-se-ia inócua, não fosse a mesma estribada em jurisprudência do Colendo TSE:

“Igualmente válido, no município novo, desmembrado mas ainda não instalado, o domicílio que o candidato tenha no município-mãe, dada a impossibilidade de restringir o conceito de domicílio eleitoral antes de criado o novo município” (TSE, Acr. 8.400, rel. Min. OSCAR CORREA, Bol. El. 429-01/212).

A propósito, convém também trazer à tona a posição do funcionário público que está lotado num determinado município e vota em outro.

O funcionário público, como é de todos conhecido, tem por domicílio legal o lugar onde exerce sua função permanente, (inteligência do art. 37 do CC).

Mesmo assim, consoante o art. 42, parágrafo único, do Código Eleitoral, não há que se obstaculizar a opção por domicílio eleitoral diverso, se nele mantém residência ou moradia.

Neste sentido predomina a jurisprudência do TSE:

“DOMICÍLIO ELEITORAL: FUNCIONÁRIO PÚBLICO ALISTADO EM MUNICÍPIO QUE NÃO É DE SUA LOTAÇÃO, MAS NO QUAL MANTÉM RESIDÊNCIA. 1. ENQUANTO NÃO DESCONSTITUÍDO EM PROCESSO DE EXCLUSÃO DE ELEITOR, O ALISTAMENTO PROVA O DOMICÍLIO ELEITORAL NA CIRCUNSCRIÇÃO (CE. ART. 72). 2. O DOMICÍLIO LEGAL DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO NÃO LHE IMPEDE A OPÇÃO POR DOMICÍLIO ELEITORAL DIVERSO, SE NELE MANTÉM RESIDÊNCIA OU MORADIA (CE, ART. 42)”. (Acórdão nº 12.744, de 24/09/1992, TSE)

Essa jurisprudência do TSE bem que se quadra à hipótese em apreço mas, entendo na linha da tese sustentada, que não está longe o dia em que a maior Corte Eleitoral do País firmará entendimento, segundo o qual, para efeito de domicílio eleitoral, há de se exigir apenas o interesse político do cidadão, o elo subjetivo. E desta forma, uniformizar esse entendimento, evitando assim, interpretação discrepante entre os diversos Tribunais e Juízes Monocráticos.

DOMICÍLIO ELEITORAL FACE A LEI Nº 9.100/95

O domicílio eleitoral tem a sua importância não somente para o efeito da inscrição eleitoral, com o fito de se obter o título e votar, mas também para efeito de transferência eleitoral, bem como para exercer a capacidade eleitoral passiva, como condição de elegibilidade.

Discorrendo sobre o assunto, JOEL JOSÉ CÂNDIDO, após tecer algumas considerações, no tocante ao BE-TSE 370/274-275, pontifica: “Fixado o domicílio, deverá o eleitor comprová-lo, no município, pelo tempo que a lei determinar, para se candidatar às eleições locais; para as eleições gerais, a comprovação deverá ser de domicílio no território do Estado, também obedecido o tempo mínimo exigido por lei. Nos casos de transferência, o prazo

se conta da data do requerimento do eleitor e não da data em que o pedido foi deferido” (Ob. Cit., pág. 86).

A Constituição Federal vigente não fixou prazo de domicílio eleitoral. Deixando para o Código Eleitoral. Mesmo assim, lei ordinária específica poderá fazê-lo em relação a cada eleição.

A lei nº 9.100, de 30/09/95, veio à lume para estabelecer normas para realização das eleições municipais de 03/10/96. E, no caput do seu artigo 10, determina como prazo final para domicílio eleitoral de candidato o dia 15/12/95.

Quanto à transferência de eleitores de um município para outro do mesmo Estado e entre municípios limítrofes pertencentes a Estados diferentes o termo final fixado foi 31/12/95, (art. 73, § 1º).

O prazo de que trata o § 1º, I, do art. 55 do Código Eleitoral não se aplica às eleições municipais de 1996, por não se conformar com o disposto no art. 73, caput, da novel Lei nº 9.100/95, verbis:

“Art. 73. Nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos 150 dias anteriores à data da eleição”.

Portanto, o dia 5 de maio de 1996 é fatal.

Modificação surpreendente veio com o art. 73, § 2º, quando determina que o prazo de transferência do domicílio eleitoral de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador para outro município só pode ser deferida no curso de seu mandato se houver a renúncia até um ano antes do pleito que deva realizar-se para eleger os seus sucessores.

Seria esse o prazo a ser respeitado, não tivesse sido os seus efeitos suspensos por força de medida liminar exarada nos autos da ADIn nº 1.382-3, de 07/12/95, da Suprema Corte, tendo como relator o Ministro OCTAVIO GALLOTTI.

Nunca é por demais asseverar que estes prazos são peremptórios dada a natureza da lei que alterar o processo eleitoral (CF, art. 16).

Eram estas as considerações que tínhamos a fazer por achar as oportunas, pertinentes e cabíveis. Não teve esse estudo a intenção e a pretensão de exaurir o instituto do domicílio eleitoral, porquanto impossível fazê-lo em virtude de tão amplo ser o tema abordado.

BIBLIOGRAFIA

RIBEIRO, Fávila. Direito eleitoral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 4ª ed. São Paulo: EDIPRO, 1994. 416p.

BEVILAQUA, Clovis. Código civil comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Liv. Fco. Alves, 1944. v.1.

JARDIM, Torquato. Introdução ao direito eleitoral positivo. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1994. 150p.

GESTÃO DE NEGÓCIOS NA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA

*Caio César Marques Bezerra
Acadêmico do 7º Período do Curso de Direito/UFRN*

INTRODUÇÃO

A gestão de negócios alheios é tema tradicional do Direito, disciplinado já mesmo na legislação justinianéia (Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, v 3, 1995, p. 296).

O tema, o qual passou por várias eras é atingido, atualmente, por um certo desinteresse, seja porque ninguém é sem juízo o suficiente para tratar de empreendimento de maior vulto com pessoa que não seja o titular do negócio ou seu mandatário, seja por causa da sua transitoriedade: a gestão de negócios é efêmera, tem vida curta. Logo que iniciada a ingerência, o gestor comunicará a intromissão ao dono do negócio, o quanto mais cedo, cessando a gestão quando da sua ratificação, transformando-a em mandato (Sílvio Rodrigues, obra citada).

A teimosia do gestor pode acarretar sérias conseqüências para si, quando, reprovada sua intervenção, insiste agindo contra a vontade do dono, podendo sofrer as sanções dos arts. 1.332 e 1.333, ambos do Código Civil Brasileiro, partindo-se do princípio “que aquele que age sem mandato fica diretamente responsável perante o dono do negócio” (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasil*, v 3, 1995, p. 263; RT, 499:121). Pode o dono do negócio, após a censura, assumi-lo, encerrando-se a gestão.

Apesar do dito acima, a gestão de negócios, uma espécie de mandato presumido, como diria Clóvis (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 1986), justifica-se para explicar um comportamento altruísta do gestor e ampará-lo na busca de um ressarcimento, bem como justificar relações que não se conseguem enquadrar noutros contratos, quando presentes os seus aspectos delineadores.

O esboço que segue analisa alguns aspectos da gestão de negócios aplicada à hipótese de intervenção cirúrgica e se é possível esse enquadramento, fugindo à regra da limitação da ação do gestor a atos de natureza patrimonial.

Antes de adentrarmos no tema, cabe um rápido esclarecimento sobre os pressupostos da gestão de negócios, a fim de oferecer os subsídios necessários para o debate, objeto do trabalho.

ASPECTOS DELINEADORES DA GESTÃO DE NEGÓCIOS

Há divergência entre os doutrinadores quanto a sua natureza jurídica, uns afirmando possuir a natureza contratual (posição de Orlando Gomes), outros, sou obrigado a dizer, sob o argumento mais plausível de estar-lhe ausente o prévio acordo entre as partes, negam tal natureza.

A verdade é que o legislador pátrio preferiu incluir a gestão de negócios dentre os contratos, logo após o contrato de mandato, devido às semelhanças entre os dois institutos, bem como pela razão de que corroborando o dono do negócio com a intromissão do gesto, essa ratificação retroage ao dia do começo da ingerência, produzindo todos os efeitos de mandato (art.

1.343 do CC).

Assim está definida a gestão de negócios no nosso Código Civil, art. 1.331:

“Art. 1.331. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirige-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com quem tratar”.

Merece ser mencionada a definição de Clóvis Beviláqua, citado em Orlando Gomes (Contratos, 1992, p. 434), devido a maneira com que o mestre conseguiu sintetizar o conceito de gestão de negócios, a qual seria uma “administração oficiosa de interesses alheios, sem procuração”.

Do conceito de gestão, podemos, enfim, extrair os requisitos necessários ao nascimento das obrigações do dono do negócio e do gestor:

a) o negócio deverá ser alheio, ou seja, o gestor, pessoa que pratica os atos, sem procuração, intervindo no patrimônio de outra pessoa;

b) é preciso, também, que o gestor exerça a atividade conforme o interesse e a vontade presumível do *dominus*;

c) a gestão deve ter caráter necessário, ou melhor dizendo, que ao praticar os atos de ingerência, o gestor tenha intenção de ser útil ao dono do negócio;

d) não há de existir convenção ou obrigação legal entre as partes a respeito do negócio gerido, pois a intervenção é voluntária, o que de modo contrário caracterizaria o mandato;

e) responde por culpa o gestor quando não age com a diligência devida e até pelos casos fortuitos se a gestão for iniciada contra a vontade do titular do negócio, expressa ou presumível, bem como se o gestor efetuar operações arriscadas. No entanto, querendo o dono aproveitar-se da gestão, será obrigado a indenizar o gestor das despesas necessárias que tiver feito e dos prejuízos que, por causa da gestão, houver sofrido o interventor (parágrafo único do art. 1.338 do CC), bem como o dono cumprirá as obrigações contraídas em seu nome (art. 1.339).

Maria Helena Diniz acrescenta ainda, como pressupostos, a licitude, a fungibilidade do objeto da gestão de negócios e a limitação da ação do gestor a atos de natureza patrimonial.

Quanto à licitude do objeto dos negócios, não há razão de salvar de um incêndio um laboratório de refino de pasta de cocaína. É inadmissível o ingerente, seja lá quem for, reclamar indenizações no Judiciário pelos riscos de vida assumidos, pois é ilícito o tráfico.

Quanto à fungibilidade, a professora Maria Helena Diniz defende que deverá tratar-se de negócio suscetível de ser realizado por terceiro, pois não se coaduna os atos personalíssimos com a natureza da gestão de negócio (Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 3, 1995, p. 269).

Não encontra respaldo no *ordo júris* brasileiro este terceiro aspecto levantado pela professora Maria Helena, a limitação da ação do ingerente a atos de natureza patrimoniais, sob o argumento de que os de natureza extrapatrimonial requerem a outorga de poderes, ou seja, requer um contrato de mandato. Os atos do gestor podem transceder linha da patrimonialidade, visando proteger bens que não materiais, como o direito à vida, conforme informa o restante da exposição.

A GESTÃO DE NEGÓCIOS NA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA

Foi dito anteriormente (Introdução) que, hoje em dia, a gestão de *affairs* alheios se justifica pela resolução de negócios jurídicos, desde que presentes os caracteres dessa espécie de mandato presumido, negócios jurídicos que de outro modo não se resolveriam.

Para ilustrar esta assertiva, citamos um julgado da Corte de Cassação Francesa (datado de 17 de maio de 1939, *Gaz. Pal.*, 1939, 2.245), a qual considerou como gestão de negócios caso em que o diretor de uma clínica, ao perceber certa dificuldade de visão de criança ali internada, providenciou-lhe o atendimento por um oculista.

Neste caso, como noutros assemelhados, como por exemplo, o pagamento de alimentos devidos por pessoa ausente (art. 1.341) ou a realização de despesas funerárias, quando realizadas pelo gestor, desta ou daquela hipótese, podem ser cobradas ao *dominus negotii* (art. 1.342).

Reforça-se ainda mais as garantias do gestor quando se tratar de salvamento. Os Tribunais franceses já decidiram ocorrer gestão de negócios no ato de pessoa que ajuda salvamento de outra (Sílvio Rodrigues, obra citada, p. 297).

O responsável ou interessado que manifesta vontade contrária ou presumindo-se antagonismo seu contra o ato do gestor, cujo objeto é a proteção ou conservação da vida de outrem, esbarra em valores jurídicos mais elevados do que comumente se aplicam nas hipóteses de gestão de negócios.

Seja lá motivos religiosos, ou outros quaisquer, que induzem o interessado a ser contrário aos atos de ingerência, como por exemplo, uma autorização à cirurgia ou transfusão sanguínea necessárias a vida do paciente; tais razões não impedem que sejam tomadas as devidas providências para que se realize a imprescindível intervenção cirúrgica.

Fábio Konder Comparato, em artigo publicado em novembro de 1995 na Folha de São Paulo (terça-feira, 7 de novembro de 1995), sobre o episódio de Pirapozinho, no qual foi decretada prisão provisória de líderes sem-terra, alertou para a necessidade de distinguir-se, “no entrechoque dos interesses em conflito, o que é matéria de direito privado do que constitui objeto dos direitos e deveres fundamentais do cidadão, de modo a submeter aquela a estes”. Falava o eminente advogado do direito à vida e a uma existência digna.

Sobre o direito à vida, José Afonso da Silva afirma que “a vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5.º, caput, constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, inclusive liberdade de culto, o bem-estar, se não se erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência” (José Afonso da Silva, 1993, p. 182), complementa o professor que “direito à existência é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Porque se assegura o direito à vida, é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital”.

Ainda a tempo, incorre nas penas cominadas no art. 135 do Código Penal pátrio, o qual trata da omissão de socorro, o médico que, embora solicitado, deixa de atender de imediato a paciente que, em tese, corre risco de vida (Mirabete, v 2, 1993, p. 121).

É bastante pertinente a observação de Jacques Robert, citado por José Afonso da Silva (ob. cit., p. 182), sobre o direito à vida, transcrito adiante: “O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação

do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano”.

Enfim, sendo necessária a intervenção cirúrgica, sem hesitações, o médico deverá cumprir com seu ofício, preservando a vida, direito assegurado no art. 5.º, *caput*, da CF.

Qual espécie de intervenção cirúrgica tratamos? Certamente não é a meramente estética. Falamos do tipo de intervenção cirúrgica necessária, a qual sem ela acarretaria graves prejuízos à saúde do paciente ou seria impossível sua sobrevivência. Vê-se o caráter de emergência e necessidade da cirurgia.

Quanto aos ressarcimentos pelos serviços prestados, bem observa Planiol, citado por Silvio Rodrigues (ob. cit., p. 303), “a gestão de negócios se funda no princípio de equidade, que determina caber a cada esforço um salário correspondente”. Portanto, por que não o médico, ao cumprir o seu dever, ser ressarcido de seu esforço.

CONCLUSÃO

Percebe-se que, em defesa da vida, não há interesses privados, nem convicções religiosas, nem quaisquer motivos suficientes para berrar a função do médico no cumprimento de seu dever e se este ou seu coadjuvante (o dono ou responsável) relegarem a segundo plano valores sagrados como a vida, sofrerão sérias conseqüências, inclusive penais.

De fato, há gestão de negócios quando necessária a intervenção cirúrgica e ausente convenção entre as partes, invadindo o gestor seara alheia, caracteres do instituto.

Em vista disso, no campo de direito privado, o gestor, sendo ele médico - desde que não seja funcionário público em exercício de atividade médica, pois, desse modo, já receberia retribuição através dos seus vencimentos - ou terceiro interventor, tendo tratado de cirurgia de outrem, há de receber, conforme o art. 1.338, parágrafo único, combinado com o art. 1.339, ambos do Código Civil, os ressarcimentos a que tem direito, mormente tendo atuado por causa tão nobre.

Os mencionados dispositivos resguardam as atitudes que, pelas circunstâncias do momento, são absolutamente necessárias e, por vezes, até mesmo altruístas.

BIBLIOGRAFIA

- Código Civil/organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. ed 46. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 3. ed 10. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES, Orlando. Contratos. ed 12. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. v. 2. ed 7. São Paulo: Atlas, 1993.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 3. ed 23. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. ed 9. São Paulo: Malheiros, 1993.
- WALD, Arnold. Obrigações e Contratos. v. 2. ed 11; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.