

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

ISSN: 1806-8790

REVISTA DE DIREITO

Volume 4 - Número 1 - Jan/Jun 2012

VIÇOSA - MINAS GERAIS
2012

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA

Vol. 4
Nº 1
2012

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

Revista de Direito

Volume 4 - Número 1 - Jan/Jun 2012

Viçosa - Minas Gerais

2012

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Pimenta Batista Pereira, Bernardo Pimentel Souza, Edson Ferreira de Carvalho, Fernando Laércio Alves da Silva, Gabriel Pires, Gláucio Inácio da Silveira, Guilherme Nacif de Faria, Iacyr de Aguilar Vieira, José Geraldo Campos Gouveia, Karina Romualdo Conegundes, Luciene Rinaldi Colli, Patrícia Aurélia Del Nero, Regel Antônio Ferrazza, Ricardo Lemos Maia Leite de Carvalho, Roberta Freitas Guerra, Roberto de Almeida Luquini e Sylvia Maria Machado Vendramini.

CONSELHO EXECUTIVO

Executora chefe: Mileny Lacerda

Editoração Eletrônica
Marcos Antonio Jacob (Marquinhos)

**Ficha catalográfica programada pela Seção de Catalogação e
Classificação da Biblioteca Central da UFV**

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.

Departamento de Direito, Vol. 4, nº 1 (2012)

Viçosa UF-V, DPD, 2012.

v.; 22cm.

174p. : i1; 22cm .

Semestral.

ISSN : 1806- 8790

Texto em português, espanhol, inglês e francês.

1.Direito - Periódicos . 1. Universidade Federal de
Viçosa. Departamento de Direito .

CDD 20.ed. 340.05

Nota: a periodicidade da revista foi interrompida no período
de 2005/2009.

Sumário

Habeas Corpus.....	11
Bernardo Pimentel Souza	
A Responsabilidade da Administração Pública nos Contratos de Trabalho Terceirizado.....	33
Eduardo Teixeira do Amaral e Maria Inês de Assis Romanholo	
As Atuais Dimensões do Princípio da Insignificância no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.....	55
Fernando Antonio de Oliveira Chalabi Filho	
Os Princípios Norteadores da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei N° 9.433, de 08 De Janeiro De 1997).....	79
Filipe Domingos Commetti e Sylvia Maria Machado Vendramini	
A função social do contrato. Uma contraposição ou uma superposição de princípios?.....	109
Leandro Valladares e Iacyr de Aguiar Vieira	
Reflexões Sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Constitucionalização do Direito Civil.....	137
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
A Omc e o Mercosul em Rota de Colisão: Análise da Controvérsia sobre Pneus Reformados.....	165
Pedro Henrique Fernandes Pinheiro e Iacyr de Aguiar Vieira	
Fundo Social do Pré-Sal.....	197
Renata Barbosa Fontes da Franca	

**NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES DA
REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFV**

1. Os trabalhos para publicação editados pela Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV) deverão ser, preferencialmente, inéditos.
2. Os trabalhos deverão ser enviados para o e-mail revistadir@ufv.br para seleção de publicação. Esses trabalhos deverão ser precedidos de uma folha contendo o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida na Instituição.
3. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 14724/2011 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT).
4. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista. O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente um exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
5. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista.

HABEAS CORPUS

Bernardo Pimentel Souza ¹

1. PRECEITOS DE REGÊNCIA

A garantia do *habeas corpus* está consagrada nos incisos LXVIII e LXXVII do artigo 5º da Constituição de 1988, para a proteção do direito de liberdade de locomoção das pessoas. O amplo alcance da garantia sofre apenas a exceção estampada no § 2º do artigo 142 da mesma Constituição.

No que tange à competência constitucional para o processamento e o julgamento do *habeas corpus*, consta dos artigos 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, 105, inciso I, letra “c”, 108, inciso I, alínea “d”, 109, inciso VII, e 114, inciso IV, todos da Constituição Federal.

Além da previsão constitucional, o instituto também consta dos artigos 574, inciso I, 581, inciso X, 647 a 667, todos do Código de Processo Penal, diploma legal de regência da admissibilidade, do processamento e do julgamento do *habeas corpus*.

Por fim, há os regimentos internos dos tribunais, aprovados com fundamento no artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, e nos artigos 666 e 667 do Código de Processo Penal. Merece destaque o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cujos artigos 188 a 199 versam sobre a admissibilidade, o processamento e o julgamento do *habeas corpus*.

¹ Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Advogado militante inscrito na OAB/MG e na OAB/DF. Autor dos livros “Compêndio de direito constitucional”, “Dos recursos constitucionais”, “Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória”, “Manual de processo empresarial” e “Introdução ao direito processual civil - execuções e cautelares”. Ex-assessor de Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de 1995 a 1999.

2. ETMOLOGIA, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A expressão constitucional *habeas corpus* provém dos termos latinos “*habeo*”² e “*corpus*”³, cujo significado é “trazer o corpo”.

Sob o prisma jurídico, o *habeas corpus* é a ação constitucional adequada para a proteção do direito de liberdade de locomoção das pessoas. Tem lugar, portanto, sempre que alguém sofrer restrição ou ameaça ilegal ou abusiva em prejuízo do direito de ir e vir. A propósito do conceito, vale conferir o disposto no inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal: “LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Ainda em relação ao conceito de *habeas corpus*, o artigo 647 do Código de Processo Penal também merece destaque: “Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”⁴.

No que tange à natureza jurídica, trata-se de ação cognitiva que instaura processo judicial idôneo para afastar ato lesivo ou ameaçador ao direito de locomoção de pessoa, em virtude de ordem judicial substanciada em condenação de obrigação de fazer ou de não fazer.

Com efeito, o *habeas corpus* não é espécie de recurso processual, como pode parecer à primeira vista, em razão da inclusão do instituto nos artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal, no título destinado aos recursos. Basta lembrar que nem sempre o *habeas corpus* tem lugar em um processo já instaurado: o *habeas corpus* impetrado contra ato de delegado de polícia ou de promotor de justiça tem lugar sem a prévia existência de processo; e não há lugar para recurso processual sem a prévia existência de processo. Em boa hora, portanto, o constituinte de 1987 e 1988 esclareceu a verdadeira natureza jurídica do *habeas corpus*, conforme se infere do proêmio do inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal: “LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*”. Daí a conclusão: o *habeas corpus* tem natureza jurídica de ação cognitiva que instaura processo judicial.

Por fim, é preciso ressaltar que o *habeas corpus* é ação de estatuto constitucional, destinada à proteção de direito fundamental, motivo pelo qual é espécie de *writ* ou remédio constitucional, ao lado, por

² Cf. FRANCISCO TORRINHA. Dicionário latino português. 2ª ed., Porto, 1942, p. 371.

³ Cf. FRANCISCO TORRINHA. Dicionário latino português. 2ª ed., Porto, 1942, p. 207.

⁴ No que tange à parte final do artigo 647 do Código de Processo Penal, foi recepcionada pela Constituição de 1988, tendo em vista a igual exceção constante do § 2º do artigo 142: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

exemplo, do *habeas data*, do mandado de segurança e da ação popular.

3. PROCESSO GRATUITO

À vista do inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição de 1988, é gratuito o processo de *habeas corpus*. Não há necessidade, portanto, de recolhimento de custas judiciais para a admissibilidade, o processamento e o julgamento do *habeas corpus*.

4. ADEQUAÇÃO

4.1. GENERALIDADES

A ação de *habeas corpus* tem lugar para afastar todo e qualquer ato ilegal ou abusivo que ameace ou prejudique o direito de liberdade de locomoção das pessoas.

Há duas espécies de *habeas corpus*: preventivo e liberatório. O *habeas corpus* é preventivo quando há ameaça ilegal ou abusiva ao direito de ir e vir, hipótese na qual a impetração visa à expedição de salvo-conduto, nos termos do § 4º artigo 660 do Código de Processo Penal: “§ 4º Se a ordem de *habeas corpus* for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz”. Já na hipótese de concretização de prisão ilegal ou abusiva, o *habeas corpus* é repressivo ou liberatório, porquanto visa à expedição de alvará de soltura para reprimir a prisão ilegal ou abusiva.

Como já anotado, o *habeas corpus* é admissível tanto no caso de ilegalidade quanto na hipótese de abuso de poder. É o que se infere do artigo 5º, inciso LXVIII, *in fine*, da Constituição Federal: “por ilegalidade ou abuso de poder”⁵.

A ilegalidade é a desconsideração da norma jurídica de forma direta, frontal: a norma de regência só apresenta uma opção juridicamente possível e há o desrespeito por alguém, seja autoridade pública, seja particular. Vale ressaltar que a ilegalidade alcança tanto o desrespeito à lei propriamente dita quanto a ofensa à Constituição. Há ilegalidade, por exemplo, quando o juiz determina a imediata prisão do condenado, para o cumprimento desde logo da pena, a despeito de a decisão condenatória não ter transitado em julgado, em afronta direta ao disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal⁶.

⁵ Reforça o artigo 188 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

⁶ De acordo, na jurisprudência: “*Habeas Corpus*. 2. Execução provisória da pena. Im-

Já o abuso de poder se dá quando, a despeito da aparente compatibilidade com o disposto na norma jurídica, a autoridade pública pratica ato omissivo ou comissivo desproporcional, desprovido de razoabilidade. O abuso de poder implica, portanto, ofensa indireta à norma jurídica, apesar da aparente compatibilidade com o texto normativo. Por exemplo, o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição e o artigo 733 do Código de Processo Civil autorizam a prisão do devedor de alimentos, sem previsão alguma em relação ao período da inadimplência que enseja a prisão civil. Não obstante, a despeito de os textos constitucional e legal não fixarem o período de inadimplência que autoriza a prisão, há abuso de poder quando o juiz decreta a prisão do devedor de prestações alimentícias anteriores aos últimos três meses contados do ajuizamento da ação de execução dos alimentos. Daí a justificativa para a aprovação do enunciado nº 309 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Por fim, o *habeas corpus* pode ser utilizado para prevenir e reprimir toda espécie de ameaça e prisão, em processo penal, eleitoral, trabalhista e até mesmo civil⁷. A única exceção prevista na Constitui

possibilidade. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Precedente firmado no HC 84.078/MG de relatoria do Min. Eros Grau. 3. Superação da Súmula 691. 4. Ordem concedida.” (HC nº 107.547/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 30 de maio de 2011).

⁷ Por exemplo, decretada a prisão civil do devedor de alimentos, há lugar para *habeas corpus*, a fim de se eventual ilegalidade ou abusividade do juiz, como a decretação da prisão em razão do inadimplemento de prestações alimentares antigas, vale dizer, anteriores aos últimos três meses da execução, como bem revela o enunciado sumular nº 59 aprovado pelos Desembargadores das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “59 - Dívida de alimentos antiga (aquela vencida há mais de três meses antes do início da execução) não pode justificar a decretação da prisão civil”. Assim, na jurisprudência: “*HABEAS CORPUS* (GARANTIA CONSTITUCIONAL) E TUTELA ORDINÁRIA (RECURSO CÍVEL). PRISÃO CIVIL. A previsão de agravo de instrumento como meio bastante para impedir a prisão civil do devedor de alimentos não lhe suprime o direito ao *habeas corpus*, que é garantia constitucional, insuscetível à limitações de prazo.” (RHC nº 19.521/MG, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 30 de junho de 2006, p. 213). Também de acordo, ainda na jurisprudência: “*HC* - PRISÃO CIVIL - DEVEDOR DE ALIMENTOS - *WRIT* NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL A *QUO* ANTE A EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE DO ACÓRDÃO - ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE SE APRECIEM O MÉRITO DO PEDIDO. 1 - Consoante entendimento desta Corte, o fato de ter havido a interposição de Agravo de Instrumento perante a Corte estadual, não impede o conhecimento do remédio heróico ali impetrado, mormente quando a matéria versada no *habeas corpus* diz respeito ao *status libertatis* do paciente, ainda

ção em relação à admissibilidade do *habeas corpus* ocorre em relação às punições disciplinares militares. Com efeito, o § 2º do artigo 142 da Constituição proíbe *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares. Não obstante, à vista das interpretações histórica, sistemática e teleológica, o Supremo Tribunal Federal também mitiga a vedação constitucional, para admitir o *habeas corpus* em algumas hipóteses de ilegalidade ou de abusividade de decretação de prisão de natureza disciplinar-militar⁸.

4.2. DIREITO LÍQUIDO E CERTO: PROVA DOCUMENTAL PRÉ-CONSTITUÍDA

A admissibilidade da ação de *habeas corpus* depende da instrução da respectiva petição inicial com prova documental suficiente para demonstrar os fatos narrados pelo impetrante⁹. Não há lugar, portanto, para dilação probatória em sede de *habeas corpus*¹⁰. Daí o acerto do enunciado nº 80 da Súmula do Tribunal de Justiça de Pernambuco: “A restrita via do *habeas corpus* não comporta o revolvimento probatório necessário à aferição da negativa de autoria”. Em suma, a petição inicial

que pendente de apreciação recurso próprio. Precedentes. 2 - Ordem concedida determinando a remessa dos autos ao e. Tribunal a quo, para que este examine o mérito do *writ*” (HC nº 45.898/MG, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 13 de fevereiro de 2006, p. 801).

⁸ “- O entendimento relativo ao § 20 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do artigo 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar. *Habeas corpus* deferido para que o S.T.J. julgue o *writ* que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não-cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente *habeas corpus* até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não.” (HC nº 70.648/RJ, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 4 de março de 1994, p. 3.289).

⁹ De acordo, na jurisprudência: “1. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do avertido constrangimento ilegal suportado pelo paciente.” (HC nº 153.121/SP, 5ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 1º de setembro de 2011).

¹⁰ De acordo, na jurisprudência: “- O *habeas corpus* constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento.” (HC nº 74.420/RJ, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 19 de dezembro de 1996, p. 51.768).

do *habeas corpus* sempre deve estar instruída com prova documental idônea ao completo esclarecimento dos fatos narrados pelo impetrante, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito, por carência de ação¹¹.

4.3. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO: ADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS*

A despeito da existência do instituto da revisão criminal, admissível para impugnar decisões judiciais condenatórias transitadas em julgado, o Supremo Tribunal Federal também autoriza a impetração de *habeas corpus*, tendo em vista a ausência de restrição no inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição¹².

4.4. PROTEÇÃO DE OUTROS DIREITOS ALHEIOS À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: INADEQUAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*

O *habeas corpus* só é adequado para a defesa do direito de ir e vir lesado ou ameaçado, e não para proteger outros direitos alheios à liberdade de locomoção das pessoas. Por conseguinte, não é admissível *habeas corpus* se o paciente beneficiário da impetração já está livre, por ter cumprido a pena privativa de liberdade¹³, ou foi libertado

¹¹ De acordo, na jurisprudência: “- O *habeas corpus*, ação constitucional destinada a assegurar o direito de locomoção em face de ilegalidade ou abuso de poder, não se presta para desconstituir decisão condenatória fundada em judicioso exame de provas, pois o estudo do fato não se compadece com o rito especial do remédio heróico.” (HC nº 21.200/SP, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 2 de setembro de 2002, p. 249).

¹² “*Habeas corpus*. Penal. Decisão transitada em julgado. Possibilidade de impetração de *habeas corpus*. Precedentes. Crime de furto qualificado. Artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal. Aplicação do privilégio (ibidem § 2º) ao furto qualificado. Possibilidade. Precedentes. Ordem concedida. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que ‘a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de *habeas corpus* por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima’ (RHC nº 82.045/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25/10/02).” (HC nº 101.256/RS, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 13 de setembro de 2011).

¹³ De acordo, na jurisprudência: “Sem se achar em causa o direito de locomoção do paciente, não cabe *habeas corpus* para atacar condenação, já se achando cumprida e a pena nela cominada.” (HC nº 77.540/CE, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 16 de abril de 1999). “- Habeas Corpus. - Seu fim precípuo é prevenir ou remediar a liberdade de locomoção da paciente. II. Se esta já não existe porque extinta a pena, incabível é o uso do writ, nos termos da Constituição, art. 153, § 20, e segundo jurisprudência pacífica do S.T.F. III. Pedido de *habeas corpus* não conhecido.” (HC nº 52.534/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 8 de novembro de 1974).

em razão da extinção da pena por outro fundamento¹⁴. Daí o acerto do enunciado nº 695 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”.

Na mesma esteira, não é admissível *habeas corpus* se o paciente beneficiário da impetração não sofreu pena privativa de liberdade, mas, sim, pena de outra natureza, sem repercussão alguma no direito de ir e vir. Em abono, vale conferir o enunciado nº 694 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe *habeas corpus* contra a imposição de pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública”. As hipóteses previstas no enunciado sumular autorizam a impetração de mandado de segurança, mas nunca de *habeas corpus*, porquanto não está em jogo o direito de liberdade de locomoção.

Por fim, também não é admissível *habeas corpus* para discutir a erronia da aplicação de simples pena de multa. A propósito, merece ser prestigiado o correto enunciado nº 693 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”. Sem dúvida, não há lugar para *habeas corpus* se não existe lesão nem ameaça ao direito de liberdade de locomoção¹⁵.

5. PROCEDIMENTO ESPECIAL E SUJEITOS DO PROCESSO DE *HABEAS CORPUS*

O processo de *habeas corpus* segue procedimento especial marcado pela celeridade, em razão do bem jurídico objeto do writ: o direito de liberdade de locomoção do ser humano. Daí a possibilidade da prestação de tutela jurisdicional liminar pelo juiz ou tribunal competente, para a imediata soltura daquele que se encontra preso de forma ilegal ou abusiva, ou para a concessão de salvo-conduto em prol da pessoa que sofre risco de prisão ilegal ou abusiva.

Além do juiz ou tribunal competente, há outras sujeitos no

¹⁴ De acordo, na jurisprudência: “- *HABEAS CORPUS*. Prescrição. Não cabimento do writ, porque o paciente não está preso, nem ameaçado de prisão. Seu direito de ir e vir não se acha comprometido por qualquer ato emanado de autoridade. Embora condenado, a prescrição, que lhe favoreceu (art. 110 do Código Penal), importou a renúncia do Estado à pretensão executiva da pena.” (HC nº 57.753/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 16 de maio de 1980).

¹⁵ De acordo, na jurisprudência: “Não está em causa a liberdade de locomoção do oficial, na decisão do Tribunal de Justiça que decreta a perda de sua patente na Polícia Militar, sem caber, portanto, impugná-la pela via do *habeas corpus*.” (HC nº 77.505/RN, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 4 de dezembro de 1998).

processo de *habeas corpus*. – o impetrante, peticionário do *writ*; – o paciente, beneficiário da impetração; – e o coator, autoridade pública ou até mesmo particular que ameaça ou lesa direito de liberdade de locomoção de outrem.

5.1. IMPETRANTE

A ação de *habeas corpus* pode ser impetrada por qualquer pessoa, em seu favor ou em prol de outrem, bem assim pelo Ministério Público, como bem autoriza o artigo 654 do Código de Processo Penal: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. Nada impede, portanto, que o impetrante seja o próprio paciente, vale dizer, o beneficiário da impetração. Ainda em relação ao impetrante, a capacidade postulatória não depende de formação jurídica, motivo pelo qual a impetração pode se dar independentemente do patrocínio da causa por advogado. É o que se infere do § 1º do artigo 1º da Lei nº 8.906, de 1994, *in verbis*: “§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”.

No *habeas corpus*, portanto, a legitimidade ativa e a capacidade postulatória são amplas, em virtude da autorização legal em prol da impetração por toda e qualquer pessoa, em nome próprio, ainda que em favor de outrem, independentemente de mandato judicial e de inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por fim, no que tange à impetração do *habeas corpus* por parte do Ministério Público, é admissível, mas com ressalva: a impetração só pode ser favorável ao paciente; o *writ* não é admissível quando a impetração implica algum prejuízo, ainda que indireto, ao paciente¹⁶.

5.2. PACIENTE

O paciente é o beneficiário da impetração do *habeas corpus*. É a pessoa em favor de quem é requerida a ordem de soltura, na impetração liberatória, ou a expedição de salvo-conduto, na impetração preventiva.

¹⁶ De acordo, sob ambos os prismas, na jurisprudência: “1. O Código de Processo Penal (art. 654) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 32, I) conferem legitimidade ao Promotor de Justiça para impetrar *habeas corpus*, desde que, segundo a jurisprudência desta Corte, a impetração não atente contra o interesse do paciente, caracterizando abuso de poder, com o fito de favorecer interesses da acusação.” (HC nº 77.017/RS, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 11 de setembro de 1998, p. 5, sem os grifos no original).

Nada impede que uma pessoa seja, a um só tempo, impetrante e paciente, porquanto o *habeas corpus* pode ser impetrado em favor do próprio peticionário.

A impetração do *habeas corpus* não depende de prévia autorização do paciente. Não obstante, se o *writ* for desautorizado pelo paciente, o processo deve ser extinto, sem julgamento do mérito, por carência da ação. Sem dúvida, se o paciente manifestar discordância com a impetração realizada em seu favor, o processo de *habeas corpus* deve ser extinto sem julgamento do mérito¹⁷.

Por fim, o paciente só pode ser pessoa natural, tendo em vista o bem jurídico tutelado pelo *writ*, qual seja, a liberdade de locomoção das pessoas, bem jurídico alheio ao universo das pessoas jurídicas. Com efeito, toda e qualquer pessoa natural pode ser paciente no *habeas corpus*, tanto os brasileiros, natos e naturalizados, quanto os estrangeiros residentes no Brasil, conforme se infere da interpretação sistemática do artigo 5º, *caput* e inciso LXVIII, da Constituição Federal¹⁸. Aliás, o Supremo Tribunal Federal firmou correta interpretação extensiva da Constituição, a fim de conferir a garantia constitucional do *habeas corpus* até mesmo aos estrangeiros sem residência no país¹⁹. Em suma, o *habeas corpus* pode ter como beneficiária toda e qualquer pessoa natural, nacional ou estrangeira, mas não pode ser impetrado em prol de pessoa jurídica, tendo em vista o escopo do *writ*: a proteção do direito de liberdade de locomoção.

5.3. COATOR

Coator é a autoridade pública ou o particular que lesa ou ameaça o direito de liberdade de locomoção de outrem. Sem dúvida, embora a regra seja a impetração à vista de ato de autoridade pública, nada impede a impetração quando a lesão ou a ameaça ao direito de ir e vir se dá por particular, como, por exemplo, quando o diretor de hospital privado que impede a saída de paciente, por falta de pagamento²⁰, ou o

¹⁷ É o que dispõe o artigo 192, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ De acordo, na jurisprudência: “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - ESTRANGEIROS - A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais.” (HC nº 74.051/SC, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 20 de setembro de 1996, p. 34.538).

¹⁹ Assim, na jurisprudência: “ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS” (HC nº 94.016/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico nº 38).

²⁰ De acordo, na jurisprudência: “HABEAS CORPUS - Impetração contra particular -

deslocamento do paciente para outro hospital, em razão da gravidade da enfermidade.

6. HABEAS CORPUS EX OFFICIO

Além da ampla legitimidade ativa consagrada no caput do artigo 654 do Código de Processo Penal para a impetração de *habeas corpus*, o § 2º do mesmo artigo também autoriza a concessão de ofício por juiz ou tribunal, nos seguintes termos: “§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”. Daí a possibilidade concessão da ordem de ofício tanto por juiz de primeiro grau quanto por relator, presidente, turma, câmara, grupo, seção, órgão especial ou plenário de tribunal.

7. COMPETÊNCIA

7.1. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A competência para o processamento e o julgamento de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal deve ser aferida à luz do paciente²¹ e do coator²², tendo em vista o disposto nas alíneas “d” e “i” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal.

À vista do artigo 102, inciso I, alínea “d”, da Constituição Federal, a distribuição da competência se dá em razão do paciente: cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente as ações de *habeas corpus* impetradas em favor do Presidente da República, do Vice-Presidente, de Senador da República, de Deputado Federal, do Procurador-Geral da República, de Ministro da Corte Suprema ou de algum dos Tribunais Superiores²³, de Ministro de Estado, de Ministro do Tribunal de Contas da União, de Comandante das Forças Armadas²⁴ ou de Chefe de Missão Diplomática brasileira de caráter permanente.

Já a alínea “i” do inciso I do artigo 102 da Constituição versa sobre a competência à vista do coator: cabe ao Supremo Tribunal

Federal processar e julgar originariamente as ações de *habeas corpus* impetradas em face de Tribunais Superiores ou de autoridades sujeitas à jurisdição da Corte Suprema.

Em primeiro lugar, é importante aferir o alcance da expressão constitucional “quando o coator for Tribunal Superior”, inserta na alínea “i” do inciso I do artigo 102 da Constituição, a fim de se saber se a impetração é admissível à vista de ato monocrático de Ministro-Relator ou se o *writ* só tem lugar quando há ato colegiado de Turma, de Seção, da Corte Especial ou do Plenário de Tribunal Superior.

Ao examinarem a *vexata quaestio* na sessão plenária de 23 de setembro de 2003, os Ministros da Corte Suprema aprovaram o enunciado nº 691, contrário à impetração em face de ato monocrático de Ministro-Relator de Tribunal Superior: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”. Não obstante, a orientação jurisprudencial estampada no enunciado nº 691 não é absoluta, como também já decidiram os Ministros da Corte Suprema em mais de uma oportunidade²⁵.

Aliás, já é possível encontrar recentes precedentes jurisprudenciais com a declaração explícita da superação do enunciado sumular²⁶.

Ainda em relação à interpretação da alínea “i” do inciso I do artigo 102 da Constituição, também é preciso voltar os olhos para a

²⁵ “1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. *Habeas corpus*. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em *habeas corpus*. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de *habeas corpus* contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar.” (HC nº 85.185/SP, Plenário do STF, Diário da Justiça de 1º de setembro de 2006). “PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 288 E 344 DO CÓDIGO PENAL, COMBINADO COM O ART. 10, § 2º DA LEI 9.437/97. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DECISÃO ENUNCIADA GENERICAMENTE. SÚMULA 691 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE PERMITE A SUPERAÇÃO DESTA. I - Na hipótese de evidente constrangimento ilegal, admite-se a superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal.” (HC nº 90.746/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 11 de maio de 2007).

²⁶ De acordo, na jurisprudência: “*Habeas Corpus*. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Precedente firmado no HC 84.078/MG de relatoria do Min. Eros Grau. 3. Superação da Súmula 691. 4. Ordem concedida.” (HC nº 107.547/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 30 de maio de 2011, sem o grifo no original).

Cabimento - Hospital - Saída de internado impedida por não ter feito o pagamento das despesas - Constrangimento ilegal caracterizado - Ordem concedida.” (TJMS, Revista dos Tribunais, volume 574, página 400).

²¹ Vale dizer, pessoa beneficiária da impetração.

²² Vale dizer, autor da ilegalidade ou da ameaça objeto do writ.

²³ Quais sejam: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar

²⁴ Quais sejam, Marinha, Exército e Aeronáutica.

expressão “ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal”. À vista da expressão constitucional *sub examine*, os Ministros da Corte Suprema aprovaram o enunciado nº 690: “Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal dos juizados especiais criminais”. Não obstante, hoje a maioria dos Ministros da Corte Suprema marcha em rumo oposto, com a defesa da tese da incompetência do Supremo Tribunal em relação às ações de *habeas corpus* provenientes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais¹.

Por fim, a interpretação das alíneas “d” e “i” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal também autoriza a conclusão segundo a qual não compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar *habeas corpus* impetrado em face de ato de Ministro da própria Corte Suprema, muito menos contra julgamentos colegiados das Turmas ou do Plenário do Tribunal. É o que se infere do enunciado nº 606 da Súmula da Corte Suprema: “Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso”. Sem dúvida, não compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações de *habeas corpus* que tenham em mira julgamentos monocráticos e colegiados proferidos na própria Corte Suprema, pelo Ministro-Presidente, por Ministro-Relator, em Turma ou no Plenário².

¹ “COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS- ATO DE TURMA RECURSAL. Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os *habeas corpus* impetrados contra ato que tenham praticado.” (HC nº 86.834/SP, Plenário do STF, Diário da Justiça de 9 de março de 2007). “II. *Habeas corpus*. conforme o entendimento firmado a partir do julgamento do HC 86.834 (Pl, 23.6.06. Marco Aurélio, Inf., 437), que implicou o cancelamento da Súmula 690, compete ao Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* contra ato de Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado.” (HC nº 90.905/SP - AgRg, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 11 de maio de 2007).

² “HABEAS CORPUS NÃO CABIMENTO CONTRA ATO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do HC nº 86.548, entendimento no sentido do não cabimento de *habeas corpus* originário para o Pleno contra ato de seus ministros. Aplicou-se, por analogia, a Súmula 606/STF. *Habeas corpus* não conhecido.” (HC nº 91.207/RJ, Plenário do STF, Diário da Justiça eletrônico de 4 de março de 2010). “*Habeas corpus*. Impetração contra ato da Segunda Turma que negou seguimento a agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Súmula nº 606/STF. *Habeas corpus* não conhecido. 1. O *habeas corpus* não tem passagem quando impugna ato emanado por órgão fracionário deste Supremo Tribunal. Incidência do enunciado da Súmula nº 606 desta Suprema Corte. 2. *Writ* não conhecido.” (HC nº

7.2. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal como estudado em relação à competência originária do Supremo Tribunal Federal, a competência para o processamento e o julgamento de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça também deve ser aferida à luz do paciente³ e do coator⁴, tendo em vista o disposto nas alíneas “a” e “c” do inciso I do artigo 105 da Constituição.

Em primeiro lugar, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as ações de *habeas corpus* quando o paciente ou o coator for Governador de Estado ou do Distrito Federal, Desembargador de Tribunal de Justiça de Estado ou do Distrito Federal, Juiz de Tribunal Regional Federal⁵, Juiz de Tribunal Regional do Trabalho, Juiz de Tribunal Regional Eleitoral, Conselheiro de Tribunal de Contas de Estado, do Distrito Federal ou de Município, Procurador da República ou Subprocurador-Geral do Ministério Público da União que officie perante algum dos tribunais acima apontados.

Ainda à vista do disposto na alínea “c” do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, também compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as ações de *habeas corpus* quando o coator for Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Ministro de Estado ou Comandante das Forças Armadas.

7.3. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

À vista do artigo 108, inciso I, alínea “d”, da Constituição Federal, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar origi-

96.851/BA, Plenário do STF, Diário da Justiça eletrônico de 10 de junho de 2010). “2. De mais a mais, este Excelso Pretório firmou a orientação do não cabimento da impetração de *habeas corpus* contra ato de Ministro Relator ou contra decisão colegiada de Turma ou do Plenário do próprio Tribunal, independentemente de tal decisão haver sido proferida em sede de *habeas corpus* ou proferida em sede de recursos em geral. (Cf. Súmula 606; HC 100.738/RJ, Tribunal Pleno, redatora para o acórdão a ministra Cármen Lúcia, DJ 01/07/2010; HC 101.432/MG, Tribunal Pleno, redator para o acórdão o ministro Dias Toffoli, DJ 16/04/2010; HC 88.247-AgR-AgR/RJ, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Celso de Mello, DJ 20/11/2009; HC 91.020-AgR/MG, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Celso de Mello, DJ 03/04/2009; HC 86.548/SP, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 19/12/2008.)” (HC nº 96.954/SP - AgRg, Pleno do STF, Diário da Justiça eletrônico de 7 de junho de 2011).

³ Vale dizer, pessoa beneficiária da impetração.

⁴ Vale dizer, autor da ilegalidade ou da ameaça objeto do *writ*.

⁵ A despeito do termo estampado no caput do artigo 107 da Constituição Federal, qual seja, “juízes”, há preceitos regimentais de Tribunais Regionais Federais que adotam a expressão “desembargadores federais”, a qual, todavia, não tem previsão na Constituição.

nariamente as ações de *habeas corpus* quando o coator for Juiz Federal.

7.4. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

A Constituição Federal não dispõe sobre a competência originária dos Tribunais de Justiça para o processamento e julgamento de *habeas corpus*. O *caput* e o § 1º do artigo 125 da Constituição Federal apenas revelam que a Constituição do Estado versará sobre a competência do respectivo Tribunal de Justiça. Daí a necessidade da conferência das Constituições de cada Estado da Federação, bem como da Lei de Organização Judiciária⁶ e da Lei Orgânica do Distrito Federal⁷.

7.5. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Segundo o artigo 109, inciso VII, da Constituição, aos Juízes Federais compete processar e julgar as ações de *habeas corpus* em matéria criminal da competência da Justiça Federal, bem como as impetrações quando o constrangimento provier de autoridade federal cujos atos não estejam diretamente submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça nem dos Tribunais Regionais Federais.

7.6. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LOCAL

Na falta de previsão de competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal, do Tribunal de Justiça ou da Justiça Federal, o *habeas corpus* é da competência de Juiz de Direito. Trata-se, à evidência, de competência residual, vale dizer, só tem lugar quando o paciente e o coator não afetam a competência de outra Justiça ou de algum Tribunal, à vista da Constituição Federal ou da Constituição do Estado. Sob outro prisma, trata-se de competência de primeiro grau de jurisdição, tal como se dá em relação ao *habeas corpus* da competência da Justiça Federal, julgado por Juiz Federal em primeiro grau de jurisdição.

8. PROCESSAMENTO E RECORRIBILIDADE

8.1. PROCESSAMENTO E RECORRIBILIDADE EM *HABEAS CORPUS* EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

O *habeas corpus* é ação de natureza cognitiva que instaura pro-

cesso judicial marcado pela celeridade máxima, com possibilidade de prestação jurisdicional *in limine litis*, tanto pelo juiz quanto pelo tribunal competente, para a expedição de alvará de soltura ou de salvo-conduto, conforme o paciente já esteja preso ou apenas ameaçado.

A petição inicial de *habeas corpus* deve ser elaborada à luz do artigo 654, § 1º, do Código de Processo Penal, com a indicação do nome do impetrante, do paciente e do coator, a exposição dos fatos constitutivos do pedido de soltura ou de salvo-conduto, e a assinatura do impetrante. A petição de *habeas corpus* também deve ser instruída com toda a prova documental disponível no momento da impetração, para a demonstração dos fatos narrados. Por fim, o impetrante pode requerer a concessão liminar da ordem, para a soltura imediata do paciente ou a expedição de salvo-conduto, em razão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder do coator.

Com efeito, distribuído o *writ*, o juiz pode proferir decisão *in limine litis*, para fazer cessar a ilegalidade ou o abuso de poder desde logo. Trata-se de competência que encontra sustentação nas interpretações sistemática e teleológica do artigo 656 do Código de Processo Penal.

Em seguida, o juiz determina as diligências que julgar necessárias à instrução do processo, como a requisição de informações a serem prestadas pelo coator e a realização de interrogatório do paciente.

Ainda em relação às diligências no processo de *habeas corpus* da competência de juízo de primeiro grau, vale ressaltar que não há intervenção ministerial na qualidade de fiscal da lei. Com efeito, à vista do Decreto-lei nº 552, de 1969, não há abertura de vista ao representante do Ministério Público no processo de *habeas corpus* em tramitação em primeiro grau de jurisdição.

Findas as diligências determinadas pelo juiz, a sentença deve ser proferida “dentro de 24 (vinte e quatro) horas”⁸.

Proferida sentença concessiva do *habeas corpus*, há a imediata expedição de alvará de soltura ou de salvo-conduto, conforme a impetração seja liberatória ou preventiva. Com efeito, a sentença concessiva deve ser cumprida desde logo, a despeito da necessidade de reexame pelo tribunal, por força do artigo 574, inciso I, do Código de Processo Penal⁹. Sem dúvida, a necessidade de reexame pelo tribunal não impede o cumprimento imediato da ordem de soltura ou de expedição de salvo-conduto.

⁸ Artigo 660, *caput*, *in fine*, do Código de Processo Penal.

⁹ É o denominado “recurso de ofício” do juiz, apesar de o instituto jurídico do inciso I do artigo 574 do Código de Processo Penal não ter natureza jurídica de recurso.

⁶ Cf. artigo 21, inciso XIII, e 22, inciso XVII, ambos da Constituição Federal.

⁷ Ao contrário dos Estados-membros, o Distrito Federal não é regido por diploma denominado “Constituição”, mas, sim, pela “lei orgânica” prevista no artigo 32 da Constituição Federal.

Por fim, a sentença proferida em processo de *habeas corpus* enseja recurso em sentido estrito, com fundamento no artigo 581, inciso X, do Código de Processo Penal. Sem dúvida, quando a impetração tem lugar em juízo de primeiro grau de jurisdição, seja federal, estadual ou distrital, tanto a sentença concessiva quanto a denegatória de *habeas corpus* são impugnáveis mediante recurso em sentido estrito. Trata-se de recurso com prazo de interposição de cinco dias, com prazo adicional de dois dias para a apresentação das razões recursais, conforme se infere dos artigos 586, *caput*, e 588, *caput*, ambos do Código de Processo Penal.

8.2. PROCESSAMENTO E RECORRIBILIDADE EM *HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Nas hipóteses constitucionais e legais de competência originária, o *habeas corpus* deve ser impetrado diretamente no tribunal competente, por meio de petição endereçada ao respectivo presidente.

Como já anotado, a petição do *habeas corpus* deve ser elaborada com a observância do disposto no artigo 654, § 1º, do Código de Processo Penal, igualmente aplicável às impetrações originárias de tribunal. Por conseguinte, a petição de *habeas corpus* deve conter as qualificações do impetrante, do paciente e do coator, a exposição dos fatos constitutivos do pedido de soltura ou de salvo-conduto, e a assinatura do impetrante na petição. A petição também deve ser instruída com toda prova documental disponível no momento da impetração, para a demonstração dos fatos narrados. Por fim, o impetrante pode requerer a concessão liminar da ordem, para a soltura imediata do paciente ou a expedição de salvo-conduto, em razão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder do coator.

Após o protocolo da petição no tribunal, o *habeas corpus* é distribuído pelo presidente a um relator, o qual passa a ser o competente para a instrução do processo no tribunal. Cabe ao relator dar processamento ao *habeas corpus* e proferir as decisões urgentes, como no caso de réu preso. Com efeito, o relator no tribunal pode proferir decisão monocrática liminar, quer para conceder a ordem, quer para denegá-la, até o julgamento final pelo colegiado competente. Durante as férias e no recesso forense, cabe ao presidente do tribunal proferir as decisões *in limine litis*.

À vista do artigo 39 da Lei nº 8.038, de 1990, tanto a decisão monocrática de autoria de relator quanto a decisão monocrática presidencial são passíveis de impugnação mediante agravo interno ou regimental, no prazo de cinco dias. Não obstante, a orientação jurisprudencial

predominante é contrária ao cabimento de agravo na hipótese de decisão monocrática liminar proferida em processo originário de *habeas corpus*, como revela o enunciado nº 6 da Súmula do Tribunal de Justiça da Paraíba: "Não cabe recurso contra decisão do Relator que concede ou nega liminar em *habeas corpus*". É o que também se infere do enunciado nº 52 aprovado nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "Não cabe agravo regimental de decisão monocrática de relator que indefere liminar em processo de *habeas corpus*"^{10, 11}.

Proferida a decisão concessiva ou denegatória da ordem liminar, o relator pode requisitar informações ao coator, se julgar conveniente. Com efeito, o § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 552 revela que o relator pode requisitar informações ou dispensá-las, se julgar que são desnecessárias à instrução do processo.

Prestadas as informações pelo coator ou dispensadas pelo relator, há a abertura de vista ao Procurador do Ministério Público que oficia no tribunal, pelo prazo de dois dias, para apresentação de parecer, ex vi do artigo 1º do Decreto-lei nº 552, de 1969. Findo o prazo, com ou sem parecer ministerial, cabe ao relator levar o *habeas corpus* para julgamento, independentemente de pauta¹².

Sem dúvida, concedida ou denegada a ordem liminarmente, colhidas ou dispensadas as informações, oferecido o parecer ou não apresentada a manifestação ministerial a tempo e modo, cabe ao relator submeter o *habeas corpus* ao órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal, independentemente de inclusão em pauta. Com efeito, em razão da celeridade que marca o procedimento especial do *habeas corpus*, não há prévia inclusão nem publicação de pauta, mas, sim, o imediato julgamento, na primeira sessão do colegiado competente: turma, câmara, grupo, seção, órgão especial ou plenário.

Como já anotado, o julgamento definitivo de *habeas corpus* tem lugar no órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal,

¹⁰ Assim também já assentou o Plenário da Corte Suprema: " - Não se revela suscetível de conhecimento, por incabível, recurso de agravo ('agravo regimental') contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de '*habeas corpus*' originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal." (HC nº 94.993/RR - AgRg, Plenário do STF, Diário da Justiça eletrônico de 12 de fevereiro de 2009).

¹¹ Na falta de recurso cabível para o próprio Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, tem-se admitido a excepcional impetração de ação de *habeas corpus* para o Superior Tribunal de Justiça.

¹² Cf. artigo 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 552, de 1969.

com a apuração do resultado à vista da maioria dos votos proferidos na turma, na câmara, no grupo de câmaras, na seção especializada, no órgão especial ou no plenário. Na eventualidade de empate no julgamento realizado no tribunal, o presidente do colegiado profere voto de desempate. Caso no presidente do colegiado já tenha participado da votação cujo resultado foi o empate, há a concessão da ordem em favor do paciente, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 664 do Código de Processo Penal, *in verbis*: "Parágrafo único. A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente".

Denegado o *habeas corpus* pelo colegiado competente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, no prazo de cinco dias, já com as razões recursais, à vista do artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, combinado com o artigo 30 da Lei nº 8.038, de 1990. Na verdade, o recurso ordinário em *habeas corpus* para o Superior Tribunal de Justiça é cabível tanto na hipótese de denegação de *habeas corpus* originário de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, quanto na hipótese de denegação de *habeas corpus* em última instância, em sede de recurso em sentido estrito ou de reexame necessário, porquanto a alínea "a" do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal autoriza a interposição de recurso ordinário contra os julgados proferidos em única e em última instância pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais.

8.3. PROCESSAMENTO E RECORRIBILIDADE EM *HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO DE TRIBUNAL SUPERIOR

A Constituição Federal, a legislação federal e os regimentos internos dispõem sobre a competência originária para o processamento e julgamento de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, quais sejam: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar.

Distribuído o *habeas corpus* no Tribunal Superior, cabe ao Ministro-Relator decidir acerca do pleito liminar. Discute-se se a decisão monocrática concessiva ou denegatória da ordem provisória desafia recurso de agravo regimental, ou não. Tudo indica que sim, à vista do artigo 39 da Lei nº 8.038, de 1990. Não obstante, como já anotado no tópico anterior, prevalece a orientação jurisprudencial contrária ao cabimento de recurso de agravo. Conforme já estudado, é firme a jurisprudência dos tribunais acerca da irrecorribilidade da decisão

monocrática de relator proferida *in limine litis* em processo originário de *habeas corpus*, tanto para conceder quanto para denegar a ordem provisória¹³.

Também há séria controvérsia acerca da possibilidade da impetração de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, a fim de impugnar decisão monocrática de autoria de Ministro-Relator de Tribunal Superior. Ao examinarem a *vexata quaestio*, os Ministros da Corte Suprema aprovaram o enunciado nº 691: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar". Não obstante, a orientação jurisprudencial estampada no enunciado nº 691 não é absoluta, como também já decidiram os Ministros da Corte Suprema em mais de uma oportunidade¹⁴. Aliás, há recentes precedentes jurisprudenciais com explícita declaração de superação do enunciado nº 691¹⁵. Em síntese, a despeito da vedação estampada no enunciado nº 691, é possível a impetração de *habeas*

¹³ Assim também já assentou o Plenário da Corte Suprema: " - Não se revela suscetível de conhecimento, por incabível, recurso de agravo ('agravo regimental') contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de '*habeas corpus*' originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal." (HC nº 94.993/RR - AgRg, Plenário do STF, Diário da Justiça eletrônico de 12 de fevereiro de 2009).

¹⁴ "1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. *Habeas corpus*. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em *habeas corpus*. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de *habeas corpus* contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar." (HC nº 85.185/SP, Plenário do STF, Diário da Justiça de 1º de setembro de 2006). "PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTS. 288 E 344 DO CÓDIGO PENAL, COMBINADO COM O ART. 10, § 2º DA LEI 9.437/97. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DECISÃO ENUNCIADA GENERICAMENTE. SÚMULA 691 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE PERMITE A SUPERAÇÃO DESTA. I - Na hipótese de evidente constrangimento ilegal, admite-se a superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal." (HC nº 90.746/SP, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 11 de maio de 2007).

¹⁵ De acordo, na jurisprudência: "*Habeas Corpus*. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Precedente firmado no HC 84.078/MG de relatoria do Min. Eros Grau. 3. **Superação da Súmula 691**. 4. Ordem concedida." (HC nº 107.547/SP, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 30 de maio de 2011, sem o grifo no original).

corpus diretamente no Supremo Tribunal Federal, para impugnar decisão monocrática de Ministro-Relator, proferida em Tribunal Superior.

De volta ao processamento do *habeas corpus* no Tribunal Superior, após a prolação da decisão monocrática *in limine litis*, também cabe ao Ministro-Relator requisitar informações ao coator, se julgar conveniente à instrução do processo¹⁶.

Em seguida, há a abertura de vista ao Ministério Público, quando o Subprocurador-Geral da República que oficia no Tribunal Superior é intimado para que possa oferecer parecer em dois dias.

Apresentado o parecer ou decorrido o prazo legal sem intervenção ministerial, o Ministro-Relator leva o *habeas corpus* a julgamento perante o órgão colegiado competente à luz do regimento interno: turma, seção, órgão especial ou plenário. Em razão da celeridade que marca o procedimento, não há inclusão de pauta, mas, sim, a imediata apresentação do *writ* em mesa, para julgamento colegiado.

Por fim, denegado o *habeas corpus* originário pelo colegiado competente do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar, cabe recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, já com as razões recursais, à vista do artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, combinado com o artigo 310 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

8.4. PROCESSAMENTO DE *HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O *habeas corpus* é processado e julgado no Supremo Tribunal

Federal à luz dos artigos 188 a 199 do Regimento Interno da Corte Suprema.

À vista do artigo 190 do Regimento Interno, a petição inicial do *habeas corpus* deve conter os nomes do impetrante, do paciente e do coator, os motivos do pedido, a assinatura do impetrante e a prova documental disponível em relação aos fatos narrados.

Distribuído o *habeas corpus*, cabe ao Ministro-Relator requisitar informações do coator e a remessa dos autos originais, se julgar conveniente à instrução do processo, bem como proferir decisão monocrática liminar, apenas para determinar a expedição de alvará de soltura ou de salvo-conduto enquanto há o processamento do *writ* na Suprema Corte¹⁸.

Se existir jurisprudência consolidada da Corte acerca do objeto do *habeas corpus*, o Ministro-Relator também pode julgar desde logo o *writ*, quer para conceder a ordem, quer denegá-la, por meio de decisão monocrática definitiva, com fundamento no artigo 192 do Regimento Interno. Da decisão do Ministro-Relator cabe agravo regimental, em cinco dias, com fundamento no artigo 317, *caput*, do Regimento Interno.

Na falta de jurisprudência consolidada acerca do objeto do *writ*, o Ministro-Relator deve abrir vista ao Procurador-Geral da República, por dois dias, para o oferecimento de parecer¹⁹.

Apresentado o parecer ministerial ou decorrido *in albis* do prazo de dois dias, há a conclusão ao Ministro-Relator. Cabe ao Ministro-Relator apresentar o *habeas corpus* em mesa²⁰, para julgamento do *writ* pelo colegiado competente: Turma ou Plenário, conforme o disposto no artigo 192, § 1º, do Regimento Interno.

O resultado do julgamento do *habeas corpus* é extraído pela maioria de votos proferidos na Turma ou no Plenário, conforme a competência prevista no Regimento Interno. Na eventualidade de empate na votação, o resultado é extraído dos votos favoráveis ao paciente, nos termos dos artigos 146, parágrafo único, 150, § 3º, e 192, § 1º, do Regimento Interno.

Concedido o *habeas corpus* pelo Ministro-Relator, pela Turma ou pelo Plenário, conforme o caso, a decisão deve ser imediatamente comunicada à autoridade pública a quem couber cumprir a ordem preventiva ou liberatória, por meio de ofício, telegrama ou radiograma,

¹⁶ Cf. artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 552, de 1969.

¹⁷ Na verdade, a despeito da vedação estampada no artigo 6º, inciso III, alíneas "a" e "b", e parágrafo único, e no artigo 9º, inciso II, letra "a", e parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, houve a consagração jurisprudencial do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário: "*Habeas corpus* recebido como substitutivo de recurso ordinário." (HC nº 83.560/MG, 2ª Turma do STF, Diário da Justiça de 12 de março de 2004). Não obstante, após o ingresso do Ministro Luiz Fux na Corte, passou-se a observar o disposto no artigo 6º, inciso III, alíneas "a" e "b", e parágrafo único, e no artigo 9º, inciso II, letra "a", e parágrafo único, do Regimento Interno, com a consequente vedação do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário e a exigência da interposição, a tempo e modo, do recurso cabível: "1. A utilização promíscua do *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso *sub judice*, em que a fundamentação do decreto de prisão se fez hígida e harmônica com a jurisprudência desta Corte." (HC nº 101.248/CE, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça eletrônico de 8 de agosto de 2011).

¹⁸ Cf. artigos 21, incisos IV, V, V-A e VII, e 191, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ Cf. artigo 1º do Decreto-lei nº 552, de 1969, e artigo 192, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²⁰ Vale dizer, não há inclusão em pauta, conforme também revela o artigo 83, § 1º, inciso III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

tudo nos termos do artigo 194, *capite* parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TRABALHO TERCEIRIZADO

Eduardo Teixeira do Amaral¹

Maria Inês de Assis Romanholo²

SUMÁRIO: Introdução. 1- Terceirização: 1.1 Conceitos. 1.2. Origem 1.2.1 Terceirização no Brasil. 2. Terceirização no direito do trabalho; Lei 6.019/1974: dispõe sobre o contrato de trabalho temporário. 2.1- Princípios: da proteção e da valorização do trabalho humano. 2.2 Direitos do trabalhador temporário. 3- Terceirização na Administração Pública. 3.1 Hipóteses previstas em lei. 3.2 Responsabilidade da administração pública na condição de tomadora de serviços; Súmula 331, IV e V do TST. 3.3 Privilégios estabelecidos para a Administração Pública na Lei de Licitações (Lei 8.666/93): Ofensa à Constituição. 4- Doutrina, Jurisprudência e a Aparente derrota da Súmula 331/TST. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo fazer uma breve abordagem sobre a aplicação do instituto da terceirização no setor público, suas hipóteses previstas em lei, bem como a definição da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, no que tange aos contratos de

¹ Advogado, graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) Campus-Ubá; Servidor público do município de Ubá- MG; E-mail: eduardo.teixeiraamaral@hotmail.com

² Professora graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa e pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, que atualmente leciona no curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) as disciplinas Metodologia Científica, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

trabalho temporário, em que esta figura como tomadora de serviços. O tema é de suma importância, pois abrange não só direitos trabalhistas, como também princípios que regem a Administração Pública, demonstrando a necessidade de se adequar as normas jurídicas dessas duas searas do Direito (trabalhista e administrativo) de forma que a Administração evite prejuízos aos cofres públicos, sem que para isso, venha a ferir direitos do trabalhador. Foram explanados ainda tópicos relacionados ao tema, como conceitos de terceirização, suas origens, sua aplicação no Brasil, no mercado de trabalho tanto pela iniciativa privada, quanto pelo poder público. Alguns exemplos de decisões judiciais também foram destacados, com o fito de demonstrar qual ou quais as tendências do Judiciário pátrio em relação ao tema. Ao término do trabalho, ficou demonstrado que, em observância a preceitos jurídicos dos mais variados ramos do Direito, de fato a Administração Pública responde subsidiariamente no que tange as obrigações trabalhistas, desde que preenchidos os requisitos da Súmula 331, IV e V do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Trabalhador temporário. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, primeira a consagrar o Estado Democrático de Direito na história do ordenamento jurídico nacional, dispõe em seu Título II dos DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, e inserido neste, mais precisamente no Capítulo II, encontram-se os DIREITOS SOCIAIS, dentre os quais o direito ao trabalho. Com as mudanças ocorridas, principalmente nas décadas de 80 e 90 no que diz respeito a economia mundial, o fenômeno da globalização insere-se nas relações trabalhistas, manifestando-se sobretudo através da terceirização, instituto pelo qual busca-se descentralizar as atividades econômicas.

Diante da ausência de normas que regulem os efeitos deste tipo de contratação por parte do setor público; visando uniformizar a jurisprudência e garantir um mínimo de proteção aos direitos desses trabalhadores, o TST editou a Súmula 331 (cuja a redação fora alterada, conforme Resolução 174/2011 do Egrégio Tribunal), que dispõe sobre os contratos de prestações de serviços; elucida o inciso IV da citada súmula, sobre "a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, quando

do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora; desde que aquela tenha participado da relação processual e conste no título executivo judicial," ainda sobre essa questão, o inciso V da mesma súmula explana que "caso fique evidenciada a conduta culposa dos entes da Administração Pública no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, estes responderão de forma subsidiária"¹.

Ocorre que o artigo 71, §1º da Lei 8666 de 21 de junho de 1993² exclui qualquer responsabilidade da administração pública, no que cerne as obrigações trabalhistas junto aos trabalhadores terceirizados. Não se questiona acerca da inexistência de vínculo de emprego, quando não satisfeito o requisito da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (inciso II do art. 37 da Constituição da República). Entretanto, muito se discute acerca da possibilidade de responsabilização subsidiária da entidade da administração pública, na hipótese de inadimplemento, pelo empregador (empresa prestadora de serviços) dos direitos oriundos do contrato de trabalho.

O assunto não é pacífico, os entes públicos, com já dito, são proibidos de contratar trabalhadores sem a prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CRFB/88). Contudo, em face da expressa autorização legal (Decreto 2271/97 e Lei 8.666/93), celebram contratos de prestação de serviços com empresas particulares. Estes contratos são bilaterais, onerosos, comutativos e intuitu personae. Quando a administração pública realiza um contrato de prestação de serviços, fica investida no poder de fiscalizar o serviço. É dever do tomador exigir uma prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente. E, para garantir a qualidade deste serviço, concede-se à administração o "direito-dever de fiscalizar as empresas"³. Quando a administração não cumpre este direito-dever ou, cumprindo-o, constata irregularidade sem tomar as devidas providências (v.g., retenção de pagamento ou mesmo a iniciativa de terminação do contrato), incorre em culpa in vigilando. Do mesmo modo, quando o poder público contrata empresa prestadora de serviços, sem idoneidade econômico-financeira que garanta a satisfação dos créditos dos empregados contratados, age com culpa in

¹ Súmula 331, IV e V Tribunal Superior do Trabalho: Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

² Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

³ MEIRELLES, 2000, p.453/455.

eligendo, em decorrência de sua conduta ilícita. Se o particular responde pelos danos causados por culpa "in eligendo" e "in vigilando", o Estado, cuja finalidade precípua é a realização do bem comum, também deve responder, porquanto não se pode alcançar o bem da coletividade à custa do sacrifício de alguns, ou seja, os laboristas que não percebem seus direitos oriundos do serviço prestado.

Partindo desta premissa, e embasado em princípios do Direito, sobretudo constitucionais, o presente trabalho teve como objetivo discutir se a administração pública, mesmo com todas as suas peculiaridades, responde subsidiariamente nos contratos de trabalho temporários, quando na posição de tomadora de serviços, isso em conformidade com os requisitos previstos na Súmula 331, IV e V do TST.

1. TERCEIRIZAÇÃO

Antes de abordar o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública frente aos direitos dos trabalhadores que lhe prestam serviços, é de suma importância conhecer o significado do termo terceirização, bem como suas origens e aplicação no cenário nacional tanto pela iniciativa privada, mas principalmente pelo poder público.

1.1 Conceitos

Por se tratar de um tema relacionado a vários ramos profissionais, como Economia, Administração, Direito, entre outros, é uma tarefa um tanto quanto complexa encontrarmos uma definição homogênea para o instituto da terceirização. Como o presente trabalho teve o fito de explanar este tema, correlacionando-o com a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública (estando esta na condição de tomadora de serviços) nas relações trabalhistas, foram utilizados alguns conceitos de natureza administrativa e principalmente jurídica.

Terceirizar, nas palavras do professor Luis César G. de Araújo (mestre em Administração Pública pela University of Califórnia, Los Angeles (UCLA)), significa "Passar adiante (para terceiros e pagando) a responsabilidade pela execução de determinada atividade ou de conjunto de atividades"⁴.

Sob a ótica do direito do trabalho, Mauricio Godinho Delgado define a terceirização como "fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria

⁴ ARAÚJO, 2007, p. 138.

correspondente"⁵.

Independente da disciplina torna-se claro que a terceirização é uma forma de reorganização administrativa em que determinadas atividades de uma pessoa jurídica são transferidas para empresa contratada para essa finalidade. O resultado dessa reorganização expõe duas faces distintas da consolidação deste instituto, de um lado temos a redução de custos para as empresas, que ao transferir a responsabilidade de determinada tarefa para um terceiro, deixa de arcar com uma série de encargos, tais como despesa com pessoal; em contrapartida ficamos diante de uma frágil flexibilização de direitos trabalhistas, pois via de regra os trabalhadores terceirizados efetuam as mesmas atividades por um custo muito menor, comprometendo uma série de conquistas dos trabalhadores, como por exemplo, os pisos salariais de determinadas categorias profissionais.

1.2 Origens

O fenômeno da terceirização teve seu auge no final da década de 80 e início da década de 90, impulsionada principalmente pela integração dos mercados internacionais, fato que é conhecido até hoje como globalização. Na visão dos grandes empresários, a terceirização, quando bem empregada, garante às organizações bons frutos, pois promove o enxugamento da estrutura da empresa, além de uma série de benefícios, como por exemplo, a economia de recursos humanos, entre outros⁶.

Mas engana-se quem pensa ser este um instituto recente, fruto da globalização, há quem afirma ser esta uma prática conhecida, embora com outros rótulos ou sem rótulo algum, e empregada desde a Revolução Industrial, isto ainda no século XVIII. De qualquer forma, a terceirização começa a ter destaque a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, quando as indústrias de armamentos dos Estados Unidos não conseguiam abastecer o mercado, necessitando suprir o aumento da demanda e aprimorar a produção. Essa necessidade, dentro daquele contexto histórico, demonstrou que a concentração industrial deveria voltar-se para a produção, deixando as atividades de suporte com terceiros.

1.2.1 Terceirização no Brasil

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida pelas multinacio-

⁵ DELGADO, 2006, p. 458/460.

⁶ ARAÚJO, 2007.

nais, principalmente da indústria automobilística, durante a década de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência de seus negócios, surgindo à procura por empresas responsáveis por serviços como limpeza e conservação, consideradas como pioneiras deste tipo de prestação de serviços. Igualmente, não podemos esquecer que o objetivo principal das multinacionais era conseguir mão-de-obra com menores custos, sem se furtrar às disposições tutelares da legislação trabalhista, a qual visa a proteger o hipossuficiente da relação de trabalho.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

O avanço tecnológico, aliado à globalização no mundo contemporâneo, fez com que o setor produtivo buscasse alternativas para o aperfeiçoamento dos bens e serviços produzidos, com redução de custos.

Essa busca culminou em um processo de especialização cada vez maior, com a contratação de terceiros para as atividades que não constituíssem atividade principal. Essa especialização passa a existir a partir do momento em que a empresa se focaliza para sua atividade principal, promovendo o aumento da produtividade, aperfeiçoamento do produto, bem como a já citada redução de custos, que pode se dar pela diminuição dos encargos e do espaço físico, por exemplo. O empresário reduz sua estrutura organizacional, sem restringir o âmbito de sua atuação.

A terceirização, assim, assume diversas formas, como a empreitada de obra e serviço, a locação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra. Com efeito, na empreitada o objeto contratual é a realização de determinada atividade pela empreiteira, visando ao fornecimento do objeto, que pode ser obra, serviço ou fornecimento de bens. Esta espécie de contrato, no entanto, apenas possui validade se ajustado nos moldes da Lei nº 6.019/74⁷, que trata do trabalho temporário.

Considera-se trabalho temporário aquele que é prestado por pessoa física a uma pessoa jurídica para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal ou devido ao acréscimo de serviços, visando a atender um aumento de produção. Nota-se que existem duas hipóteses que autorizam o trabalho temporário. A primeira se refere ao atendimento de necessidade transitória de substituição do quadro

⁷ Lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

de pessoal, como por exemplo, a cobertura da licença de determinado empregado. A segunda diz respeito ao acréscimo de serviço na empresa visando, via de regra, atender uma necessidade de maior produção, frente a uma maior demanda no mercado, como na Páscoa, se visualizarmos em nosso exemplo uma fábrica de chocolates. Como se pode perceber, uma empresa de trabalho temporário tem por finalidade colocar pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras que dele necessitem, observando as duas hipóteses que permitem tal modalidade.

Dois pontos devem ser observados em relação a tal modalidade, o primeiro versa sobre a obrigatoriedade do contrato celebrado entre empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços ser por escrito e neste devendo constar o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, bem como as modalidades de remuneração e da prestação de serviços. O segundo dispõe sobre o prazo do contrato, este segundo a lei, salvo autorização do órgão local do Ministério do Trabalho e Emprego, não poderá exceder a três meses, sob pena de reconhecimento do vínculo empregatício com a tomadora de serviços.

2.1 Princípios: da proteção e da valorização do trabalho humano

O direito do trabalho sempre esteve ligado às questões de ordem socioeconômica, fato observado desde a Revolução Industrial. As leis trabalhistas resultaram de conquistas históricas dos trabalhadores, em busca de melhores condições de trabalho, frente à exploração desenfreada promovida pela classe econômica mais abastada. Dos conflitos gerados nesta época, surgiu a certeza de que, dentro da relação de trabalho subordinado, a igualdade jurídica, tão preconizada e corretamente defendida pelo Direito Comum, se tornaria mera utopia diante da discrepância de condições econômicas entre os sujeitos que compõem a relação trabalhista, fazendo com que o poder econômico de um, influenciasse a manifestação de vontade do outro. Diante desta hipossuficiência por parte do empregado, e como conseqüência a necessidade de equilibrar a relação jurídica entre os dois pólos da relação laboral, desenvolveu-se o princípio da proteção, configurando-se como o mais importante deste ramo do Direito, e do qual surgiram outros, como por exemplo, o princípio in dubio pro operário. O princípio da proteção tem como grande objetivo impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, garantindo a isonomia entre as partes, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Como todos os ramos do direito, as normas do Direito do Trabalho devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição

da República, e nossa Carta Magna, consagrada como a primeira constituição no Brasil de cunho democrático de direito, reservou lugar de destaque para o trabalho, consagrando-o não só como um direito social, mas também dando-lhe status de elemento fundamental, relacionando-o com as ordens econômica e social. O princípio da valorização do trabalho humano, expresso no art.170, caput, da Constituição da República, nada mais é do que um desdobramento de outro princípio, o da dignidade da pessoa humana, previsto no art.1º, III de nossa Lei Maior, ao dispor que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano”, o legislador constituinte demonstra uma clara preocupação em equilibrar desenvolvimento com justiça social. Assim, vemos que a valorização do trabalho humano está ligada à noção de condições materiais para a dignidade do trabalhador e sua família. Normas referentes ao piso salarial, férias, gratificação natalina, etc., são exemplos de proteção a tal princípio constitucional.

2.2 Direitos dos trabalhadores temporários

Conforme citado anteriormente, a terceirização de serviços no Brasil é uma realidade que vem de longa data, desde o início da implantação da atividade industrial no país, até então com uma economia de mercado totalmente dependente da cultura cafeeira, até os dias atuais. Na época de implementação da Consolidação das Leis Trabalhistas, o tema ainda não havia ganhado força, apenas décadas mais tarde é que tal fenômeno passou a ser observado com mais ênfase no país, sendo regulado a partir da Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas indústrias urbanas.

O artigo 12 da supracitada norma infraconstitucional elenca os direitos garantidos aos trabalhadores, dentre os quais: remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora de serviços, jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, remuneração das horas suplementares com adicional de no mínimo 50%, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, repouso semanal remunerado, adicional de trabalho noturno de 20%, seguro contra acidente de trabalho, proteção previdenciária, gratificação natalina, FGTS, sendo que neste último, ressalta-se que o trabalhador temporário não faz jus a multa de 40% sobre o montante do FGTS, uma vez que não se aplica a esta modalidade de contrato de trabalho o princípio da continuidade da relação de emprego.

A conclusão, por mais óbvia que possa parecer, é que o trabalhador temporário possui quase todos os direitos do trabalhador com vínculo empregatício, principalmente após a CRFB/88, que assegura

uma série de direitos a trabalhadores urbanos e rurais, o que não poderia deixar de ocorrer dentro de um Estado Democrático de Direito.

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Se consultarmos os dicionários de língua portuguesa, veremos que a palavra administrar, significa: gerir, zelar; trata-se, portanto de uma ação. Quando aplicamos tal conceito em relação ao Estado, devemos observar os dois sentidos que o termo representa: o sentido objetivo e o sentido subjetivo.

No primeiro, temos a própria gestão dos interesses públicos executados pelo Estado tanto na sua organização interna, como também na prestação de serviços públicos⁸. Por sua vez, o sentido subjetivo abrange o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que estão incumbidas de executar as atividades administrativas, não se limitando tal definição apenas ao Poder Executivo, que por uma questão organizacional, é aquele que exerce a função típica de administrar, mas estendendo-a aos Poderes Legislativo e Judiciário, que também executam tal tarefa, principalmente no que tange a sua organização interna. Conforme já disposto em tópicos anteriores, a terceirização, para aqueles que a defendem, visa uma reestruturação na forma de produção, primando principalmente pela economia de recursos humanos.

A terceirização é uma das formas de inserção do particular na prestação do serviço público, que se faz por meio de contrato administrativo. O terceiro é um mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa com o Poder Público. Portanto, é importante frisar que não se trata de gestão do serviço público, mas sim de uma mera prestação de serviços. Assim como no setor privado, a atribuição de atividades para terceiros na esfera pública deve obedecer ao critério da atividade-meio, pois conforme regula a Lei 6019/74, são essas as atividades que admitem o trabalho temporário.

3.1 Hipóteses previstas em lei

O Decreto nº 2.271/97⁹, que regulamenta a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelece, em seu artigo 1º, que podem ser executadas indiretamente as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares

⁸ CARVALHO, 2008.

⁹ Decreto nº 2.271 de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. Em seu parágrafo 1º, traz o rol das atividades que poderão ser transferidas, quais sejam: os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Assim como na iniciativa privada, a prática da contratação de serviços terceirizados pelos entes públicos não é exatamente nova e, de igual modo, ao longo do tempo se pôde verificar procedimentos perfilados com a ordem jurídica e os princípios constitucionais, ao lado de práticas absolutamente desvirtuadas e colidentes com nosso ordenamento jurídico.

De fato as previsões legais para tal prática por parte do setor público não se limitam ao citado Decreto, a própria Constituição da República em seu art.37, XXI¹⁰, estabelece que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública, processo este regulado pela Lei 8666, de 21 de junho de 1993 que estabelece em seu art.3º, *caput*, que a licitação sempre irá observar o princípio constitucional da isonomia entre os concorrentes e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Ocorre que a mesma lei em seu art.71,§ 1º isenta o poder público de qualquer responsabilidade trabalhista, quando da inadimplência do contratado, ou seja, da empresa prestadora da mão de obra.

3.2. Responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços e a Súmula 331, IV e V do TST

Como já disposto anteriormente, os defensores da terceirização afirmam que o modelo é um dos caminhos para a implementação do chamado Estado mínimo, onde o que importa é a chamada redução de custos, "enxugar" a máquina estatal, algo perfeitamente aceitável quando observados os preceitos legais que regem o trabalho temporário. O caso é que a Lei 6019/74 não especificou o tema para as particularidades da administração pública, e tampouco a isentou das responsabilidades que esta possui quando tomadora de serviços. Diante da insegurança jurídica que esses trabalhadores estavam expostos, no que cerne a responsabilidade do tomador de serviços nesta relação onde figuram como sujeitos empresa prestadora da mão de obra, trabalhadores e empresa tomadora de serviços, o Tribunal Superior do Trabalho, TST, editou (e recentemente atualizou) a Súmula 331, que em seus incisos IV e V

¹⁰ Art.37, XXI, Constituição da Republica Federativa do Brasil.

estabelece as conseqüências quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, conforme transcritos a seguir:

Súmula 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

(...)

IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V. Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.¹¹

Desde sua edição, a Súmula 331 vêm sofrendo inúmeros ataques pelas procuradorias públicas em todo país, sob a alegação de que esta viola frontalmente a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8666/93), principalmente no que cerne seu artigo 71, § 1º, que prescreve ser o contratado o responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais da execução do contrato. De tal forma, uma vez inadimplidos os encargos trabalhistas por parte da empresa contratada pela administração pública, tais débitos não poderão ser imputados a esta, mas sim ao próprio prestador de serviços, que, na visão desta corrente, é o único responsável.

Alegam ainda que tal posicionamento baseia-se no fato da Administração Pública não possuir vínculo algum com os trabalhadores terceirizados. O Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios Leonardo Jubé de Moura preleciona que a administração pública não responde pelos encargos trabalhistas devidos pela empresa contratada, tendo em vista não existir qualquer relação jurídica estabelecida entre o Estado e o empregado daquela,

¹¹ Súmula 331, IV e V do TST, redação alterada pela Resolução nº174, de 24 de maio de 2011.

senão vejamos sua opinião:

Com efeito, o E. TST – reconhecendo a inexistência de vínculo empregatício – fixa a responsabilidade do ente público na órbita civil/administrativa, cogitando de responsabilidade objetiva do Estado e/ou de culpa in vigilando e in eligendo. Ora, não há, in casu, relação trabalhista entre a Administração e os empregados da empresa contratada. Há, isto sim, contrato de prestação de serviços, entre empresa e ente público, regido por normas de Direito Administrativo e de Direito Civil – nada que diga com Direito do Trabalho.¹²

De fato, não há de se falar em vínculo empregatício dos trabalhadores terceirizados com Administração Pública, uma vez que, tal ato fere a Constituição da República, que dispõe em seu artigo 37, II, sobre o ingresso em cargo público mediante concurso de provas ou de provas e títulos. Contudo, o TST, ao contrário do que afirmam os defensores do artigo 71 da Lei de licitações e contratos, não criou a súmula em questão para transgredir a Constituição, pelo contrário, o próprio inciso II dispõe que a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art.37, II da CRFB/88).¹³ Ademais, se existe ofensa a Constituição, essa ocorre na maioria das vezes por iniciativa do próprio poder público, que abusando da ressalva dos cargos de livre nomeação e exoneração, faz desta, que deveria ser exceção, a regra, criando inúmeros cargos comissionados, em sua maioria com vencimentos muito acima dos servidores efetivos, ou ainda contratando pessoal para exercer função típica de cargos que necessitam de concurso público, chegando ao ponto de exceder em mais de 50% (cinquenta por cento) o número do quadro de pessoal, com os chamados “apadrinhados”. É o que demonstra os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sobre o quadro da justiça estadual no Brasil; para se ter uma idéia, no Tribunal de Justiça de Alagoas, o número de apaniguados chegam a incríveis 92,3 % do total do quadro de pessoal¹⁴.

A Súmula 331, conforme já dito, não visa regulamentar o errado, e sim, proteger o trabalhador, parte mais fraca desta relação jurídica, de um eventual inadimplemento da empresa contratada, e por consequência da chamada culpa in eligendo e in vigilando da Administração

¹² Moura, 2002.

¹³ Súmula 331, II do TST, redação determinada pela Resolução nº 96, de 11 de setembro de 2000.

¹⁴ FABRINI; MALTCHIK, 2010.

que tem o dever de fiscalizar aqueles que são contratados mediante os processos licitatórios para a prestação de serviços, da mesma forma, não se imputa a administração uma responsabilidade solidária e sim subsidiária, atendo o disposto pelos incisos IV e V da súmula 331 do Colendo Tribunal.¹⁵

3.3. Privilégios estabelecidos para a Administração Pública na Lei de Licitações (Lei 8.666/93): Ofensa à Constituição

A lei 8666/93 veio regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, instituindo as normas para licitações e contratos da Administração Pública. Dentre seus princípios, destacamos o da proposta mais vantajosa, que deriva dos princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade, norteadores da administração. Seu objetivo consiste em selecionar a proposta que seja mais vantajosa para o poder público, o termo vantajosa, por sinal vai muito além do sentido econômico, abarca também a qualidade do que está sendo oferecido pelos concorrentes, o processo de escolha, aliás deve ser muito rigoroso, uma vez que serão os cofres públicos que irão arcar com os gastos do possível contrato.

Em observância a vários princípios, em especial o da supremacia do interesse público, a Administração possui diante do particular, quando com este contrata, uma posição preponderante, o que é inadmissível sob a ótica dos contratos privados, onde prevalece a livre manifestação da vontade das partes. Essa supremacia é consequência do regime jurídico público que regula os contratos administrativos.

O problema é quando a Administração utiliza-se desses preceitos para se esquivar de suas responsabilidades, é o que ocorre quando, sob alegação de ofender o princípio da legalidade, o poder público na condição de tomador de serviços, ignora a sua responsabilidade quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada fornecedora dos serviços, desrespeitando desta forma outros princípios como, por exemplo, o da moralidade e o da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, como em todo Estado Democrático de Direito, é pacífico o entendimento de que, ao contrário do conflito entre leis, onde utilizamos critérios como especialidade, posterioridade e hierarquia, quando ocorre um choque de princípios, especialmente os de ordem constitucional, deve se buscar a otimização entre os direitos e valores

¹⁵ Súmula 331, IV e V do TST, redação alterada pela Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011.

em discussão, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e ou valores fundamentais em colisão. Nesse sentido, busca-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes, é o que conhecemos como princípio da harmonização, é isto que preconiza intrinsecamente, a Súmula 331 do TST, mas, que não é reconhecido pelos gestores.

4. DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E A APARENTE DERROTA DA SÚMULA 331 DO TST.

Conforme exposto anteriormente, segundo o Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe que a inadimplência da prestadora de serviços com relação aos encargos trabalhistas não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento, de acordo com a referida norma a seguir transcrita:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Contudo, tal dispositivo legal causa grande discussão na doutrina e jurisprudência, face ao que dispõe o § 6º do Art. 37 da CRFB/88, o qual determina que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade do Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 face à referida disposição constitucional. É o caso do professor Sérgio Pinto Martins, que com grande sabedoria destaca o fato do art.37, § 6º não fazer distinção quanto ao tipo de responsabilidade que está sujeito o poder público, quando, de alguma forma causar danos a terceiros, sejam esses danos de ordem civil ou trabalhistas. Desta forma, o § 1º do art.71 da Lei de Licitação, jamais poderia fazer tal distinção, ocorrendo este em um ato de inconstitucionalidade. Por ser beneficiada pela prestação de serviços, a Administração deve responder pelo inadimplemento da empresa

prestadora, uma vez que ficar comprovada sua culpa in eligendo na escolha da prestadora, e também in vigilando, por não efetuar a fiscalização necessária aos procedimentos da mesma, de outra forma, ficaria explícito o locuplemento ilícito por parte do poder público, por sinal, esses são os principais fundamentos dos órgãos da Justiça do Trabalho para julgar a matéria¹⁶.

A corrente pró-Administração usa, entre outros o argumento da inexistência de vínculo do trabalhador terceirizado com o ente público, para justificar a isenção dada pelo § 1º do art.71 da Lei de licitações, quando do inadimplemento de verbas trabalhistas. Para doutrinadores como Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a empresa prestadora de serviços, é a única responsável pelos encargos, não só trabalhistas, como também previdenciários, fiscais e comerciais. A inadimplência por parte do contratado, na opinião desta corrente, não pode ser repassada ao poder público, pois tal transferência acarreta uma ofensa à lei e ao bem comum.¹⁷

Como se pode observar a defesa da lei, bem como do princípio da supremacia do interesse público, são as principais bases de argumento para a corrente que defende a aplicação irrestrita do § 1º do art.71 da lei 8666/93, afirmam que o interesse particular do empregado não deve prevalecer em detrimento do Poder Público, pois do contrário, estaria a Justiça Trabalhista causando indevidos danos ao erário.

Inúmeras foram as decisões judiciais contrárias a este entendimento, e que declinaram a favor da legitimidade da Súmula 331, IV do TST, conforme o exemplo a seguir exposto:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CORREIOS. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte da empresa prestadora de serviços, implica na responsabilidade subsidiária dos entes públicos tomadores dos serviços, nos termos do inciso IV da Súmula 331 do TST, cuja nova redação é posterior à Lei 8.666/93. Levando-se em conta que a EBCT beneficiou-se dos serviços prestados pela Autora, correta a aplicação da referida Súmula, devendo permanecer incólume a r. sentença que imputou à Recorrente a condenação subsidiária pelo adimplemento dos créditos devidos à Reclamante. Dessa feita, dou parcial provimento ao

¹⁶ MARTINS, 2009.

¹⁷ ALEXANDRINO; PAULO, 2002.

Apelo Patronal tão-somente para extirpar, de ofício, a condenação pertinente à integração do aviso prévio indenizado e 1/12 do 13º salário proporcional, imposta pela r. sentença em julgamento ultra petita, bem como absolvê-la do pagamento da dobra das férias referentes a 2003/2004 e 2004/2005. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO. PLEITO DE VERBAS SABIDAMENTE INDEVIDAS OU JÁ PAGAS. Em que pese a farta jurisprudência no sentido de que a má-fé do advogado deve ser apurada em autos próprios, tal providência torna-se desnecessária quando o Juiz verificar essa circunstância na própria Reclamação Trabalhista. Assim, constatado que a verdade dos fatos foi alterada com o fim de usar do processo para conseguir verbas indevidas, procedendo de forma temerária, aplico, de ofício, à Reclamante e, solidariamente, a seu advogado, a multa por litigância de má-fé no importe de 1% sobre o valor da causa, pois a litigância de má-fé é matéria de ordem pública, portanto, não pode ser aceita com normalidade ou complacência, devendo ser imputada inclusive ao causídico, de forma a desestimular a prática que ora se apresenta. (TRT23. RO - 00698.2007.071.23.00-0. Publicado em: 27/06/08. 2ª Turma. Relator: Desembargadora Leila Calvo)¹⁸.

Apesar do exemplo supra-citado, o entendimento da súmula do Egrégio Tribunal trabalhista não prevaleceu. Após inúmeros embates travados nos tribunais superiores, o Colendo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária ocorrida em 24 de novembro de 2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada pelo governador do Distrito Federal, entendeu pela constitucionalidade do Art. 71, 1º, da Lei 8.666/93. Com tal decisão, nossa Suprema Corte afastou a aplicação da até então redação do inciso IV da Súmula do TST que aplicava aos integrantes da Administração Pública o mesmo tratamento dispensado aos particulares, quando da inadimplência das obrigações trabalhistas.

A decisão que num primeiro momento significou uma derrota do Direito do Trabalho e comemorada pela corrente pró-Administração,

¹⁸ MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário 00698.2007.071.23.00-0

deve ser analisada de forma cautelosa por ambas as partes. Destarte, não há razão para os juslaboristas acharem que o país regrediu juridicamente à época do Estado Autoritário e irresponsável, por seu turno, os militantes do Direito Administrativo que atacavam veementemente a Súmula 331 do TST, também não devem concluir que a decisão do STF, vem para isentar o Estado de suas responsabilidades.

O próprio Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluzo, afirmou que "tal decisão, não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade do poder público, com base nos fatos de cada causa"¹⁹. Não obstante, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em decorrência do Acórdão proferido na ADC16-DF, promoveu a adequação da Súmula 331 no dia 24 de maio de 2011, seguindo os preceitos do neoconstitucionalismo, que defende a importância da interpretação normativa quando constatado o conflito entre direitos constitucionais, o TST parte da premissa de que o que será levado em conta para dizer se o poder público tem ou não responsabilidade quando da inadimplência trabalhista não será a letra fria da lei, mas sim o valor probatório apresentado em cada caso concreto.

Mais do que uma adequação, a nova redação da Súmula 331 do TST, deixa claro que os casos que apresentem a Administração Pública supostamente responsável ou co-responsável em inadimplência de créditos trabalhistas, apresentados a Justiça Laboral devem ser analisados por esta com o máximo de cautela, o Judiciário Trabalhista deverá ponderar a regra geral (apresentada pelo artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93) com a exceção que cada causa apresentar, a própria Lei Geral de Licitações apresenta em seu texto, mas precisamente nos artigos 27, IV, 58 III, e 67 caput e § 1º, o dever de fiscalização por parte da Administração, quando da contratação e execução do serviço público, ação que não realizada, poderá certamente culminar em inadimplência por parte do particular contratado, configurando dessa forma a exceção a regra geral exposta pelo §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

Diante de tais constatações, chega-se a conclusão de que o entendimento proferido pelo STF quando da decisão da ADC 16-DF, bem como a nova redação da Súmula 331 do TST, demonstram ser perfeitamente possível coadunar a aplicação do § 1º do art.71 da Lei 8.666, com os direitos dos trabalhadores terceirizados, sem que para isso seja desrespeitado o ordenamento jurídico, visto que estes direitos também são de interesse público.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC-16 DF. Ação Declaratória de Constitucionalidade.

CONCLUSÃO

A terceirização, relação trilateral de trabalho havida entre empresa prestadora de mão de obra, empregado e tomadora de serviços, é um fenômeno social que não possui um marco histórico de surgimento bem definido, ao ponto que muitos afirmam que esta existe desde a Revolução Industrial, contudo passou a ter destaque no cenário econômico, a partir da segunda guerra mundial. No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio.

Tal modelo de fornecimento de mão de obra se dissocia do modelo bilateral clássico, uma vez que tem por objetivo fornecer mão de obra para desenvolver determinada atividade acessória da tomadora dos serviços, de modo a aperfeiçoar a produção e reduzir custos.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho regula em seus incisos IV e V a questão da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando da inadimplência do empregador. Esse entendimento de responsabilidade subsidiária é pacífico quando figuram na relação jurídica apenas pessoas de direito privado. Todavia, o tema torna-se polêmico quando em um dos pólos, mais precisamente na condição de tomadora de serviços, encontra-se alguma pessoa jurídica de direito público, tanto da Administração direta, quanto da indireta. O inciso IV da supracitada súmula, dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, desde que este tenha participado da relação processual e conste no título executivo judicial, em complemento o inciso V da mesma súmula, expõe que os integrantes da Administração Pública respondem subsidiariamente nas mesmas condições do inciso IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais da prestadora de serviço.

A aplicação de tal Súmula, sempre foi alvo de ataques por parte das procuradorias públicas de todo país, no entendimento de maior parte da doutrina administrativista, trata-se de uma ofensa a preceitos legais, uma vez que o art.71, § 1º da Lei 8666/93, que dispõe sobre as licitações e contratos da Administração Pública, é claro ao afirmar que o contratado e somente o contratado, é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Por outro lado, os juslaboristas defendem a aplicação dos incisos IV e V da citada Súmula, também para os casos envolvendo a Administração, afirmam que este entendimento baseia-se em princípios, principalmente de ordem trabalhista, mas também de ordem constitucional.

Aos olhos do direito laboral, o texto do § 1º do art.71 da Lei 8666/93, ofende o princípio da proteção, que sem dúvida é o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho. Os defensores do art.71 da lei de licitações, alegam que tal princípio não se aplica nos casos de contratação pela Administração, uma vez que o contrato que rege essa relação não é de natureza trabalhista e sim administrativa. A questão nunca foi passiva no ordenamento jurídico pátrio e em 24 de novembro de 2010, após várias ações constitucionais envolvendo a citada súmula, o Supremo Tribunal Federal julgou em definitivo a Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC nº16-DF, declarando a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

Entretanto, como dito anteriormente, a responsabilidade da Administração Pública não deve se embasar na letra fria da Lei, e sim nas provas apresentadas no decurso da ação. O entendimento na decisão da Suprema Corte e a nova redação dada à Súmula 331 pelo TST expressam a correta tendência de nosso ordenamento jurídico, qual seja a aplicação do Princípio da Harmonização, quando do confronto entre normas ou entre estas e direitos constitucionais, surgindo a tão bem vista Interpretação constitucional. O poder público deve entender que a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, não significa um aval para atos impensados e irresponsáveis por parte da administração, o art.37 da Constituição da República, que em seu § 6º consagra a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, determinando que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Importante ressaltar que o texto constitucional não faz qualquer tipo de distinção quanto ao tipo de responsabilidade, seja ela civil ou trabalhista, não poderia, portanto, o texto do § 1º do art.71 da lei 8666/93 fazê-la. Portanto, uma vez que a Administração incorre em culpa in eligendo, pois escolheu um parceiro inadequado, e in vigilando, resultante da falta de fiscalização, esta deve ser responsabilizada, pois suas ações e omissões, mesmo que de cunho administrativo, prejudicaram terceiros, que neste caso são os trabalhadores terceirizados que prestaram sua força laboral em pró da Administração. No mais, deve-se ressaltar que ninguém tem o direito ao locuplemento ilícito, regra que se aplica a Administração, que como já fora citado anteriormente, rege-se não só pela legalidade, mas também pela moralidade.

Ainda com base na Constituição, citamos o princípio da valorização do trabalho humano, previsto e expresso no art.170, caput, da Lei Maior, que de acordo com o texto constitucional, constitui-se, ao

lado da livre iniciativa, como um dos pilares para a ordem econômica.

Registra-se que o presente artigo não defende a existência de vínculo empregatício entre Administração Pública e terceirizados, uma vez que isso fere a regra constitucional, de acesso a cargo público mediante concurso de provas ou de provas e títulos, contudo, fica evidente que não pode perseverar o entendimento de que, a Administração, por um critério de texto de lei infraconstitucional, tenha privilégios que chegam ao ponto de ofender simultaneamente direitos dos trabalhadores e preceitos constitucionais. A declaração de constitucionalidade do § 1º do art.71 da lei 8666/93, põe aparentemente um ponto final nesta discussão, contudo e felizmente não impede a Justiça do Trabalho de apreciar e reconhecer a responsabilidade do poder público, quando esta ficar comprovado nos autos.

Portanto a aplicação da Súmula 331, IV e V do TST, nos casos em que a Administração incorrer em culpa in eligendo e in vigilando, é acertada, uma vez que não podemos ignorar os direitos dos trabalhadores que com sua mão de obra, na maioria das vezes barata, beneficia o tomador de serviços, que alcança seus objetivos com uma significativa redução de custos.

Trata-se, portanto de um conflito de princípios constitucionais, onde a melhor solução é a aplicação do princípio da harmonização, atribuindo à administração pública quando ficar comprovada a responsabilidade desta, a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas decorrentes da inadimplência do empregador, sem, contudo estabelecer vínculo entre terceirizados e Administração, em observância ao art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 3ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- ARAÚJO, Luis Cesar G. de. Organização, Sistemas e Métodos e as Tecnologias de Gestão Organizacional. 2 ed.- 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18479>>. Acessado em: 28/03/2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Decreto nº 2.271 de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica

e fundacional e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Redação determinada pela Resolução nº 96 de 11 de setembro de 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5ed. São Paulo: LTr 2006.

FABRINI, Fábio e MALTCHIK, Roberto. Dados do CNJ mostram que 13 Tribunais têm mais de 50% de funções comissionadas ocupadas irregularmente. O Globo, Brasília. 27/07/2010. Disponível em: <<http://www.moglobo.globo.com/integra.asp?txUrl=/pais/eleicoes2010/mat/2010/07/27/dados-do-cnj-mostrar-que-13-tribunais-tem-mais-de-50-funcoes-comissionadas-ocupadas-irregularmente-917255826.asp>>. Acessado em 26/09/2010.

MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 9ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00698.2007.071.23.00-0. Publicado em 27/06/2008 2ª Turma. Relator: Desembargadora Leila Calvo.

MEIRELES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Enunciado 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2949>>. Acessado em 25/09/2010.

SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho. Série Concursos Públicos. 10.ed. São Paulo: Método, 2009.

AS ATUAIS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fernando Antonio De Oliveira Chalabi Filho ¹

RESUMO: Desde a segunda metade do século XX, o denominado princípio da insignificância ou da bagatela², incorporou-se ao Direito Penal como um dos mais relevantes norteadores das modernas políticas criminais. Muito embora não seja um princípio expresso em nenhuma legislação penal pátria, este princípio, em conjunto com os vários outros que sustentam o arcabouço teórico da aplicação da lei penal, é abordado pela doutrina e legitimado pela jurisprudência brasileira, sendo instituto de incidência corriqueira nas atividades dos Tribunais. Entretanto, o constante trabalho jurisprudencial tem deixado a doutrina muito aquém das atuais discussões e cristalizações de entendimentos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, razão pela qual se faz necessário um apanhado geral da produção desses tribunais para a melhor compreensão desse instituto despenalizador.

ABSTRACT: Since the second half of the twentieth century, the so called insignificance principle or bagatelle principle³, was incorporated to

¹ Advogado Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual

² O jurista alemão Klaus Tiedemann denominou o princípio da insignificância de princípio da bagatela, nomenclatura que passou a ser amplamente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

³ The German jurist Klaus Tiedemann denominated the insignificance principle as bagatelle principle, nomenclature that has began to be broadly used by the Brazilian doctrine and jurisprudence.

Criminal Law as one of the most relevant guiding of modern criminal policies. Although it is not a principle expressed in none of the homeland criminal law, this principle, together with several others that support the theoretical framework of criminal law application, is approached by the doctrine and legitimated by the Brazilian jurisprudence, being institute of ordinary incidence on Courts' activities. However, the constant jurisprudential work has left the doctrine far behind the current discussions and crystallized understandings provided by the Federal Supreme Court and by the Superior Court of Justice regarding the theme, which makes necessary a general review of the production of these courts to achieve a better comprehension of this decriminalized institute.

PALAVRAS-CHAVE: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA; BAGATELA; CABIMENTO; JURISPRUDÊNCIA.

I - INTRODUÇÃO

Foi Claus Roxin que no ano de 1964 abordou, pela primeira vez, o princípio da insignificância, fundamentando-se no brocardo latino *minima non curat praetor*, que quer dizer que o pretor (ou o juiz) não deve se ocupar com ninharias, isto é, com coisas de pequena importância.

Esse antigo adágio se tornou embasamento de diversos princípios do Direito Penal moderno, todos eles circundantes desse mesmo raciocínio: não deve o Direito Criminal intervir em toda e qualquer relação humana, mas somente naquela em que esta intervenção se mostre indispensável para a garantia dos direitos e interesses individuais ou coletivos, e para o alcance do bem comum.

De imediato, portanto, fica clara a relação do princípio da insignificância com tantos outros, como os princípios da intervenção mínima, da ofensividade, da subsidiariedade, da adequação social e da fragmentariedade, que, por razões óbvias, não serão aprofundados no presente artigo, mas que podem, de maneira geral, ser resumidos no seguinte raciocínio: o Direito Penal, em virtude da gravidade das sanções que aplica àqueles que desrespeitam às suas normas, só deve servir para proteger os bem jurídicos mais relevantes, das lesões ou ameaças de lesões mais graves e reprováveis socialmente, quando os demais ramos do Direito se mostrarem incapazes de fazê-lo.

Nesse viés: *minima non curat praetor*.

Como resultado do casamento de todos os princípios supracitados, o espírito de ser o Direito Penal a *ultima ratio* de um ordenamento jurídico, orienta, em um primeiro momento, o trabalho do legislador. Em regra, são os membros do Congresso Nacional (art. 22, inciso I da

Constituição Federal de 1988) que, ao criar os tipos penais, devem fazer a primeira análise sobre a necessidade de serem determinados bem jurídicos protegidos pelo Direito Penal, e, conseqüentemente, de serem certas condutas criminalizadas ou não. Eles devem se questionar: faz-se necessária a presença do Direito Penal na proteção desse bem jurídico?

Criados os tipos penais incriminadores, normas gerais e abstratas por excelência que determinam as condutas humanas que serão apenadas, é na interpretação doutrinária e na aplicação jurisprudencial que os tipos vão se afirmar, tomar corpo e terem sua abrangência delimitada. Cabe aos aplicadores do Direito, portanto, dar vida e verdadeira "adequação social" ao frio dispositivo legal.

Nesse segundo momento, o princípio da insignificância deve levar o magistrado a se questionar: houve, de fato, uma relevante ofensa ao bem jurídico protegido pela lei penal? Em que pese à notória tipicidade formal da conduta, está patente sua tipicidade material? Caso a resposta seja positiva, diante da perfeita tipicidade da conduta, passar-se-á a analisar sua antijuridicidade, segundo elemento do crime em seu conceito analítico⁴; lado outro, uma resposta negativa para essas perguntas torna a conduta atípica e, conseqüentemente, um irrelevante penal.

Dessa forma, a tipicidade formal, isto é, a exata adequação do fato ocorrido com o preceito legal previsto pelo legislador, não é suficiente para o surgimento de uma conduta típica, que só se verifica com a necessária tipicidade material, ou seja, com a efetiva e relevante ameaça ou lesão a um bem jurídico penalmente tutelado.

É o princípio da insignificância, portanto, que ajudará o aplicador do Direito na análise da tipicidade material de uma conduta.

Entretanto, por este princípio não possuir menção expressa em nenhum corpo legislativo pátrio, muito discute os estudiosos do direito penal sobre as dimensões e possibilidades de sua aplicação.

O magistério de EDILSON MOUGUENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ se mostra preciso:

"Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não têm previsão legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. (...) Se a finalidade do Direito

⁴ Em que pese relevante discussão existente sobre o tema, ainda prevalece na doutrina e na jurisprudência a adoção da teoria tripartite do conceito analítico de crime, que seria composto por uma conduta típica, ilícita e culpável.

Penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, tornar-se imperceptível, não será possível proceder ao seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico.”⁵

Nesse sentido, diante de certa celeuma doutrinária, mostra-se indispensável a análise dos trabalhos dos Tribunais sobre o tema, muito embora, adiante-se, estejam também os Tribunais em constantes mudanças de entendimento sobre o instituto da bagatela.

Após muitos anos negando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, justamente em virtude da ausência de sua previsão legal, os Tribunais Superiores e a Suprema Corte já não mais rejeitam seu uso.

No presente artigo, será feita a análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto à aplicação do princípio da insignificância, destacando-se os pontos já pacificados e discutindo-se os aspectos ainda controversos.

Façamos, inicialmente, uma análise dos fundamentos deste princípio.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Está superado o entendimento de que “a tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal.” Este antigo conceito se limita, apenas, a definir a tipicidade formal, feita numa primeira análise, numa simples operação intelectual de conexão entre o fato e a norma.

Para nada serve a tipicidade formal de uma conduta se ela não apresentar, também, tipicidade material. Uma conduta, para provocar a atuação do Direito Penal, em virtude da incidência de todos àqueles

⁵ BONFIM, Edilson Mouguenot e CAPEZ, Fernando. *Direito Penal - Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 121.

princípios supramencionados, deve apresentar, de fato, relevante ofensa a bem jurídico tutelado, sob pena de não preencher a tipicidade material necessária para a configuração de um crime.

Nas palavras de Bitencourt, “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.”⁶

O princípio da insignificância é o grande responsável por retirar a tipicidade penal daquelas condutas que, em que pese a latente adequação ao tipo penal abstratamente previsto, não apresenta relevância material, uma vez que a irrelevância, ou, em outras palavras, a insignificância da ofensa, afasta a tipicidade penal.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli dão os seguintes exemplos em que é patente a sua aplicabilidade⁷:

a) Arrancar um fio de cabelo, por mais que possa ser considerada ofensa à integridade corporal (art. 129, “caput”, do CP), não resulta numa afetação do bem jurídico típico de lesões;

b) Nem a subtração de um palito de fósforo da caixa que se encontra no escritório vizinho configura um furto, ainda que se trate de uma coisa alheia móvel.

Todavia, por não possuir regramento expresso na lei que determine o que deve ser entendido como materialmente relevante, são diversas as discussões sobre o âmbito de incidência deste princípio.

O que seria, então, a tipicidade material?

Data venia o irrefutável saber jurídico de dezenas de doutrinadores na seara penal, a medida dessa “relevância material” da conduta criminosa deve ser feita com base em diversos fatores, e não somente por meio da análise do “grau de sua intensidade” ou “pela extensão da lesão produzida”, como leciona os penalistas mais tradicionais.

Como afirma Zaffaroni:

“A insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, consequentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 21.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, V. 1, Parte Geral. 9. ed. São Paulo: RT, 2011. P. 488/489.

à simples luz de sua consideração isolada"⁸.

Após longos anos de construção jurisprudencial, já é possível pontuar aspectos consolidados sobre a aplicação da bagatela no STF e no STJ, bem como verificar que ainda há um longo caminho de controvérsias a ser superado.

III - CABIMENTO

Em virtude da omissão legislativa sobre assunto, durante muitos anos houve certa resistência por parte dos Colendos Tribunais a procederem à aplicação do princípio da insignificância em seus julgamentos.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sobretudo em sua Quinta Turma, nos idos dos anos 2000, começou a vislumbrar o princípio da insignificância como um preceito pretoriano que reunia quatro condições essenciais para sua aplicabilidade: a) mínima ofensividade da conduta; b) inexistência de periculosidade social da conduta; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento humano; d) inexpressividade da lesão provocada.⁹

Secundando esse entendimento, o Pretório Excelso passou a reconhecer o princípio da insignificância como causa geradora de atipicidade penal, o que se verificou, inicialmente, no julgamento, pela Primeira Turma, do Habeas Corpus 80.058/PR, cujo Relator foi o então Ministro Ilmar Galvão.

Baseando-se no que vinha se consolidando da jurisprudência do STJ e do STF, o Ministro Celso de Mello, Relator no julgamento do Habeas Corpus nº 84.412/SP pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004, proferiu voto que se tornou referência na discussão sobre o do princípio da insignificância.

Eis a importantíssima Ementa de referido julgamento:

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM

DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expõem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social."

Desde então, não há julgamento, em processo onde uma das

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991. P. 475.

⁹ Nesse sentido: REsp 234.271, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 8.5.2.000, p. 115; REsp 235.015, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 8.5.2.000, p. 116.

partes alegue a incidência ou não da bagatela, que não faça menção a este importante voto.

Deste modo, nas próximas linhas será feita uma análise de como vem se dando a aplicação deste princípio pelo STF e pelo STJ, tendo como base o estudo de cada um dos quatro vetores que se consolidaram como necessários para caracterização da bagatela, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, a nenhuma periculosidade social da ação e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

De imediato, impende-se destacar que, em que pese a presente análise individualizada de cada um desses vetores, mister se faz a averiguação conjunta destes diante do caso concreto, como será visto na leitura dos julgados infra transcritos.

III.I - Quanto à conduta: reduzido grau de reprovabilidade do comportamento

Conforme a jurisprudência, neste momento de análise da reprovabilidade da conduta, a qual deve ser reduzida, impõe-se a observância das condições econômicas e pessoais do agente, bem como da realidade do país e das circunstâncias do crime. É um verdadeiro exame do desvalor da ação, como costuma ser adjetivada a conduta criminosa pelos penalistas.

Na apreciação das características pessoais do agente, a jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentido de que os maus antecedentes e até mesmo a reincidência do agente não são suficientes para, por si só, afastarem a aplicação da bagatela.

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. AUSÊNCIA DA TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 4. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e também no Supremo Tribunal Federal, a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impedem a aplicação do princípio da insignificância. 5. Ordem concedida.” (STF. HC 191516/MT. Min. OG FERNANDES. SEXTA TURMA. Data de julgamento: 01/03/2011)

Na jurisprudência do STF, em que pese à existência de entendi-

mentos no mesmo sentido pacificado no STJ¹⁰, há um número consideravelmente superior de decisões em sentido contrário, que consideram a reincidência e outros indícios de habitualidade de práticas delituosas, ou seja, “considerações de ordem subjetiva”, como incompatíveis com a bagatela, pois revelariam uma indesejável periculosidade do agente (relação com o elemento de periculosidade social da ação, que será analisada posteriormente).

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA E HABITUALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. ORDEM DENEGADA. Reconhecidas a reincidência e a habitualidade da prática delituosa, a reprovabilidade do comportamento do agente é significativamente agravada, sendo suficiente para inviabilizar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes. Ordem denegada.” (STF. HC 97007/SP. Min. JOAQUIM BARBOSA. SEGUNDA TURMA. Min. JOAQUIM BARBOSA. Data de julgamento: 01/02/2011)

“PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RAZOÁVEL GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FURTO INSIGNIFICANTE. FURTO PRIVILEGIADO. DISTINÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige, além da pequena expressão econômica dos bens que foram objeto de subtração, um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. II - Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos em residências, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. III - Embora o paciente não seja reincidente, tem personalidade voltada para a prática de crimes, o que impede o atendimento de

¹⁰ Por exemplo, o HC 102080/MS, o HC 93393/RS e o RE 514531/RS, todos julgados pela Segunda Turma do STF.

outro dos requisitos exigidos por esta Corte para a configuração do princípio da insignificância, qual seja, a ausência de periculosidade do agente. IV - Ordem denegada." (STF. HC 104348/MS. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. PRIMEIRA TURMA. Data de Julgamento: 19/10/2010)¹¹

Ainda na análise das condições pessoais do réu, é rara a aplicação do princípio, tanto pelo STF quanto pelo STJ, em crimes cometidos por militares ou membros das Forças Armadas, pois seriam deles exigida uma rigidez moral superior à esperada do cidadão comum, em virtude da hierarquia própria das corporações e da representatividade de suas funções.

"DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 195, CPM. ABANDONO DE SERVIÇO. FALTA DE JUSTA CAUSA. DENEGACÃO. 1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possibilidade de se reconhecer a atipicidade da conduta dos pacientes com base no princípio da insignificância, já que foram denunciados como incurso nas sanções do art. 195, do Código Penal Militar. Devido à sua natureza especial, o Direito Penal Militar pode abrigar o princípio da insignificância com maior rigor, se comparado ao Direito Penal Comum. Assim, condutas que podem, teoricamente, ser consideradas insignificantes para o Direito Penal Comum não o são para o Direito Penal Militar, devido à necessidade da preservação da disciplina e hierarquia militares. 8. Considero que os vetores para aplicação do princípio da insignificância (...) não se revelam presentes na hipótese ora em julgamento. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. 9. Habeas corpus denegado." (STF. HC 94931/PR. Min. ELLEN GRACIE. SEGUNDA TURMA. Julgamento: 07/10/2008).

¹¹ Nesse mesmo sentido: HC 101144/RS, RHC 103552/DF, HC 96684/MS, HC 96202/RS e HC 102088/RS.

"HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RAZOÁVEL GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FURTO INSIGNIFICANTE. FURTO PRIVILEGIADO. DISTINÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige, além da pequena expressão econômica dos bens que foram objeto de subtração, um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. II - É relevante e reprovável a conduta de um militar que, em serviço, furta bem de um colega de farda, demonstrando desrespeito às leis e às instituições de seu País". (STF. HC 105201/PE. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. PRIMEIRA TURMA. Data de Julgamento: 26/10/2010)

"HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. PECULATO-FURTO. MUNIÇÕES DE ARMAMENTO DE USO RESTRITO DAS FORÇAS ARMADAS. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. VETORES DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCIDÊNCIA DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. QUESTÃO NÃO ARGÜIDA NAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. 1. O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves. 2. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a idéia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade

do princípio da insignificância, é imprescindível que aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público. 3. No caso, os pacientes, militares em atividade, subtraíram munições de armamentos de uso restrito das Forças Armadas, sendo parte da munição vendida a terceiro. Donde a impossibilidade de se acatar a tese da irrelevância jurídico-penal da conduta". (STF. HC 104787/RJ. Min. AYRÉS BRITTO. SEGUNDA TURMA. Data de Julgamento: 26/10/2010).

Quanto às circunstâncias do crime, também analisadas quando da averiguação do grau de reprovabilidade do comportamento do agente, que, repisa-se, deve ser reduzido, a jurisprudência tem se posicionado pela aferição não apenas da ofensa ao bem jurídico tutelado em si, mas de todos os elementos a ela vinculados na conduta criminosa.

Por exemplo, não é reduzida a reprovabilidade do comportamento do agente quando ele, que pese furtar algo de pequeno valor, o faça mediante invasão de domicílio.

"AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME DE FURTO. COISA DE VALOR ÍNFIMO. ELEVADO GRAU, PORÉM, DE REPROVABILIDADE DO ATO. INVASÃO DO DOMICÍLIO DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FATO TÍPICO. CONDENÇÃO MANTIDA. HC DENEGADO. Não quadra aplicação do princípio da insignificância, quando, suposto inexpressiva a lesão jurídica provocada, as condições do delito revelem considerável grau de reprovabilidade do ato." (STF. HC 97036/RS. Min. CÉZAR PELUSO. SEGUNDA TURMA. Julgamento: 31/03/2009).

Nesse mesmo sentido, a votação unânime da Quinta Turma do STJ no HC 188177.

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INTERNAÇÃO

POR PRAZO INDETERMINADO. CONDUTA PRATICADA COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 4. A aplicação do princípio da insignificância deve haver uma real proporcionalidade entre a conduta cometida pelo agente e o poder de punir do Estado. E a insignificância de certas condutas devem ser aferidas de forma global, conforme a intensidade do delito e não apenas em relação ao bem jurídico tutelado. No caso concreto, houve a subtração de um boné avaliado em R\$ 15,00 (quinze reais). Entretanto, a conduta praticada pelo adolescente (mediante violência e grave ameaça) reveste-se de extrema gravidade e relevância e o valor da coisa subtraída não pode ser analisado de forma isolada. A meu ver, não há possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao caso. 5. Ordem denegada." (STJ. HC 188177/RS. Min. OG FERNANDES. SEXTA TURMA. Data de julgamento: 19/05/2011).

Diferentemente do que ocorre no crime de furto e nos demais crimes contra o patrimônio praticados sem violência, ambos os Tribunais se posicionam pela inaplicabilidade do princípio nos crimes violentos, como o roubo, por não apresentarem o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, requisito indispensável para a caracterização da "insignificância".

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. O crime de roubo se caracteriza pela apropriação do patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça à sua integridade física ou psicológica. No caso concreto, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno, não há como se aplicar o princípio da insignificância, mormente se se considera que o ato foi praticado pelo paciente mediante grave ameaça e com o concurso de dois adolescentes, fato esse que não pode ser taxado como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade. 2. A jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte é firme no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo. 3.

Habeas corpus denegado." (STF. HC 97190/GO. Min. DIAS TOFFOLI. PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 10/08/2010)¹²

Ainda neste aspecto, configurando-se um crime qualificado, raramente estará presente a bagatela, em virtude do maior desvalor da ação. Nesse sentido, uníssonos STF e STJ, no caso deste último, como bem mostra o Informativo número 465.

III.II - Quanto aos efeitos da conduta: inexpressividade da lesão jurídica causada, mínima ofensividade e ausência de periculosidade social da ação

Nesse momento importa analisar sobre o que incide a conduta criminosa, averiguando-se, por exemplo, o bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão, as condições econômicas e pessoais da vítima, a importância do bem para esta, bem como o risco social que aquele crime representa.

Não basta a miudeza do bem jurídico atingido em si, devendo-se analisar o impacto da ação criminosa no patrimônio e na vida da vítima. Como exemplo, segue a Ementa de um HC denegado, que requeria a liberdade do acusado de ter furtado a quantia de R\$ 59,00 (cinquenta e nove reais) pertencentes a uma empregada doméstica.

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HIPÓTESE DE NÃO APLICAÇÃO. PRECEDENTES DA CORTE. Ainda que o valor dos bens subtraídos seja de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância ao caso concreto, tendo em vista a relevância da quantia subtraída à situação econômica da vítima. Por esse motivo, não há como concluir pela inexpressividade da lesão ao bem juridicamente protegido. 3. Habeas corpus denegado." (STF. HC 96757/RS. Min. DIAS TOFFOLI. PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 03/11/2009)

Em um crime contra o patrimônio, por exemplo, onde o agente para furtar uma nota de R\$ 10,00 (dez reais) que se encontra no banco de um automóvel, quebra os vidros do carro ou arromba uma de suas

¹² Dessa forma, HC 96671/MG e HC 95174/RJ dentre vários outros.

portas, apesar da miudeza do valor furtado, deve ser levado em consideração todo o prejuízo causado pela ação criminosa, que, em sua totalidade, gerou relevante perda patrimonial para a vítima¹³.

Vale transcrever um trecho da jurisprudência do STJ:

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MOEDAS. VALOR: R\$ 14,20. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PREJUÍZO DECORRENTE DO ARROMBAMENTO DO CARRO ONDE SE ENCONTRAVAM AS MOEDAS: R\$ 300,00. 2. No caso, foram subtraídas moedas de dentro de um veículo: R\$ 14,20. Por mais que o valor do numerário seja ínfimo, não incide o princípio da insignificância, porquanto amargou a vítima o prejuízo de trezentos reais em razão do arrombamento de duas portas de seu automóvel. Desta forma, não se mostra ínfima a afetação do bem jurídico patrimônio." (STJ. HC 122347/DF. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. SEXTA TURMA. Data de julgamento: 03/03/2011)

Em virtude da necessária observação de critérios de índole circunstancial, vem sendo superada nos crimes contra o patrimônio, a curtos passos, pelos Tribunais, a fixação de um valor máximo, que, uma vez superado, representaria por si só, o afastamento do princípio da bagatela. É fato que o valor da *res furtiva*, por exemplo, ainda representa vetor relevante para a configuração da "insignificância", devendo ser observado, entretanto, juntamente com outros dados do crime¹⁴.

Ademais, essa fixação de um valor máximo para a possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio, quando comparada com teto estabelecido para o crime de descaminho, crime contra a Administração em Geral previsto pelo

¹³ Nota-se que a análise dos reflexos diretos e indiretos da conduta supostamente criminosa, também é feita na verificação do reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente, agora, entretanto, pela perspectiva da vítima, e não do agente.

¹⁴ A eminente Ministra CARMEN LÚCIA, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 97.772/RS, deixou claro que não basta o pequeno valor da coisa, devendo ser ele insignificante. Nesse viés, não tem sido aplicado o princípio em crimes de furto, apropriação indébita e estelionato que atinjam por volta de cento e cinquenta reais, quando as demais circunstâncias também afastam a sua incidência, como se percebe no HC 189396/RS julgado em 22 de fevereiro de 2011.

artigo 334 do Código Penal, causava espanto e indignação. Enquanto nos primeiros a jurisprudência não admitia a superação do valor de cerca de um terço do salário mínimo, os Ministros do STF e do STJ pacificaram teto de incriveis R\$ 10.000,00¹⁵ para a existência da bagatela nos crimes praticados pelos golpistas fiscais. Isto é, entende-se que “autuações fiscais aduaneiras aquém de dez mil reais não possuem dignidade penal, à luz do princípio da insignificância, que evidencia no comportamento atipicidade material em relação ao artigo 334 do Código Penal”¹⁶. Resumindo este vergonhoso posicionamento, para os nossos Tribunais, crimes de furto e apropriação indébita, por exemplo, que atingissem cerca de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais), deveriam ser criminalmente punidos, enquanto que os crimes fiscais, que afrontam a ordem econômica da Administração, são merecedores de indulgência penal caso não ultrapassem a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).¹⁷

Na análise da lesão patrimonial causada, importa considerar, para o STF e para o STJ, inclusive, se houve ou não a restituição do bem, embora valha frisar que a restituição, por si só, não garante a incidência da bagatela, o que tornaria letra morta o art. 16 do Código Penal e o instituto do arrendimento posterior:

“HABEAS CORPUS. FURTO. RES FURTIVA: QUATRO PARES DE TÊNIS USADOS. RESTITUIÇÃO DE DOIS PARES E RESSARCIMENTO DO RESTANTE PELO PACIENTE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO DO WRIT E, NESSA PARTE, PELA DENEGAÇÃO. ORDEM CONCE-

¹⁵ Este valor é justificado pela jurisprudência pelo art. 20 da Lei 10.522, de 2002, que prescreve que “serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”. Mister se faz que os Tribunais Superiores revejam esse posicionamento, que não se coaduna com o atual entendimento do princípio da insignificância. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/2002/lei10522.htm>>. Acesso em: 07 abr 2011.

¹⁶ HC 122412/RS. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. SEXTA TURMA. Julgamento: 02/09/2010.

¹⁷ Vale mencionar dois conceitos que vêm sendo empregados pela doutrina moderna: crimes de rua e crimes de cifra dourada. Enquanto os primeiros são crimes contra o patrimônio comumente praticados por pessoas das classes econômicas desprivilegiadas, os segundos são os conhecidos como “crimes de colarinho branco”, praticados por grandes empresários, como as sonegações fiscais.

DIDA PARA DECLARAR ATÍPICA A CONDUTA PRATICADA.” (STJ. HC 184653/DF. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. QUINTA TURMA. Data de julgamento: 15/02/2011)

“HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE RECEPÇÃO. OBJETO DE VALOR REDUZIDO. DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA À VÍTIMA. REQUISITOS DO CRIME DE BAGATELA PREENCHIDOS NO CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 3. No caso, a recepção de um walk man, avaliado em R\$ 94,00, e o posterior comparecimento do paciente perante a autoridade policial para devolver o bem ao seu dono, preenchem todos os requisitos do crime de bagatela, razão pela qual a conduta deve ser considerada materialmente atípica. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal de origem.” (STF. HC 91920/RS. Min. JOAQUIM BARBOSA. SEGUNDA TURMA. Julgamento: 09/02/2010)¹⁸

Também se faz imprescindível para a aplicação ou o afastamento do princípio em tela pelo STF ou pelo STJ, a avaliação de toda a *res furtiva*.

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. BENS SUBTRAÍDOS NÃO AVALIADOS EM SUA TOTALIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. RES FURTIVA DE VALOR NÃO ÍNFIMO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 2. Constando dos autos apenas a avaliação do aparelho de telefonia celular subtraído - quantificado em R\$ 80,00 (oitenta reais) -, sem que, no entanto, fossem valorados os demais objetos do delito - duas bolsas, produtos cosméticos, dentre outros -, somado ao fato de que o paciente já ostenta outras condenações - embora não transitadas em julgado -, indicando sua reiterada dedicação à atividade ilícita, inviável a aplicação do princípio da

¹⁸ Em sentido oposto, o HC 93021/PE, que foi denegado mesmo com a restituição da coisa furtada. Neste caso, o acusado era Militar e o objeto do furto atingia a quantia relevante (R\$ 300,00 para a defesa e R\$ 648,00 para a acusação).

insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. 3. Ordem denegada." (HC 183795 / DF. Ministro JORGE MUSSI. QUINTA TURMA. Data de julgamento: 22/02/2011)

"HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. Ocorre que, no caso, não há como se afirmar que o valor dos bens que o paciente tentou subtrair é, de fato, ínfimo, conforme sustentado na inicial, uma vez que o impetrante não juntou nenhum documento que evidencie o valor de tais objetos, sendo que nem mesmo a inicial fornece essa informação. Ordem denegada." (STF. HC 102210/SP. Min. JOAQUIM BARBOSA. SEGUNDA TURMA. Data de julgamento: 23/11/2010)

A infungibilidade do objeto do crime, bem como sua importância para seu proprietário, também deve ser relevada na aferição da expressividade da lesão jurídica causada. Por exemplo: o furto de uma bicicleta velha, mas que representa o único meio de transporte para um trabalhador chegar ao seu emprego, não pode ser deixado *in albis* pelo aplicador do Direito.

Sobre a natureza infungível do bem como fator descaracterizador da "insignificância", destaca-se o caso do furto do disco de ouro recebido pelo ícone da música Milton Nascimento pela vendagem de um de seus discos:

"HABEAS CORPUS. FURTO. PEDIDO DE TRANCAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDOTA PENALMENTE RELEVANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. A investida do acusado se deu por meio de invasão a residência, de onde subtraiu um quadro conhecido como "disco de ouro", decorrente de premiação da vítima, renomado músico brasileiro, pela marca de mais de cem mil discos vendidos no País, circunstância que, principalmente pelo valor subjacente ao objeto, de nítido caráter infungível, não pode, neste momento processual, ser ignorada, sob pena de se destoar por completo das hipóteses em que esta

Corte vem aplicando o princípio da insignificância." (STJ. HC 190002/MG. Ministro OG FERNANDES. SEXTA TURMA. Data de julgamento: 03/02/2011)

Em relação aos crimes contra a fé pública, a jurisprudência majoritária do STF e do STJ veda a aplicação do princípio da insignificância, sob o argumento de que qualquer lesão ou ameaça a este bem jurídico tutelado é imensurável, representando, a presença da periculosidade social da ação e a não mínima ofensividade da conduta.

No crime de moeda falsa, por exemplo, em que pesem alguns poucos precedentes mais benevolentes, só tem-se aplicado o princípio diante da rudez da falsificação.

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PACIENTES DENUNCIADOS E CONDENADOS PELA INFRAÇÃO DO ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO QUE ACOLHE O RELATÓRIO E OS ARGUMENTOS LANÇADOS NO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO: IDONEIDADE. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL: NÃO APLICAÇÃO À ESPÉCIE VERTENTE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Fundamentada a decisão que adota o parecer do Ministério Público Estadual como razão de decidir: o que se exige é que o arrazoado acolhido contenha argumentação pertinente e suficiente ao quanto posto em exame, o que, no caso, foi plenamente atendido. Precedentes. 2. A existência de decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela Impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância ao crime de moeda falsa, não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão. 3. Nas circunstâncias do caso, o fato é penalmente relevante, pois a moeda falsa apreendida, além de representar um valor cinquenta vezes superior ao do precedente mencionado, seria suficiente para induzir a engano, o que configura a expressividade da lesão jurídica da ação do Paciente. 4. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar - em crimes de moeda falsa - a fé pública, que é um bem intangível, que corresponde, exatamente, à confiança que a população deposita em sua moeda.

Precedentes. 5. Habeas corpus denegado." (STF. HC 96080/DF. Min. CÁRMEN LÚCIA. Primeira Turma. Julgamento: 09/06/2009)¹⁹

Também não tem sido aplicada a bagatela nos crimes contra bem jurídicos supraindividuais, como é o caso da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP).

"PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. BEM JURÍDICO TUTELADO. PATRIMÔNIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER. SUPRAINDIVIDUAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. II - No caso sob exame, não há falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito em comento atinge bem jurídico de caráter supraindividual, qual seja, o patrimônio da previdência social ou a sua subsistência financeira. Precedente. III - Segundo relatório do Tribunal de Contas da União, o déficit registrado nas contas da previdência no ano de 2009 já supera os quarenta bilhões de reais. IV - Nesse contexto, inviável reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente, que contribui para agravar o quadro deficitário da previdência social. V - Ordem denegada." (STF. HC 98021 / SC. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Primeira Turma. Julgamento: 22/06/2010)

Nos crimes de tráfico de drogas previsto pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (artigos 33 a 37²⁰), e em todos os outros delitos relacionados a entorpecentes, por se tratarem de crimes de perigo abstrato (ou presumido), os Ministros do STF e do STJ têm vedado a aplicação do princípio da insignificância, em virtude, dentre outros argumentos, da periculosidade social da ação.

No crime de posse ou guarda para consumo (artigo 28), independentemente da pequena quantidade apreendida, que, destaca-se, é

¹⁹ Nesse mesmo sentido o HC 96153/MG.

²⁰ Há grande divergência doutrinária sobre o fato de ser ou não espécie de crime de tráfico o delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas, qual seja, o de associação para o tráfico. Em que pese tratar-se de relevante discussão, esta não traz implicações quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, que vem sendo afastado pela jurisprudência em todas as modalidades criminosas previstas nessa lei.

própria à essência do delito, é latente o perigo à coletividade e à saúde pública, razão pela qual também não se configura a bagatela. Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DAPRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. III - No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V - A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI - Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII - Habeas corpus prejudicado." (STF. HC 102940/ES. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. PRIMEIRA TURMA. Data de julgamento: 15/02/2011)

Aliás, na jurisprudência do STF, nenhum crime de perigo abstrato tem sido contemplado por essa causa supralegal de exclusão da tipicidade, por haver presumida periculosidade social na ação típica:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO OU MUNIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DA LEI 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍ-

PIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM DENEGADA. II – No caso em exame, a proibição da conduta pela qual o paciente está sendo processado visa, especialmente, combater e prevenir o tráfico internacional de armas e munições, cuja maior clientela é o crime organizado transnacional, que, via de regra, abastece o seu arsenal por meio do mercado ilegal, nacional ou internacional, de armas. III – Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-seda mínima ofensividade da conduta (em face da quantidade apreendida), ou, também, da ausência de periculosidade da ação, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado concreto da ação, o que também afasta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.” (STF. HC 97777/MS. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. PRIMEIRA TURMA. Data de julgamento: 26/10/2010).

Segundo a jurisprudência, a ousadia do agente é um dos principais elementos para se averiguar a “periculosidade social da ação”.

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. 2. Segundo consta dos autos, o paciente dirigia seu veículo pelo local dos fatos quando, em determinado momento, o carro afogou e parou, em razão de um problema na bateria. Lembrando que havia passado por outro veículo, da mesma marca e modelo do seu, parado próximo ao local, resolveu subtrair a bateria daquele veículo. Valendo-se de uma chave falsa (“mixa”), que não foi apreendida, conseguiu, então, abrir o veículo da vítima, cortando, para tanto, os cabos de ligação. 3. Conquanto o bem subtraído não pareçam ostentar valor expressivo, o modo como o furto foi praticado indica a reprovabilidade do comportamento do réu, que demonstrou ousadia ao fazer uso de instrumento diverso da chave original para abrir um veículo estacionado em via pública, bem como periculosidade social, visto que aproveitando-se da ausência de vigilância no local, furtou uma bateria automotiva tão somente pelo fato da sua ter apresentado defeitos naquela ocasião.” 4. Ordem denegada. (STJ. HC 188370/SP. Ministro OG FERNANDES.

SEXTA TURMA. Data de Julgamento: 03/02/2011)

É este, pois, o atual quadro jurisprudencial quanto à aplicação do princípio da insignificância enquanto causa suprallegal de exclusão da tipicidade penal, por carência de tipicidade material.

CONCLUSÃO

Em face de todos os princípios que regulam a aplicação do Direito Penal, em sua análise teleológica, este está colocado em um ordenamento jurídico como *ultima ratio*, isto é, como último mecanismo de intervenção do Estado na sociedade, em prol da pacificação social e do bem comum.

Deve ser pensando nisso que o legislador cria os tipos penais e os juízes, de todas as instâncias, aplicam o Direito Penal. Assim, caso não seja necessário fazer uso dos instrumentos sancionatórios penais, não deve o juiz fazê-lo, deixando a cargo de outros ramos do Direito a tutela de interesses e direitos individuais ou coletivos.

Um dos institutos que podem afastar a incidência do Direito Penal nas relações humanas é o princípio da insignificância (ou da bagatela), que prega a análise da tipicidade material de uma conduta, pois, em que pese à adequação típico-formal desta ao modelo abstrato previsto na norma penal incriminadora, pode ser dispensada a incidência repressora do Direito Penal em virtude da insignificância material (concreta) da atividade supostamente criminosa.

A incidência do princípio da insignificância afasta, pois, a tipicidade da conduta, afastando a configuração de crime sem que seja necessária a análise de seus outros elementos (ilicitude e culpabilidade).

O tipo penal cuida do bem jurídico e da proteção do cidadão, assim, se o delito for incapaz de ofender o bem jurídico e a coletividade, não haverá com enquadrá-lo no tipo e não há porque ser punido como crime.

A jurisprudência do STJ e do STF, já pacificou entendimento no sentido de ser possível a aplicação do princípio da insignificância, desde que presentes quatro requisitos: a mínima ofensividade da conduta do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, a nenhuma periculosidade social da ação e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Entretanto, como se percebe de todos os fragmentos jurisprudenciais transcritos, em que pesem pontos já pacificados nos Tribunais Superiores e no Pretório Excelso, há momentos de profunda divergência

entre os Tribunais e até mesmo entre Turmas de um mesmo Tribunal, não sendo raro verificar, inclusive, a mudança de posicionamento de alguns ministros, de um julgamento para outro, sobre determinado tema.

Diante dessa relativa insegurança jurídica, mister se tornem cada vez mais profundas e constantes as reflexões dos juízes e Ministros acerca das políticas criminais e da função do Direito Penal, que tem, hoje, o princípio da insignificância como relevante instrumento de adequação social da norma penal incriminadora.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONFIM, Edilson Mouguenot e CAPEZ, Fernando. Direito Penal - Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. <www.stj.gov.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. <www.stf.jus.br>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. 6ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1, Parte Geral. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS (LEI Nº 9.433, DE 08 DE JANEIRO DE 1997)

FILIPE DOMINGOS COMMETTI¹
SYLVIA MARIA MACHADO VENDRAMINI²

RESUMO: O presente estudo analisa os princípios norteadores da Política Nacional de Recursos Hídricos, a fim de que a compreensão dos mesmos auxilie na exegese da Lei das Águas, culminando-se na efetivação de um gerenciamento racional e sustentável dos recursos hídricos. Ademais, complementa-se o exame do tema permeando o trabalho com múltiplos documentos internacionais que abrangem as questões concernentes ao meio ambiente e aos recursos hídricos. Por derradeiro, sugere-se o acréscimo de mais quatro princípios relevantes ao rol do art. 1º da Lei das Águas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios da PNRH; 3. Água: bem de domínio público; 4. Água: recurso natural limitado e dotado de valor econômico; 5. Uso múltiplo das águas; 6. Uso prioritário das águas em

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa, bolsista do Programa Institucional de Bolsa de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (PIBIC/FAPEMIG), e-mail: filipe_ufv@yahoo.com.br.

² Professora Adjunto IV do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, e-mail: smachado@ufv.br.

caso de escassez; 7. Bacia hidrográfica: unidade territorial; 8. Gestão das águas: descentralizada e participativa; 9. Sugestões; 9.1. Princípio da educação ambiental; 9.2. Princípio da informação ambiental; 9.3. Princípio da qualificação de técnicos e profissionais; 9.4. Princípio da cooperação entre os povos; 10. Conclusões; 11. Bibliografia; 11.1. Doutrinas utilizadas; 11.2. Legislação utilizada; Documentos internacionais utilizados.

PALAVRAS-CHAVES: direito ambiental; lei das águas, política nacional de recursos hídricos, princípios.

1. INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), em conjunto com o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SN-GRH), está disciplinada na Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, também conhecida como a Lei das Águas, lei ordinária que regulamentou o art. 21, XIX, da Constituição Federal de 1988.

Vale a pena salientar, ademais, que a Lei de Águas sofreu grande influência do modelo francês³ de administração das águas, o qual se pauta, em linhas gerais, no gerenciamento descentralizado e participativo dos recursos hídricos.

A PNRH, por sua vez, inseriu um modelo de administração dos recursos hídricos que se pauta em fundamentos, objetivos, diretrizes gerais de ação e instrumentos, destinando-se à promoção de um gerenciamento eficaz e racional das águas brasileiras (art. 1º usque 27, Lei nº 9.433/97).

Em sendo assim, o presente estudo tem como objetivo a análise dos fundamentos, ou melhor, dos princípios que norteiam a PNRH, haja vista que a compreensão dos mesmos auxilia no delineamento da base teórica e da infra-estrutura de determinado assunto, porquanto refletem a posição social, econômica, política, ética e moral de cada época.

Consoante preleciona Miguel Reale, princípios são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento, quer para a aplicação e interpretação, quer para a elaboração de novas normas.”⁴

Dessa maneira, torna-se relevante o exame dos princípios da PNRH a fim de que orientem, de forma segura, a interpretação e a com-

³ GARRIDO, Raymundo José Santos. Água, uma preocupação mundial. Revista CEJ. N. 12, p. 08-12, set./dez. 2000. p. 10.

⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 300.

preensão do gerenciamento dos recursos hídricos, instituído pela Lei das Águas. Além disso, com o escopo de incrementar a compreensão do objeto de estudo deste trabalho, permeou-se este por diversos documentos (convenções, declarações, tratados, dentre outros) internacionais que abordam a questão dos recursos hídricos e do meio ambiente. Ao final do estudo também se desenvolve um tópico referente às sugestões, a fim de complementar os princípios da PNRH.

Passa-se, pois, à análise dos princípios.

2. PRINCÍPIOS DA PNRH

Os princípios da PNRH vêm elencados no art. 1º da Lei de Águas. São eles:

- a água é um bem de domínio público;
- a água não é um recurso natural ilimitado, possuindo valor econômico;
- em caso de escassez de água, dar-se-á prioridade ao consumo humano e à dessedentação de animais;
- a administração dos recursos hídricos sempre deve harmonizar os múltiplos usos da água;
- a bacia hidrográfica é considerada como unidade territorial para se executar a Política Nacional de Recursos Hídricos e para Sistema Nacional de Recursos Hídricos atuar;
- a gestão das águas deve ser descentralizada, contando com a participação do Poder Público, dos usuários e da comunidade.

3. ÁGUA: BEM DE DOMÍNIO PÚBLICO

Corroborando a natureza jurídica atribuída às águas pela Constituição Federal de 1988, qual seja bem público de uso comum do povo, o art 1º, I, da Lei de Águas, estabelece que este recurso natural é bem de domínio público e, portanto, não passível de apropriação por particulares (inalienável)⁵, além de ser impenhorável e imprescritível.

Neste sentido, Aldo da Cunha Rebouças compreende que a natureza jurídica das águas brasileiras é de bem público.⁶

⁵ SANTILLI, Juliana. A política nacional de recursos hídricos (Lei 9.433/97) e sua implementação no Distrito Federal. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MILARÉ, Édís. Revista de direito ambiental. Ano 6. n. 24. São Paulo: RT, 2001. p. 147.

⁶ REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MILARÉ, Édís. Revista de direito ambiental. Ano 8. n. 32. São Paulo: RT, 2003. p. 43.

Márcia Dieguez Leuzinger⁷ acrescenta que o meio ambiente, incluindo os recursos hídricos, sendo direito fundamental de terceira geração, é bem público de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, da Constituição Federal de 1988). Ademais, consoante a autora, as águas são de uso geral e equitativo para todos, sem distinção de cunho pessoal, sendo, contudo, objeto do Poder de Polícia da Administração Pública nos casos de outorga do direito de uso da água e de licenciamento ambiental, *exempli gratia*.

Assim, verifica-se que desde a promulgação da Carta Maior, extinguiu-se o ideário privatista em relação a todo e qualquer corpo d'água.

Além disso, o domínio público dos recursos hídricos não significa que a União e os Estados Federados detenham a propriedade das águas, e sim que atuem apenas na gestão⁸ e na fiscalização desse recurso em prol do interesse público.

Salienta-se, outrossim, que as águas não se confundem com bens dominicais, posto que estes são passíveis de alienação, consoante o art. 101, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil). Reafirma-se que os recursos hídricos são bens públicos de uso comum do povo, sendo, pois, inalienáveis (art. 99, I c/c art. 100, da Lei 10.406/2002).

Observa-se, ademais, que o art. 1º, I da Lei de Águas, não especificou quais águas são de domínio público, presumindo-se que este domínio é exercido sobre todo e qualquer corpo d'água.⁹

Sendo a água bem de domínio público, e mais, bem de uso comum do povo, a sociedade é diretamente interessada na destinação dada a este recurso ambiental, assim como no gerenciamento e preservação do mesmo. Corrobora-se, dessa forma, a necessidade de se efetivar uma gestão participativa dos recursos hídricos, isto é, um gerenciamento realizado tanto por membros do Poder Público, como pela sociedade civil, incluídas nesta última as pessoas naturais e pessoas jurídicas.

Fortalecendo a natureza jurídica atribuída às águas como bem público de uso comum do povo, a Carta Europeia da Água¹⁰, proclama-

da pelo Conselho da Europa, em Estrasburgo, em 06 de maio de 1968, em seu décimo princípio frisa que o valor da água deve ser reconhecido por todos, haja vista que ela é um patrimônio comum. Acrescenta, ainda, que cada pessoa tem o dever de economizá-la e de utilizá-la com cuidado e parcimônia.

4. ÁGUA: RECURSO NATURAL LIMITADO E DOTADO DE VALOR ECONÔMICO

É verdade que a água possui a capacidade de se renovar através do ciclo hidrológico, contudo as atividades antrópicas que degradam e exploram tanto a água como o meio ambiente, dificultam tal renovação, acarretando a insuficiência e a limitação da quantidade e da qualidade dos recursos hídricos.

Abolindo-se, pois, a mentalidade de que a água é um recurso natural abundante, infinito e inesgotável, o legislador brasileiro, no art. 1º, II da Lei de Águas, reconheceu que os recursos hídricos são exauríveis e frágeis, sendo necessária uma utilização racional para que seja possível a conservação dos mesmos. Verifica-se que tal assertiva se apresenta em perfeita consonância com o segundo princípio da Carta Europeia da Água de 1968, ou seja, "Os recursos de águas doces não são inesgotáveis. É indispensável preservá-los, administrá-los e, se possível, aumentá-los."¹¹

No mesmo sentido, o primeiro princípio da Declaração de Dublin de 1992 enaltece que "a água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente."¹²

Ademais, o princípio terceiro da Declaração Universal dos Direitos da Água, de 22 de março de 1992, assevera que devido à fragilidade e limitação dos recursos hídricos, estes devem ser utilizados com racionalidade, precaução e parcimônia.¹³

A fim de estimular a gestão racional da água, atribuiu-se valor econômico a mesma, estando ela sujeita à cobrança pela sua utilização, conforme recomenda o princípio quarto da Declaração de Dublin de 1992:

Princípio nº 4 - A água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida

⁷ LEUZINGER, Márcia Dieguez. Competências constitucionais e domínio hídrico. In: Meio ambiente: grandes eventos. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2004. p. 228.

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 423.

⁹ Idem. p. 424.

¹⁰ Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/carta_europeia.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

¹¹ Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/carta_europeia.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

¹² Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/dublin.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

¹³ Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/Agua/rios/gesta_direitos.asp>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

como um bem econômico.

No contexto deste princípio, é vital reconhecer inicialmente o direito básico de todos os seres humanos do acesso ao abastecimento e saneamento a custos razoáveis. O erro no passado de não reconhecer o valor econômico da água tem levado ao desperdício e usos deste recurso de forma destrutiva ao meio ambiente. O gerenciamento da água como bem de valor econômico é um meio importante para atingir o uso eficiente e equitativo, e o incentivo à conservação e proteção dos recursos hídricos.¹⁴

Da mesma forma, o sexto princípio da Declaração Universal dos Direitos da Água de 1992, reforça que “a água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.”¹⁵

Salienta-se, outrossim, que tal cobrança tem como escopo (art. 19, Lei nº 9.433/97): (1) revelar ao usuário uma indicação do real valor da água, sendo esta considerada como um bem econômico e escasso; (2) incentivar a utilização racional dos recursos hídricos e; (3) angariar recursos a fim de financiar programas e intervenções previstos nos planos de recursos hídricos, isto é, planos diretores que têm como escopo fundamental e nortear a implementação da PNRH e o gerenciamento dos recursos hídricos (art. 6º da Lei de Águas).

A respeito deste ponto, Virgínia Amaral da Cunha Scheibe assinala o seguinte:

[...] a escassez dos recursos hídricos perante uma demanda crescente, o caracteriza como bem de valor econômico. Por outro lado, inegável a necessidade de resguardá-lo contra o mau uso (degradação e excesso), garantir investimentos necessários à sua conservação e preservação. Tais fatores ditam a necessidade de cobrança pelo seu uso, com aplicação do poluidor-pagador e do específico princípio do usuário-pagador.¹⁶

¹⁴ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/dublin.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

¹⁵ Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/Agua/rios/gesta_direitos.asp>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

¹⁶ SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha. O regime constitucional das águas. In: BENJA-

Ademais, sendo a água um recurso natural finito, vulnerável e vital, nota-se que ela não possui apenas valor econômico, mas também valor ambiental, cultural e social, conforme dispõe o princípio 3º da Declaração de Haia sobre Segurança Hídrica no Século XXI, de 22 de março de 2000:

3. Para atingir a segurança hídrica, temos de enfrentar os seguintes desafios:

[...]

Valorar a água: gerenciar a água de forma a levar em conta seu valor econômico, social, ambiental e cultural para todos os usos, e para avançar na cobrança dos serviços de modo a refletir o custo do fornecimento. Esta abordagem deve levar em conta a necessidade da equidade e as necessidades básicas das populações pobres e vulneráveis.¹⁷

Sentido similar foi estabelecido pelo artigo 3.2, do Projeto de Lei de Águas do Peru, de abril de 2003:

Artículo 3.º Principios

Los principios que rigen el uso y aprovechamiento sostenible del agua son:

[...]

3.2 Principio de valoración del agua

El agua tiene valor social, económico y ambiental, y su aprovechamiento debe basarse en el equilibrio permanente entre éstos.¹⁸

Em sendo assim, verifica-se que a cobrança refere-se à água como matéria-prima, em seu estado bruto, não traz à baila, pois, custos de tratamento ou de distribuição.

Quanto à natureza jurídica dessa cobrança, compreende-se que não é imposto, nem taxa, nem contribuição de melhoria, e sim um preço

MIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MILARÉ, Édís. Revista de direito ambiental. Ano 7. n. 25. São Paulo: RT, 2002. p. 217.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/haia.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

¹⁸ Artículo 3.2 del Proyecto de Ley de Águas del Peru. Disponível em: <http://www.portalagrario.gob.pe/b_legal.shtml>. Acesso em: 22 de abril de 2007.

público que internaliza os custos da proteção ambiental.¹⁹

Não possuindo natureza tributária, a cobrança pela utilização da água detém, pois, caráter extrafiscal.²⁰

Além disso, consoante leciona Maria Luiza Machado Granzeira²¹, a cobrança pela utilização dos recursos hídricos pauta-se nos princípios do usuário-pagador e usuário-poluidor. O primeiro é compreendido como o pagamento efetuado pelo usuário quanto ao direito de uso da água (art. 4º, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981- Política Nacional do Meio Ambiente). Já o princípio do usuário-poluidor, corrobora o ideário de que o poluidor não deve apenas desembolsar um valor pecuniário pelo dano que causou, mas também recuperar a área degradada (arts. 111 e 112, Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 - Código de Águas; art. 4º, Lei nº 6.938/81; art. 225, § 3º, Constituição Federal de 1988).

5. USO MÚLTIPLO DAS ÁGUAS

A Lei de Águas, determinando o uso múltiplo das águas como um dos fundamentos da PNRH (art. 1º, IV, Lei nº 9.433/97), almeja contrabalançar as variadas utilizações que podem ser atribuídas a este recurso natural, *exempli gratia*, consumo humano, dessedentação de animais, agricultura (irrigação), abastecimento das indústrias, navegação, produção de energia elétrica, lazer e recreação.

Ademais, a gestão das águas deve proporcionar acesso equitativo aos diversos usuários, resguardando, contudo, a aptidão da respectiva bacia hidrográfica.²²

6. USO PRIORITÁRIO DAS ÁGUAS EM CASO DE ESCASSEZ

Ainda que a administração das águas deva fomentar seu uso múltiplo, em situações de escassez dar-se-á prioridade aos usos mais nobres, quais sejam, o consumo humano e a dessedentação de animais (art. 1º, III, Lei nº 9.433/97).

Nesse sentido, Juliana Santilli observa que “a lei nacional optou por estabelecer uma utilização preferencial em caso de escassez [...], embora não deixe de reconhecer outros usos necessários, dependentes

¹⁹ HENKES, Silvana Lúcia. Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. IN: Espaço jurídico: revista do curso de direito. Ano 4, n.7 e n.8 (1º e 2º sem. 2003). São Miguel do Oeste: McLee, 2003. p. 124.

²⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit. p. 469.

²¹ GRANZIEIRA, Maria Luiza Machado. A cobrança pelo uso da água. Revista CEJ. N. 12, p. 71-74, set./dez. 2000. p. 73.

²² SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha. Op. cit. p. 217.

de outorga pelo Poder Público.”²³

7. BACIA HIDROGRÁFICA: UNIDADE TERRITORIAL

Consoante o art. 1º, V da Lei de Águas, a bacia hidrográfica é considerada como uma unidade territorial para que seja implementada a PNRH e para que o SNGRH atue.

Desse modo, sendo a bacia hidrográfica tida como unidade territorial de gestão dos recursos hídricos, corrobora-se o gerenciamento integrado dos mesmos, ou seja, o gerenciamento que leva em consideração o meio ambiente como um todo, considerando os vários elementos do ambiente, como ar, água (atmosférica, subterrânea, superficial), fauna, flora, solo e subsolo..

A respeito do conceito de bacia hidrográfica, José Salatiel Rodrigues Pires, José Eduardo dos Santos e Marco Estevan Del Prette compreendem o seguinte:

O conceito de Bacia Hidrográfica (BH) tem sido cada vez mais expandido e utilizado como unidade de gestão da paisagem na área de planejamento ambiental. Na perspectiva de um estudo hidrológico, o conceito de BH envolve explicitamente o conjunto de terras drenadas por um corpo d'água principal e seus afluentes e representa a unidade mais apropriada para o estudo qualitativo e quantitativo do recurso água [...].²⁴

Neste diapasão, Complementa Eldis Camargo Neves da Cunha complementa:

Os sistemas de bacias hidrográficas fornecem um tipo de unidade mínima de ecossistema em relação ao gerenciamento prático, o que facilita seu estudo e possibilita revelar até que ponto as atividades humanas interferem no ciclo e nos processos que envolvem a água nos ecossistemas, iluminando os usos para assegurar que todos os brasileiros (gerações presentes e futuras) possam usufruir desse

²³ SANTILLI, Juliana. Op. cit. p. 149.

²⁴ PIRES, José Salatiel Rodrigues; SANTOS, José Eduardo dos; DEL PRETTE Marco Estevan. A utilização do conceito de bacia hidrográfica para a conservação dos recursos naturais. IN: SCHIAVETTI, Alexandre; CAMARGO, Antonio F. M. (Ed.). Conceitos de Bacias Hidrográficas: teorias e aplicações. Ilhéu: Editus, 2002. p. 17.

bem de maneira a garantir a saúde física, emocional, psíquica e espiritual.²⁵

Ana Cândia Bento Graf, a propósito deste assunto, assinala com propriedade:

A qualidade da água funciona como um diagnóstico do estado de conservação do ambiente, visto que, mediante a sua análise, é possível determinar o grau de erosão do solo, os lançamentos orgânicos, a poluição por esgotos e até mesmo, a poluição atmosférica. Por esta razão, as bacias hidrográficas têm sido usadas no mundo todo como unidades de planejamento de gestão ambiental [...].²⁶

Desse modo, sendo a bacia hidrográfica unidade de administração dos recursos hídricos, o legislador brasileiro confirma o ideário de gestão holística do meio ambiente, isto é, não considera a água como um elemento estanque e dissociado dos outros, e sim a integração dela com os diversos componentes da natureza, *verbi gratia*, ar, fauna, flora e solo. Neste sentido, Ênio Rezende de Souza certifica:

Gostaríamos de reforçar a interdependência e a interação entre os recursos naturais. A rigor, a água, tanto em quantidade como em qualidade, é o resultado da interação dos recursos naturais renováveis e não renováveis das ações antrópicas, das ações econômicas e do clima que atuam em uma determinada bacia hidrográfica [...].²⁷

Ademais, a respeito de se considerar a bacia hidrográfica como unidade de gestão, Juliana Santilli faz a seguinte ressalva:
[...] sua aplicação prática depende de uma efetiva articulação entre representantes da União, Estados,

²⁵ CUNHA, Eldis Camargo Neves da. Desafios jurídicos na gestão dos recursos hídricos face aos instrumentos da política nacional: papel da Agência Nacional de Águas. In: Meio ambiente: grandes eventos. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.. p. 215-216.

²⁶ GRAF, Ana Cândia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. Revista CEJ. N. 12, p. 30-39, set./dez. 2000. p. 31.

²⁷ SOUZA, Ênio Resende de. In: Seminário legislativo águas de Minas II. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2002. p. 28.

Distritos Federal, municípios e usuários das águas e organizações civis (de ensino, pesquisa e dedicadas à defesa dos recursos hídricos e dos interesses coletivos), integrantes dos Comitês de Bacia Hidrográfica criados pela nova lei.²⁸

Além disso, salienta-se que a gestão por bacia hidrográfica não deve abranger somente as águas superficiais, mas também as águas atmosféricas e subterrâneas, componentes que se integram e são indissociáveis ao ciclo hidrológico (Resolução CNRH nº 15, de 11 de janeiro de 2001). Tal assertiva é confirmada pela Declaração de Paris, de 21 de março de 1998, que indica:

Promover a integração de todos os aspectos de desenvolvimento, gerenciamento e proteção dos recursos hídricos, por meio de planos de desenvolvimento destinados a satisfazer as necessidades básicas e promover alocação eficiente e equitativa dos recursos hídricos, a proteção de ecossistemas e a manutenção do ciclo hidrológico.²⁹

Em sentido similar, a Declaração de Haia de 2000, em seu princípio 5º, assevera:

5. As ações aqui mencionadas baseiam-se na gestão integrada de recursos hídricos, que inclui o planejamento e a gestão dos recursos hídricos e do solo. Isto leva em conta fatores sociais, econômicos e ambientais integrando a água de superfície, subterrânea e dos ecossistemas correspondentes. [...].³⁰

Sobre o assunto, o artigo 3.1, do Projeto de Lei de Águas do Peru, de abril de 2003, enaltece o seguinte:

Artículo 3.º Principios
Los principios que rigen el uso y aprovechamiento sostenible del agua son:

²⁸ SANTILLI, Juliana. Op. cit. p. 150.

²⁹ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/paris.html>>. Acesso em: 22 de abril de 2007.

³⁰ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/haia.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

[...]

3.1 Principio de gestión integrada

El agua es un recurso natural, vital y vulnerable que se renueva a través del ciclo hidrológico em sus diversos estados. Requiere de una gestión integrada por cuencas hidrográficas, que contemple las interrelaciones entre sus estados, así como la variabilidad de su cantidad y calidad en el tiempo y en el espacio.³¹

A importância da gestão racional das águas subterrâneas, outrossim, é exaltada por Eugene Pleasants Odum:

[...] um dos maiores perigos de desastre é a contaminação das águas subterrâneas e dos aquíferos profundos, os quais fornecem grande porcentagem da água usada nas cidades, na indústria e na agricultura. Ao contrário das águas superficiais, as subterrâneas não podem ser purificadas depois de poluídas, dado que não estão expostas à luz solar, à ação de correntes de água, nem a outros processos de purificação das águas superficiais.³²

Sem olvidar dos ecossistemas florestais, salienta-se que estes são de grande importância quanto à evapotranspiração, elemento precípua na manutenção do ciclo hidrológico e do regime de chuvas.

Quanto às águas atmosféricas ou meteóricas verifica-se que a precipitação, na forma de chuva, granizo ou neve, constitui um importante mecanismo natural de reposição dos recursos hídricos³³, não só das águas superficiais, mas também das subterrâneas.

Verifica-se, ademais, que o princípio 6º da Carta Europeia da Água de 1968, considera essencial, para a conservação dos recursos hídricos, a manutenção de um ecossistema florestal adequado.³⁴

³¹ Artículo 3.1 del Proyecto de Ley de Águas del Peru. Disponível em: <http://www.portalagrario.gob.pe/b_legal.shtml>. Acesso em: 22 de abril de 2007.

³² ODUM, Eugene Pleasants apud CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio ambiente & direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2005. p. 60.

³³ CALASANS, Neylor Alvez Rego; LEVY, Maria do Carmo Tavares; MOREAU, Maurício. Inter-relações entre clima e vazão. In: SCHIAVETTI, Alexandre; CAMARGO, Antonio F. M. (Ed.). Conceitos de Bacias Hidrográficas: teorias e aplicações. Ilhéu: Editus, 2002. p. 69.

³⁴ Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/carta_europeia.htm>. Acesso em:

Neste sentido, Reinaldo Lorandi e Cláudio Jorge Cançado observam que:

[...] quanto maior a densidade da cobertura vegetal, maior é a sua importância na redução da remoção de sedimentos, no processo de escoamento superficial [...] e na conseqüente conservação do solo. Além disso, [...] influenciam na redução dos efeitos erosivos naturais, podendo reduzir a energia cinética da chuva, minimizando seu impacto sobre o solo [...].³⁵

Desse modo, observa-se que a conservação da flora é imprescindível à manutenção qualitativa e quantitativa das águas. Assim, o art. 2º do Código Florestal Brasileiro³⁶, disciplinou como Áreas de Preservação Permanente, dentre outras, as matas ciliares, matas de topo de morro e matas no entorno das nascentes.

A preservação e a defesa das matas ciliares, ou seja, das matas que se situam às margens dos cursos de água, é de suma importância à bacia hidrográfica e à manutenção da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos, visto que, conforme verificam Sebastião Venâncio Martins e Herly Carlos Teixeira Dias, "o sistema radicular destas matas retém sedimentos e substâncias que poderiam provocar assoreamento, eutroficação e poluição dos cursos d'água."³⁷

Quanto às matas de topo de morro, sua importância à bacia hidrográfica e à sustentação da qualidade e quantidade de água também se mostra essencial, posto que "absorvem grande parte da água das chuvas e a liberam lentamente para o solo, propiciando a infiltração [...] favorecem a recarga de águas dos depósitos subterrâneos, que quando afloram na superfície terrestre [...], abastecem nossos cursos d'água."³⁸ Grande também é a importância das matas no entorno das nascentes, salientando-se que estas foram disciplinadas com maiores minúcias

20 de abril de 2007.

³⁵ LORANDI, Reinaldo; CANÇADO, Cláudio Jorge. Parâmetros físicos para gerenciamento de bacias hidrográficas. In: SCHIAVETTI, Alexandre; CAMARGO, Antonio F. M. (Ed.). Conceitos de Bacias Hidrográficas: teorias e aplicações. Ilhéu: Editus, 2002. p. 50.

³⁶ BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de Setembro de 1965. Institui o Novo Código Florestal. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2007.

³⁷ MARTINS, Sebastião Venâncio; DIAS, Herly Carlos Teixeira. Importância das florestas para a quantidade e qualidade da água. Ação ambiental. N. 20, p. 14-16, out./nov. 2001. p. 16.

³⁸ Idem. p. 15.

pela Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989.

Ademais, não se pode esquecer dos aspectos referentes à poluição hídrica. Esta possui diversas causas que devem ser combatidas tanto pelo Poder Público, como pela sociedade. Dentre as causas de poluição das águas, destaca-se as de procedência natural (decomposição vegetal, erosão das margens), as águas residuais (esgoto doméstico e industrial), as de procedência agropecuária (excrementos de animais, pesticidas, fertilizantes) e resíduos sólidos (lixo).³⁹

A gestão dos recursos hídricos também deve levar em consideração, *exempli gratia*, os elementos concernentes ao desmatamento e à ocupação irregular do solo e sua erosão, sendo imprescindível um prévio estudo sócio-econômico, cultural e ambiental da bacia hidrográfica, com o fito de o gerenciamento das águas ser satisfatório, eficiente e racional.

8. GESTÃO DAS ÁGUAS: DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA

O art. 1º, VI da Lei de Águas, prescreve que “a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.”

Corrobora-se, mais uma vez, a natureza jurídica das águas como bem público de uso comum do povo.

A gestão descentralizada caracteriza-se pela divisão harmônica das atividades e funções entre os diversos órgãos e entidades que compõe o SNGRH (art. 33, Lei nº 9.433/97), além de repartir a administração das águas entre os entes da federação, quais sejam a União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios.

A gestão participativa, por seu turno, confirma a idéia da participação social, além do Poder Público, nas questões referentes ao meio ambiente, incluindo as águas.

Neste sentido o princípio 2º da Declaração de Dublin de 1992, recomenda que o gerenciamento dos recursos hídricos se pautem numa abordagem participativa, envolvendo a população e a Administração Pública, como se observa:

Princípio nº 2 - Gerenciamento e desenvolvimento da água deverá ser baseado numa abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores legisladores em todos os níveis.

A abordagem participativa envolve uma maior

³⁹ LORANDI, Reinaldo; CANÇADO, Cláudio Jorge. Op. cit. p. 58.

conscientização sobre a importância da água entre os legisladores e o público em geral. Isto significa que as decisões são tomadas no menor nível possível com participação total do público e envolvimento de usuários no planejamento e implementação de projetos de água.⁴⁰

De modo semelhante, o princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 14 de junho de 1992, indica que a gestão participativa é a maneira mais apropriada de se enfrentar as questões ambientais, incluindo-se as matérias concernentes aos recursos hídricos:

Princípio 10

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.⁴¹

Dessa maneira, quanto às gestões descentralizada e participativa das águas, Virgínia Amaral da Cunha Scheibe observa que “a descentralização administrativa e a ampla participação da sociedade na gerência dos destinos da bacia garantem feito democrático ao sistema e, com isso, sua credibilidade e aceitabilidade.”⁴²

Em relação a este ponto, Eldis Camargo Neves da Cunha compreende que o legislador pretende “que as decisões sejam localizadas, conforme necessidades e demandas regionais e na medida das decisões

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docef/dublin.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/camaras/GRHT/itemizacao/rio92.htm>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

⁴² SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha. Op. cit. p. 217.

dos segmentos sociais que compõem determinada bacia regional.”⁴³

A integração entre a gestão descentralizada e participativa, além do gerenciamento integrado e sustentável, é uma possível solução para que se afaste o ultrapassado modelo de gestão fragmentária e segmentada que prevaleceu até a publicação da Lei das Águas. Assim sugere o sexto princípio da Declaração de Haia de 2000:

6. A Gestão integrada de recursos hídricos depende da colaboração e do estabelecimento de parcerias em todos os níveis, desde os cidadãos até os organismos internacionais, baseados no compromisso político, e numa ampla conscientização social, sobre a necessidade da segurança hídrica e da gestão integrada dos recursos hídricos. Para obter a gestão integrada dos recursos hídricos, são necessárias políticas coerentes em nível nacional, regional e internacional para superar a fragmentação, e poder contar com instituições transparentes e com credibilidade em todos os níveis.⁴⁴

Salienta-se, outrossim, que para uma consecução efetiva da participação social na gestão das águas, a população deve ser preparada através de uma plena educação ambiental, além de ter acesso livre e amplo às informações e dados pertinentes à situação dos recursos hídricos do País, sendo que o Poder Público deve disponibilizar, estimular e facilitar o acesso da população em relação a tais informações e dados, conforme recomenda o princípio 10 (*supra* transcrito) da Declaração do Rio de 1992.⁴⁵

A coleta de dados e informações relacionados às águas é uma das tarefas atribuídas ao Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos (art. 5º, VI e arts. 25 *usque* 27, Lei nº 9.433/97).

9. SUGESTÕES

Salutar e esclarecedora a análise dos princípios elencados pela Lei de Águas, todavia o legislador brasileiro poderia ter acrescido à

mesma os seguintes princípios: a educação ambiental, a informação ambiental, a qualificação de técnicos e profissionais e a cooperação entre os povos.

9.1. PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

O princípio da educação ambiental com ênfase na gestão das águas, com vistas à adequada valoração dos recursos hídricos pela sociedade. Segundo estabelece o artigo 4.7 do Projeto de Lei de Águas do Peru, de abril de 2003:

Artículo 4.º Lineamientos de política
El Estado adopta los siguientes lineamientos de política que rigen el uso y aprovechamiento sostenible del agua:
[...]
4.7 Educación
El Estado promueve, a través del sistema educativo, una adecuada valoración de las aguas por parte de la población.⁴⁶

Ademais, a educação ambiental, como processo de edificação do conhecimento, é de essencial importância à concretização de uma efetiva gestão participativa não só dos recursos hídricos, mas do meio ambiente como um todo, conforme dispõe o princípio dezenove da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, de 16 de junho de 1972:

19. É indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, visando tanto às gerações jovens como os adultos, dispensando a devida atenção ao setor das populações menos privilegiadas, para assentar as bases de uma opinião pública, bem informada e de uma conduta responsável dos indivíduos, das empresas e das comunidades, inspirada no sentido de sua responsabilidade, relativamente à proteção e melhoramento do meio ambiente, em toda a sua dimensão humana.⁴⁷

⁴³ CUNHA, Eldis Camargo Neves da. Op. cit. p. 215.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/haia.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/camaras/GRHT/itemizacao/rio92.htm>>. Acesso em: 20 de abril de 2007

⁴⁶ Artículo 4.7 del Proyecto de Ley de Águas del Peru. Disponível em: <http://www.portalagrario.gob.pe/b_legal.shtml>. Acesso em: 22 de abril de 2007.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 19 de abril de 2007.

De forma similar dispõe o princípio 4º da Carta de Montreal sobre Água Potável e Saneamento, de 20 de junho de 1990, constatando que a administração estritamente técnica não é satisfatória nem suficiente, sendo a educação ambiental uma forma de estimular a participação social nas matérias pertinentes ao meio ambiente e às águas, como se observa:

4. Miser sur l'éducation et la formation des populations.
Partant du constat que les solutions purement techniques ne suffisent pas à elles seules à assurer une meilleure qualité de vie aux populations, il est nécessaire de prévoir avec tout projet et programme liés à l'eau, un volet formation visant également les hommes et les femmes.⁴⁸

A fim de se complementar a educação ambiental, torna-se necessário que o Poder Público, principalmente, fomenta cursos e palestras, em níveis locais, com vistas ao incremento da consciência ambiental. Neste ponto, vale ressaltar que o livre acesso às informações e dados relativos às águas é outro ponto basilar para a consecução de uma gestão participativa das águas.

Isto posto, salienta-se que o princípio da educação ambiental representa um dos pilares para se efetivar a participação social nas questões ambientais, imbuindo o homem de uma consciência ambiental. A finalidade da educação ambiental, ademais, é que se concretize um processo educacional de estudo e aprendizagem sobre a importância do equilíbrio ambiental para a perpetuação da vida.

Assim, em termos gerais, a educação ambiental deve focar-se primeiramente no ensino de técnicas de preservação e reconstituição ambiental. Em seguida deve preparar os indivíduos para que utilizem meios legais e institucionais a fim de proteger o meio ambiente através da ação popular, *exempli gratia*. Por fim, imprescindível é tornar inteligível, ainda que de modo preliminar, o processo da gestão ambiental. Concretizando estas três fases, dotar-se-á o homem de uma consciência ecológica e o armará para participar efetivamente das questões referentes ao meio ambiente. Destarte, pode-se considerar a educação ambiental como um catalisador do uso racional dos recursos naturais e da conservação do meio ambiente.

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.i-s-w.org/en/PDF/LaChartedeMontreal.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2007.

Posto isso, conforme a educação ambiental estimula a sociedade, esta eleva sua consciência quanto à conservação do meio ambiente como maneira de assegurar o desenvolvimento sustentável.

Ademais, sobre a educação ambiental, Edson Ferreira de Carvalho leciona que "a efetivação do direito à educação é fundamental para aumentar a consciência ambiental e equipar os grupos menos favorecidos com as habilidades necessárias para combater os danos ecológicos na área política."⁴⁹

Tudo o que foi compreendido no princípio em estudo pode ser transferido para a utilização racional da água, visto que a efetivação da educação ambiental auxiliará o indivíduo nos processos de conservação, recuperação, defesa e administração dos recursos hídricos.

O princípio da educação ambiental, além disso, está expressamente previsto no art. 225, §1º, VI da Constituição Brasileira de 1988, determinando a obrigatoriedade de haver a educação ambiental em todos os níveis de ensino (fundamental, médio e superior).

9.2. PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL

Intrinsecamente ligado ao princípio da educação ambiental está o princípio da informação ambiental, o qual poderia ter sido disposto pelo legislador entre os princípios da PNRH e representa outro pilar-mestre da efetiva participação comunitária nos assuntos referentes ao meio ambiente, uma vez que o homem somente poderá participar ativamente e de modo satisfatório se possuir, além da educação ambiental, informações precisas e atualizadas sobre a matéria ambiental.

Hodiernamente, com o super-desenvolvimento dos meios de comunicação (rádio, televisão, rede de computadores) o princípio da informação ambiental possui todos os meios necessários à efetiva propagação de dados concernentes ao meio ambiente.

Mais que simplesmente apresentar dados ao homem, a informação serve de instrumento para que o indivíduo opte por certa posição quanto a um determinado assunto ou ainda que crie seu próprio juízo de valor sobre a matéria informada. Assim, complementa Edson Ferreira de Carvalho:

A participação de cidadãos bem informados nas questões ambientais é considerada pré-requisito básico ao estabelecimento de regime apropriado de proteção ambiental. Foi-se o tempo em que graves

⁴⁹ CARVALHO, Edson Ferreira de. Op. cit. p.218-219.

problemas ambientais eram resolvidos apenas pelo tradicional método do comando legislativo, pela força do Executivo ou pelo poder Judiciário. Atualmente, parece haver consenso de que os problemas ambientais não são resolvidos apenas com proibições, exigindo-se para isso, meios mais elaborados de intervenção como o reajustamento da economia e da vida social rumo à integralização das preocupações ambientais. Numa sociedade democrática, essa tarefa não pode ser efetivada sem o envolvimento de cidadãos bem informados e de uma cidadania proativa. Nesse contexto, o acesso à informação confiável, atualizada, relevante e completa constitui ferramenta indispensável ao desenvolvimento e à implementação de políticas ambientais.

[...]

A informação ambiental está intimamente ligada à participação pública, razão pela qual o sistema de livre acesso potencializa o regime democrático e organização civilizada da comunidade, contribuindo assim para a desconcentração do poder, à igualdade de oportunidades, à redução das discricionariedades administrativa e política, a um governo honesto e a uma administração pública confiável.⁵⁰

A Constituição Federal de 1988, outrossim, em seu art. 5º, incisos XIV e XXXIII, determina que o acesso à informação, como direito fundamental, é garantido a toda coletividade.

9.3. PRINCÍPIO DA QUALIFICAÇÃO DE TÉCNICOS E PROFISSIONAIS

Cumprir observar, além do mais, que é importante a qualificação dos profissionais tanto na execução como para a adoção de decisões, já que há carência de pessoal qualificado (*verbi gratia*, educadores e técnicos) no setor atinente à gestão dos recursos hídricos.⁵¹

Neste sentido, o nono princípio da Carta Européia da Água de

1968, indica que a formação de especialistas concernentes ao assunto é necessária à proteção das águas, isto é, "a salvaguarda da água implica um esforço crescente de investigação, formação de especialistas e de informação pública."⁵²

A capacitação dos profissionais também é recomendada pela Declaração de Dublin, de 31 de janeiro de 1992:

Capacitação

Todas as ações identificadas no Relatório da Conferência de Dublin exigem funcionários bem treinados e qualificados. Países devem identificar, como parte dos planos nacionais de desenvolvimento, necessidades de treinamento para avaliação e gestão dos recursos hídricos, e avançar internamente, e, caso seja necessário, com a cooperação de agências técnicas, para fornecer o treinamento necessário, e condições de trabalho que ajudem a manter os funcionários treinados.

Governos devem avaliar a capacidade de equipar os especialistas em água e outros para implementarem atividades abrangentes de gestão integrada dos recursos hídricos. Isto exige o provimento de um ambiente capacitador em termos de aspectos legais e institucionais, incluindo aqueles de gestão efetiva de demanda de água.

A conscientização é vital na estratégia participativa de gestão dos recursos hídricos. A informação, educação e programas de comunicação de apoio devem ser parte integral do processo de desenvolvimento.⁵³

9.4. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS

A cooperação entre os povos dá ensejo à troca de experiências entre os países a fim de que, *verbi gratia*, nações que possuem um bom desempenho no gerenciamento de suas águas apresentem suas técnicas e pesquisas aos países que ainda estão em fase inicial na administração de seus recursos hídricos. Além da troca de informações, os povos devem atuar de modo conjunto nas questões correlacionadas ao meio ambiente.

No que se refere ao Brasil, é necessário que se estabeleça um

⁵⁰ CARVALHO, Edson Ferreira de. Op. cit. p. 259.

⁵¹ TUCCI, Carlos E. M. Artigo-base sobre recursos hídricos. In: CAMARGO, Aspásia; CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro; OLIVEIRA, José Antonio Puppim de (Orgs.). Meio ambiente Brasil: avanços e obstáculos pós-Rio-92. São Paulo: Estação Liberdade; Instituto Socioambiental. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002. p. 273.

⁵² Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/carta_europeia.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

⁵³ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/dublin.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

trabalho de colaboração entre as nações fronteiriças e o País, principalmente quando compartilham a mesma bacia hidrográfica, como ocorre nas regiões hidrográficas da Amazônia, do Paraguai, do Paraná, do Atlântico Sul e do Uruguai; ou, ainda, quando compartilham o mesmo aquífero, *in casu*, o Aquífero Guarani que se estende pelos territórios da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Observa-se que o meio ambiente não reconhece fronteiras impostas pelo homem, como revela a Carta Europeia da Água de 1968, em seu princípio doze, o qual revela que recursos hídricos não possuem fronteiras, posto que é um recurso natural comum e tem de ser, pois, objeto de cooperação entre os povos.⁵⁴

Dessa forma, a conservação, a proteção e a gestão dos recursos naturais devem acontecer de forma conjunta entre as nações. Isto pode ser concretizado através de tratados ou acordos entre os países limítrofes, tendo-se como exemplos o Tratado da Bacia do Prata⁵⁵, de 23 de abril de 1969; o Tratado de Cooperação Amazônica⁵⁶, de 03 de julho de 1978; e o Acordo do Rio Paraná (Agreement on Paraná River Projects)⁵⁷, de 19 de outubro de 1979.

Destaca-se que a cooperação entre os povos é um dos princípios que norteiam o Brasil em suas relações internacionais, conforme o art. 4º, IX da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido, a Lei de crimes Ambientais de 1998 dedicou o capítulo sétimo à reciprocidade entre os povos a fim de se conservar o meio ambiente. O art. 77 e seus incisos deste diploma legal estabelecem o seguinte:

Art. 77 - Resguardados a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, o Governo brasileiro prestará, no que concerne ao meio ambiente, a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus, quando solicitado para:

- I - produção de provas;
- II - exame de objetos e lugares;
- III - informações sobre pessoas e coisas;
- IV - presença temporária da pessoa presa, cujas

⁵⁴ Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/carta_europeia.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2007.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/daí/prata.htm>>. Acesso em 15 de abril de 2007.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/decretos/85050_80.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2007.

⁵⁷ Disponível em: <<http://www.internationalwaterlaw.org/Regional/Docs/Parana1.htm>>. Acesso em 16 de abril de 2007

declarações tenham relevância para a decisão de uma causa;
V - outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor ou pelos tratados de que o Brasil seja parte.⁵⁸

A Declaração de Estocolmo de 1972 fez referência à cooperação internacional no que diz respeito à responsabilidade e indenização de indivíduos atingidos pela poluição e demais danos ambientais, consoante a seguinte regra:

Princípio 22 - Os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional, no que se refere à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais, que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob controle de tais Estados, causem às zonas situadas fora de sua jurisdição.⁵⁹

A cooperação entre os povos também é o enfoque de dois princípios da Declaração do Rio de 1992, como se verifica:

Princípio 13 - Os Estados irão desenvolver legislação

nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.

[...]

Princípio 27 - Os Estados e os povos irão cooperar de boa fé e imbuídos de um espírito de parceria para

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2007.

⁵⁹ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 19 de abril de 2007.

a realização dos princípios consubstanciados nesta Declaração, e para o desenvolvimento progressivo do direito internacional no campo do desenvolvimento sustentável.⁶⁰

Exortando a cooperação internacional, a Declaração de Paris de 1998 dispõe que tal princípio é imprescindível na consecução de seus objetivos em níveis nacional, regional e mundial. Ademais, declara ser indispensável que os países possuam uma visão compartilhada das águas transfronteiriças a fim de proteger, desenvolver e administrar de modo satisfatório e racional este recurso natural.⁶¹

A Declaração de Haia de 2000, por seu turno, instituiu como um de seus desafios impulsionar a partilha das águas através da colaboração e da criação de uma gestão conjunta entre os países que possuem recursos hídricos limítrofes e transfronteiriços.⁶²

Em sendo assim, o princípio da cooperação entre os povos constitui o âmago da gestão conjunta entre os países. Destacam-se dois pontos: a) conjunção de esforços entre países que compartilham a mesma bacia hidrográfica, a fim de realizarem uma gestão integrada e satisfatória de suas águas; b) troca de experiências entre os mais diversos países no que se refere à gestão de seus recursos hídricos para que haja um incremento do intercâmbio de informações.

10. CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou a apreciação dos princípios que norteiam a PNRH, uma vez que a apreensão dos mesmos presta auxílio no delineamento da base teórica e da infra-estrutura quanto à exegese da Lei das Águas.

Dessa maneira, verifica-se a importância do exame minudente dos princípios da PNRH a fim de que orientem, de forma segura, a interpretação e a compreensão do gerenciamento dos recursos hídricos, instituído pela Lei nº 9.433/97.

Em sendo assim, no desenvolvimento deste estudo seis princípios, expressamente previstos no art. 1º da Lei de Águas, foram pormenorizados, quais sejam: (1) Água: bem de domínio público; (2)

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/camaras/GRHT/itemizacao/rio92.htm>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/paris.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

⁶² Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/haia.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

Água: recurso natural limitado e dotado de valor econômico; (3) Uso múltiplo das águas; (4) Uso prioritário das águas em caso de escassez; (5) Bacia hidrográfica: unidade territorial; (6) Gestão das águas: descentralizada e participativa

Não obstante, mostrou-se salutar considerar outros princípios além dos diretamente elencados pela Lei de Águas, a fim de que a gestão dos recursos hídricos se realize de maneira racional e satisfatória, culminando-se na sustentabilidade hídrica. Desse modo, sugeriu-se o acréscimo dos seguintes princípios: (1) educação ambiental; (2) informação ambiental; (3) qualificação de técnicos e profissionais; (4) cooperação entre os povos.

A concretização de uma gestão sustentável e racional das águas doces, por conseguinte, inicia-se com a compreensão plena dos princípios e sustentáculos da Política Nacional de Recursos Hídricos, o que se buscou realizar no decorrer deste estudo.

Salienta-se, todavia, que o presente trabalho não teve como escopo esgotar o tema investigado, e sim, ainda que de maneira tênue, explorá-lo e desenvolvê-lo, dando azo a ulteriores estudos correlacionados ao assunto explorado.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

11.1. DOUTRINAS UTILIZADAS

CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio ambiente & direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2005.

CUNHA, Eldis Camargo Neves da. Desafios jurídicos na gestão dos recursos hídricos face aos instrumentos da política nacional: papel da Agência Nacional de Águas. In: Meio ambiente: grandes eventos. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.

GARRIDO, Raymundo José Santos. Água, uma preocupação mundial. Revista CEJ. N. 12, p. 08-12, set./dez. 2000.

GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. Revista CEJ. N. 12, p. 30-39, set./dez. 2000.

GRANZIEIRA, Maria Luiza Machado. A cobrança pelo uso da água. Revista CEJ. N. 12, p. 71-74, set./dez. 2000.

HENKES, Silviana Lúcia. Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. IN: Espaço jurídico: revista do curso de direito. Ano 4, n.7 e n.8 (1º e 2º sem. 2003). São Miguel do Oeste: McLee, 2003.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Competências constitucionais e domínio hídrico. In: Meio ambiente: grandes eventos. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.

LORANDI, Reinaldo; CANÇADO, Cláudio Jorge. Parâmetros físicos para gerenciamento de bacias hidrográficas. In: SCHIAVETTI, Alexandre; CAMARGO, Antonio F. M. (Ed.). Conceitos de Bacias Hidrográficas: teorias e aplicações. Ilhéu: Editus, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS, Sebastião Venâncio; DIAS, Herly Carlos Teixeira. Importância das florestas para a quantidade e qualidade da água. Ação ambiental. N. 20, p. 14-16, out./nov. 2001.

PIRES, José Salatiel Rodrigues; SANTOS, José Eduardo dos; DEL PRETTE Marco Estevan. A utilização do conceito de bacia hidrográfica para a conservação dos recursos naturais. In: SCHIAVETTI, Alexandre; CAMARGO, Antonio F. M. (Ed.). Conceitos de Bacias Hidrográficas: teorias e aplicações. Ilhéu: Editus, 2002.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1987. REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MILARÉ, Édis. Revista de direito ambiental. Ano 8. n. 32. São Paulo: RT, 2003. p. 43.

SANTILLI, Juliana. A política nacional de recursos hídricos (Lei 9.433/97) e sua implementação no Distrito Federal. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MILARÉ, Édis. Revista de direito ambiental. Ano 6. n. 24. São Paulo: RT, 2001.

SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha. O regime constitucional das águas. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MILARÉ, Édis. Revista de direito ambiental. Ano 7. n. 25. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Ênio Resende de. In: Seminário legislativo águas de Minas

II. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2002.

TUCCI, Carlos E. M. Artigo-base sobre recursos hídricos. In: CAMARGO, Aspásia; CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro; OLIVEIRA, José Antonio Puppim de (Orgs.). Meio ambiente Brasil: avanços e obstáculos pós-Rio-92. São Paulo: Estação Liberdade; Instituto Socioambiental. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

11.2. LEGISLAÇÃO UTILIZADA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de abril de 2007.

_____. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2007.

_____. Lei nº 4.771, de 15 de Setembro de 1965. Institui o Novo Código Florestal. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2007.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2007.

_____. Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989. Estabelece diretrizes para conservação das matas no entorno de nascentes. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2007.

_____. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br>>. Acesso em: 12 de abril de 2007.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br>>. Acesso em: 12 de abril de 2007.

www.mma.gov.br>. Acesso em: 10 de abril de 2007.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 de abril de 2007.

CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Resolução nº 15, de 11 de janeiro de 2001. Estabelece diretrizes gerais para a gestão das águas subterrâneas. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br>>. Acesso em: 15 de abril de 2007.

11.3. DOCUMENTOS INTERNACIONAIS UTILIZADOS

AGREEMENT ON PARANA RIVER PROJECTS, DE 19 DE OUTUBRO DE 1979. Disponível em: <<http://www.internationalwaterlaw.org/Regional/Docs/Parana1.htm>>. Acesso em 16 de abril de 2007.

CARTA EUROPÉIA DA ÁGUA, DE 06 DE MAIO DE 1968. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/carta_europeia.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

CHARTER DE MONTRÉAL SUR L'EAU POTABLE ET L'ASSAINISSEMENT, DE 20 DE JUNHO DE 1990. Disponível em: <<http://www.i-s-w.org/en/PDF/LaChartedeMontreal.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

DECLARAÇÃO DE DUBLIN SOBRE ÁGUA E MEIO AMBIENTE, DE 31 DE JANEIRO DE 1992. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/dublin.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO, DE 16 DE JUNHO DE 1972. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 19 de abril de 2007.

DECLARAÇÃO DE HAIA SOBRE SEGURANÇA HÍDRICA NO SÉCULO XXI, DE 22 DE MARÇO DE 2000. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/haia.html>>. Acesso em: 21 de abril de 2007.

DECLARAÇÃO DE PARIS SOBRE ÁGUA E DESENVOLVIMENTO

SUSTENTÁVEL, DE 21 DE MARÇO DE 1988. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/docref/paris.html>>. Acesso em: 22 de abril de 2007.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, DE 14 DE JUNHO DE 1992. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/camaras/GRHT/itemizacao/rio92.htm>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS ÁGUAS, DE 22 DE MARÇO DE 1992. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/Agua/rios/gesta_direitos.asp>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

PROYECTO DE LEY DE ÁGUAS DEL PERU, ABRIL DE 2003. Disponível em: <http://www.portalagrario.gob.pe/b_legal.shtml>. Acesso em: 22 de abril de 2007.

TRATADO DA BACIA DO PRATA, DE 23 DE ABRIL DE 1969. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/daí/prata.htm>>. Acesso em: 15 de abril de 2007.

TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA, DE 03 DE JULHO DE 1978. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/decretos/85050_80.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2007.

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. UMA CONTRAPOSIÇÃO OU UMA SUPERPOSIÇÃO DE PRINCÍPIOS?

Leandro Valladares*
Iacyr de Aguiar Vieira**

Imaginemos uma moeda em que de um lado esteja incrustada a imagem de um campo de trigo sendo trabalhado por muitas pessoas. No verso, o valor impresso nesta moeda. A imagem do campo seria o caráter social da atividade econômica e o valor impresso, a representação econômica de cada peça colocada em circulação no mercado. Como dissociar as duas faces desta moeda?

Sumário: Introdução. 1. A importância do contrato no meio social. 2. Breve consideração sobre a evolução histórica do contrato. 3. O princípio da função social nos contratos. 4. A função econômica do contrato em face do princípio da função social. 5. Considerações sobre a inserção do princípio da função social do contrato como uma cláusula geral. 6. A função social como um princípio norteador da função econômica do contrato. 7. Bibliografia.

Introdução

O Código Civil Brasileiro de 2002 apresenta uma série de novos princípios contratuais: o princípio da boa fé, o princípio da função

* Advogado e Professor Universitário.

** Professora de Direito Civil e de Direito Internacional Privado na Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito Privado pela Université Robert Schuman de Strasbourg, France.

social do contrato e o princípio da função econômica do contrato. Estes princípios não são desconhecidos do sistema jurídico nacional. Consagrados pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor apresentou esta mesma série de princípios como mecanismos de proteção da parte considerada como vulnerável numa relação contratual, tendo como objeto uma prestação no âmbito das relações de consumo.

Importantes trabalhos já foram desenvolvidos nesta área, seja realçando os princípios norteadores da relação de consumo, seja realçando os novos princípios apresentados pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Assim, nesta exposição, apresenta-se a questão de saber em que medida o princípio da função social do contrato pode servir de norteador, de limite ou mesmo de delineador do princípio da função econômica. A boa fé apresenta-se como uma baliza moral, desta feita observada em seus dois parâmetros, o subjetivo e o objetivo, vez que a subjetividade sem a franca demonstração através de comportamentos objetivos voltados para a concreta realização dos fatos almejados pelos contratantes, resulta importante apenas no momento de criação do ato jurídico, conferindo-lhe validade.

A síntese que poderá advir desta confluência de princípios apresenta-se como uma importante tarefa ao aplicador do Direito. As idéias de moralidade no âmbito das relações jurídicas, tão caras ao legislador de *civil law*, e a análise econômica do Direito, tão presente nos sistemas de *common law* poderão encontrar no Direito Brasileiro um pano de fundo propício à conjugação destas duas forças, presentes na relação contratual, com o desenvolvimento de uma nova teoria contratual baseada tanto na realidade econômica quanto nos preceitos morais que devem conduzir as relações jurídicas.

Nesta exposição, os autores buscarão efetuar uma apresentação do princípio da função social e da função econômica do contrato e verificar, na jurisprudência nascente, em que medida ocorre uma contraposição ou uma justaposição destes novos princípios contratuais.

1. A importância do contrato no meio social

A estrutura social moderna, com sua necessária circulação de riquezas, está diretamente ligada, e de forma crucial, ao fenômeno contratual. O contrato constitui por excelência o instrumento pelo qual se desfazem, constituem, modificam, resguardam, transferem e conservam bens e direitos. A compra de um carro, o aluguel de uma casa, o empréstimo de dinheiro, todas essas situações não seriam possíveis se a relação contratual não pudesse efetivar-se. O mundo financeiro

estagnaria, conforme afirmou Caio Mario da Silva Pereira: "O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, em tão alta escala que, se fizesse uma abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regressaria, a vida do homem limitar-se-ia aos momentos primários"¹.

O contrato encontra-se como uma estrutura fática e como uma estrutura normativa para as relações econômicas. Assim, tem ele uma dupla função: a de garantir a livre circulação de bens no meio social e ao mesmo tempo, conferir segurança jurídica a esta circulação, vez que a realidade sem controle pode conduzir a desigualdades no plano econômico e social. Seu ofício é então, garantir a satisfação das vontades humanas; permitir que os anseios paralelos unam-se em torno de um mesmo instrumento, e, assim, possam satisfazer as ambições de quem contrata. Entretanto, não deve ele consentir que a vontade de uns possa suprimir a de outros, criando um abismo de condições coletivas.

Como ensina Messineo², "o contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes. Defluindo da vontade das partes, ele só se aperfeiçoa quando, através da transigência de cada um, alcançam os contratantes um acordo satisfatório a ambos". Esta idéia, no entanto, surge apenas no final do Século XIX e no início do Século XX, abrindo o debate sobre a função social do contrato.

Neste sentido, destaca-se a obra de Raymond Saleilles (1855-1912), que, influenciado pelo pensamento alemão, não foi indiferente às novas idéias de solidariedade no direito privado. Através do método histórico que ele pretendia promover, buscou substituir o voluntarismo jurídico pela concepção de justiça social, não obstante suas idéias ervadoras no plano político³. Sobre a interpretação do contrato pelo Juiz, em caso de divergência na intenção recíproca das partes, assim se manifesta Saleilles: "(...) O contrato não é um ato de perfeição de

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Contratos, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

² Messineo, citado por GOMES, Orlando, Contratos. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.21.

³ TELLIER, F., Le droit à l'épreuve de la société, Raymond Saleilles et l'idée du droit social, In: *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1999, nº 20, p. 147-177.

uma vontade criadora de direito; mas o procedimento de adaptação de vontades privadas à utilização de esforços comuns, para a satisfação de interesses individuais recíprocos. Também é de acordo com o fim social deste procedimento de solidariedade jurídica, e não de acordo com a fantasia individual de cada um daqueles que aí tomam parte, que o contrato deve ser interpretado e aplicado⁴.

Segundo Demogue, “... *Nous savons qu'il suffit de certaines libertés. On n'a pas besoin de la Liberté. L'ordre social importe beaucoup plus*”⁵. Esta noção se revela de forma clara em Josserand, segundo o qual, com o direito dos contratos pode-se descobrir uma nova função e um novo aspecto da teoria do abuso de direito, que vai condicionar, não mais as prerrogativas legais, pretensamente absolutas, mas relações obrigacionais que são a obra de vontades privadas e cujo caráter relativo tem um valor quase constante, de sorte que seu relativismo vai de encontro à relatividade das obrigações às quais ela vem se sobrepor e reforçar.

Segundo Josserand, por ter uma origem convencional e uma *portée* restrita, as obrigações, malgrado sua abstração tradicional, são também prerrogativas sociais, destinadas a se realizar socialmente e equitativamente; como os direitos reais, como os direitos ditos absolutos, elas comportam uma finalidade. No direito moderno, os contratos são de boa fé; é numa atmosfera saudável, e não viciada, que eles devem se preparar, se concluir, se executar e se extinguir⁶; os contratos não são uma finalidade em si mesmos, mas meios empregados em vista de um fim a alcançar; afastá-los desta finalidade, é cometer um abuso do direito contratual⁷.

⁴ SALEILLES, Raymond, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 a 144), Paris: Pichon, 1901, pp. 228-229.

⁵ DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris: Rousseau & Cie, t. 1, 1923, n. 5.

⁶ Como bem observa MARTINS-COSTA, Judith H., O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “Ética da Situação”, In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001, p. 211-260, esp. p. 249-250: “a boa fé vem posta como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos (art. 422), seja na fase de sua conclusão (abrangendo, por óbvio, a fase das tratativas, pois se deve considerar a noção da obrigação como um processo), seja na sua execução. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa de deveres de comportamento pautado por um específico standard ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé que reveste todo o iter contratual”.

⁷ JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*. 2ème éd. Paris: Librairie Dalloz, 1939, p. 124-125.

Estas idéias se desenvolveram a ponto de se acreditar num declínio do contrato ou a preconizar a morte do contrato, já que este era tido pela doutrina clássica, como um dos instrumentos da liberdade individual. Os autores, no entanto, mostraram que ocorre o contrário visto que a sociedade se utiliza cada vez mais do instituto, embora concebido sob outra roupagem⁸. A concepção individualista e liberalista que tomou corpo durante o Século XIX, sob uma dupla influência: a inspiração kantiana e uma liberação progressiva das trocas econômicas, cede espaço a uma concepção social das relações contratuais⁹.

2. Breve consideração sobre a evolução histórica do contrato

A concepção de contrato nem sempre foi a mesma através dos tempos. A teoria contratual, no evoluir histórico, adaptou-se às necessidades humanas, a fim de que as peculiaridades de cada tempo e lugar fossem respeitadas, permitindo assim a circulação livre e desembaraçada de riquezas.

Na Roma antiga, a concepção contratual apresenta profundas diferenças com a que hoje temos. Os contratos, naquela época, eram agrupados em quatro categorias nominadas (*re, veris, litteris, consensu*) e em contratos inominados (*do ut des, do ut facias, factio ut des e factio ut facias*)¹⁰.

Para ser considerado como um contrato, o acordo de vontades devia ser acompanhado da possibilidade de se intentar a *actio*, ou seja, somente aqueles acordos que detinham o respectivo *direito de ação* eram considerados contratos. E apenas essas quatro modalidades cita-

⁸ Analisando, por exemplo, as idéias de GILMORE, Grant, *The Death of Contract* (La morte del contratto, tradução de Andrea Fusaro), Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. O autor discute algumas idéias mestras que percorreram a evolução da disciplina do contrato nos seus dois séculos de vida americana. O título é fictício, pois, mais que da morte, fala-se da vida do contrato, bem como do arco ascendente e descendente da teoria geral do contrato. O autor fala sobre “morte” porque quer relativizar a teoria geral clássica e, se possível, colocar uma pedra sobre ela. Analisa o nascimento da teoria abstrata do contrato, a sua função ideológica e política; a progressiva objetivação da “consideration”; o fim da teoria clássica e a exigência de uma análise dos interesses concretos expressos no acordo, conduzida com o método formal mas com exame dos interesses substanciais.

⁹ Para uma retrospectiva sobre a aplicação do princípio da autonomia da vontade na vigência do Código Civil de 1916, ver o artigo de VIEIRA, Iacyr de Aguiar, A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, In: *Revista dos Tribunais*, vol. 791, Setembro de 2001, p. 31-64.

¹⁰ SCIASCIA, Gaetano, *Istituzioni di diritto romano in sintesi*. 3ª ed., Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1969, pp.119-140.

das dele desfrutavam. A forma era muito importante para a formação dos contratos, sendo a solenidade um elemento essencial para que um *consenso* fosse considerado um contrato perfeito.

O contrato, uma vez celebrado com observância estrita ao ritual, já que o rigorismo formal era muito grande, gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*. O credor desprovido da *actio* correspondente não estaria munido da faculdade de reclamação em juízo.

As demais categorias contratuais eram chamadas de *pactum*. Estas, entretanto, não permitiam ao sujeito ativo da relação o *direito de ação*, e como se sabe a importância que isto dotava, não tinham os pactos a força cogente (*nuda pactio obligationem non parit*; Ulpiano, D.2, 14, 7, 4). Todavia, algumas categorias de pactos eram munidas de *actio*, os *pacta adiecta* celebrados de boa fé, os pactos pretorianose (como o *pactum hypothecae* e o *pactum antiretico*) e os pactos legítimos (como o *pactum donationis*)¹¹.

Conforme observa Orlando Gomes, "Distinguiam os *contractus* de *pactum*. Enquanto o contrato consistia em relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações cíveis, o pacto era protegido, apenas, por uma exceptio"¹².

Essas duas classificações presentes no sistema romano eram abrangidas por uma maior: o *consensum*. Este era o gênero, do qual contratos e pactos eram a espécie.

No Direito Romano, a obrigação oriunda de uma relação contratual tinha um caráter personalíssimo. Ao formularem o consenso, as partes não se prendiam pelos seus respectivos patrimônios. Sujeitavam os seus próprios corpos ao pagamento da dívida. A dívida recaía sobre o próprio indivíduo, respondendo ele com sua força vital, como se dava nos casos de escravidão por dívida, até o advento da *Lex poeetelia papiria* (ano 326 a.C.).

A concepção de contrato no império romano evolui com o tempo, o rigorismo formal foi, aos poucos, sendo deixado de lado, com crescente relevo da vontade e da autonomia negocial.

Na Idade Média, pela grande influência que a Igreja exerceu sobre as relações interpessoais, o que acarretou na valorização da palavra humana frente à divindade, tomou o *consenso* uma conotação mais séria, mais cogente. A palavra humana era, agora, dotada de um grau de importância muito grande e a idéia de pecado fazia com que

os contratantes cumprissem o avençado acima de qualquer coisa. Os pactos deveriam ser cumpridos independentemente de qualquer situação. Surge, assim, o princípio *pacta sunt servanda*, ou o princípio da força obrigatória dos contratos.

Já a concepção clássica de contrato, formulada no período do triunfo revolucionário burguês, apresenta-se com um entendimento bastante diferente do que até agora foi visto. A regra era a liberalidade, sem intervenções, salvo os preceitos de ordem pública.

Na estrutura do Estado liberal, o contrato é instrumento de intercambio econômico entre os indivíduos, em que a vontade reina ampla e livre. Salvo apenas pouquíssimas limitações de ordem pública, a autonomia de vontade é que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes. O contrato tem força de lei, mas essa força se manifesta apenas entre os contratantes. Reinava pleno e absoluto, salvo, como dito, pouquíssimas exceções, o princípio da autonomia de vontade. Como observa Michel VILLEY, "os modernos definiram o ato jurídico (*Rechtsgeschäft*) como 'manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos'. A alma do contrato é o consentimento, e em princípio, reina a liberdade contratual"¹³.

Presumia-se entre os contratantes uma igualdade que, na verdade, não existia. As partes eram tidas como supostamente iguais, mesmo se fossem pessoas de níveis econômicos extremamente diferentes. Os sistemas jurídicos, salvo os raros casos, nada faziam para a atenuação dessas dessemelhanças. Foi o ápice da liberalidade contratual. Foi consagrado, então, o princípio da autonomia da vontade, concebido como o *poder* de auto-regulação de interesses. Apresenta-se, em seguida como o poder de livre discussão de condições do contrato, e, por fim, como o poder de escolher livremente o tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. O princípio manifesta-se, por conseguinte, sob triplice aspecto: liberdade de contratar propriamente dita; liberdade de estipular o contrato e liberdade de estruturar o conteúdo do contrato.

Entretanto, com o passar do tempo, verificou-se que essa suposta igualdade com que a legislação tratava os contratantes, deu origem a uma desnivelada distribuição de riquezas no meio social, servindo, assim, para legitimar a superioridade da parte mais forte em detrimento da mais fraca. Cláusulas extremamente abusivas eram estipuladas sem qualquer restrição, e, como a força obrigatória dos contratos não sofria qualquer repressão, devia ser cumprido o avençado.

¹¹ SCIASCIA, Gaetano, Istituzioni di diritto romano in sintesi, cit., p. 140.

¹² GOMES, Orlando, *Contratos*, Cit. p.17.

¹³ VILLEY, Michel, Essor et décadence du volontarisme juridique, In: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 1957, p. 328.

No plano político, presencia-se a crescente vaga socialista, impulsionando as camadas mais vulneráveis das populações a exigirem uma posição mais ativa do Estado na economia. Os países capitalistas, visando evitar o avanço do socialismo, procuram, através de ações estratégicas, atuar de forma mais eficaz na economia, seja através da intervenção do legislador na formulação de leis de ordem pública de direção ou de proteção, seja através da intervenção do judiciário na aplicação da lei.

O Estado, sob a influência deste contexto social, começou a se mostrar mais presente nas negociações entre os particulares, criando dispositivos que não só buscavam o equilíbrio entre eles em uma relação de negócio, mas também com intuito de regular o contrato em seu aspecto social. O Estado social impôs-se, progressivamente, a partir dos fins do século XIX e princípios do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia de vontade no intercâmbio negocial, e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia. A consequência foi o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal no processo econômico¹⁴.

A partir desse momento, o Estado mostra-se mais presente nas relações entre os particulares, a fim de assegurar princípios de ordem coletiva, fazendo com que estes princípios, que assegurariam a manutenção da organização pública, prevaleçam sobre os interesses particulares.

O negócio jurídico passou a ser visto não só como um consenso entre partes às quais ficavam os efeitos ali restritos. Chegou-se à conclusão de que podia ele, como fruto de uma vontade que não seguisse os ditames da moral, da boa fé e dos costumes sociais, trazer malefícios e vir a contribuir para a desarmonia da coletividade.

Assiste-se então, na Europa central, ao surgimento do fenômeno a que se pode chamar solidarismo contratual, que constitui exatamente uma teoria social do contrato. Este solidarismo rompe com a concepção puramente voluntarista do contrato, passando esse a ser percebido como um instrumento de solidariedade, no qual a troca de serviços deve importar sobre os interesses, evitando assim uma crise política à qual conduziria o voluntarismo individualista do Século XIX¹⁵.

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 2.

¹⁵ JAMIN, Christophe, *Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction*. In: *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, Paris: Dalloz, 2003, p. 13.

O pensamento liberal e o *voluntarismo simples*, conforme expressou Battifol¹⁶, sofrem assim uma ruptura nos anos 1900-1920, cedendo espaço à teoria social ou solidarista do contrato que se impôs progressivamente no direito positivo¹⁷. Foi nessa época, portanto, que aconteceu, na Europa Central, a gênese de novos princípios contratuais que começaram a limitar a função do contrato e a concebê-lo de maneira mais ampla, ou seja, a partir dos seus efeitos no meio social.

Constata-se, pois, a existência de quase um século de distância entre o movimento jurídico implantado recentemente pelo sistema jurídico brasileiro ao consagrar de forma explícita o princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002 e o movimento ocorrido no velho continente. Assiste-se atualmente na Europa Central à discussão em torno de uma nova crise do contrato, colocando em xeque esta concepção social ou solidarista dos contratos. Esta nova crise revela-se, notadamente, por uma teoria concorrente sobre os princípios: o direito dos direitos humanos, pulverizando o direito em direitos subjetivos, contrariando estes diretamente toda concepção social do direito.

Diante deste quadro, seria possível a implementação do princípio da função social do contrato no Brasil? A pergunta se apresenta como oportuna, principalmente pelo fato de o Brasil estar inserido num contexto político e econômico *globalizado* no qual predomina a corrente de pensamento neo-liberal. Esta pergunta, todavia, não se encontra isolada, sugerindo, por sua vez, uma série de questões de fundo material e de fundo procedimental.

A consagração do princípio da função social do contrato

¹⁶ BATTIFOL, Henri, La "crise du contrat" et sa portée, In: *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p. 13-30.

¹⁷ Como ressalta Francisco Amaral, "a teoria da função econômico-social dos institutos jurídicos é, enfim, produto síntese das tendências axiológicas contemporâneas que levam à chamada economia dirigida". Segundo o autor, "é precisamente o contrato, instrumento da autonomia privada, o campo de maior aceitação dessa teoria, acolhida primeiramente no Código Civil italiano, art. 1.322, segundo o qual "podem as partes determinar livremente o conteúdo do contrato nos limites impostos por lei, e celebrar contratos atípicos ou inominados, desde que destinados a realizar interesses dignos de tutela, segundo o ordenamento jurídico". Do mesmo modo e de forma idêntica a consagra o Código Civil português no seu art. 405.º, ao dispor que as partes podem livremente fixar o conteúdo do contrato, nos limites da lei, e celebrar contratos diferentes dos previstos no mesmo Código, completando-se esse dispositivo com o art. 280.º, que fixa limites ao exercício da autonomia privada, estabelecendo a nulidade do negócio jurídico contrário à ordem pública ou aos bons costumes. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. Antônio de Aruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, 1989, p.8- 41, esp. pp.39-40).

sob a forma de uma cláusula geral pode levar o intérprete a cometer abusos na aplicação do direito? Não seria mais interessante o reconhecimento oficial de uma finalidade social através de restrições legislativas ou regulamentares do direito em si, como bem observa Antoine Pirovano¹⁸, após analisar uma série de decisões proferidas em França, a propósito de vários aspectos do direito, tendo como fundamento a idéia de função social dos direitos? A experiência europeia pode servir de modelo a esta nova fase do direito brasileiro?

3. O princípio da função social nos contratos

No Brasil, a inserção do princípio da função social do contrato efetivou-se com a entrada em vigor do Novo código civil. Estabeleceu o legislador, por meio de uma cláusula geral, contida no artigo 421, que os contratos devem atender à sua função social: "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*".

No Novo Código Civil, o legislador condicionou o contrato e seus efeitos a um limite, ou seja, à função social que ele exerce. O contrato deve ser firmado de modo que seus espectros sociais não prejudiquem a coletividade, e, dessa forma permita que seja ele um instrumento de circulação justa de riquezas¹⁹. Como ressalta Francisco Amaral, "Emprestar ao direito uma função social significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica a ação do Estado no sentido de promover a igualdade material e acabar com as injustiças sociais".

Observe-se que o princípio foi inserido no Código Civil brasileiro, mas sem nenhuma base conceitual ou restritiva acerca do que seja e até onde pode ser aplicado. Sua apresentação sob o regime das cláusulas gerais permitirá que o negócio jurídico seja analisado de acordo com a realidade em que está circundado. Ao analisar se o contrato está atendendo ou não à função social, o operador do direito terá que fazer a observação de acordo com as circunstâncias em que o contrato está contextualizado, permitindo, dessa forma, que parâmetros traçados em uma região, tão peculiares a ela, não interfiram em pareceres de outras, mitigando assim a real essência do princípio.

A relação negocial não é mais observada na estrita visão do

código civil de 1916, que levava a relatividade dos efeitos dos contratos em grau máximo. Não se considerava o contrato um fenômeno inserido na sociedade e que nela, se não respeitados seus costumes, poderia produzir efeitos maléficos.

Conceituando a função social do contrato, Humberto Theodoro Júnior explana: "A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que estipulam (contratantes). Dessa forma, fica a função social com um escopo de limitação objetiva do contrato"²⁰.

Não é a função social um dispositivo que se preocupa com a face interna do contrato, mas sim com o que ele externa à sociedade e os efeitos maléficos que poderá causar se não respeitados os costumes, os princípios éticos e a moral do contexto em que o contrato está inserido. Não cabe a esse princípio ser aplicado às relações internas do contrato. Para esse tipo de relações o código civil estabeleceu o princípio da boa-fé objetiva, consagrado pelo artigo 422 do Novo Código Civil. Por ele, cuida-se da relação no que tange a seus membros, em suas condutas uns com os outros. As partes devem observar, quanto aos direitos e obrigações gerados por aquele consenso, se está atendendo aos pilares da probidade e boa-fé.

São nesses dois pontos que diferem os princípios supracitados. O da função social volta-se a uma visão da projeção contratual aos membros da sociedade, já o princípio da boa-fé, cuida de resguardar a moralidade na conduta das partes contratantes²¹.

Desta forma, de acordo com o princípio da função social, a relação contratual deve alcançar um contexto maior em que está inserida. O

²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, cit., p. 29.

²¹ Como observa Francisco Amaral, "*Função social significa não individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem-comum, o bem estar econômico coletivo. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve. Ideologicamente, representa a teorização do bem comum, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar, ou eliminar até, a propriedade privada. Sistemáticamente, atua no âmbito dos fins básicos da propriedade, da garantia de liberdade e consequentemente da afirmação da pessoa. E ainda historicamente, o recurso à função social demonstra a consciência político-jurídica de se realizarem os interesses públicos de modo diverso do até então proposto pela dogmática tradicional do direito privado, liberal e capitalista*". AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cit., pp.38-39.

¹⁸ PIROVANO, Antoine, La fonction sociale des droits: Réflexions sur le destin des théories de Josserand. In: *Recueil Dalloz Sirey*, 1972, 12e Cahier - Chronique, pp.67-70.

¹⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cit., pp.38-39.

meio que a circunda, em hipótese alguma deve entrar em dissonância por conta de um consenso formado por alguns membros que o compõe. O intuito da inclusão do princípio da função social do contrato na legislação brasileira é justamente resguardar terceiros, estranhos ao negócio jurídico, de eventuais conseqüências danosas que este possa trazê-los. Assim, na abstenção de condutas contratuais nocivas a terceiros é que se opera a função social do contrato.

São exemplos, segundo Humberto Theodoro Júnior de desrespeito à função social do contrato, em virtude do abuso da liberdade de contratar, as seguintes situações:

A) Induzir a massa de consumidores a contratar a prestação ou aquisição de certo serviço ou produto sob influência de propaganda enganosa.

B) Alugar imóvel em zona residencial para fins comerciais incompatíveis com o zoneamento da cidade.

C) Alugar quartos de apartamento de prédio para transformá-los em pensão.

D) Ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros.

E) Qualquer negócio de disposição de bens em fraude de credores.

F) Qualquer contrato que, no mercado importe o exercício de concorrência desleal.

No primeiro exemplo citado pelo autor, pode-se, fazendo uma exemplificação mais ampla, pensar em um contrato celebrado entre um proprietário de uma grande empresa e um publicitário, no qual as partes acertam o uso de propagandas subliminares. Este tipo de modalidade publicitária não permite ao público ter uma opinião formada e consciente do que seja o produto, pois os estímulos ao consumo são empregados em um nível abaixo do limiar da consciência. Desta maneira, o contrato entre o publicitário e a empresa estaria, diretamente, prejudicando terceiros, e assim, não atenderia à sua função social.

No segundo exemplo, pode-se imaginar a situação de um proprietário de um imóvel situado em um bairro residencial, que o aluga como casa de festas. Este contrato irá prejudicar os moradores do bairro em que o imóvel está inserido, e, por conseguinte, não estará atendendo à sua função social.

Note-se, que todos os exemplos citados pelo autor lançam um olhar objetivo sobre o contrato e sobre os seus efeitos em relação à coletividade.

Não há ainda um acervo jurisprudencial que firme as bases da função social do contrato. Algumas decisões, no entanto, podem ser citadas como exemplo da aplicação efetiva deste princípio, no momento de formação do contrato.

Assim, decisão proferida em ação cautelar inominada, relativa a cancelamento unilateral de seguro saúde: "os estritos limites do agravo de instrumento permitem, tão-só, apreciação da matéria definida na decisão hostilizada, afigurando-se incabível analisar questões relacionadas ao mérito da ação originária. A função social do contrato repousa na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social, sob pena de a liberdade individual no contrato, com força obrigatória, tornar-se fonte geradora de anarquia social, incompatível com a nova concepção contemporânea de Estado"²².

Interessante também é a decisão proferida em Apelação Cível numa Ação anulatória de relação de consumo. Decidindo sobre a invalidade de cláusula abusiva, a decisão releva que: "1. O contrato, na relação de consumo, deve ser visto em razão de sua função social, não mais sendo atribuído primado absoluto à autonomia da vontade. 2. Em decorrência da função social, revela-se abusiva a cláusula que, em contrato de plano de saúde, exclui de cobertura as próteses necessárias ao restabelecimento da saúde. 3. Apelação conhecida e não provida"²³.

Verifica-se, da leitura destas ementas, que no Brasil a concepção de função social poderá se amoldar tanto à idéia de social em sentido lato, quanto à idéia de social em sentido estrito. O Estado poderá utilizar deste princípio tanto para a promoção de interesses sociais coletivos (estruturação social do Estado) quanto para a promoção de interesses individuais (principalmente na área de saúde) que constituiriam, num primeiro momento, uma função do Estado, delegada, na economia neoliberal, a particulares.

A partir da idéia de abuso de direito, a jurisprudência francesa adotou, durante a metade do século passado, uma concepção social dos contratos em diversas situações: em matéria de direito do trabalho, quando da rescisão de contrato de trabalho por tempo indeterminado, em face da "*légèreté blâmable*" do patrão, ou seja, ausência de motivos realmente relevantes para tal rescisão²⁴; em matéria de locação de

²² Tribunal de Justiça da Bahia, AG 3.212-2/02 (16.309) - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Robério Braga - J. 08.05.2002.

²³ Tribunal de Alçada de Minas Gerais, AP 0341075-9 - Teófilo Otoni - 3ª C.Cív. - Rel. Juiz Caetano Levi Lopes - J. 26.09.2001.

²⁴ Camerlynck et Lyon-Caen, Précis du droit du travail, Dalloz, 2e ed., 1967, p. 137 et

imóveis, conforme decisão prolatada em 1965, em que o locador não autorizou a substituição de um antigo forno por um forno mais moderno, pelo locatário, que explorava o ramo comercial de padaria²⁵.

Em matéria de direito de propriedade, a justiça francesa sancionou a ausência de "*utilidade apreciável*" e observou numa decisão que "*o direito de propriedade tem por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo*"²⁶.

Em matéria de função social relativa ao direito de propriedade, o direito alemão apresentou-se como pioneiro, ao consagrar expressamente na Constituição de Weimer (1919): "*A propriedade obriga. Seu uso deve servir ao mesmo tempo ao bem da coletividade*" (art. 153), disposição esta mantida pela Lei Fundamental de Bonn (de 23 de maio de 1949), em seu art. 14(2).

A função social da propriedade foi consagrada pelo sistema jurídico brasileiro no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), ao estipular de forma clara a função social da terra, em seu art. 2º: "É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista pela lei. § 1º - A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam. (...)".

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, consagra de forma expressa o princípio da função social da propriedade em seu artigo 170, inc. III: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade; (...)". A referência à função social permeia vários dispositivos constitucionais, devendo ser respeitada, por exemplo, no caso de exploração direta da

atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 1º, II); no caso da promoção da política urbana (art. 182, § 2º) e da política agrícola e fundiária e da reforma agrária (art. 184 e 186), reafirmando assim as idéias introduzidas no sistema jurídico nacional pelo Estatuto da Terra.

4. A função econômica do contrato em face do princípio da função social

O princípio da função econômica do contrato apresenta várias questões relativas ao seu enunciado, uma vez que despido de qualquer informação do que seja o seu conteúdo. Refere-se ao próprio contrato como instrumento necessário à circulação de riquezas? Refere-se à noção de economia do contrato em direito privado? Refere-se à análise econômica do direito dos contratos?

O cerne do desenvolvimento da nossa sociedade encontra-se na necessária circulação dos bens da vida, para que a satisfação dos indivíduos possa ser realizada em seu aspecto material. A circulação de riquezas é um pressuposto necessário para que se criem oportunidades dos integrantes de uma dada sociedade, afim de que encontrem a situação propícia para seu conforto material, e, conseqüentemente espiritual e psicológico.

Sendo assim, precisa a sociedade de um instrumento que regule de forma organizada e certa essa circulação de riquezas. Não poderia essa distribuição dos bens ficar a mercê da força bruta, ou em total desorganização, sob pena das posses das riquezas existentes no meio terrestre ficarem totalmente desiguais.

O contrato é, em suma, esse instrumento que permite ao sujeito de direito participar da vida econômica da sociedade em que está inserido com certa segurança e permissão de planejamento quanto suas expectativas. "É por meio do contrato que a pessoa se desfaz de um bem em troca de outro, ou de dinheiro; que trabalha para receber salário, que coopera com outro em troca de vantagem pecuniária, que a outros se associa para realizar determinado empreendimento; que previne riscos e assegura o futuro, que põe em custódia bens e valores..."²⁷.

O contrato é um instrumento a serviço da estrutura econômica da sociedade. A formalização das relações econômicas entre os particulares, tão necessária ao desenvolvimento ordenado, opera-se através do embasamento jurídico a elas emprestado, embasamento este que se manifesta no contrato.

Dessa forma, elucida bem Francisco Amaral que "Quanto à sua função, o contrato é um instrumento de composição de vontades con-

s., citado por Antoine PIROVANO, op. cit. p.68.

²⁵ Dalloz, 1965, p. 67.

²⁶ Colmar, 2 de maio de 1855, Dalloz, 56, 2.9. e Civ., 1re, 20 janeiro 1964. Em matéria de locação de imóveis, quando da rescisão de contrato determinado por motivo de mudança de domicílio pelo locatário, a Cour de Cassation francesa proferiu decisão em 22 de fevereiro de 1968, marcada por forte acento social; ao observar que a atitude do locador tinha como clara conseqüência deixar uma moradia vaga durante dez meses, revelando uma crítica do exercício anti-social do direito.

²⁷ GOMES, Orlando *Contratos*, cit. p. 23

vergentes, que se usa para promover a circulação de bens, a prestação de serviços... Pode se dizer que é a expressão típica da economia liberal, como fonte, por excelência, das obrigações"²⁸.

As variações dessa função econômica contratual dividem-se, nas seguintes categorias: contratos que se destinam a promover a circulação de riquezas, contratos de colaboração, contratos para prevenção de risco, contratos de conservação e acautelatórios, contratos destinados a prevenir ou dirimir uma controvérsia, contratos que têm por objeto a concessão do crédito e contratos constitutivos de direitos reais de gozo ou de garantia²⁹. Verifica-se assim a utilização do contrato em conexão com vários ramos do direito privado, abrangendo o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito Obrigacional propriamente dito.

A noção de economia do contrato em direito privado é também recente e ainda difusa. Este conceito tem sido utilizado de forma cada vez mais freqüente pelos tribunais europeus, ora como instrumento de análise do contrato, para apreciar a causa objetiva ou subjetiva, ora para remediar a obscuridade ou a insuficiência do contrato, com o objetivo de apreciar a vontade expressa ou para suprir a ausência de vontade expressa na relação contratual. Esta noção é também um instrumento do destino do contrato. Diante de uma modificação da economia do contrato, sobretudo por parte de um dos contratantes, apresentam-se conseqüências sobre a execução do contrato, podendo ir até a sua rescisão, podendo inclusive ocasionar a rescisão de outros contratos a ele conectados³⁰.

Alguns autores³¹ rejeitam esta noção de economia do contrato, considerando-a inoportuna e perigosa, principalmente pelo fato de não responder à idéia de estabilidade e de permanência. O fato de necessitar de uma concreção, não podendo se destacar da realidade, permanece uma noção leve, podendo levar o julgador a tomar em consideração elementos de ordem subjetiva, exteriores à relação contratual.

A análise econômica do direito dos contratos faz ressaltar vários princípios fundamentais: "em primeiro lugar, o contrato é percebido como um instrumento de maximização das utilidades

individuais e sociais; em segundo lugar, esta análise tem por objetivo a minimização dos custos de transação e dos efeitos externos"³².

Este primeiro fundamento é aceito atualmente nos sistemas de *civil law* através dos princípios da função social do contrato, "da utilidade do contrato" ou pelo fundamento do dever de lealdade³³. Em alguns sistemas jurídicos como o francês, a idéia é fundamentalmente ligada ao conceito de "*utilidade do contrato*" e ao princípio da boa fé prescrito pelo art.1134 do Code Civil³⁴.

O segundo fundamento caracteriza-se pela presença de elementos de natureza mais objetiva, como por exemplo, a minimização dos custos de transação e de efeitos externos, traduzidos na obrigação de minimizar as perdas nos contratos internacionais, obrigação esta prevista na Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, em seu art. 77: "A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, correspondente ao montante da perda que deveria ter sido evitada".

Como se vê, a função econômica contratual não mais se encontra totalmente livre e desimpedida em qualquer situação, podendo ser limitada seja pelo leve conceito de economia do contrato, seja pela análise econômica das relações, principalmente quando se leva em conta a utilidade individual e social do contrato.

Com a inserção do princípio da função social do contrato ordenamento jurídico brasileiro, a função econômica do contrato passa a provocar uma nova leitura. Não é certo dizer que estará ela totalmente mitigada, ou sofrerá alterações profundas em sua essência, de modo que o contrato perca sua verdadeira natureza e sua razão de ser no meio social. O que agora vem a acontecer é que além de uma função econômica, que sempre o acompanhou, a relação contratual foi adicionada de um outro designo, a sua função social.

A função social do contrato não deve ser confundida, em hipóte-

²⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos, O contrato e sua função institucional, In: *Boletim da faculdade de Direito*, Coimbra, Editora, Universidade de Coimbra, 1986, pp. 372-373.

²⁹ GOMES, Orlando, *Contratos*, Cit. p. 19.

³⁰ ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana, La notion d'économie du contrat en droit privé. In: *La semaine juridique*. Édition Générale, n° 9, 28 février 2001, p. 423-429.

³¹ MOURY, Jacques, Une embarrassante notion: l'économie du contrat, In: *Le Dalloz*, 2000, n° 24, p. 382-386.

³² M. FABRE -MAGNAN, In: *La Formation du contrat*, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., Paris : L. G. D. J., 1993, p. 188.

³³ VIEIRA, Iacyr de Aguiar, *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil*, Thèse. Strasbourg, 2003, p. 70.

³⁴ M. FABRE-MAGNAN, In: *La formation du contrat*, cit., p. 188. Y.PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Tome 208, Paris: LGDJ, 1989.

se alguma como uma face filantrópica a ele imposta. Não, longe de ser isto. Não é o contrato um instrumento a favor da filantropia ou de uma forçada igualdade no seio da sociedade. Não é de sua característica. Se a função social se revelasse dessa forma, a própria essência contratual seria totalmente traída. A autonomia da vontade, que é por excelência o fundamental princípio que guia a teoria contratual, tombaria ao chão, pois a liberdade de contratar, para que os desejos individuais sejam satisfeitos e a circulação de riquezas possa efetivar-se de forma livre, seria agora condicionada a uma espécie de socialismo contratual. Ao contrato cabe uma função social e não uma função de assistência social... O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei.

O princípio da função social do contrato apresenta-se com o sentido de não permitir excessos da função econômica contratual. Assim, o lado econômico do contrato já não é mais posto acima de tudo e de todos. A vontade individual de gerar riquezas é, a partir de então, limitada em seus efeitos em relação a terceiros, de modo que, causando malefícios a indivíduos que estão portados externamente à relação, estará ferindo um pressuposto positivado no Código Civil.

5. A inserção do princípio da função social do contrato como uma cláusula geral.

A função social se configura como um princípio superior ordenador da disciplina da propriedade e do contrato. Este princípio, que legitima a intervenção legislativa do Estado e a aplicação de normas excepcionais, opera ainda como critério de interpretação das leis.

Como ressalta Francisco Amaral, "A função social é, por tudo isso, um princípio geral de atuação jurídica, um verdadeiro *standard jurídico*, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem torna ineficaz os direitos subjetivos, apenas orienta o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem-comum e a justiça social"³⁵. Neste diapasão, nada mais natural que o princípio da função social do contrato [como também o da função social da propriedade] se apresente sob a forma de uma cláusula geral.

Nas palavras de Martins-Costa³⁶, "Todos os princípios, posi-

tivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente, como meios para esta concreção, porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos".

Princípios, no entanto, não se confundem com cláusulas gerais. Martins-Costa³⁷ apresenta de forma clara esta distinção: "A grande diferença entre princípio e cláusulas gerais, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial, onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras "janelas" consubstanciadas em tais cláusulas".

As cláusulas gerais, por sua vez, também não se confundem com os conceitos indeterminados. Como esclarece Martins-Costa, "Integrando o corpo dos Códigos, as cláusulas gerais apresentam, como primeira particularidade, o fato de não possuírem qualquer estrutura própria que as diferenciem dos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, parece imperioso verificar quais são as suas especificidades, apurando-se no que diferem das normas que traçam princípios gerais e daquelas que contêm os chamados conceitos indeterminados". Os conceitos indeterminados, segundo a autora, "podem se reportar tanto a realidades valorativas quanto a realidades fáticas. Por serem vagos e ambíguos são muitas vezes polissêmicos, podem permitir razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação. Ocorre que tais conceitos integram, sempre, a descrição do "fato" que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, determinada. Existe uma diferença de grau no que tange à abstração e à generalidade". Seja na apreciação de conceitos indeterminados, seja na apreciação de cláusulas gerais, haverá, por parte do juiz, uma atitude valorativa. Observa a autora que nas cláusulas gerais a atitude de subsunção, que subsiste na apreciação dos conceitos indeterminados, é substituída pela atividade de

³⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: *Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cit., p.39.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 28, nº 112, out./dez., 1991,

p. 13-30, esp. p. 21.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, cit., pp. 21-22.

criação judicial, por meio da síntese, de forma a constituir processo de verdadeira concreção³⁸.

Segundo a autora, citando Joseph Esser, "através das cláusulas gerais, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística - como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, passam a funcionar como "pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas".

Embora o legislador do Código Civil de 1916 tenha se utilizado da técnica de cláusulas gerais³⁹, este mecanismo legislativo apenas tomou relevância e passou a ser objeto de discussão pela doutrina brasileira no final do Século XX, principalmente com os estudos sobre o direito alemão, desenvolvidos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Com a promulgação do Código Civil de 2002, estes estudos atraíram a atenção da doutrina nacional.

As cláusulas gerais consistem em uma norma jurídica codificada, como qualquer outra. Entretanto, são elas dotadas de um conteúdo vago, deixado propositalmente pelo legislador, para que em sua aplicação o juiz tenha maior discricionariedade no exercício do direito e possa resolver uma lide apoiado, também, em critérios extralegais. Conforme ressalta Martins-Costa, "Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio - é norma. Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição de poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz "a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais - mas em todo o caso convencionais - de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, standing points, ou pontos de apelo para a formação judicial da norma no caso concreto"⁴⁰.

Theodoro Júnior⁴¹ destaca o perigo que pode decorrer do proces-

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith H., *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*, cit., pp. 21-23.

³⁹ Como por exemplo, na formulação do artigo 159, ao consagrar a cláusula geral de reparação de dano: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith H., *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*, cit., p. 21, citando Joseph Esser, *Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito*, p. 195.

⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, cit., pp. 111-112.

so de concreção de princípios através das cláusulas gerais: "A adoção de um sistema normativo inspirado em conceitos abertos e cláusulas gerais tem é certo, suas virtudes, mas apresenta, também, riscos e perigos que não são poucos nem pequenos. Uma norma legal em branco evidentemente permite ao juiz preencher o claro legislativo de modo a aproximar-se mais da justiça do caso concreto. O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada. Nos ordenamentos que adotam tipos rígidos para sua conceituação normativa, os valores e princípios fundamentais são levados em conta pelo legislador, de maneira que o Juiz tem sua atividade exegética e axiológica bastante reduzida e simplificada. Já num regime de normas principiológicas, cabe-lhe uma tarefa complicada e penosa, qual seja, a de reconstruir todo o mecanismo axiológico da ordem constitucional cada vez que tiver de aplicar a cláusula geral da lei às necessidades do caso concreto".

O sistema de cláusulas gerais tem uma grande vantagem, a de permitir que o engessamento que vigora no sistema civil law, decorrente do próprio sistema, que é baseado em leis escritas, possa ter uma maior flexibilização e o direito, que então apresenta uma evidente morosidade, haja vista a dificuldade e demora do processo legislativo, possa ter uma evolução por parte do próprio juiz, que é aquele que tem contato direto e conhece mais de perto o conflito de interesses e as necessidades do social.

Como ressalta a doutrina recentíssima, a moderna técnica de cláusulas gerais de que se valeu o código de 2002, possui aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, com vistas a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis⁴².

Entretanto, há uma outra questão que deve ser levantada. Já que as cláusulas gerais possuem uma estrutura aberta e de designação ao juiz do seu preenchimento, como ficará a sua aplicação? Será que as cláusulas gerais realmente atenderão à essência e à natureza para as quais realmente foram criadas? Ou será mais um instrumento de poder em um país com uma estrutura democrática débil e de fragilidade evidente?

No caso do princípio da função social, corre-se esse risco. A sua consagração na legislação se fez sem qualquer base conceitual ou referências em que ele poderá ser aplicado. O estabelecimento conceitual

⁴² CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, *Indenização por equidade no novo código civil*, São Paulo, Atlas, 2003, n.º. 32, p. 26.

do que vem a ser esse cânone é tarefa das mais árduas e complicadas.

Sabe-se que a imparcialidade do juiz é pressuposto crucial para o exercício do Direito no Brasil. O juiz deve se portar ao centro e ao mesmo tempo equidistante das partes litigantes. Deve ele, ao julgar um conflito de interesses, tratar as partes de modo igual e permitir que possam elas apresentar, de forma igualitária suas provas e argumentos. No entanto, a neutralidade judicial, nos moldes de August Comte, nunca poderá ser alcançada. O homem, como produto do meio em que vive, carrega em suas atitudes, em sua profissão a bagagem sócio-cultural do contexto em que foi criado. E assim também é o juiz. Na detenção de um grande poder em suas mãos, como é o caso das cláusulas gerais, o magistrado pode ter uma grande tendência de, imperceptivelmente, aplicar convicções suas que podem ir contra as sociais e que o ordenamento jurídico como um todo defende.

Posto isto, deve-se delinear com precisão qual é o conteúdo que deve preencher uma cláusula geral. A cláusula geral deve ser aplicada pelo magistrado não em consideração aos seus valores morais e convicções intelectuais, mais sim de acordo com a moral, costumes e necessidades em que o problema jurídico está sendo analisado. O sistema de cláusulas gerais foi criado, como já dito, para a evolução do direito a partir dos anseios sociais, e não por valores dos juízes.

Partindo desse ponto, a aplicação do princípio da função social nos contratos deve ser analisada amplamente, e de uma maneira que traduza os sentimentos de equidade presentes no meio em que o contrato está inserido. Seria importante, também, estabelecer a contextualização do contrato. O juiz deve ater-se à análise do contexto no qual a relação deve estar inserida, para que partindo de um raciocínio dedutivo, possa verificar o verdadeiro sentido que aquele consenso deve seguir.

As cláusulas gerais remetem o aplicador do direito a um exame dos valores e de costumes que ditam as regras de convivência de uma determinada sociedade. Abrem um espaço para que uma ilimitada gama de situações possa ser regulada sem o engessamento e a pouca discricionariedade que a lei carrega em sua aplicação, permitindo ao intérprete do direito analisar o caso de acordo com a realidade em que ele está inserido.

6. A função social como um princípio norteador da função econômica do contrato

É importante ressaltar e que fique bem clara a importância da inserção do princípio da função social no ordenamento jurídico brasileiro. A relação contratual a partir de então, ficou dotada de um elemento a mais a ser analisado que dispõe aos terceiros, sujeitos externos à relação

contratual, uma certa "imunidade" contra os excessos da autonomia da vontade que outrora eram praticados sem uma contensão quanto aos efeitos externos do contrato.

A inovação legislativa apresentada pelo código civil de 2002 poderá permitir a harmonia necessária ao equilíbrio de riquezas em uma dada comunidade.

O contrato é, por excelência, o instrumento de circulação de bens e serviços que sustenta a divisão e a especificação do trabalho, facilitando a convivência e o alcance dos interesses particulares.

Mas essa circulação, a despeito da necessária liberdade que a economia precisa para suscitar um equilíbrio, deve conter também uma face social. O crescimento econômico deve ser pautado, além da autonomia da vontade e da liberdade contratual, na ética e no equilíbrio social. Para tanto, deve-se impor aos contratantes certas restrições ao ato negocial, para que seus acordos, pautados no anseio de crescimento material, possam respeitar os limites impostos pelo bem público.

O princípio da função social nos contratos apresenta-se com essa função. A de se relacionar com os princípios clássicos da teoria contratual e juntos promoverem o justo meio entre a vontade individual e o bem coletivo.

Um erro bastante corriqueiro entre estudiosos do direito é atribuir a esse princípio duas características que, essencialmente não lhe pertencem. Uma é de designá-lo com o condão de dar um certo equilíbrio às partes contratantes, de modo que viria o contrato ser tido como uma balança, atenuando as disparidades e diferenças de modo interno ao contrato. Esse ponto de vista parece equivocado. O legislador pátrio, para consagrar o equilíbrio contratual e a igualdade entre as partes, estabeleceu o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no artigo 421 de nosso código civil. Note-se que este artigo se apresenta de forma a limitar a relação interna contratual, ou seja, impõe a probidade e a boa-fé entre os contratantes, na fase de conclusão e de execução do negócio jurídico, o que já traria ao contrato uma exigência de lealdade, gerando assim o equilíbrio de posições. Dessa forma, seria um equívoco tratar o princípio da função social da mesma maneira, ou seja, internamente à relação. Porta-se este de forma exterior ao contrato, em relação a terceiro à relação contratual.

Outra maneira errônea com que os estudiosos do direito vêm tratando o princípio em questão é no sentido de atribuir-lhe uma função filantrópica ou assistencial para a parte mais fraca de um contrato. Ora, se esta fosse sua função, estar-se-ia impondo ao contrato uma conotação socialista, aos moldes das repúblicas comunistas, de distribuição for-

çada de bens. É sabido que o Estado brasileiro nada tem de intenções socialistas em sua economia. Seria a mitigação dos clássicos princípios contratuais consagrados com grande labor doutrinário e constatações das necessidades da sociedade.

A jurisprudência anterior à promulgação do Código Civil de 2002 demonstra uma tendência a aplicar o princípio da função social em matéria contratual através da técnica de revisão contratual pelo Juiz. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicou o princípio da boa fé e o princípio da função social do contrato como princípios limitadores do princípio da autonomia da vontade em matéria de revisão de contratos, apoiando-se muitas vezes no Código de Defesa do Consumidor. Assim, no período de 28/10/2002 a 19/12/2002, o Tribunal modificou cláusulas contratuais, principalmente aquelas editadas em contratos bancários, reduzindo as taxas de juros ao teto constitucional: 12% ao ano. O exemplo, mais importante desta série de decisões encontra-se na Apelação Civil nº 70004615936. Segundo o acórdão, proferido em 29 de outubro de 2002, o Tribunal revogou a decisão apelada e procedeu à revisão do contrato, argumentando sobre os princípios apresentados pelo Novo Código Civil, antes de sua entrada em vigor: "*os contratos deverão cumprir não apenas a função de instrumentalizar a circulação de riquezas, mas também a de funcionalizar direitos subjetivos e de atuar como instrumento condicionante do princípio da liberdade contratual*".

Por isso, ressalta-se a importância do presente trabalho. Em se tratando de matéria tão ampla e recente, e com pouquíssimas bases conceituais traçadas, é de suma importância que a doutrina a trate com bastante afinco, evitando ser o princípio da função social do contrato interpretado de forma a inibir a justa e correta aplicação do Direito. A dificuldade em preencher conceitos indeterminados tais como "*interesse sério e legítimo*", bem como de concretizar o direito através de cláusulas gerais, apresenta uma responsabilidade muito grande para o julgador, principalmente num País como o Brasil, dotado de contrastes e de grandes desigualdades sociais⁴³.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, O contrato e sua função insti-

tucional, In: Boletim da faculdade de Direito-Coimbra Editora Universidade de Coimbra, 1986.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, A autonomia privada, In: Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, 1989, p.8- 41.

BATTIFOL, Henri, La "crise du contrat" et sa portée, In: Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13-30.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por equidade no novo código civil, São Paulo, Atlas, 2003, nº. 32.

DEMOGUE, R., Traité des obligations en général, Paris: Rousseau & Cie, t. 1, 1923.

FABRE-MAGNAN M., In : La Formation du contrat, Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN, , 3e éd. , Paris : L. G. D. J. , 1993, p. 186.

GILMORE, Grant, The Death of Contract (La morte del contratto, traduzione di Andrea Fusaro), Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

GOMES, Orlando, Contratos. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HENTZ, André Soares, O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato – www.jusnavigandi.com.br – consultado em 13/09/2004.

JAMIN, Christophe, Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction, In: La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, Paris: Dalloz, 2003, p. 13.

JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits, 2ème éd. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

MARTINS-COSTA, Judith, O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação", In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 20, Outubro/2001, p. 211-260.

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, cit., p. 19.

MARTINS-COSTA, Judith H., As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, In: Revista de Informação Legislativa, a. 28, n° 112, out./dez., 1991, p. 13-30.

MOURY, Jacques, Une embarrassante notion: l'économie du contrat, In: Le Dalloz, 2000, n° 24, p. 382-386.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Direito Civil: Contratos, 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PIROVANO, Antoine, La fonction sociale des droits: Réflexions sur le destin des théories de Josserand, In: Recueil Dalloz Sirey, 1972, 12e Cahier - Chronique, pp.67-70.

SALEILLES, Raymond, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144), Paris: Pichon, 1901.

SCIASCIA, Gaetano, Istituzioni di diritto romano in sintesi. 3ª ed., Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1969.

TELLIER, F. Le droit à l'épreuve de la société, Raymond Saleilles et l'idée du droit social, In: Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1999, n° 20, p. 147-177.

THEODORO JÚNIOR, Humberto - O contrato e sua função social 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar, A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, In: Revista dos Tribunais, vol. 791, Setembro de 2001, p. 31-64.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar, La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil. Thèse, Strasbourg, 2003.

VILLEY, Michel, Essor et décadence du volontarisme juridique, In: Leçons d'histoire de la philosophie du droit. Paris: Dalloz, 1957.

ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana, La notion d'économie du contrat en droit privé. In: La semaine juridique Édition Générale, n° 9, 28 février

2001, p. 423-429.

REFLEXÕES SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Pablo Malheiros da Cunha Frota*

Sumário: 1. A constitucionalização do direito 2. Com o fenômeno da constitucionalização do direito, ainda existem princípios gerais de direito? 3. A constitucionalização do direito como fator de superação da dicotomia direito público e direito privado 4. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares 5. A constitucionalização do direito civil 6. Referências.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O início da constitucionalização do Direito na Europa ocorreu na Alemanha (Lei Fundamental de 1949), seguiu para a Itália (Corte Constitucional criada em 1956), para Portugal (Constituição de 1976) e para a Espanha (Constituição de 1978). No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe princípios e valores irradiantes para os institutos

* Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná
Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo
Especialista em Direito Civil pela Unisul/SC
Graduado em Direito pela Universidade Católica de Brasília
Professor universitário e de cursos de pós-graduação lato sensu em Brasília
Associado de Caputo, Bastos e Serra Advogados (DF).

jurídicos, para o Estado e para os particulares.

Luís Roberto Barroso entende que não houve constitucionalização do Direito nos Estados Unidos, por grassar controvérsia sobre os limites e a legitimidade do Poder Judiciário na aplicação dos valores constitucionais implícitos. Afirma que não ocorreu o aludido fenômeno no Reino Unido, por inexistir Constituição rígida e escrita, controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional, já que a supremacia é do Parlamento e não da Constituição; bem como na França, por conta de o Conselho Constitucional realizar o controle prévio de constitucionalidade somente de certas matérias, sem que se configure real jurisdição constitucional.¹

Ressalte-se que o processo de constitucionalização na Europa não ocorre somente no Reino Unido, porque, como declara Riccardo Guastini, dois são os requisitos para a constitucionalização de um ordenamento jurídico – existência de uma Constituição rígida, escrita e garantida contra a legislação ordinária no que toca ao poder de reforma, que contenha princípios constitucionais imutáveis; e que garanta o controle constitucional das leis por um órgão jurisdicional (Estados Unidos, Alemanha, Brasil, Portugal, Espanha, Itália) ou semijurisdicional (França).²

A constitucionalização do Direito não existe pelo simples fato de determinado preceito constar no bojo da Constituição e, por isso, tornar-se princípio constitucional. Ela existe para submeter a legislação infraconstitucional aos ditames constitucionais, inclusive nas hipóteses de existência, de validade e de eficácia da normativa infraconstitucional.³

Daniel Sarmento se preocupa com um possível excesso de constitucionalização, que pode retirar do povo o seu direito de decidir sobre a vida coletiva (decisões políticas conjunturais e fundadas em interesses corporativos, como ocorreu em recentes emendas constitucionais no Brasil). Outra questão apontada pelo autor se refere a uma interpretação sem critérios do Poder Judiciário acerca do fenômeno da

constitucionalização.⁴

Inexiste a primeira preocupação, pois a constitucionalização conforma a atividade da sociedade, cujo parâmetro é a própria Constituição. Eventual descompasso na realização dos direitos constitucionais será imputado ao agente e não ao fato de a constitucionalização balizar a atividade realizativa do Direito.

A supremacia e a aplicabilidade da normativa constitucional para toda a sociedade fundam-se no princípio da democracia. Além disso, os ideários do direito liberal, patrimonial e excludente, fiados na segurança jurídica, na neutralidade, na subsunção do fato à regra e na formalidade não resolveram nem auxiliaram a resolução dos problemas sociais. Ao contrário, agravaram-nos, porque veladamente encobriam os valores que lhe sustentavam.

A sociedade contemporânea é a da incerteza e promove a tensão de dois valores: a justiça e a segurança jurídica. O “seguro” gerou problemas, uma vez que esteve sempre afastado do justo e da realidade. O justo, ao revés, caminha com a sociedade, porque é dela que os juristas e os operadores do Direito retiram os dados para a realização correta do Direito, sendo imprescindível o cumprimento do princípio da fundamentação previsto no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988. Nessa linha, aponta Maria Celina Bodin de Moraes: “O que é necessário, portanto, é estudar cuidadosamente o significado de cada princípio, e explorar características no momento de sua concretização. Daí a enorme relevância da regra constitucional, estabelecida no art. 93, IX que determina a fundamentação – argumentativa – das decisões judiciais”⁵.

Os julgadores contarão com o valioso aporte da doutrina e da jurisprudência na densificação dos princípios, dos valores, das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, dos conceitos determinados pela função e da matriz filosófica adequada para o momento interpretativo.

Desse modo, o segundo questionamento de Daniel Sarmento –

¹ Veja BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203–249, p. 218–226.

² GUASTINI, Riccardo. A ‘constitucionalização’ do ordenamento jurídico e a experiência italiana. trad. Enzo Bello. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coords.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 271–293, p. 272–274.

³ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 26.

⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Livres e iguais. estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167–168.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29–41, p. 40. Veja VIEIRA, José Ribas. A noção dos princípios no direito público do estado democrático. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). Os princípios da constituição de 1988. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121–125.

interpretação sem critérios do Poder Judiciário acerca do fenômeno da constitucionalização – também se refere ao agente e não à constitucionalização, até porque o fato de o magistrado não ser eleito pelo povo em nada retira sua legitimidade, por estar atrelado à “identificação dos elementos de aplicação de cada modelo aberto ou instituto jurídico que permitam ao juiz dizer o direito adequadamente, sem contaminação de juízos subjetivos de valor. Com tais cautelas, a preocupação de Habermas quanto ao déficit de legitimação democrática do Poder Judiciário fica reduzida, pois o juiz não será legislador, e sim realizador do direito por este definido, adequando-o às mudanças sociais e melhor distribuindo a justiça”, lição de Paulo Lôbo.⁶

A constitucionalização do Direito tem por fito provocar nos juristas e nos operadores do Direito uma mudança de paradigma, uma postura político-ideológica e uma metodologia de realização do Direito, consentâneas com a submissão das normas aos ditames da Lei Fundamental, contrariamente à completa inadequação de formações teóricas, quase sempre restritas a conhecer as estruturas legais de suas disciplinas de estudo e de atuação.

Frise-se que não se pode confundir publicização – processo de intervenção estatal no âmbito legislativo, a fim de proteger a parte vulnerável nas relações jurídicas – com constitucionalização do Direito – interpretação da legislação infraconstitucional segundo os valores e os princípios constitucionais,⁷ cujo princípio fundante da Constituição Federal brasileira de 1988 é o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Elucida Fachin que a constitucionalização do Direito é método e significado encartado em um procedimento dialético problematizante de crítica e contínua reconstrução dos sentidos aos referidos “ramos” jurídicos.⁸ É um dos meios para minorar o número de pessoas que tem seus direitos sonogados pelo Direito posto, muitas vezes “sem um conteúdo emancipatório tão necessário, haja vista que a dignidade da pessoa humana, norma-fim da Carta Política, é a base do ordenamento

jurídico brasileiro”.⁹ O intérprete, destarte, deve trabalhar com as três dimensões da constitucionalização (formal, material e prospectiva), como indica o citado professor da Universidade Federal do Paraná:

É possível encetar pela dimensão formal, como se explica. A Constituição Federal brasileira de 1988 ao ser apreendida tão só em tal horizonte se reduz ao texto positivado, sem embargo do relevo, por certo, do qual se reveste o discurso jurídico normativo positivado. É degrau primeiro, elementar regramento proeminente, necessário, mas insuficiente.

Sobreleva ponderar, então, a estatura substancial que se encontra acima das normas positivadas, bem assim dos princípios expressos que podem, eventualmente, atuar como regras para além de serem mandados de otimização. Complementa e suplementa o norte formal anteriormente referido, indo adiante até a aptidão de inserir no sentido da constitucionalização os princípios implícitos e aqueles decorrentes de princípios ou regras constitucionais expressas. São esses dois primeiros patamares, entre si conjugados, o âmbito compreensivo da percepção intrassistemática do ordenamento.

Não obstante, o desafio é apreender extrassistematicamente o sentido de possibilidade da constitucionalização como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da resignificação dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito.¹⁰

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Prefácio. In: CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. Revisão judicial dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Rubens Limongi França, v.3), p. 9-12, p. 12.

⁷ Veja LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FÁRIAS, Cristiano Chaves de (Org.). Leituras complementares de direito civil. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 21-36, p. 27.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JÚNIOR, Eraults; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de copérnico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9-15, p. 9-11.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice (Coords.). Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Juruá: Curitiba, 2009, p. 17-32, p. 30.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Apresentação., p. 12-13.

A perspectiva constitucionalizada recupera a funcionalidade promocional do Direito; realiza o diálogo entre as suas formas de expressão; confere força normativa aos princípios e aos valores constitucionais; oxigena a estrutura dos institutos jurídicos, permitindo a conformação destes à realidade concreta; densifica a normativa constitucional por meio das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, dos conceitos determinados pela função; abona a teoria da justiça aplicada ao caso concreto.

O paradigma filosófico da constitucionalização do Direito é o pós-positivismo, iniciado nas últimas décadas do século XX. É uma escola filosófica de vários matizes e que empreende uma leitura ética e filosófica do Direito. Interpreta-o além da legalidade estrita e não despreza o Direito posto, fulcrando-se na teoria da justiça. Seus cultores se afastam dos voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. É um paradigma em construção e que atribui normatividade e superioridade aos princípios e aos valores, definindo a relação que detêm com as regras, a atar a argumentação jurídica com a prática social. Edifica o neoconstitucionalismo baseado na eficácia dos direitos fundamentais em que o objetivo maior é a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana, a tornar ainda mais importante o estudo da filosofia do Direito e da realidade social, econômica e ambiental,¹¹ assim como a transdisciplinaridade com as demais ciências existentes.

Pluralizam-se as fontes de poder, que circulam em cadeia,¹² a autorizar a relativização dos poderes e dos princípios atinentes às partes em uma relação jurídica, que respeitarão as dimensões fundantes do Estado Democrático de Direito – juridicidade, socialidade, democracia e sustentabilidade ambiental.¹³ A realização dessas dimensões requer um aparelhamento jurídico-dogmático que resulte na eficácia direta, imediata e horizontal dos direitos fundamentais às relações jurídicas de qualquer espécie, conforme determinação constitucional (art. 5º, § 1º).

A interpretação constitucionalizada confere nova importância às instituições políticas; refunda o Estado em face da globalização; revitaliza a sociedade civil; democratiza as forças políticas por meio de mecanismos eleitorais incisivos e transparentes; redimensiona os meios de produção com a criação de instrumentos constitucionais para

melhorar a distribuição de rendas; não recepciona institutos jurídicos estrangeiros inadequados à realidade social; modifica os objetivos jurídicos das partes, evidentemente atreladas pela normatividade do Estado Democrático de Direito.¹⁴

A formação de blocos comunitários (Mercosul, União Europeia, ALCA) em nada interferem acerca da importância e da função da constitucionalização do Direito, haja vista que a soberania e os direitos se tornam compartilhados, sendo certo que essa nova formação de Estado Constitucional continua tutelando e promovendo os direitos e as garantias fundamentais presentes nas constituições dos países que compõem a comunidade supranacional. A estrutura hierárquica legislativa passa de triângulo para trapézio.¹⁵ O fenômeno da constitucionalização se fortalece com o Estado Constitucional Cooperativo.¹⁶⁻¹⁷

A constitucionalização permite que a interpretação dos institutos jurídicos parta da Constituição, mas, eventualmente, os instrumentos para a concretização do mandamento constitucional podem advir de lei infraconstitucional. Os princípios regentes dessa metodologia interpretativa são a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade material e a formal, a proibição do retrocesso social e a funcionalização social e a ambiental promovidas no Brasil pela CF/88.

A constitucionalização interpretativa dos setores jurídicos não importa numa hiperinterpretação da Constituição, mas simplesmente no meio de conscientização, de respeito e de cumprimento pelos destinatários (a sociedade) da diretiva constitucional.¹⁸ Nessa singra, Gustavo Tepedino afirma que o Código Civil “é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução do caso concreto

¹⁴ SOARES, Mario Lucio Quintão. Constitucionalismo e estado. In: FILHO, Agassiz Almeida; FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto (Orgs.). Constitucionalismo e estado. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48-67.

¹⁵ Veja sobre Estado Constitucional Cooperativo HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5-22/65-72; BADR, Eid. Autonomia privada à luz do direito comunitário - A formação do direito civil comunitário. In: LOTUFO, Renan (Coord.). Direito civil constitucional caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 93-160.

¹⁶ Nesse sentido: ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 601.

¹⁷ Francesco Galgano afirma que as Constituições dos Estados-membros se tornaram estatutos regionais e não se poderá mais construir um direito privado sobre princípios constitucionais. Veja NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (Org.). Contrato & sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p. 13-45, p. 16-17.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 576-577.

¹¹ Veja MAIA, Antônio Cavalcanti. Prefácio. In: MORAES, Guilherme Peña de. Readequação constitucional do estado moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. XXV-XLVIII.

¹² FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 25.ed. trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Grall Editora, 2008, p. 182.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999.

só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional”,¹⁹ entendimento extensível à legislação infraconstitucional.

Diante de tudo isso, o intérprete não pode deixar de considerar essas nuances trazidas com a constitucionalização do Direito e dos direitos, a fim de sonegar à sociedade uma interpretação condizente com o momento em que ela se realiza, pois utilizará instrumentos ultrapassados para uma realidade diversa e multifacetada.

2. COMO O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, AINDA EXISTEM OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO?

As constituições democráticas delinearão um novo paradigma constitucional – o Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988²⁰ concretizou direitos, deveres e importantes mudanças paradigmáticas no Direito brasileiro, como a força normativa dos princípios, a constitucionalização do Direito, como assim o rompimento de diversas dicotomias, notadamente entre o Direito público e o privado, dado que um modelo econômico misto (público e privado) tende a distribuir melhor a justiça e as riquezas produzidas.²¹

A referida transição observa os princípios constitucionais – irradiadores de comandos peremptórios para todas as estruturas jurídicas que visarão à promoção e à efetividade da justiça socioambiental.²² Esse novel momento modifica de maneira incisiva o Direito, tendo em vista sua constitucionalização.

Lorenzetti explana que a Constituição modifica o “espírito informador do Direito” e altera os princípios gerais de Direito.²³ Luiz Fernando Coelho conceitua princípios gerais de Direito como “diretri-

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. Revista de direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 7, p. 69-80, jul/set 2007, p. 70.

²⁰ Na América Latina: a Constituição do Peru de 1993, a do Paraguai de 1992, a da Bolívia de 1967, a da Colômbia e a da Argentina de 1994.

²¹ Veja PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional. trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

²² BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4.º da lei de introdução ao código civil. Revista brasileira de direito constitucional, São Paulo, n. 5, p. 236-242, 2005; CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4.º da lei de introdução ao código civil. Revista de direito privado, ano 7, n. 25, p. 222-232, jan.-mar. 2006.

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 252; Veja sobre os princípios gerais de direito LIMONGI FRANÇA, Rubens Limongi. Princípios gerais de direito. 2.ed. São Paulo: RT, 1971.

zes que podem servir, e efetivamente cumprem esse papel, de fonte de inspiração para a criação, interpretação e integração do direito (...) em nome dos mesmos princípios gerais, admitem-se decisões contra legem, caso em que os princípios em que se apóiam servirão para corrigir o direito positivo ou até para transformá-lo”.²⁴

O jusfilósofo paranaense, a partir de sua teoria crítica,²⁵ entende que existem 21 (vinte e um) princípios gerais de Direito divididos em duas categorias – os relacionados ao conceito de Direito e os atinentes à prática da interpretação.

Os relacionados ao conceito de direito são: o princípio da objetividade ideológica do Direito; o princípio da polaridade axiológica do Direito; o princípio da problematicidade argumentativa e retoricidade do conhecimento jurídico; o princípio da essencialidade e operosidade ideológica dos valores jurídicos; o princípio do pluralismo jurídico; o princípio da gênese histórico-social do Direito; o princípio da subjetividade ideológica do Direito; o princípio da legitimação ideológica do Direito; o princípio da interdisciplinaridade objetiva do ordenamento jurídico; o princípio da “lacunariedade” institucional do Direito; o princípio da alopoiese do Direito; o princípio da isonomia nomogenética do Direito; o princípio do primado da justiça.

Os atinentes à prática da interpretação são: o princípio da liberdade metodológica da interpretação jurídica e o princípio da topicidade hermenêutica do Direito; o princípio da heteronomia significativa da lei; o princípio da plurivocidade significativa da lei; o princípio da referencialidade pragmática da lei; o princípio da subjetividade hermenêutica do Direito; o princípio da função criadora da interpretação jurídica; o princípio da politicidade das decisões judiciais.²⁶

Essa classificação vai ao encontro dos princípios constitucionais da justiça socioambiental, da igualdade material, da liberdade, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, a confirmar a tese de Paulo Bonavides de que houve uma transposição dos princípios gerais de Direito para princípios constitucionais fundamentais²⁷ – incidentes

²⁴ COELHO, Luiz Fernando. Princípios gerais de direito. Disponível em <http://www.academus.pro.br/professor/luizfernando/>. Acesso em 15 de janeiro de 2010.

²⁵ COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁶ COELHO, Luiz Fernando. Princípios gerais de direito

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 289-295. No mesmo sentido: BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4.º da lei de introdução ao código civil; CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4.º da lei de introdução

diretamente em qualquer situação ou relação jurídica, mesmo que não estejam expressos na Constituição. Contrária, portanto, a dicção supra o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), ao colocar os princípios em terceiro lugar para solucionar a omissão legal, a mitigar a aplicabilidade daqueles.²⁸ Dessa forma, depreende-se que o art. 4.º da LICC e o art. 127 do Código de Processo Civil (CPC) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, em homenagem aos princípios constitucionais. A inversão na ordem de precedência do art. 4.º da LICC em nada adianta para que o artigo de lei esteja consentâneo com a normativa constitucional, justamente pelo fato de o mencionado artigo ser utilizado somente nos casos de lacunas legislativas.

O fenômeno da constitucionalização, portanto, foi um dos responsáveis pela transmutação dos princípios gerais de Direito para princípios constitucionais fundamentais, como corretamente sustenta Paulo Bonavides, embora essa tese cause bastantes controvérsias.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO FATOR DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO E PRIVADO - DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO

Ante a constitucionalização do Direito, é possível falar em Direito público e Direito privado? O interesse tutelado, o fito das regras, dos valores e dos princípios jurídicos, a conduta externalizada, a natureza da

relação jurídica travada ou da norma, o modo de constituição do dever jurídico e a maneira de validade das normas não robustecem a *summa divisio*, em razão da complexidade dos fatos e dos interesses a serem tutelados pelo Direito.²⁹ Uma nova divisão se estabelece - interesse coletivo e interesse individual - dado que a normativa constitucional vincula integralmente a comunidade social.³⁰ Não há que se falar da divisão, gestada no Direito romano clássico, do Direito em privado e público,³¹ rompida pelos ditames constitucionais, bem como pela impossibilidade de se delimitarem as citadas diferenças de forma clara.

Percebe-se a natureza híbrida e a retroalimentação do Direito público com o Direito privado.³² Edificam-se os Direitos privado-públicos ou originais, como também os Direitos público-privados³³ vocacionados à função promocional do Direito (Código Civil (CC), art. 108), para se atingir os princípios fundamentais alinhavados pelo Estado Democrático de Direito.³⁴

Dessa maneira, a dicotomia correta é direitos coletivos (abarcando o antigo Direito público em sua maioria) e direitos individuais (açambarcando, em regra, os chamados direitos privados), haja vista que o Direito constitucional é o ponto de encontro do Direito coletivo e do Direito individual, assim como pelo fato de a Constituição albergar ambas as espécies de direitos. Torna-se inadequado classificar o Direito

²⁹ Veja COELHO, Luiz Fernando. Aulas de introdução ao direito. Barueri (SP): Manole, 2004, p. 88-107.

³⁰ Veja ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada.

³¹ Em sentido contrário, pela manutenção da dicotomia, LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil., p. 19, pois entende o autor que ainda não existe critério mais adequado; AFONSO DA SILVA, Virgílio. Constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 173 e pela manutenção parcial da dicotomia TARTUCE, Flávio. Direito civil. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. v. 3. (Série Concursos Públicos), p. 85. 32 STF - RE 192568; STJ - RESP 154584. Os julgados tratam da promoção profissional de servidores públicos homens e mulheres e a impossibilidade de existência de critérios diferenciadores se não houver justificativa plausível. STJ - RESP 453464 - ressarcimento de capital retido pelo banco no mesmo percentual de juros em que a instituição cobra o correntista. STJ - RESP 801860 - bloqueio de contas públicas para custeio de tratamento médico indispensável ao autor da demanda; STJ - STJ - RESP 510598 - matrícula de criança em creche determinada pelo Poder Judiciário, tendo em vista o mau alocamento das verbas orçamentárias municipais.

³³ DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). Direito civil constitucional. caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 13-58, p. 54.

³⁴ Veja BARROSO, Lucas Abreu. Situação metodológica e natureza jurídica do direito amazônico. In: MIRANDA, Alcir Gursen De (Org.). Direito amazônico (construindo o estado da arte). Boa Vista: Instituto Gursen de Miranda, 2004, p. 62-82, p. 73.

ao código civil; TARTUCE, Flávio. Direito civil. 4.ed. São Paulo: Método, 2008. v. 1. (Série Concursos Públicos), p. 53-54; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Rubens Limongi França, v.4), p. 52-53; CIOTOLA, Marcelo. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 43-66, p. 63-64. Em sentido parecido: VELOSO, Zeno. Comentários à lei de introdução ao código civil - artigos 1º a 6º. 2.ed. Belém: Editora Unama, 2006, p. 105; NALIN, Paulo. Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos. In: NALIN, Paulo (org.). Contrato & Sociedade. 1.ed. 2.tir. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1, p. 11-23, p. 18-23. Em sentido contrário e distinguindo os princípios constitucionais dos princípios gerais de Direito PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional., p. 10-11; TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, t.2, p. 147-171, p. 150-151; LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil., p. 22 (afirma que se mantém em vigor o art. 4º da LICC).

28 BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4.º da lei de introdução ao código civil; CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4.º da lei de introdução ao código civil; TARTUCE, Flávio. Direito civil. 4.ed. São Paulo: Método, 2008. v. 1. (Série Concursos Públicos), p. 53-54; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica., p. 52-53; COELHO, Luiz Fernando. Princípios gerais de direito.

constitucional como espécie de Direito público.³⁵

Além disso, a dicotomia Direito público e Direito privado mantém a relação de subordinação entre os cidadãos e o Estado, que os trata como súditos, tamanhos são os privilégios que o ente estatal detém em uma relação com os particulares. O atual momento é de cooperação em qualquer relação jurídica, a justificar a nova *summa divisio*.

Gregório Assagra aduz que o “estudo, a reforma e interpretação e a aplicação do Direito, levando-se em consideração a titularidade respectiva e os modos de proteção e efetivação nos desígnios, permitem melhor controle sobre a própria justeza do Direito, ainda mais quando no topo da nova proposta encontra-se a Lei fundamental”, sendo certo que o art. 81 do CDC e os arts. 1º, 5º, LXXIII, 129, caput, III, da CF/88 bem espelham a correção da nova dicotomia.³⁶

Não é possível divisar Direito público e Direito privado de forma estática, pois ambos se imiscuem na ambiência dos direitos coletivos e dos direitos individuais, inclusive para os direitos materiais e para os direitos processuais. O direito constitucional está acima e é ponto unificador da nova dicotomia, porque é a Constituição que estrutura e funcionaliza as espécies citadas. A dicotomia de outrora, por conseguinte, não foi recepcionada pela CF/88.³⁷

Não se há de falar, ante o momento pós-positivista vivido, em Direito privado,³⁸ tutelador das relações entre particulares, e Direito público, regedor das relações entre Estado e Particulares e Estado e Estado, salvo para fins didáticos. Existe, no atual momento, Direito civil, administrativo, consumerista, trabalhista, tributário, econômico, penal, processual, previdenciário, empresarial, ambiental, agrário, autoral etc., enformados na leitura constitucional, espécies relacionadas ao Direito coletivo e ao Direito individual.

Nessa linha, a análise crítica dos problemas jurídicos ultrapassa a simples pesquisa da legislação vigente e de conceitos jurídicos abs-

tratos apartados da realidade fático-social e segue para um processo de transformação da mencionada realidade, chamada por Boaventura Santos de transição paradigmática.³⁹ As bases para o novo paradigma estão na: a) leitura crítica dos “ramos” do Direito; b) compreensão de que existe pluralidade de formas de expressão do Direito; c) reconstitucionalização do conteúdo presente nos institutos jurídicos; d) vedação à repetição, à simplificação, à memorização, à mitificação, à redução do Direito à lei e à interpretação não emancipatória dos princípios constitucionais realizada por grande parte da manualística, que “dos Códigos fez o “seu código”; e) a apreensão de que o ser do Direito é a realidade social.⁴⁰

A rigor, torna-se difícil apontar qual direito é individual, e não é coletivo (e vice-versa), sendo certo que essas construções doutrinárias servem à realização de um Direito efetivo, real e concreto, a fim de reduzir as desigualdades existentes na sociedade e mantidas normalmente por quem detém e está no poder.

4. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Umbilicalmente ligada à constitucionalização está a eficácia dos direitos fundamentais⁴¹ nas relações que envolvem o Estado e nas

³⁹ ANTOS, Boaventura Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000, p. 257; WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-20, p. 12-14.

⁴¹ José Jardim Júnior não diferencia direitos fundamentais de direitos humanos, pois são equivalentes e merecem a proteção constitucional (Lei Fundamental de Bonn, art. 1º, n. 2) estando positivados (ou não), embora exista entendimento contrário. Nesse sentido e trazendo a discussão sobre o assunto veja JÚNIOR, José Jardim Rocha. Os direitos humanos como problema do direito positivo: apontamentos para uma análise deferente às demandas republicana do constitucionalismo. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Brasília em 2002. Frise-se que a expressão direitos humanos não abrange alguns direitos, como os relacionados ao meio-ambiente. Dessa forma, concorda-se com Gregório Assagra quando afirma que a expressão direitos fundamentais é a adequada, pois “exprime a ideia de direitos que tutelam, no plano global ou no plano interno, de forma direta ou até reflexa, a vida e sua existência com dignidade, abrangendo até mesmo direitos de outras espécies de seres vivos, além da espécie humana”. ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada., p. 603. Altera-se, portanto, o entendimento de que estaria correta a indistinção dos termos direitos fundamentais e direitos humanos posta na

³⁵ ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada., p. 606-607.

³⁶ ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada., p. 608-620.

³⁷ ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada., p. 608-620.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional., p. 54; AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o código civil. Revista brasileira de direito comparado. n. 29, p. 19-41, 2º semestre de 2005, p. 23.

relações entre particulares.⁴² Nas primeiras, a quase totalidade dos publicistas admite a eficácia direta; todavia, o mesmo não acontece com a esmagadora maioria dos civilistas quando o assunto é a eficácia direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares.⁴³

Alemanha, Áustria e França normalmente entendem que a eficácia é indireta ou mediata (*Drittwirkung*), por razões diversas, pois s direitos fundamentais servem de parâmetro para a formulação de

obra FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica., p. 64.

⁴² Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 67; Por uma aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais às relações civis a partir do caso concreto SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97-137. Ressalta-se que a Constituição de Portugal diferencia os direitos de liberdade e de garantia dos direitos fundamentais sociais e não atribui a estes eficácia plena, bem como a Constituição Alemã não abrangia expressamente os direitos fundamentais sociais, o que causa dificuldade aos juristas daqueles países em aceitarem a eficácia direta dos mencionados direitos às relações privadas, como acontece no Brasil (CF/88, art. 5º, § 1º), por exemplo, no julgamento pelo Ministro Gilmar Mendes do STF da Suspensão de Tutela Antecipada 278-6/ AL em que se indeferiu o pedido de provimento liminar e se manteve a obrigação do Estado de Alagoas em fornecer do medicamento denominado MABTHERA (Rituximabe) em favor da interessada, que não tinha condições de comprá-lo; STF - RE 201819; HC 71373 (investigação de paternidade promovida por duas supostas filhas biológicas); RE 215984 (dano moral concedido por publicação de foto sem autorização de atriz famosa).

⁴³ A Carta de Curitiba exarada no encontro entre pesquisadores da UERJ e da UFPR aponta em sua proposição n. 2: "É da substância do Direito Civil brasileiro contemporâneo, à luz da principiologia axiológica de índole constitucional, a defesa de modos plurais de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares". Veja sobre o assunto AFONSO DA SILVA, Virgílio. Constitucionalização do direito; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, v. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008., p. 307-308; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica., p. 38-68; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil, p. 21-23; FACHIN, Luiz Edson. A "Reconstitucionalização" do direito civil brasileiro., p. 11-20; SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. Revista de direito público. nº 82, abr./jun. 1987, ano XX; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? In: GRAU, Eros Roberto Grau; FILHO, Willis Santiago Guerra (orgs.). Direito constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108-115; CANARIS, Claus Wilhelm Canaris. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Revista jurídica, ano 51, n. 312, p. 7-22, Porto Alegre: Nota Dez, out. 2003; LORENZETTI, Ricardo Luís. Entrevista. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro, ano 5, p. 299-305, v. 19 jul/set. 2004., p. 301-302; STF - RE n. 201.819; ADIN n. 1.595-8.

lei infraconstitucional, bem como pelo fato de haver igualdade entre os particulares, o que não acontece na relação entre estes e o Estado. O Estado somente deve observar os aludidos direitos no momento da feitura da legislação ou da decisão judicial, sendo certo que a última hipótese gera controvérsia na Alemanha. A eficácia direta geraria a estatização do Direito privado e o virtual esvaziamento da autonomia privada, segundo Günter Dürig, precursor da eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações entre particulares.⁴⁴

Estados Unidos e Suíça negam a eficácia direta, sob o argumento de que a violação dos princípios constitucionais por uma pessoa é, em regra, imputada ao Estado.⁴⁵ O Brasil (CF/88, art. 5º, § 1º), a Argentina,⁴⁶ a Espanha⁴⁷ e Portugal⁴⁸ admitem eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares,⁴⁹ independentemente da legislação infraconstitucional, a privilegiar a sensibilidade e o poder criativo do magistrado no julgamento do caso concreto, dado que não pode haver "guetos" para a incidência dos direitos fundamentais, como aduz Hans Carl Nipperdey, idealizador desta doutrina.⁵⁰

Lorenzetti critica o detalhamento das constituições, mormente as da América Latina, de incorporar "ao texto da Norma fundamental uma série de regras operativas de direito comum", a fim de delinear um "sistema latino-americano" de base comum, porque o excesso de detalhes "é contraproducente: ou imobiliza o desenvolvimento social

⁴⁴ Veja FACHIN, Melina Girardi; Umberto Paulini. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (Orgs.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v.2, p. 195-229, p. 203.

⁴⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Danos morais e a pessoa jurídica., p. 39.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. Entrevista., p. 301-302.

⁴⁷ FIGUEROA, Alfonso Garcia. Princípios e direitos fundamentais. trad. Fátima Vieira Henriques. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20 , p. 3-34, p. 3.

⁴⁸ Em Portugal existem controvérsias sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais aos particulares, mas a maioria da doutrina e da jurisprudência adere à aludida horizontalidade. Jorge Novais, contudo, prefere os deveres de proteção, obrigação jurídica de proteção aos direitos fundamentais pelos órgãos do Estado, inclusive o Poder Judiciário, como na Alemanha. Ver: NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 355-389.

⁴⁹ Veja PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional., p. 582-591.

⁵⁰ Veja FACHIN, Melina Girardi; Umberto Paulini. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil., p. 203.

ou se torna inaplicável. Temos assinalado que a reforma argentina tem transformado a Constituição em um texto programático, com uma abundância tropical de compromissos doutrinários, e que, assemelhando-se à Constituição brasileira, pode, do mesmo modo como esta, fracassar. Porém, além das discrepâncias que podem ser expressas, o certo é que essas normas estão sendo aplicadas de maneira constante e constituem uma realidade jurisprudencial efetiva⁵¹.

Não há banalização dos direitos fundamentais com o mencionado tipo de eficácia, porque existe a interseção entre os interesses individuais e os coletivos no momento de o juiz efetivar os direitos fundamentais, como também não se exclui a possibilidade de leis infra-constitucionais regulamentarem os mencionados direitos, como ocorreu com o Código Civil de 2002 em relação aos direitos da personalidade (arts. 11-21). Existe uma simbiose entre a eficácia indireta e a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁵² O julgador estará circunscrito às nuances do caso concreto, por inexistirem soluções universais prontas e preexistentes, ponderando os valores e os princípios para decidir de maneira justa.⁵³ Nessa ambiência, discute-se como essa eficácia (mecanismos de efetividade da norma) se processa de maneira efetiva⁵⁴ sem que haja limitação, mas sim modelação da autonomia privada dos sujeitos de Direito.

Além do mais, não é o fato de as constituições detalharem os mencionados direitos fundamentais e as normas de Direito civil, do consumidor, processual civil, etc. que imobilizará o desenvolvimento social ou as tornará inaplicáveis, haja vista que o detalhamento facilita o operador do Direito no momento de aplicação, porque a maioria ainda é positivista e só enxerga o que está escrito. A inaplicabilidade deriva mais de uma má-formação teórica do intérprete e da incessan-

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial. Trad. Bruno Miragem. Notas e revisão Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009, p. 79-81.

⁵² Veja FACHIN, Melina Girardi; Umberto Paulini. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil., p. 205; LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil., p. 21.

⁵³ Veja SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 321-354, p. 346.

⁵⁴ Luis Roberto Barroso distingue eficácia de efetividade BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-86.

te necessidade de manter o status quo, do que do esmiuçamento de direitos, de garantias e de institutos de Direito comum previstos nas constituições democráticas.

Assevera Fábio Konder Comparato que não é a economia o meio de melhor se efetivarem os aludidos direitos, pois, para os economistas, o que importa é estudar os custos do desrespeito aos direitos fundamentais e não os custos de sua efetivação. A economia sabe quantificar, mas não valorar. Ela coloca os investimentos no lado passivo da tabela e a produção no lado ativo, a fundamentar a tese da “reserva do possível”, que deve ser substituída pelo princípio fundamental da mínima dignidade exigível.⁵⁵

Evidencia-se a necessidade de pensar os direitos fundamentais de maneira prospectiva, como também deve ser a interpretação dos ditames constitucionais, fontes de eficácia para as relações jurídicas civis. A principiologia constitucional funda as ações e as políticas públicas, assim como obsta a interpretação contrária à Constituição por quem quer que seja, balizando-a sempre com as particularidades do caso concreto.⁵⁶ A eficácia direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares aproxima o Direito da Filosofia e da Ética.

Além disso, a concretização dos direitos fundamentais perpassa também a necessária leitura civil constitucional dos institutos jurídicos,⁵⁷ que submete a interpretação destes aos valores e aos princípios constitucionais, com o objetivo de minorar a distância entre o Direito posto e a realidade social, sempre utilizando as dimensões de constitucionalização – formal, material e, principalmente, a prospectiva.

5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A gênese do “direito civil constitucional” fundamenta a ideia da incidência da Constituição no Direito Civil, tema recorrente, segundo Perlingieri, em países com novas constituições após a 2ª Guerra Mundial. O conceito de direito civil constitucional comporta uma análise inicial do exame da Constituição como norma jurídica além de política, abandonando seu tradicional caráter programático, atribuindo-lhe eficácia direta e imediata e supremacia no ordenamento jurídico, com

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Entrevista. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, v.15, p. 319-324, jul/set, 2003, p. 230.

⁵⁶ Veja FACHIN, Luiz Edson. Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas “constitucionalizações”. In: FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7-8.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional.; FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

a norma constitucional assumindo uma função promotora de transformação das instituições tradicionais do Direito Civil. Examina-se se a pessoa em si considerada – sujeito de um patrimônio e membro de uma família – aparece dotada na Constituição, sendo a norma constitucional a infraestrutura do Direito Civil.⁵⁸

Luiz Edson Fachin alude que não realizar a leitura hermenêutica dos institutos civis “à luz da Constituição de 1988 é fazer trabalho lacunoso, sem o rigor jurídico-científico assaz necessário aos juristas”⁵⁹, a salientar a afirmação de Paolo Grossi de que o jurista autêntico é aquele “*immerso nel suo tempo senza restarne prigioniero*”⁶⁰. Saliente-se que, não obstante o movimento de constitucionalização do Direito Civil tenha se iniciado no Direito italiano, com Pietro Perlingieri como seu maior formulador, a produção científica no Brasil é autêntica, ampla e rica.⁶¹

Virgílio Afonso da Silva nega a criação de um Direito Civil constitucional, porque as normas de Direito Civil não deixam de ser de Direito Civil por estarem no texto constitucional. Equivoca-se quem pensa que parte do Direito Civil esteja completamente imune às influências da normativa constitucional, pois todo o Direito Civil recebe a mencionada influência, a perder o sentido a referida expressão Direito Civil constitucional, “a não ser que a expressão direito civil, sem qualificativos, seja abandonada, por deixar de fazer sentido”⁶². Frise-se que não existe, por exemplo, Direito civil constitucional diferente do Direito civil, mas a expressão civil constitucional, administrativo constitucional etc. serve para destacar e para qualificar a leitura feita do “ramo jurídico” a partir da Constituição. É método e significado na construção do novo Direito Civil,⁶³ transformado pela axiologia constitucional.⁶⁴ Além do mais, não há disputa de espaço entre a normativa supranacional e a legislação de cada país, da normativa constitucional

com a legislação infraconstitucional. Existe é compartilhamento de regramentos, de princípios, de valores e de experiências culturais. Certas vezes, importa realçar uma expressão para que não se corra o risco de se analisar determinado instituto de forma equivocada, mormente diante da aversão da maioria dos juristas e operadores do Direito à quebra e à modificação de paradigmas existentes.

Isso rompe a arquitetura jurídica tradicional, ante a perspectiva renovada de uma leitura do Direito estribada na normativa constitucional, que no entendimento de Luiz Edson Fachin não se limita ao texto expresso, por se almejar um Direito além da circunscrição codificada, da legislação especial e da extravagante, apreendidos e iluminados pelos princípios constitucionais.⁶⁵ Afasta-se a interpretação jurídica da simples revelação do texto de lei, que possui significado potencial e deve ser complementado pela atividade do intérprete na produção da norma.⁶⁶ Ressalta Gadamer que “a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também é sempre produtivo”⁶⁷ a fim de compreender e de realizar o Direito de acordo com a época e com o contexto cultural da sociedade, visto que a interpretação não é atemporal.

Antônio Manuel Hespanha precisa o momento de mudança com esta assertiva: “(...) por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade de sentido”⁶⁸, a talhar uma novel perspectiva de exame dos pilares do Direito, v.g., o contrato – interpretado sob o influxo das alterações procedidas pela sociedade contemporânea. O repto do jurista na contemporaneidade é construir um futuro sem ser a sombra do que passou, por meio da “reconstitucionalização” do Direito, mormente o Civil,⁶⁹ dado que o Direito preocupa-se com a tutela dos centros de

⁵⁸ Veja FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. El derecho civil constitucional. Madrid, 1986, p. 13, 17-20.

⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador., p. 22-23.

⁶⁰ GROSSI, Paolo. Nobilità del diritto: profili di giuristi. Milano: Giuffrè, 2008, p. 739.

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil., p. 26.

⁶² AFONSO DA SILVA, Virgílio. Constitucionalização do direito., p. 171-172.

⁶³ Veja sobre as configurações espaço-temporais (existência, validade e eficácia) e as dimensões (formais, substanciais e prospectivas) do Direito civil constitucional FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro., p. 14-20.

⁶⁴ Veja MORAES, Maria Cecília Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Instituto de direito civil. Disponível em <http://www.idcivil.com.br>. Acesso em: 30 de out.2008.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Angélica. Revista autônoma de direito privado. Curitiba, n. 1, p. 161-178, out/dez. 2006, p. 176.

⁶⁶ AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil (Coords). Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 1-24, p. 15, 16, 19, 20 e 22; NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 1, p. 13-20.

⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada 3.ed. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2006.

⁶⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. 2.ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 19.

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro., p. 14.

interesses juridicamente relevantes, protegidos pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da formal, da cidadania formal e da material e da solidariedade constitucional, a fim de saber *para que serve e a quem serve o Direito*.⁷⁰

Nesse passo, qualquer tipo de instituto jurídico se submete à normativa constitucional, o que minora a fratura entre a realidade social e a legislação posta, sendo certo que o Direito Civil constitucionalizado concretiza os valores sociais efetivos.⁷¹ Diversos são os exemplos da influência constitucional no Direito Civil e no do consumidor, a saber, a situação jurídica proprietária não vista como um direito individual de característica absoluta, mas plural, vinculada à função social e à ambiental; as famílias deixam de ter hierarquia, igualam-se no plano interno e se pluralizam na origem – casamento, famílias simultâneas ou redes familiares, famílias gestadas do “poliamor”, união estável, uniões homoafetivas, anaprental, eudemonista, monoparental; as relações contratuais sofrem intervenções estatais voltadas para os interesses de categorias específicas como o consumidor, o idoso, a criança e o adolescente, como também se amplificam as hipóteses de incumprimento obrigacional ou de cumprimento defeituoso; desloca-se o eixo da responsabilidade civil para o direito de danos com a perspectiva analisada a partir do dano e não da conduta do ofensor. Busca-se, com isso, a justiça socioambiental.⁷² A Constituição Federal de 1988 detém dez passagens sobre direitos da personalidade, quatorze sobre direito de família, nove sobre direito contratual, doze sobre responsabilidade civil, trinta acerca da situação jurídica proprietária, duas sobre direito sucessório, cinco sobre pessoas jurídicas não empresárias, afora as situações atinentes ao Direito do consumidor, ao Direito do trabalho, ao Direito ambiental e ao Direito empresarial.⁷³

Outra crítica que se faz à constitucionalização do Direito Civil é a de o fenômeno ter surgido como um contraponto aos Códigos Civis oitocentistas. Todavia, viu-se uma revisão (p. ex. BGB, em 2002) e o surgimento de novos códigos no mundo, por exemplo, o da Hungria

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro., p. 20.

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado., p. 253.

⁷² Veja PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional., p. 582-589; FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12-17; MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional., p. 29-38; FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281; LÓBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1-15.

⁷³ LÓBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil., p. 20.

(em 1959) e o do Brasil (em 2002), sendo o Código Civil “lei básica, mas não global, do nosso direito privado”, como apõe o art. 1º do Código Civil brasileiro de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁷⁴ redação praticamente igual à do art. 2º do Código Civil de 1916 – “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. À vista disso, Francisco Amaral afirma que o referido artigo se estabelece “como âmbito prioritário de eficácia de direitos, pretensões e ações de natureza civil, o que deve levar ao refluxo a ideia de interpenetração supramencionada do direito civil com o constitucional, nos termos formulados”.⁷⁵

Esse entendimento aponta que o Código Civil está submetido à Constituição e não deve conter regras inconstitucionais, o que não ocorre na realidade, como, por exemplo, se extrai do art. 1.641, II do CC, que impõe ao maior de sessenta anos a obrigatoriedade do casamento sob o regime da separação obrigatória de bens, em homenagem a uma pseudoprevenção patrimonial, quando, na realidade, afasta-se do caso concreto e ofende os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, entre outros,⁷⁶ afastando a argumentação aduzida pelo Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, até porque o artigo que apoia sua premissa é praticamente idêntico ao do CC/16, reconhecidamente ultrapassado, como reconhecido pelo próprio Francisco Amaral em sua obra.⁷⁷

Mantém-se o entendimento de que os problemas sociais não podem ser resolvidos exclusivamente pelo Direito, o que viceja a transdisciplinaridade desta ciência prática com as demais ciências, em razão de a sociedade ser plural e não monolítica. A constitucionalização é um dos caminhos para a realização justa do Direito, sem olvidar que muitas questões jurídicas estão submetidas à arbitragem (v.g. resolução de diversos contratos particulares), a sobrelevar a importância de

⁷⁴ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 191-192.

⁷⁵ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução., p. 192.

⁷⁶ Veja sobre o exemplo de inconstitucionalidade em FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; ALVES, Vivian de Assis. O regime de bens do casamento da pessoa maior de sessenta anos: a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens. In: NUNES, João batista Amorim de Vilhena (Coord.). Família e Sucessões: reflexões atuais. Curitiba: Juruá Editora, 2009, v. 1, p. 333-353. Veja uma crítica acurada ao Código Civil de 2002 em BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. A dimensão dialética do novo código civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução crítica ao código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1-14.

⁷⁷ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução., p. 191.

conscientização dos árbitros para essa pluralidade metodológica das formas de expressão do Direito e da própria sociedade. O Código Civil de 2002 e a Constituição continuam interligados. A aplicação do primeiro demanda cuidados, “para que o núcleo normativo da Constituição sobre direito civil se expresse com vigor”, de acordo com Paulo Lôbo.⁷⁸

A única situação que não pode acontecer é a de os intérpretes não atentarem para esses fatores e arrumarem, segundo Sérgio Staut, uma “vestimenta nova para um corpo em decomposição”. Noutros termos, querer resolver as questões jurídicas com soluções universais, abstratas e vistas a partir de um só prisma.⁷⁹ Cada decisão é parte para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, congregadora dos interesses de todos e não somente dos mais afortunados (CF/88, art. 3º). Alude Paulo Lôbo que a “certeza da permanente constitucionalização, com a revitalização de sentido de suas normas, assegurar-lhe-á durabilidade pela pertinência com as mudanças sociais”,⁸⁰ tornando-se precisa a frase de Carlos Rêgo: “Que as lanternas do direito civil-constitucional permaneçam acesas. Para sempre”.⁸¹

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2005.

AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil (Coords.). Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 1-24.

AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao prof. Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129-142.

AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 7.ed. Rio de Janeiro:

⁷⁸ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução., p. 191.

⁷⁹ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (orgs.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v.2, p. 267-288.

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral., p. 43.

⁸¹ FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281, p. 281.

Renovar, 2008.

AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o código civil. Revista brasileira de direito comparado. n. 29, p. 19-41, 2º Semestre de 2005.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, v. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008.

BADR, Eid. Autonomia privada à luz do direito comunitário - A formação do direito civil comunitário. In: LOTUFO, Renan (Coord.). Direito civil constitucional caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 93-160.

BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4.º da lei de introdução ao código civil. Revista brasileira de direito constitucional, São Paulo, n. 5, p. 236-242, 2005.

BARROSO, Lucas Abreu. Situação metodológica e natureza jurídica do direito amazônico. In: MIRANDA, Alcir Gursen De. Direito amazônico (construindo o estado da arte). Boa Vista: Instituto Gursen de Miranda, 2004, p. 62-82.

BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. A dimensão dialética do novo código civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução crítica ao código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1-14.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANARIS, Claus Wilhelm Canaris. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Revista jurídica, ano 51, n. 312, p. 7-22, Porto Alegre: Nota Dez, out. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? In: GRAU, Eros Roberto Grau; FILHO, Willis Santiago Guerra (Orgs.). Direito constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108-115.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4.º da lei de introdução ao código civil. *Revista de direito privado*, ano 7, n. 25, p. 222-232, jan.-mar. 2006.
- CIOTOLA, Marcelo. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 43-66.
- COELHO, Luiz Fernando. Princípios gerais de direito. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/professor/luizfernando/>. Acesso em 15 de janeiro de 2010.
- COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri (SP): Manole, 2004.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Entrevista. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.15, p. 319-324, jul/set, 2003.
- DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 13-58.
- FACHIN, Luiz Edson. O seqüestro da sociedade. *Jornal Gazeta do Povo*. Opinião do dia. Curitiba, p. 2, ano 90, edição 28.780, 22 de agosto de 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9-15.
- FACHIN, Luiz Edson. Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas "constitucionalizações". In: FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7-8.
- FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Luiz Édson. A "Reconstitucionalização" do direito civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-20.
- FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice (coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*.

- Juruá: Curitiba, 2009, p. 17-32.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Angélica. *Revista autônoma de direito privado*. Curitiba, n. 1, p. 161-178, out/dez. 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12-17.
- FACHIN, Melina Girardi; Umberto Paulini. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v.2, p. 195-229.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. Princípios e direitos fundamentais. trad. Fátima Vieira Henriques. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20, p. 3-34.
- FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.
- FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil constitucional*. Madrid, 1986.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25.ed. trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Grall Editora, 2008.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controversas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 365-385.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; ALVES, Vivian de Assis. O regime de bens do casamento da pessoa maior de sessenta anos: a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens. In: NUNES, João batista Amorim de Vilhena (coord.). *Família e Sucessões: MAIA, Antônio Cavalcanti. Prefácio*. In: MORAES, Guilherme Peña de. *Readequação constitucional do Estado moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. XXV-XLVIII.
- MORAES, Maria Cecília Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Instituto de direito civil. Disponível em <http://www.idcivil.com.br>. Acesso em: 30 de out.2008.

- MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29-41.
- NALIN, Paulo. Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & Sociedade*. 1.ed. 2.tir. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1, p. 11-23.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p. 13-45.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 1, p. 13-20.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 355-389.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. *Revista de direito público*. nº 82, abr./jun. 1987, ano XX.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 321-354.
- SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coords). Rio de Janeiro:

- Lumen Juris, 2007, p. 203-249.
- SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Livres e iguais. estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-168.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOARES, Mario Lucio Quintão. *Constitucionalismo e Estado*. In: FILHO, Agassiz Almeida; FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto (Coords.). *Constitucionalismo e estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48-67.
- STAUT JUNIOR, Sérgio Said. *Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault*. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v.2, p. 267-288.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 4.ed. São Paulo: Método, 2008. v. 1. (Série Concursos Públicos), p. 53-54.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. v. 3. (Série Concursos Públicos).
- TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*. *Revista de direito do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 7, p. 69-80, jul/set 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Os direitos reais no novo código civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, t.2, p. 147-171.
- VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil - artigos 1º a 6º*. 2.ed. Belém: Editora Unama, 2006.
- VIEIRA, José Ribas. *A noção dos princípios no direito público do estado democrático*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). *Os princípios da constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121-125.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

A OMC E O MERCOSUL EM ROTA DE COLISÃO: ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SOBRE PNEUS REFORMADOS¹

Pedro Henrique Fernandes Pinheiro²
Iacyr de Aguiar Vieira³

RESUMO: A análise das controvérsias sobre pneus reformados, nas quais o Brasil figurou como demandado no âmbito do MERCOSUL e da OMC, e a constatação do "conflito em termos práticos" que delas se originou, demonstram que, na prática, os países ainda concebem uma relação de prevalência que sobrepõe a OMC aos Acordos Regionais de Livre Comércio.

I. INTRODUÇÃO

As questões ligadas ao livre comércio têm se imposto no cotidiano com força crescente, e as decisões da Organização Mundial do Comércio (OMC) têm adquirido relevância para muito além das trocas

¹ O presente artigo é uma síntese do relatório final apresentado à FAPEMIG no projeto "Globalismo vs. Regionalismo: Estudo de caso sobre conflito de jurisdição entre a Organização Mundial do Comércio e os Acordos Regionais de Livre Comércio", e da monografia apresentada como exigência para graduação no curso de Direito, intitulada "A Organização Mundial do Comércio e os Acordos Regionais de Livre Comércio: prevalência ou complementaridade? uma abordagem à luz da controvérsia sobre pneus reformados".

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Bolsista de iniciação científica da FAPEMIG no período de janeiro a dezembro de 2010.

³ Professora Associada da Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Université Robert Schuman, Strasbourg III, França.

comerciais, influenciando a definição de políticas ambientais, de proteção aos direitos humanos, dentre outras.

Os Acordos Regionais de Livre Comércio firmados entre países são reconhecidos pela OMC como um meio de liberalização comercial complementar ao mecanismo multilateral que nela se funda. Por constituírem, *prima facie*, uma violação ao princípio basilar do tratamento igualitário entre os membros da OMC, já que por meio deles se estabelecem vantagens para um grupo reduzido de países em detrimento dos demais, os Acordos Regionais de Livre Comércio representam uma exceção autorizada ao referido princípio, e a legitimidade de sua formulação submete-se, em tese, às condições dispostas no Artigo XXIV do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT 1994)⁴.

A justificativa para a admissão dos Acordos Regionais de Livre Comércio no âmbito da OMC fundamenta-se na sua importância como mecanismo de fomento ao desenvolvimento e ao incremento das relações comerciais entre os países, que, fortalecidos em âmbito regional, tornam-se mais aptos a inserir-se de maneira competitiva no cenário do comércio global.

Ocorre que a existência dos Acordos Regionais de Livre Comércio, ainda que em caráter excepcional, no âmbito do sistema multilateral de comércio da OMC, suscita certos desafios de coerência, cujo enfrentamento traria imensos benefícios, tais como a redução do custo dos negócios, a facilitação do trabalho de formuladores de políticas e julgadores e, mais importante, a distribuição dos benefícios sociais da liberalização comercial, tanto na OMC quanto nos Acordos Regionais.

Dentre os desafios de coerência que surgem da admissão dos Acordos Regionais de Livre Comércio no âmbito do sistema multilateral de comércio da OMC, destaca-se o relativo aos “conflitos de jurisdição”⁵. Estes ocorrem, em uma de suas diversas manifestações,

⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994. Tradução Oficial disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1-1-1-acordo-geral-de-tarifas-e-comercio-1994-gatt-1994/?searchterm=gatt>>. Último acesso em 03 de maio de 2011. Deve ser lido em conjunto com o *General Agreement on Tariffs and Trade 1947* (GATT 1947). Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Último acesso em 03 de maio de 2011.

⁵ PAUWELYN, Joost. Legal Avenues to “Multilateralizing Regionalism”: Beyond Article XXIV. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2011.

⁶ Embora a melhor técnica processual recomende a adoção da expressão “conflitos de competência”, utiliza-se a expressão “conflitos de jurisdição” para designar um fenômeno mais abrangente identificado pela doutrina do Direito Internacional Público.

quando o sistema de solução de controvérsias de um Acordo Regional de Livre Comércio e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC emitem decisões conflitantes. O enfrentamento desse desafio, especificamente, suscita o questionamento sobre qual decisão deve prevalecer, e perpassa a questão da existência ou não de uma relação de prevalência entre a OMC e os Acordos Regionais de Livre Comércio, tema sobre o qual versa este trabalho.

Considerando que assim como a OMC dispõe de um mecanismo próprio destinado à solução de controvérsias entre seus membros, muitos Acordos Regionais de Livre Comércio possuem em sua estrutura mecanismos semelhantes, o presente artigo propõe-se à análise do seguinte problema: existe uma relação de prevalência entre uma jurisdição sobre a outra, quando o sistema de solução de controvérsias de um Acordo Regional de Livre Comércio e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC emitem decisões conflitantes?

A importância do estudo dos conflitos de jurisdição entre os Acordos Regionais de Livre Comércio e a OMC decorre da necessidade de evitá-los, a fim de manter a coerência entre os dois sistemas, para que, juntos, os sistemas multilateral e regional de comércio possam servir ao desenvolvimento econômico e às demais formas de desenvolvimento associadas a este.

Em sentido amplo, a proliferação de acordos internacionais que não indicam claramente como solucionar os conflitos decorrentes da sua aplicação conjunta tem o potencial de ameaçar a autoridade e a efetividade do direito internacional como um todo. Por outro lado, a sobreposição de competências entre foros internacionais para a solução de controvérsias prejudica a autoridade desses foros e torna ineficaz a sua atuação.⁷

O desafio de solução do problema que ora se propõe em termos teóricos, foi vivenciado na prática pelo Brasil, diante das decisões emitidas nas controvérsias sobre restrições à importação de pneus reformados, nas quais o país figurou como demandado no âmbito do MERCOSUL e da OMC.

Espera-se que a análise dos resultados da controvérsia em ambos os foros e das suas repercussões práticas possa demonstrar se existe uma relação de prevalência entre uma jurisdição sobre a outra, quando o sistema de solução de controvérsias de um Acordo Regional de

⁷ KUIJPER, Pieter. Conflito de regras e de jurisdição: qual o papel da OMC?[1]. International Centre for Trade and Sustainable Development. Pontes Bimestral. Volume 6. Número 5. Dezembro de 2010. Disponível em <<http://ictsd.org/i/news/pontes/99021/>>. Último acesso em 02/05/2011.

Livre Comércio e o órgão de solução de controvérsias da OMC emitem decisões conflitantes.

Por isso, a solução para o problema proposto será buscada por meio da análise dos resultados e das repercussões práticas das controvérsias sobre pneus reformados, que constituem o material principal deste trabalho, ao lado da doutrina (livros, artigos científicos, cursos *online*, etc.), da jurisprudência e das normas internacionais.

O objetivo geral do presente trabalho é, pois, analisar os conflitos de jurisdição entre o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio e os sistemas de solução de controvérsias dos Acordos Regionais de Livre Comércio, por meio do estudo das controvérsias sobre pneus reformados, nas quais o Brasil figurou como demandado junto ao MERCOSUL e à OMC.

A escolha de uma única controvérsia como substrato empírico para o presente artigo oportuniza o estudo aprofundado dos seus aspectos relevantes tanto no âmbito regional quanto na OMC. Busca-se, com isso, afastar o inconveniente de propor-se à análise de precedentes variados da OMC e acabar por analisar o problema sob a ótica exclusiva desta Organização, esquecendo-se da realidade dos Acordos Regionais.

Em consonância com o método dedutivo adotado, os objetivos específicos foram estabelecidos partindo-se da compreensão dos fenômenos do "Globalismo" e "Regionalismo" e da relativa contraposição entre os sistemas multilateral e regional de comércio, passando pelo estudo da questão dos conflitos entre as jurisdições dos Acordos Regionais de Livre Comércio e da OMC para, por fim, buscar, na análise da controvérsia sobre pneus reformados, no âmbito do MERCOSUL e da OMC, a solução para o problema proposto.

A seção I aborda o relativo confronto entre os movimentos comumente denominados "Globalismo" e "Regionalismo", buscando a compreensão de ambos os fenômenos.

A seção II destina-se à exposição de ensinamentos doutrinários acerca dos conflitos de jurisdição, para, nos dois capítulos seguintes, proceder-se à análise das controvérsias que constituem o substrato empírico do presente trabalho, ou seja, a controvérsia sobre pneus recauchutados no âmbito do MERCOSUL e a controvérsia sobre pneus reformados no âmbito da OMC.

Nesse sentido, a seção III destina-se à apresentação da controvérsia sobre pneus recauchutados no âmbito do MERCOSUL. Buscando desenvolver mais que uma apresentação limitada às alegações das partes e às constatações do Corpo de Árbitros, o capítulo apresenta elementos que podem servir à compreensão dos fundamentos do MERCOSUL e

das questões de direito envolvidas na controvérsia analisada.

A seção IV, por sua vez, destina-se à análise da controvérsia sobre pneus reformados no âmbito da OMC, para, em seguida, ser exposta a conclusão do trabalho.

I - Globalismo e Regionalismo

Desde a segunda metade do século XX, a sociedade contemporânea tem sido marcada pelo fenômeno denominado "globalização". Embora remeta a noções diversas no discurso popular, tais como a adoção de políticas liberais clássicas na economia mundial, o crescimento do domínio de formas ocidentais (ou até mesmo norte-americanas) de vida política, econômica e cultural, a proliferação de novas tecnologias de informação, assim como a "integração global" pela eliminação das principais fontes de conflitos sociais, "a maioria dos teóricos sociais contemporâneos endossa a visão de que a globalização refere-se a mudanças fundamentais nos contornos espaciais e temporais da existência social."⁸

É importante ressaltar a diferença existente entre os fenômenos denominados globalização e globalismo. Enquanto o primeiro designa um processo, o segundo refere-se a um "estado do mundo envolvendo redes de interdependência a distâncias multicontinentais."⁹

Em uma síntese do conceito adotado neste trabalho, a globalização pode ser entendida como um movimento de alteração e eliminação dos contornos espaciais e temporais que impulsiona a sociedade contemporânea.

O conceito proposto, suficientemente abrangente, acomoda com facilidade a noção de globalização econômica, associada ao conceito de liberalismo econômico.

Há quem defenda ser o "princípio da liberdade de comércio" um "princípio de arte política", que, embora esteja na origem do Direito Internacional moderno, cabe aos sujeitos de Direito Internacional fazer

⁸ SCHEUERMAN, William. Globalization. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition). Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/globalization/>>. Último acesso em 18 de fevereiro de 2011. [Tradução livre]

⁹ KEOHANE, Robert; NYE JR. Joseph. Globalization: What's new? What's not? (And so what?). Foreign Policy. Spring 2000, p. 108 e ss. Apud. PRAZERES, Tatiana Lacerda. Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo. Universidade de Brasília. Instituto de Relações Internacionais. Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais - Doutorado. 2007. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/4894/1/Tese_TatianaLacerdaPrazeres.pdf>. Último acesso em 18 de fevereiro de 2011.

passar ao direito positivo¹⁰. A incorporação do referido princípio ao direito positivo se efetiva por meio da desregulação do mercado, vale dizer, do afastamento do Estado a fim de que o mercado se autorregule.

A globalização econômica e o livre comércio associam-se em uma relação simbiótica, já que a eliminação de contornos espaciais e temporais propicia e é favorecida pela desregulação dos mercados. Na medida em que o Estado deixa ao mercado a função de autorregular-se, proporcionando o livre comércio, as fronteiras nacionais são virtualmente dissolvidas pela atuação de empresas transnacionais, pela rápida entrada e saída de capital originário de todos os pontos do globo e pela uniformização dos bens de consumo ofertados e de certos aspectos culturais da população.

Paralelamente à intensificação da globalização econômica observada na segunda metade do século XX, em especial após o fim da Segunda Guerra Mundial, observou-se uma tendência de regionalização das relações entre países em certas partes do planeta. Nesse momento histórico, os países passaram a empreender maiores esforços no sentido de estabelecer relações – formalizadas em tratados ou observadas no contexto fático, como efeito da crescente circulação de pessoas ou intensificação dos fluxos comerciais, por exemplo – com parceiros cujos interesses se assemelhavam aos seus, e em geral associados à localização em regiões geográficas determinadas.

A tendência de integração regional pode ser explicada pela necessidade de cooperação entre as nações recém-independentes da África e da Ásia, descolonizadas nas décadas de 50 e 60¹¹, ou pelo “receio de que novos conflitos de grande proporção pudessem colocar novamente em risco a segurança e a paz mundiais.”¹²

“A contiguidade geográfica é condição necessária, mas não suficiente, para explicar o regionalismo.”¹³ Os blocos regionais são formados, em geral, a partir de mapas mentais previamente elaborados que refletem a história, a religião e a cultura da região que compreendem. Além disso, é relevante o papel exercido pelo antagonismo conjunto

¹⁰ DIHN, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição. Traduzido por Vítor Marques Coelho. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003, p 1135.

¹¹ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p 29.

¹² AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p 29.

¹³ BÖHLKE, Marcelo. *Integração Regional & autonomia do seu ordenamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2007, p 26. Idem.

dos países a um outro extremo, como pode ser verificado na união entre países latino-americanos face à hegemonia norte-americana ou na contraposição entre a Europa e o mundo não-europeu, principalmente islâmico.¹⁴

Em função da inter-relação entre os conceitos de globalização, livre comércio e integração regional, os três fenômenos marcam a ordem econômica internacional após a Segunda Guerra Mundial, tendo encontrado nesse período condições extremamente favoráveis para o seu desenvolvimento.

No segundo pós-guerra, a hegemonia norte-americana, fortalecida pela devastação do continente europeu durante a guerra, proporcionou a difusão da crença liberal de que o mercado é a forma mais eficiente de alocação dos bens, o que, associado ao aumento dos fluxos econômicos e comerciais e à construção de instituições para assegurar a realização dos fins liberais propostos, garantiu a intensificação da globalização e, conseqüentemente, acelerou os processos de integração regional entre os países.¹⁵

A formação de Acordos Regionais de Livre Comércio entre membros da OMC é autorizada pelo Artigo XXIV do GATT, que dispõe acerca das condições a serem satisfeitas para que tais Acordos existam legitimamente. Para atender a essas condições, o Acordo deve abranger países entre os quais as tarifas ou outras formas de regulação mantidas sobre parte substancial do comércio sejam diferenciadas, e satisfazer os pressupostos específicos de constituição de Uniões Aduaneiras e Zonas de Livre Comércio. Em acréscimo, determina o item 6 que a formação de Acordos Regionais de Livre Comércio deve ser notificada aos demais membros do GATT (hoje leia-se da OMC).

À primeira vista, a formação de Zonas de Livre Comércio e Uniões Aduaneiras, com fundamento no Artigo XXIV do GATT 1994, parece colidir com os princípios basilares do regime instituído pelo próprio GATT e incorporado à OMC. A formulação de acordos entre um grupo de países para a eliminação de restrições ao comércio circunscrita exclusivamente ao grupo parece conflitar com a obrigação que possuem os membros da OMC de estender a todos os demais os benefícios concedidos a um parceiro comercial em particular, obrigação esta enunciada pela “Cláusula da Nação Mais Favorecida”.

Todavia, ao contrário do que se infere de um exame superficial, globalização e regionalização, em termos econômicos, não constituem

¹⁴ HURRELL, Andrew. O ressurgimento do regionalismo na política mundial. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 25 ss, jan./jul. 1995. Apud. AMARAL JUNIOR, Alberto do. Op. cit., pp. 30 e 31.

¹⁵ AMARAL JUNIOR, Alberto do. Op. cit., p. 14.

movimentos antagônicos, mas sim complementares.¹⁶ A integração dos países aprofunda em nível regional os efeitos da liberalização comercial proporcionada pela globalização, ao mesmo tempo em que protege os países dos efeitos desfavoráveis desse fenômeno em face das potências econômicas mundiais.¹⁷

Tendo sido evidenciada a relação de complementaridade existente entre a globalização, a liberalização comercial e os processos de integração regional, o capítulo seguinte destina-se a esclarecer o fenômeno dos "conflitos de jurisdição", para que seja possível verificar sua ocorrência na prática e avaliar a solução adotada no caso concreto.

II - Conflitos de jurisdição entre a Organização Mundial do Comércio e os Acordos Regionais de Livre Comércio

A proliferação de tratados subjacentes à Organização Mundial do Comércio, que vinculam apenas um grupo de países dentre os seus membros, ocasiona o fenômeno da "fragmentação", que resulta na centrifugação das forças de cada tratado e na perda de coesão entre esses tratados subjacentes e o corpo normativo da OMC.¹⁸

A fragmentação do Direito Internacional é reflexo da fragmentação verificada no mundo social. A diversificação dos campos do conhecimento tende a ser acompanhada pela construção de ordens jurídicas especializadas que passam a tutelá-los, fazendo emergir novas áreas do direito, como o "direito dos investimentos" ou o "direito marítimo". Disso decorrem diversas possibilidades de conflitos de regras ou sistemas de regras, desvio de práticas institucionais, perda de uma perspectiva abrangente do direito e efeitos negativos para o sistema

jurídico internacional como um um todo.¹⁹

O fenômeno descrito não é de todo negativo. A proliferação de tratados internacionais sobre os mais diversificados assuntos, cada vez mais específicos, ocasionou a regulamentação jurídica de aspectos da realidade sobre os quais vigia, até então, completo vácuo normativo.²⁰

O mesmo vale para a expansão das jurisdições internacionais. Muito seria alcançado, em termos de efetividade para o direito internacional, se as Cortes e tribunais internacionais e outros sistemas de resolução de disputas contribuíssem para a efetiva aplicação e respeito às regras estabelecidas em todos esses novos instrumentos legais²¹.

Deve-se reconhecer, porém, que as decorrências negativas da fragmentação tendem a se destacar, conforme destaca o trecho abaixo:

[...] se a proliferação de regras em diferentes acordos internacionais leva a conflitos entre essas regras e se regras claras não são fornecidas pelo direito internacional geral, e em particular pelos acordos internacionais em questão, para a solução desses conflitos, isso pode desgastar a autoridade do direito e sua efetividade. Se, além disso, as recém-criadas cortes e tribunais internacionais também se envolverem em conflitos sobre sua competência e abrangência de sua jurisdição, a autoridade e a efetividade do direito e das próprias cortes sofrerá duplamente.²²

Dentre essas consequências negativas da fragmentação, duas categorias, em especial, são identificadas pela doutrina especializada. De um lado, observa-se que a proliferação de normas de direito internacional leva à maior possibilidade (e efetiva ocorrência) dos conflitos

¹⁶ AMARAL JUNIOR, Alberto do. Op. cit., pp. 31 e 32.

¹⁷ A integração é, ao mesmo tempo, uma exceção à integração global e ferramenta para possibilitar a integração global. De um lado, é uma exceção à integração global, porque cria benefícios para alguns Estados, diferentes daqueles previstos no acordo multilateral. [...] Por outro lado, é uma ferramenta para a integração global, porque possibilita que os Estados cedam espaços gradativamente à concorrência internacional. Ao abrir os mercados aos poucos, podem fortalecer suas indústrias locais e regionais, procurando sinergias, para depois aceitarem a redução definitiva de barreiras e a concorrência com outras indústrias de todo o mundo. VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Público. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 371.

¹⁸ KUIJPER, Pieter Jan. *Conflicting Rules and Clashing Courts. The case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO.* International Centre for Trade and Sustainable Development. September, 2010. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/2010/11/j_kuijper_web_6.pdf>. Último acesso em 07 de maio de 2011.

¹⁹ Idem.

²⁰ KUIJPER, Pieter Jan. *Conflicting Rules and Clashing Courts. The case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO.* Op. cit.

²¹ Idem.

²² "[...] if the proliferation of rules in different international agreements leads to clashes between those rules and if no clear rules are given by international law in general, and in particular by the international agreements in question, to solve those conflicts, this may erode the authority of the law and its effectiveness. If, moreover, the newly created international courts and tribunals are also involved in clashes over their competence and scope of their jurisdiction, the authority and the effectiveness of the law and of the courts themselves will doubly suffer." KUIJPER, Pieter Jan. *Conflicting Rules and Clashing Courts. The case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO.* Op. cit. p. 1. [Tradução Livre]

normativos, também denominados “conflitos substanciais”. Por outro lado, a proliferação de sistemas de solução de controvérsias faz com que diversos desses sistemas passem a ter competência, em tese, sobre litígios envolvendo os mesmos aspectos de fato e de direito e os mesmos sujeitos. O fenômeno daí decorrente é denominado “conflito de jurisdição”.

Conflitos de direito (conflitos de normas ou conflitos substanciais) ocorrem quando normas substantivas estabelecidas nos Acordos da OMC colidem ou se sobrepõem a normas de outros acordos em vigor entre membros da Organização. Conflitos de jurisdição, por outro lado, dizem respeito a regras sobre a solução de disputas acerca de dois acordos distintos. Em geral, tais regras são integrantes de “cláusulas jurisdicionais”, que “determinam a abrangência da jurisdição dos órgãos judiciais ou quase-judiciais encarregados da solução de controvérsias sobre as regras primárias do tratado ou da organização.”²³

Nas situações em que se verifica o conflito de jurisdição, especialmente em acordos que contêm regras que estabelecem exclusividade de jurisdição, “a força e a abrangência dessas disposições jurisdicionais em cada acordo ou organização internacional terá grande influência sobre a relação entre os órgãos (quase-) judiciais e a questão de qual deles ‘prevalece’”.²⁴

Ao enfrentar a questão da alocação horizontal de jurisdição judicial entre o mecanismo de solução de controvérsias de Acordos Regionais de Livre Comércio e o da OMC, há autores que sustentam que “uma sobreposição e até mesmo um conflito de jurisdição é inevitável em virtude da natureza quase automática e compulsória do mecanismo de solução de controvérsias da OMC”.²⁵

²³ “These determine the scope of jurisdiction of the judicial or quasi-judicial bodies charged with settling disputes about the primary rules of the treaty or organization.” KUIJPER, Pieter Jan. *Conflicting Rules and Clashing Courts. The case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO*. Op. cit. p. 4. [Tradução Livre]

²⁴ “Sometimes they also contain claims of exclusivity of jurisdiction. The strength and scope of these jurisdictional provisions in each international agreement or international organization will have great influence over the relationship between the (quasi-)judicial bodies and the question of which of them ‘goes first’.” KUIJPER, Pieter Jan. *Conflicting Rules and Clashing Courts. The case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO*. Op. cit. p. 4. [Tradução Livre]

²⁵ KWAK, Kyung e MARCEAU, Gabrielle. *Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAs*. Conference on Regional Trade Agreements. World Trade Organization. 26 de Abril de 2002. Website da OMC. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/sem_april02_e/marceau.pdf>. Último acesso em

A alocação horizontal de jurisdição é aquela que ocorre entre entes da mesma natureza, como, por exemplo entre Estados ou entre Organizações Internacionais. Por outro lado, a alocação vertical de jurisdição se verifica entre entes de naturezas distintas, como por exemplo, entre Estados e Organizações Internacionais.²⁶

Dentre as possibilidades de sobreposição ou conflito de jurisdição, destacam-se as seguintes ocorrências: (1) quando dois fóruns alegam possuir jurisdição exclusiva sobre a matéria; (2) quando um fórum alega possuir jurisdição exclusiva e o outro “oferece” jurisdição, em bases permissivas, para lidar com a mesma matéria ou uma matéria relacionada; ou (3) quando os mecanismos de solução de controvérsias de dois diferentes fóruns estão disponíveis (em bases não-obrigatórias) para examinar as mesmas matérias ou matérias similares.

Os conflitos de jurisdição pressupõem a existência de dois complexos normativos respeitantes a assuntos afins, que vinculam países em comum, e que possuem, ambos, disposições acerca da solução de controvérsias advindas da aplicação de suas normas.

As conseqüências negativas do conflito de jurisdição são de ordens diversas, todas potencialmente negativas para a segurança jurídica do sistema jurídico internacional. Dentre essas conseqüências, destaca-se a possibilidade de que os órgãos jurisdicionais atinjam resultados opostos.²⁷

Considerando que os Acordos Regionais de Livre Comércio - organizados sob as diversas formas clássicas identificadas pela doutrina (zonas de livre comércio, uniões aduaneiras, etc.) ou sob formas que mesclam as características de cada uma dessas - possuem, em geral, um sistema de solução de controvérsias vinculante, e que, em geral, os países membros desses Acordos são também membros da OMC, que, por sua vez, também dispõe de um mecanismo de solução de controvérsias obrigatório, é grande o potencial de ocorrência de conflitos de jurisdição entre os Acordos Regionais de Livre Comércio e a OMC,

19 de fevereiro de 2011. [Tradução livre]

²⁶ “There are three basic, and related, types of allocation of jurisdiction, each addressed in order in the subsequent sections: horizontal allocation of jurisdiction among states (part III); vertical allocation of jurisdiction between states and international organizations (part IV); and horizontal allocation of jurisdiction among international organizations (part V). These allocations are related.” TRATCHMAN, Joel. *Institutional linkages: Transcending “Trade and ...”*. *Australian Journal of International Law*. 2002. Vol. 96, N° 1, p. 3. [Tradução livre]

²⁷ Entre as dificuldades decorrentes do conflito de jurisdição, pode-se apontar também a ocorrência do fenômeno do “forum shopping”, a possibilidade de que dois órgãos jurisdicionais se declarem competentes ou que nenhum deles compreenda ser competente, conforme: KWAK, Kyung e MARCEAU, Gabrielle. Op. cit.

conforme já reconhece a doutrina especializada:

A coexistência dos blocos regionais e do regime multilateral faz com que, simultaneamente, estejam operantes os sistemas de solução de controvérsias dos dois planos. Como em alguma medida há sobreposição tanto de sujeitos, quanto de objetos regulados nas duas esferas, há por consequência o risco de conflito entre a atuação dos mecanismos. Ou seja, além do conflito entre as obrigações substantivas [...], há outro tipo de conflito: o que decorre da atividade concomitante de julgamento, pelos planos regional e multilateral, da compatibilidade do comportamento dos Estados com as normas adotadas.²⁸

Mesmo que as normas regionais e multilaterais sejam iguais ou semelhantes, o risco de interpretações distintas sempre existe.

A existência de obrigações e direitos no âmbito de um Acordo Regional de Livre Comércio que são paralelos às obrigações e direitos existentes no âmbito da OMC enseja o aparecimento de sobreposições ou conflitos de jurisdição, definidos como "situação na qual a mesma disputa ou aspectos relacionados da mesma disputa poderiam ser levados a duas instituições distintas ou dois sistemas de solução de controvérsias."²⁹

O artigo 23 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (DSU) institui a jurisdição exclusiva do sistema de solução de controvérsias da OMC para controvérsias envolvendo a violação de obrigações instituídas no seu âmbito. A simples alegação da violação do "direito da OMC" por um membro desta, portanto, atrai a controvérsia para o mecanismo de solução de controvérsias da Organização.³⁰

Em decorrência do caráter compulsório e exclusivo atribuído à OMC, costuma-se identificar nesta Organização um sistema gravitacional que atrai para si as disputas acerca de matérias que lhe competem.³¹ Isso conferiria ao sistema de solução de controvérsias da OMC, *a priori*,

²⁸ PRAZERES, Tatiana Lacerda. Op. cit. pp. 276 e 277.

²⁹ "Overlap or conflict of jurisdictions in dispute settlement can be defined as situations where the same dispute or related aspects of the same dispute could be brought to two distinct institutions or two different dispute settlement systems." KWAK, Kyung e MARCEAU, Gabrielle. Op. cit.

³⁰ " KWAK, Kyung e MARCEAU, Gabrielle. Op. cit.

³¹ KUIJPER, Pieter Jan. Conflito de regras e de jurisdição: qual o papel da OMC?[1]. Op. Cit.

uma prevalência sobre qualquer outro, inclusive sobre os sistemas de solução de controvérsias de Acordos Regionais de Livre Comércio.

Existem vozes, contudo, que defendem uma abordagem desvinculada da noção de prevalência, de modo a garantir o máximo de efetividade a ambos os sistemas, como comprova o trecho a seguir transcrito:

O Artigo XXIV [do GATT] é inoperante como uma disciplina ou um freio para a criação e continua existência dos acordos regionais. Politicamente, os membros da OMC frequentemente deixam de notificar acordos regionais; em soluções de controvérsias, os membros da OMC se esquivam de impugnar os acordos regionais e nas hipóteses em que o Artigo XXIV é invocado como defesa, os painéis e o Órgão de Apelação fazem de tudo para evitá-lo. A realidade política e legal é, portanto, que os acordos regionais vieram para ficar, quer se adequem ou não às regras da OMC. Ao invés de lamentar sua inconsistência face aos princípios da OMC ou se exasperar pela "vasilha de espaguete" de acordos conflitantes que resulta, talvez seja mais vantajoso pensar em como a teia da OMC e dos acordos regionais co-existentes pode ser desemaranhada de forma a conferir o máximo efeito a ambos.³²

Como exemplo de controvérsia na qual, cogita-se, poderia estar configurado o conflito de jurisdições entre o MERCOSUL e a OMC, será analisada a controvérsia sobre pneus reformados. Por meio da análise do caso concreto, será investigado se, de fato, o conflito de jurisdição ocorreu, e, em caso afirmativo, se a solução deste conflito pressupôs a adoção de uma interpretação baseada na prevalência de um foro sobre outro.

³² *Article XXIV is inoperative as a discipline or brake on the creation and continued existence of regional agreements: Politically, WTO members consistently fail to check regional agreements; in dispute settlement, WTO members shy away from challenging regional agreements and where Article XXIV is raised as a defense, panels and the Appellate Body do everything to avoid it. The political and legal reality is, therefore, that regional agreements are here to stay, whether or not they comply with WTO rules. Rather than lament their inconsistency with WTO principles or be exasperated by the "spaghetti bowl" of overlapping agreements that results, it may be more fruitful to think of how the web of WTO and co-existing regional agreements can be untangled so as to give maximum effect to both.* PAUWELYN, Joost. Op. cit. pp. 2 e 3.

III - A controvérsia sobre pneus recauchutados no âmbito do MERCOSUL

O gênero de bens denominados pneus reformados divide-se nas seguintes espécies: pneus reformados, pneus recauchutados e pneus recapados,³³ e são definidos como aqueles:

produzidos pelo recondicionamento de pneus usados através da retirada da banda de rodagem desgastada de um pneu usado (carcaça) e da sua reposição com material novo na forma de uma nova banda e, às vezes, material novo cobrindo também parcial ou totalmente as paredes laterais externas.

À luz da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) vigente na atualidade, pneus recauchutados e usados são categorias distintas de bens, sendo que a subposição referente a “pneus recauchutados” compreende “pneus recauchutados, remoldados e recapados”, equivalendo assim ao que se denomina genericamente “pneus reformados”³⁴.

Entre os anos de 1991 e 2000, o Brasil proibia a importação de pneus usados por meio do artigo 27 da Portaria Decex 8/91³⁵. Embora fosse proibida, a importação de pneus usados nunca cessou de fato durante o período, eis que decisões judiciais entendiam que a Portaria proibitiva havia sido editada pelo Poder Executivo de forma inovadora no ordenamento jurídico, sem o necessário respaldo legal³⁶, e assim afastavam sua aplicação. A importação de pneus recauchutados, por

³³ Enquanto pneus recauchutados são produzidos a partir da substituição da banda de rodagem e de parte da parede lateral externa de pneus usados, pneus recapados pressupõem a simples substituição da banda de rodagem, e pneus remoldados são aqueles produzidos a partir da substituição talão a talão de partes do pneu usado, incluindo a sua parte inferior. v. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil – Medidas que afetam a importação de pneus reformados. Relatório Final (Parte Factual e Conclusões). WT/DS332/R. 12/06/2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. [Laudo do Painel para a Controvérsia sobre Pneumáticos]

³⁴ MERCOSUL. Códigos e descrições – Nomenclatura Comum do MERCOSUL.

³⁵ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Departamento de Operações de Comércio Exterior. Portaria n. 8, de 1991 de 13 de maio de 1991. Publicada no Diário Oficial da União em 14 de maio de 1991.

³⁶ MOROSINI, Fabio Costa. The MERCOSUR and WTO Retreaded Tires Dispute: Rehabilitating Regulatory Competition in International Trade and Environmental Regulation. Dissertation Presented to the Faculty of the Graduate School of the University of Texas at Austin in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy. The University of Texas at Austin. December, 2001. p. 70.

sua vez, ocorria de forma contínua em todo o período, ao largo de qualquer proibição.

A partir de 2000, entretanto, o fluxo de entrada de pneus recauchutados no Brasil também passou a sofrer restrições, que atingiram seu ápice com a edição da Portaria SECEX 8/00³⁷, que tinha por objeto a ampliação da proibição aplicável aos pneus usados, a fim de proibir também a exportação de pneus recauchutados para o país. A redação original da proibição era a seguinte: “Art. 1º - Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM”.

Inconformado com os prejuízos resultantes da proibição imposta pelo Brasil à importação de pneus recauchutados, o Uruguai procedeu às etapas de negociação previstas no Protocolo de Brasília³⁸, que disciplinava a solução de controvérsias no MERCOSUL à época, e deu início a um procedimento arbitral.

O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* para a solução da controvérsia sobre “Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes de Uruguai” foi constituído em 17 de setembro de 2001³⁹.

Em sua Reclamação, o Uruguai postulou pela declaração da inconformidade das medidas restritivas impostas pelo Brasil à importação de pneus recauchutados de origem uruguaia, alegando que violavam (i) a Decisão CMC n. 22/00⁴⁰, que impõe o compromisso aos Estados Partes do MERCOSUL de não adotar nenhuma medida restritiva ao comércio recíproco, ressalvadas às exceções gerais à liberalização comercial; (ii) o artigo 1º do Tratado de Assunção, que estabelece o objetivo de consolidação do processo de integração e cooperação econômica, bem como os Artigos 1 e 10(2) do Anexo I ao Tratado de Assunção, que determinam a eliminação de barreiras não-tarifárias ao comércio intra-bloco; e (iii) os princípios gerais de Direito Internacional”, notadamente os princípios de “*pacta sunt servanda*”, da “boa-fé” e do “*estoppel*”.

Além da Portaria SECEX n. 8/00, pugnou o Uruguai pela decla-

³⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 8, de 25 de Setembro de 2000. Publicada no Diário Oficial da União em 27 de Setembro de 2000.

³⁸ O Protocolo de Olivos substituiu o Protocolo de Brasília na regulamentação do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. v. Art. 55 do Protocolo de Olivos.

³⁹ MERCOSUL. Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL constituído para entender da controversia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre “Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes de Uruguai”. 9 de janeiro de 2002. [Laudo Arbitral para a Controvérsia sobre Pneumáticos]

⁴⁰ MERCOSUL. Decisão do Conselho do Mercado Comum n. 22 de junho de 2000.

ração da inconformidade de todas as normas similares que compunham o que poderia ser denominado de "sistema brasileiro proibitivo da importação de pneus recauchutados". Inclusos neste sistema estavam, segundo o Uruguai, o Decreto n. 3.919 de 14/09/2001, que previa aplicação de multas especiais para o caso de importação de pneus reformados, e a Portaria n. 123 do INMETRO, de 27/09/2001, que estabelecia exigências técnicas adicionais aos pneumáticos reformados no exterior com respeito aos reformados no Brasil. Inclusas estavam, também, todas as demais restrições "que tenham sido ou possam vir a ser ditas"⁴¹.

Em sua defesa, o Brasil pretendeu, preliminarmente, com fundamento no artigo 28 do Regulamento do Protocolo de Brasília, a restrição do objeto da controvérsia à Portaria n. 8/00, "já que foi a única levada em consideração nas fases anteriores ao procedimento arbitral previsto no Protocolo de Brasília"⁴².

No mérito, sustentou o Brasil que a referida Portaria não constituía uma nova restrição ao comércio intra-bloco, e seu caráter era meramente interpretativo. Segundo a defesa brasileira, pneus recauchutados são bens usados, e por isso estariam abrangidos pela proibição imposta em 1991 pela Portaria DECEX 8/91. A circunstância de que nos anos posteriores a 1991 houvessem sido importados para o país toneladas de pneus recauchutados decorria de "erro no preenchimento dos documentos necessários à importação"⁴³, erro este que a nova Portaria visava esclarecer, e que não acarretava o reconhecimento da licitude da importação pelo governo brasileiro.

No tocante à delimitação do objeto da controvérsia, o corpo de árbitros excluiu de sua análise o Decreto n. 3.919 de 14/09/2001 e a Portaria n. 123 do INMETRO, de 27/09/2001, acatando o pleito brasileiro no particular.

Conforme consinga o laudo arbitral, os atos normativos impugnados pelo Uruguai, embora pudessem, em tese, ser incluídos no objeto da controvérsia, por terem sido editados posteriormente à notificação formal pelo Reclamante de sua decisão de iniciar o procedimento arbitral, foram excluídos porque a argumentação relativa à sua inconformidade não era independente da apresentada para a sustentação da inconformidade da Portaria SECEX n. 8/00. Logo, o Tribunal considerou que a compatibilidade ou a incompatibilidade das referidas normas dependeria do resultado a que se chegasse sobre a questão de fundo

formulada, ou seja, sobre a legitimidade ou ilegitimidade da Portaria SECEX n. 8/00.

Quanto aos "eventuais 'outros atos normativos ou medidas' que direta ou indiretamente impeçam o acesso ao mercado brasileiro de pneumáticos reformados ou recauchutados, mencionados de forma genérica mas não especificados na apresentação do Uruguai"⁴⁴, estes foram excluídos do objeto da controvérsia "em razão de sua inespecificidade e grau de abstração"⁴⁵.

Assim, o Tribunal Arbitral iniciou seu julgamento pela análise da conformidade das medidas brasileiras com a Decisão CMC n.º 22/00, que, em seu artigo 1º, dispõe: "Art. 1.- Os Estados Partes não adotarão nenhuma medida restritiva ao comércio recíproco, qualquer que seja sua natureza, sem prejuízo do previsto no art. 2, letra b) do Anexo I do Tratado de Assunção"⁴⁶.

Segundo o Brasil, a Portaria SECEX n. 8/00 não configurava uma nova restrição ao comércio intra-bloco ou o agravamento de uma restrição já existente, e por isso escapava à tutela da Decisão CMC n. 22/00. A defesa brasileira sustentou que a nova Portaria apenas reiterou e esclareceu a proibição estabelecida anos antes pela Portaria DECEX 8/91. Esta, a seu turno, também não conflitava com o conteúdo da Decisão CMC n. 22/00, uma vez que esta não instituiu o regime de livre comércio de bens usados intra-bloco, mas apenas reiterou o compromisso assumido pelos Estados-Membros no Anexo I do Tratado de Assunção.

Além disso, sustentou o Brasil que o compromisso de liberalização assumido no Anexo I do Tratado de Assunção era exceção, na hipótese, pelo artigo 2º da Resolução GMC 109/94⁴⁷, que autoriza a adoção da legislação nacional sobre bens usados, enquanto não for aprovado o Regulamento Comum do bloco.

O Tribunal Arbitral decidiu, na esteira dos argumentos brasileiros, que a Resolução GMC 109/94 estabelecia uma exceção ao regime geral estabelecido no Tratado de Assunção, permitindo a imposição de restrições à importação de bens usados até o alcance do Regulamento Comum, e manteve-se como tal mesmo após o relançamento do MERCOSUL.

Em desacordo com o que pretendeu demonstrar o Brasil, contudo, o Tribunal considerou que a Decisão CMC n. 22/00, ao reafirmar o

⁴¹ MERCOSUL. Laudo Arbitral para a Controvérsia sobre Pneumáticos. Op. cit.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ MERCOSUL. Laudo Arbitral para a Controvérsia sobre Pneumáticos. Op. cit.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ MERCOSUL. Decisão do Conselho do Mercado Comum n. 22 de junho de 2000. Op. cit.

⁴⁷ MERCOSUL. Resolução do Grupo Mercado Comum n. 109 de 1994.

caráter vinculatório da proibição de alterar o fluxo comercial existente na data de sua aprovação, estabeleceu uma data crítica que limitou o alcance da Resolução sobre bens usados, impedindo a ampliação das restrições já impostas pelas legislações internas dos Estados Partes.

Para os árbitros, restou comprovado que, já em meados de 2000, havia um fluxo comercial no Brasil de pneus recauchutados importados do Uruguai, que "conformam o universo de bens sujeitos à livre circulação"⁴⁸, fluxo esse que foi restringido pela nova Portaria. E a restrição do fluxo comercial com a conseqüente diminuição do universo de bens sujeitos à livre circulação viola frontalmente o escopo da decisão CMC n. 22/00.

Assim, entendeu o Tribunal Arbitral que, se no momento da aprovação da Decisão nº 22/00 não havia na legislação interna do Brasil uma proibição às importações de pneumáticos recauchutados provenientes de Estados Membros do MERCOSUL, o Brasil não podia impor restrição posterior que afetasse tal comércio.

Em seguida, passou o Tribunal a analisar as alegações referentes ao artigo 1º do Tratado de Assunção, que estabelece o objetivo de consolidação do processo de integração e cooperação econômica, bem como aos Artigos 1 e 10(2) do Anexo I ao Tratado de Assunção, que determinam a eliminação de barreiras não-tarifárias ao comércio intra-bloco.

Do conjunto de disposições do Tratado de Assunção e de seu Anexo invocadas pelo Uruguai, observa-se que o país pretendia sustentar que havia um sistema normativo a limitar o poder brasileiro de imposição de restrições ao comércio em prejuízo de seus parceiros no Acordo Regional.

Embora não tenha sido objeto de alegação específica pelo Uruguai, o compromisso de liberalização comercial decorre do próprio conceito de uma união aduaneira que se extrai do artigo XXIV do GATT. Com efeito, do quarto parágrafo deste dispositivo se extrai o reconhecimento de que "o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio deve ter por finalidade facilitar o comércio entre os territórios constitutivos e não opor obstáculos ao comércio de outras Partes Contratantes com esses territórios"⁴⁹.

Em sua defesa, o Brasil não negou a assunção dos compromissos demonstrados pelo Uruguai, mas, como já visto, sustentou que a Portaria SECEX n. 8/00 não impunha uma nova proibição de acesso ao mercado brasileiro, ou extensão ilegítima de restrição anteriormen-

te existente. Ao contrário, a Portaria possuía "um caráter meramente interpretativo, explicitando a proibição de importação de pneumáticos reformados já existente com anterioridade, ao estarem incluídos na proibição referente a pneumáticos usados"⁵⁰. A restrição imposta pela Portaria DECEX 8/91, por sua vez, não seria ilegítima, já que submetida ao que dispõe o artigo 2º da Resolução GMC n. 109/94.

Em análise dos argumentos das partes, o Tribunal Arbitral decidiu, com base no artigo 1 do Tratado de Assunção e no Artigo 2, b do Anexo I ao Tratado, que a proibição de imposição de restrições ou "medidas de efeito equivalente" no MERCOSUL possui um caráter absoluto, ou seja, não pode ser empregada por um Estado Membro mesmo que não se destine à discriminação do produto estrangeiro.⁵¹

Com esteio no artigo 19 do Protocolo de Brasília⁵², que incorporava os princípios gerais de Direito internacional ao ordenamento jurídico do MERCOSUL, o Uruguai sustentou, por fim, que a imposição de restrições ao comércio de pneus recauchutados, consubstanciada na Portaria n. 8/00, violava os princípios do "pacta sunt servanda" e da "boa-fé", "os quais adquirem mais relevância e aprofundamento nos processos de integração - cuja formação sucessiva exige considerar o cúmulo normativo que o vai conformando -, conforme foi ressaltado por Laudos Arbitrais anteriores"⁵³. A proibição também violava, segundo o Uruguai, o princípio do "estoppel", ou "venire contra factum proprium", "em virtude da inconsistência entre as alegações do Brasil e sua conduta prévia a respeito deste caso"⁵⁴.

No âmbito do MERCOSUL, o princípio do "pacta sunt servanda" foi sintetizado de forma clara pelo Tribunal Ad Hoc constituído para a solução da controvérsia entre Argentina e Brasil sobre "Obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro", nos termos a seguir expostos:

O princípio de cumprimento dos Tratados e demais compromissos internacionais, o pacta sunt servanda, constitui uma norma fundamental, originária do Direito Romano, consagrado em textos relevantes como a Convenção de Viena sobre Direito dos Tra-

⁵⁰ MERCOSUL. Laudo Arbitral para a Controvérsia sobre Pneumáticos. Op. cit.

⁵¹ Idem.

⁵² O artigo 19 do Protocolo de Brasília corresponde ao artigo 34 do vigente Protocolo de Olivos.

⁵³ MERCOSUL. Laudo Arbitral para a Controvérsia sobre Pneumáticos. Op. cit.

⁵⁴ Idem

⁴⁸ MERCOSUL. Laudo Arbitral para a Controvérsia sobre Pneumáticos. Op. cit.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. General Agreement On Tariffs And Trade 1994. Op. cit. Artigo XIV, §4º.

tados. É unanimemente aceito pela doutrina internacionalista, incluída a de autores latino-americanos, e pela jurisprudência dos Tribunais internacionais como alicerce indispensável em todo processo de integração.⁵⁵

À luz da compreensão do princípio como pilar indispensável ao processo de integração, a alegação pelo Uruguai de que a Portaria n. 8/00 violava o princípio do *"pacta sunt servanda"* constituía uma alegação geral de que a imposição de uma nova restrição ao comércio intra-bloco posicionava o Brasil em confronto com o ordenamento jurídico regional como um todo, reforçando todas as alegações de violação a instrumentos jurídicos específicos.

O segundo princípio violado pela conduta brasileira, segundo o Uruguai, seria o da boa fé.

O respeito do princípio do *"pacta sunt servanda"* e a execução de boa fé dos compromissos assumidos por um Estado constituem dois aspectos complementares de uma mesma norma. Esta interpretação decorre naturalmente dos artigos 18 e 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O último princípio cuja violação foi alegada pelo Uruguai foi o do *"estoppel"*, também expresso como a proibição do *"venire contra factum proprium"*, que, em síntese, pode ser encarado como uma forma de geração de obrigações para um Estado que deriva da sua própria conduta.

Ao invocar o princípio na controvérsia em estudo, o Uruguai comprovou a existência de um fluxo de exportação de pneus recauchutados do Uruguai para o Brasil durante praticamente os dez anos entre a Portaria DECEX n. 8/91 e a Portaria SECEX n. 8/00. Além disso, demonstrou que o governo brasileiro posicionava-se no sentido de que pneus usados e pneus recauchutados não eram bens equivalentes, e que, portanto, somente os primeiros estavam abrangidos pela proibição imposta pela Portaria de 1991. Esse era, de fato, o conteúdo de diversas manifestações de órgãos do governo brasileiro (como o Conselho Nacional do Meio ambiente, o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e outros órgãos submetidos à Secretaria da Receita Federal, ao Ministério da Indústria, Comércio e Turismo).

⁵⁵ MERCOSUL. Laudo do Tribunal Arbitral "Ad Hoc" do MERCOSUL constituído para decidir sobre a controvérsia apresentada pela República Argentina à República Federativa do Brasil sobre "Obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro. Não incorporação das Resoluções GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, o que impede sua entrada em vigência no MERCOSUL".

Segundo o Uruguai, o precedente fluxo de entrada de pneus recauchutados uruguaios no mercado brasileiro, favorecido pela interpretação das autoridades do país, tornariam inconsistente a alegação formulada pelo Brasil de que a proibição à importação de pneus recauchutados já se encontrava vigente mas não era devidamente aplicada, e que a Portaria SECEX n. 8/00 visava apenas esclarecer o equívoco.

Em resposta à alegada violação do princípio do *"estoppel"*, a defesa sustentou que nenhuma conduta do país poderia sustentar um "crença legítima de que as importações de pneumáticos recauchutados no Brasil não estavam incluídas na proibição estabelecida pela Portaria DECEX n. 8/91 ou de criar, por si só, obrigações jurídicas para o País, via *"estoppel"*⁵⁶. Como fundamento jurídico, invocou a jurisprudência internacional que afirma que o *estoppel* não poderia ser invocado em benefício de fraude, que "que, neste caso específico, resulta do preenchimento indevido dos dados exigidos pela SISCOMEX, com a intenção de burlar a legislação brasileira que proíbe a importação de bens usados"⁵⁷.

Face às alegações formuladas pelo Uruguai de violação dos princípios gerais de direito de *"pacta sunt servanda"*, da "boa-fé" e do *"estoppel"*, o Tribunal empreendeu uma análise conjunta, focando-se especialmente no último, que decorre logicamente dos dois primeiros.

Primeiramente, o Tribunal entendeu que houve um fluxo comercial de pneus recauchutados que se incrementou ao longo dos anos, até a edição da nova Portaria, e que chegou a suscitar controvérsias internas no país. E diante dessa constatação, acatou o pleito uruguai no tocante à aplicação do princípio do *"estoppel"*, considerando a concorrência de elementos incontestes que atestavam a aceitação, pelo Brasil, da importação de pneus recauchutados, quais sejam: tráfego comercial, declarações oficiais, e atos concordantes de órgãos do Estado.⁵⁸

⁵⁶ MERCOSUL. Laudo do Tribunal Arbitral do MERCOSUL sobre a controvérsia entre Uruguai e Brasil sobre "Proibição de importação de pneumáticos remoldados provenientes do Uruguai". Op. cit.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ "A aplicação da teoria do ato próprio às relações entre os Estados vinculados por tratados de integração econômica, como os que constituem e desenvolvem o MERCOSUL, não pode fazer abstração da relação especial que tais tratados criam entre seus signatários. A existência desta relação básica, constituída por outros atos jurídicos, assim como por atividades comerciais e produtivas, deve ser levada em conta ao considerar-se a possibilidade de aplicar a uma situação particular a teoria do ato próprio ou *estoppel*, a fim de garantir a subsistência de um fluxo comercial preexistente a normativas internas que pretendam restringir ou frustrar esse fluxo.

À luz destas considerações, não são aceitáveis as alegações da Parte Reclamada que pretendem negar relevância jurídica a uma corrente comercial sustentada durante vários anos e reconhecida por seus próprios órgãos em declarações oficiais vertidas no seio do MERCOSUL." MERCOSUL. Laudo do Tribunal Arbitral do MERCOSUL sobre a

O Tribunal Arbitral determinou, enfim, que o Brasil adaptasse sua legislação interna em consideração à incompatibilidade da Portaria SECEX 8/91 com a normativa MERCOSUL.

Após a decisão da controvérsia, o Brasil criou uma exceção à proibição de importação de pneus recauchutados que era aplicada somente aos países do bloco, consubstanciada na Portaria n. 14, de 17 de novembro de 2004, editada pela Secretaria de Comércio Exterior (Portaria SECEX 14/04)⁵⁹. A partir de então, permitiu-se a entrada no país de pneus recauchutados originários do MERCOSUL, e manteve-se a proibição em relação aos produtos oriundos dos demais países do mundo.

Por ter instituído uma situação de privilégio para os países do bloco regional, em detrimento dos demais parceiros comerciais, o Brasil foi demandado na OMC pelas Comunidades Europeias, que sustentavam a ilegitimidade do tratamento diferenciado concedido somente aos membros do MERCOSUL. O capítulo seguinte versa sobre a essa controvérsia.

IV - A controvérsia sobre pneus reformados no âmbito da Organização Mundial do Comércio

Em 17 de novembro de 2005, após proceder a consultas preliminares com o Brasil, as Comunidades Europeias requereram o estabelecimento de um painel pelo Organismo de Solução de Controvérsias da OMC respeitante à "imposição de medidas que prejudicariam as exportações de pneus reformados das Comunidades Europeias para o mercado brasileiro". O painel foi estabelecido em 20 de janeiro de 2006, e o relatório final foi enviado às partes em 23 de abril de 2007⁶⁰.

No requerimento de instalação do painel, as Comunidades Europeias postularam pela inclusão no objeto da controvérsia de um conjunto de medidas restritivas à exportação de pneumáticos reforma-

controvérsia entre Uruguai e Brasil sobre "Proibição de importação de pneumáticos remoldados provenientes do Uruguai". Op. cit., p. 23.

⁵⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 14 de 17 de novembro de 2004. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de novembro de 2004.

⁶⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil - Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Relatório do Painel. WT/DS332/R. 12 de junho de 2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/participacao-do-brasil-nos-contenciosos-documentos/brasil-como-demandado/ds-332-brasil-medidas-relativas-a-importacao-de-pneus-reformados-comunidades-europeias/1-painel/12-jun-2007-relatorio-final-do-painel-parte-factual-e-conclusoes-portugues>>. Último acesso em 03 de maio de 2011.

dos para o Brasil, entre as quais se destacava o artigo 40 da Portaria SECEX 14/04.

Segundo a demandante, a restrição à importação de pneumáticos reformados imposta pelo Brasil contrariava os Artigos III : 4 e XI:1 do GATT 1994 (proibição de discriminação entre produto nacional e estrangeiro e proibição de medidas restritivas ao comércio de caráter não-alfandegário), o que não foi, prima facie, negado pelo Brasil. Este, contudo, pleiteou o reconhecimento de que a violação do referido Artigo era justificada pela exceção geral prevista no Artigo XX(b), que permite aos Estados Membros do GATT adotarem medidas necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais.

Por outro lado, sustentaram as Comunidades Europeias que a o tratamento mais favorável concedido pelo Brasil aos produtos oriundos do MERCOSUL violava os Artigos I:1 e XIII:1 do GATT (Cláusula da Nação Mais Favorecida e aplicação não discriminatória de restrições quantitativas).

Em defesa, o Brasil pleiteou o reconhecimento da legitimidade da isenção aplicada aos países do MERCOSUL com fundamento no Artigo XXIV, que estatui o direito das partes do GATT de ingressarem em uniões aduaneiras e zonas de livre comércio, bem como no Artigo XX (d) do GATT, já que, segundo o país, a isenção havia sido adotada para o cumprimento de uma obrigação assumida pelo Brasil e imposta pelo Tribunal Arbitral no âmbito do Acordo Regional⁶¹.

Neste ponto, vale ressaltar que o fato de não ter o Brasil invocado o Artigo 50 do Tratado de Montevideo de 1980 no âmbito do MERCOSUL, ou seja, o fato de não ter se valido da justificativa ambiental no âmbito regional, foi invocado pelas Comunidades Europeias, quando o país pretendeu justificar a mesma proibição com base na exceção ambiental prevista no Artigo XX do GATT 1994 e alegar que a isenção concedida aos países do MERCOSUL decorria de uma imposição do

⁶¹ Ao invocar o Artigo XX(d) do GATT, o Brasil alegou que "A isenção dos países do Mercosul da proibição e das multas é necessária para assegurar o cumprimento pelo Brasil de suas obrigações no âmbito do Mercosul, conforme determinado pelo Tribunal Ad Hoc do Mercosul." ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil - Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Segunda Petição do Brasil. 11 de Agosto de 2006. Tradução do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/participacao-do-brasil-nos-contenciosos-documentos/brasil-como-demandado/ds-332-brasil-medidas-relativas-a-importacao-de-pneus-reformados-comunidades-europeias/1-painel/11-ago-2006-segunda-peticao-do-brasil>>

Tribunal Arbitral deste bloco.⁶²

O painel optou por “exercitar economia processual a respeito das alegações das Comunidades Europeias, sob os Artigos XIII:1 e I:1, quanto às isenções concedidas pelo Brasil ao MERCOSUL, assim como a respeito da defesa brasileira sob os Artigos XXIV e XX(d) do GATT 1994”⁶³, enfrentando somente as alegações relativas à aplicação do Artigo XX do GATT 1994 para a legitimação das restrições impostas pelo Brasil.

Isto não significa, contudo, que o painel ignorou por completo a isenção concedida pelo Brasil aos países do MERCOSUL. Ao contrário, estas foram analisadas no contexto de aplicação do Artigo XX do GATT 1994, notadamente no momento de verificação do caráter discriminatório da proibição imposta pelo Brasil à importação de pneus reformados.

Procedendo conforme o *iter* estabelecido pelo Órgão de Apelação para o caso EUA - Gasolina⁶⁴, inicialmente o painel constatou a conformidade da medida restritiva brasileira com o inciso (b) do Artigo XX do GATT 1994. Em seguida, foi analisada a compatibilidade da medida com o *caput* do referido Artigo, que, nos termos propostos pelo Órgão de Apelação para o caso EUA - Camarões⁶⁵, pressupõe que não haja: (a) discriminação arbitrária entre países nos quais prevaleçam as mesmas condições; (b) discriminação injustificável entre países nos quais prevaleçam as mesmas condições; e (c) uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

Foi nesse momento, quando da análise da conformidade das medidas brasileiras com o *caput* do Artigo XX do GATT 1994, que o painel considerou que a isenção concedida aos países do MERCOSUL

⁶² “As CE alegam, entretanto, que o Brasil é ao menos parcialmente responsável pela obrigação que agora invoca. De acordo com as CE, o Brasil conscientemente optou por não defender-se contra o Uruguai com base em argumentos relativos à segurança e saúde sob o Artigo 50(d) do Tratado de Montevideu, ao passo que agora invoca essa defesa contra as CE. O Brasil reconheceu que não invocou as exceções relevantes previstas no Tratado de Montevideu perante o tribunal do MERCOSUL, mas explicou que, à luz das questões jurídicas suscitadas pelo caso, parecia, à época, que defesas baseadas em outros fundamentos eram mais apropriadas.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil - Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Relatório do Painel. WT/DS332 /R. 12 de junho de 2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Op. cit.

⁶³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil - Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS332/AB/R. 3 de dezembro de 2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

⁶⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Report of the Panel. WT/DS2/R. 29 de janeiro de 1996.

⁶⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Report of the Panel. WT/DS58/R. 15 de maio de 1998.

fazia com que a proibição à importação de pneus reformados fosse aplicada de maneira discriminatória⁶⁶. No entanto, considerando que “os volumes de importações de pneus reformados sob a isenção parece não [sic] ter sido significativos”⁶⁷, o painel concluiu que, até o momento de sua decisão, a isenção aplicada aos países do MERCOSUL não tornava arbitrária ou injustificável a discriminação verificada⁶⁸. Por outro lado, também não havia, segundo o painel, uma restrição disfarçada ao comércio internacional⁶⁹, embora a isenção aos países do MERCOSUL possuísse o potencial de prejudicar os objetivos de proteção almejados.

Nota-se que não foi considerada a existência de um compromisso de liberalização comercial firmado pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, nem tampouco a existência de uma decisão do Tribunal Arbitral que impunha uma obrigação concreta ao Brasil de eliminar as restrições impostas aos parceiros do Acordo Regional. Em outras palavras, não foi enfrentada a questão da legitimidade do MERCOSUL face ao Artigo XXIV do GATT 1994, nem foi analisada a possibilidade de justificação de medidas *prima facie* discriminatórias com fundamento naquele Artigo.

A opção do painel por exercer economia processual em relação ao pleito autônomo relativo à isenção do MERCOSUL foi criticada pelo Órgão de Apelação quando da análise do recurso interposto pelas Comunidades Europeias, nos seguintes termos: “temos que reconhecer que temos dificuldade de entender como o painel poderia justificar não tratar dos pleitos autônomos de incompatibilidade com o Artigo I:1 e o Artigo XIII:1 direcionadas à isenção do MERCOSUL.”⁷⁰

Não obstante tenha criticado o exercício da economia processual pelo painel, o Órgão de Apelação também não chegou a enfrentar a questão da legitimidade do MERCOSUL, já que reverteu a decisão do painel no tocante ao *caput* do Artigo XX e considerou que a isenção aos países do MERCOSUL resultava na aplicação da proibição à importação

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil - Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS332/AB/R. 3 de dezembro de 2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil - Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS332/AB/R. 3 de dezembro de 2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

⁷⁰ *Idem*.

de pneus reformados “de maneira a constituir discriminação arbitrária ou injustificável”.⁷¹

Ao considerar ilegítima a isenção aplicada aos países do MERCOSUL, a determinação da OMC parecia impor ao Brasil que liberasse completamente a entrada de pneus reformados em seu território. Do contrário, a única forma de tornar legítima a proibição no âmbito da OMC seria extinguir a referida isenção, o que resultaria em descumprimento da decisão proferida pelo Tribunal *Ad hoc* do Acordo Regional. Curiosamente, foi exatamente esta a opção brasileira.

A decisão final da controvérsia no âmbito da OMC resultou, portanto, em um impasse para o Estado brasileiro, que não podia ser solucionado pelas normas gerais de Direito Internacional, como o princípio de *res judicata* ou as regras de antinomia entre normas. Trata-se de um “conflito em termos práticos”, que impõe uma decisão político-diplomática.

Conforme se extrai do “Comunicado de Implementação WT/DS332/19/Add.6”⁷², a edição da Portaria SECEX 24/2009⁷³, proibindo novas licenças para a importação de pneus usados ou reformados, independente de sua origem, eliminou os aspectos da aplicação da proibição brasileira à importação de pneus reformados, que foi considerada inconsistente com as disciplinas comerciais pelo Corpo de Apelação. Segundo o documento, o Brasil encontra-se em completo atendimento às recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias e determinações na controvérsia sobre pneus reformados.⁷⁴

II. CONCLUSÃO

Inicialmente, comprova-se na controvérsia sobre pneus reformados a constatação de que, em situações em que a OMC vê-se diante da necessidade de analisar a conformidade de um Acordo Regional de Livre Comércio fundado no Artigo XXIV do GATT 1994 com o sistema multilateral de comércio, os Painéis e o Corpo de Apelação buscam esquivar-se de tal *mister*.

Foi o que ocorreu na controvérsia em questão, notadamente em

⁷¹ *Idem*.

⁷² WORLD TRADE ORGANIZATION. Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Status Report by Brazil. Addendum. WT/DS332/19/Add. 6. 15 de setembro de 2009. [Tradução livre]

⁷³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 24 de 26 de agosto de 2009. Publicada no Diário Oficial da União em 28 de agosto de 2009.

⁷⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Status Report by Brazil. Addendum. Op. cit. [Tradução livre]

razão decisão do painel da OMC de exercer “economia processual” no tocante ao pleito autônomo das Comunidades Europeias relativo à isenção aplicada aos países do MERCOSUL e à defesa brasileira amparada pelos Artigos XXIV e XX(d) do GATT 1994.

Em segundo lugar, a potencialidade da ocorrência de conflitos de jurisdição entre Acordos Regionais de Livre Comércio e a OMC é claramente verificada na controvérsia sobre pneus reformados, já que as medidas restritivas impostas pelo Brasil poderiam ser justificadas tanto no âmbito do MERCOSUL quanto no âmbito da OMC com base em disposições similares existentes nos dois sistemas.

De fato, caso o Brasil tivesse sustentado a legitimidade das medidas com amparo no Artigo 50 do Tratado de Montevideu de 1980, e, posteriormente, a sustentasse com base no Artigo XX(b) do GATT 1994, a eventual divergência entre a interpretação dada no âmbito do MERCOSUL e da OMC a dispositivos semelhantes poderia demonstrar a grande fragilidade da duplicidade de sistemas. Todavia, não foi o que ocorreu, já que, no âmbito do MERCOSUL, a argumentação da legitimidade das medidas impostas pelo Brasil não se fundou na justificativa ambiental, ao contrário do que ocorreu mais tarde no âmbito da OMC.

Não se pode afirmar, pois, que o resultado das controvérsias sobre pneus reformados constitui um exemplo de conflito entre as jurisdições de um Acordo Regional de Livre Comércio e a OMC. Isso porque, frise-se, embora existissem normas similares em ambos os foros que poderiam justificar, em tese, a adoção das medidas restritivas pelo Brasil, a defesa do país em cada foro baseou-se em normas distintas, o que afastou a possibilidade de interpretações conflitantes acerca de uma mesma medida justificada sob um mesmo fundamento.

Por outro lado, verifica-se na hipótese um conflito que foge à caracterização de um “conflito de normas” ou um “conflito de jurisdição”. Trata-se, em verdade, de um “conflito de normas concretas” ou um “conflito em termos práticos”, ou seja, aquele verificado após a aplicação do direito pelos órgãos de solução de controvérsias, que determina a adoção de uma decisão político-diplomática pelo país destinatário das decisões.

Ainda que não se tenha verificado a ocorrência de um conflito de jurisdição, a análise de como o “conflito em termos práticos” foi solucionado, ou seja, de qual decisão foi adotada, se a do MERCOSUL ou a da OMC, possibilita inferir se um dos dois sistemas foi privilegiado na hipótese, e, em caso afirmativo, qual sistema prevaleceu, o que indica uma solução para o problema proposto neste artigo.

Conforme verificado, após o fim da controvérsia no âmbito da

OMC, a Portaria SECEX 24/2009 retomou a proibição geral aplicada pela Portaria SECEX 8/00 do Brasil, impugnada pelo Uruguai e considerada ilegítima pelo Tribunal Arbitral do MERCOSUL em 2001. Constata-se, portanto, que o Brasil optou por implementar a determinação do Corpo de Apelação da OMC, ainda que passando a desrespeitar a decisão anterior do MERCOSUL. Os motivos que levaram o país a fazê-lo são, primordialmente, como afirmado, de ordem político-diplomática. Isso não excluiu, contudo, a fragilização do poder coercitivo e vinculante atribuído ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

O que significa, em termos práticos, a adoção das medidas brasileiras para adequação à determinação da OMC, em desrespeito a uma decisão anterior do MERCOSUL, ainda é objeto de incerteza. Não existem indicativos concretos de que o Uruguai pretenda recorrer ao mecanismo de solução de controvérsias do Acordo Regional para buscar reparações pelo descumprimento do Laudo Arbitral, e a situação parece destinar-se a consolidar-se sem mais discussões.

Não obstante se tenha constatado, na controvérsia analisada, que o sistema de solução de controvérsias da OMC tende a não enfrentar a questão da legitimidade dos Acordos Regionais de Livre Comércio, comprovando o que afirmam aqueles que sustentam a abordagem desvinculada da noção de prevalência entre os dois sistemas, a opção brasileira por implementar a decisão emitida pelo mecanismo de solução de controvérsias da OMC demonstra que, na prática, os países ainda concebem uma relação de prevalência que sobrepõe a OMC aos Acordos Regionais de Livre Comércio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A solução de controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008.

BÖHLKE, Marcelo. Integração Regional & autonomia do seu ordenamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2007, p 26.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Departamento de Operações de Comércio Exterior. Portaria n. 8, de 1991 de 13 de maio de 1991. Publicada no Diário Oficial da União em 14 de maio de 1991.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 8, de 25 de Setembro de 2000. Publicada no Diário Oficial da União em 27 de Setembro de 2000.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 2, de 8 de março de 2002. Publicada no Diário Oficial da União de 11/03/2002.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 17, de 1º de dezembro de 2003. Publicada no Diário Oficial da União de 02/12/2003.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 14, de 17 de novembro de 2004. Publicada no Diário Oficial da União de 23/11/2004.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. Portaria n. 24 de 26 de agosto de 2009. Publicada no Diário Oficial da União em 28 de agosto de 2009.

DIHN, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2ª Edição. Traduzido por Vítor Marques Coelho. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003.

HURREL, Andrew. O ressurgimento do regionalismo na política mundial. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, jan./jul. 1995. Apud. AMARAL JUNIOR, Alberto do. A solução de controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008.

KEOHANE, Robert; NYE JR. Joseph. Globalization: What's new? What's not? (And so what?). Foreign Policy. Spring 2000. Apud. PRAZERES, Tatiana Lacerda. Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo. Universidade de Brasília. Instituto de Relações Internacionais. Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais - Doutorado. 2007. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/4894/1/Tese_TatianaLacerdaPrazeres.pdf>. Último acesso em 18 de fevereiro de 2011.

KUIJPER, Pieter Jan. Conflicting Rules and Clashing Courts. The case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO. International Centre for Trade and Sustainable Development. September, 2010. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/2010/11/j_kuijper_web_6.pdf>. Último acesso em 07 de maio de 2011.

KUIJPER, Pieter. Conflito de regras e de jurisdição: qual o papel da OMC?[1]. International Centre for Trade and Sustainable Development. Pontes Bimestral. Volume 6. Número 5. Dezembro de 2010. Disponível em <<http://ictsd.org/i/news/pontes/99021/>>. Último acesso em

02/05/2011.

KWAK, Kyung e MARCEAU, Gabrielle. Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAS. Conference on Regional Trade Agreements. World Trade Organization. 26 de Abril de 2002. Website da OMC. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/sem_april02_e/marceau.pdf>. Último acesso em 19 de fevereiro de 2011.

MERCOSUL. Códigos e descrições – Nomenclatura Comum do MERCOSUL.

MERCOSUL. Decisão do Conselho do Mercado Comum n. 22 de junho de 2000.

MERCOSUL. Laudo do Tribunal Arbitral “Ad Hoc” do MERCOSUL constituído para decidir sobre a controvérsia apresentada pela República Argentina à República Federativa do Brasil sobre “Obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro. Não incorporação das Resoluções GMC Nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, o que impede sua entrada em vigência no MERCOSUL”.

MERCOSUL. Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL constituído para entender da controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre “Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes de Uruguai”. 9 de janeiro de 2002.

MERCOSUL. Resolução do Grupo Mercado Comum n. 109 de 1994.

MOROSINI, Fabio Costa. The MERCOSUR and WTO Retreaded Tires Dispute: Rehabilitating Regulatory Competition in International Trade and Environmental Regulation. Dissertation Presented to the Faculty of the Graduate School of the University of Texas at Austin in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy. The University of Texas at Austin. December, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994. Tradução Oficial disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mas-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1-1-1-acordo-geral-de-tarifas-e-comercio-1994-gatt-1994/?searchterm=gatt>>. Último acesso em 03 de maio de 2011. Deve ser lido em conjunto com o General Agreement on Tariffs and

Trade 1947 (GATT 1947). Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Último acesso em 03 de maio de 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil – Medidas que afetam a importação de pneus reformados. Relatório Final (Parte Factual e Conclusões). WT/DS332/R. 12/06/2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil – Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Relatório do Painel. WT/DS332 /R. 12 de junho de 2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/participacao-do-brasil-nos-contenciosos-documentos/brasil-como-demandado/ds-332-brasil-medidas-relativas-a-importacao-de-pneus-reformados-comunidades-europeias/1-painel/12-jun-2007-relatorio-final-do-painel-parte-factual-e-conclusoes-portugues>>. Último acesso em 03 de maio de 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil – Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Segunda Petição do Brasil. 11 de Agosto de 2006. Tradução do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/participacao-do-brasil-nos-contenciosos-documentos/brasil-como-demandado/ds-332-brasil-medidas-relativas-a-importacao-de-pneus-reformados-comunidades-europeias/1-painel/11-ago-2006-segunda-peticao-do-brasil>>. Último acesso em 16 de junho de 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brasil – Medidas que Afetam a Importação de Pneus Reformados. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS332/AB/R. 3 de dezembro de 2007. Documento traduzido pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

PAUWELYN, Joost. Legal Avenues to “Multilateralizing Regionalism”: Beyond Article XXIV. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2011.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo. Universidade de Brasília. Instituto de Relações Internacionais. Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais – Doutorado. 2007. Disponível em: <<http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/4894/1/>

Tese_TatianaLacerdaPrazeres.pdf>. Último acesso em 18 de fevereiro de 2011.

SCHUEERMAN, William. Globalization. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition). Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/globalization/>>. Último acesso em 18 de fevereiro de 2011.

TRATCHMAN, Joel. Institutional linkages: Transcending "Trade and ...". Australian Journal of International Law. 2002. Vol. 96, Nº 1.

KUIJPER, Pieter Jan. Conflicting Rules and Clashing Courts. The case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO. International Centre for Trade and Sustainable Development. September, 2010. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/2010/11/j_kuijper_web_6.pdf> Último acesso em 02/05/2011.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Público. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Status Report by Brazil. Addendum. WT/DS332/19/Add. 6. 15 de setembro de 2009.

WORLD TRADE ORGANIZATION. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Report of the Panel. WT/DS58/R. 15 de maio de 1998.

WORLD TRADE ORGANIZATION. United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Report of the Panel. WT/DS2/R. 29 de janeiro de 1996.

FUNDO SOCIAL DO PRÉ-SAL

Renata Barbosa Fontes da Franca¹

Sumário: A grandeza do pré-sal. A "maldição do petróleo" ou "o paradoxo da abundância. Conceito e constituição dos Fundos Sociais, os *oil funds*. Classificação dos fundos sociais. O Fundo Social do Pré-Sal (Lei 12.351/2010). Críticas.

I - Do "Relatório Link" à grandeza do pré-sal.

"É no mar, e não na terra" que está a grande riqueza de petróleo e gás natural do Brasil, afirmava o geólogo americano Walter K. Link, contratado pelo governo brasileiro na década de 50 para estudar as bacias geológicas de petróleo no Brasil. Naquele tempo, só havia exploração de petróleo *onshore* no país. Passadas algumas décadas, o criticado geólogo mostrou estar certo, ao menos quanto à possibilidade de melhor exploração do petróleo no Brasil no "escudo continental" (mar) e não na terra.

E com os olhos voltados para o mar, a Petrobrás anunciou em

¹ Subprocuradora-Geral do Distrito Federal, Advogada-sócia da Advocacia Fontes S/S e colaboradora do Grupo de Estudos de Recursos Naturais da UnB - GERN-Unb.

2007 que “as descobertas no Pré-Sal nos elevam a um novo patamar de reservas e produção de petróleo, em posição de destaque no ranking das grandes empresas de energia. Com a experiência adquirida no desenvolvimento de campos em águas profundas, nossos técnicos estão preparados, hoje, para desenvolver as acumulações descobertas no Pré-Sal (...). A meta é alcançar, em 2017, produção diária superior a 1 milhão de barris de óleo nas áreas do Pré-Sal em que operamos”².

Iniciaram-se, então, os debates em audiências públicas para se estabelecer um marco regulatório sobre a exploração de petróleo e gás nas áreas do pré-sal. Em 31 de agosto de 2009, o Planalto apresentou em cerimônia pomposa quatro projetos leis³ que redundaram na edição da Lei n. 12.351/2011⁴.

Ainda sob o impacto do otimismo, e do alvoroço que se criou em torno das riquezas que advirão do pré-sal, é necessário cautela e meditação. Ao que se pode pressupor óbvia relação entre aumento de riqueza e prosperidade social há que se cogitar a questão: as vultosas receitas geradas para o país em decorrência da exploração da área do pré-sal significarão, obrigatoriamente, desenvolvimento econômico e social como se imagina? Avançados estudos econômicos, com base em modelos externos, acendem o alerta vermelho a essa presunção. É a chamada “maldição do petróleo” ou “o paradoxo da abundância”.

O presente estudo compreende a análise do fundo social do pré-sal, incluído na Lei n. 12.351/2011, Capítulo VII, nos parágrafos de 47 a 60, dentro desse cenário de euforia da descoberta do pré-sal como solução instantânea para todos os males do país, como se anteviu na “Carta do IBRE”, *in verbis*: “a descoberta de imensas reservas de petróleo na camada do pré-sal traz para o Brasil os dilemas tradicionais dos países que são grandes produtores da mais importante *commodity* global. Se, por um lado, o pré-sal é uma notícia extremamente positiva para o país, por outro exige a montagem de um modelo que elimine ou minimize os consideráveis riscos fiscais e cambiais que caracterizam a chamada “maldição do petróleo”. Uma das peças fundamentais dessa arquitetura, no caso brasileiro, é o Fundo Social do pré-sal, a ser insti-

² [HTTP://www.petrobras.com.br](http://www.petrobras.com.br).

³ Dos quatro PLs saíram 3 Leis; além da 12.351, a Lei de Capitalização da Petrobras, 12.276/10, e a Lei da Petro-sal, 12304/2010.

⁴ Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos, sob o regime de partilha de produção em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, cria o Fundo Social – FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recurso; altera dispositivos da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências”.

tuído pelo Projeto de Lei 5.940, de 2009”⁵.

II - A “Maldição do petróleo” ou “o paradoxo da abundância”.

Nos anos 50 e 60, iniciaram-se os estudos acerca dos impactos negativos resultantes da exploração de recursos naturais. Economistas⁶ desenvolveram estudos no sentido de que os países exportadores de produtos primários (países de periferia) estariam em desvantagem em relação aos países industrializados (países de centro).

Nos anos 70, ocorreu a primeira crise mundial do petróleo. Os estudiosos e os países produtores de petróleo desenvolveram estudos sobre os possíveis efeitos nocivos dos lucros abundantes para o desenvolvimento da economia dos países exportadores de petróleo.

Nessa época, ocorreu na Holanda (Países Baixos) a chamada “*ducht disease*” ou “mal holandês” na exploração de grandes jazidas de gás natural no Mar do Norte. O Mal holandês é uma “teoria econômica segundo a qual um aumento de receita decorrente da exportação de recursos naturais desestimula a indústria de uma nação devido à valorização cambial. Chama-se assim porque, nos anos 60, houve uma escalada dos preços do gás, que aumentou substancialmente as receitas de exportação da Holanda, valorizou o florim (moeda da época) e derrubou as exportações dos demais produtos do país, por falta de competitividade”⁷.

Com o passar dos anos, observou-se que não só a supervalorização cambial (mal holandês), decorrente da abundância de recursos trazidos pelo petróleo, pode trazer retração do desenvolvimento do país produtor, mas, também, a má gestão na alocação desses recursos extras gera retração.

Cunhou-se, assim, a expressão “maldição do petróleo” ou “o paradoxo da abundância”, ou seja, ao contrário do que se pode inferir, as reservas de petróleo e gás embora possam representar num primeiro momento aumento da renda nacional e melhoria na balança comercial, há a possibilidade de trazer retração a alguns setores da economia e à própria sociedade.

⁵ Carta do IBRE. Vol 64. N. 1. Janeiro 2010.

⁶ Raul Prebisch e Hans Singer, trabalhos citados no artigo “Dutch Disease e os Fundos Soberanos de Petróleo e Gás” de Giovani R. Loss in *Direito do Petróleo e de outras Fontes de Energia*. Lumen Juris. Editora. Coordenador Alexandre Santos de Aragão. Pág. 111.

⁷ Revista de audiências públicas do Senado Federal. Ano 1. N.1. abril de 2010. O Senado e o desafio da exploração do pré-sal. Pág. 16.

Segundo Giovanni R. Loss⁸, a transmissão da “maldição do petróleo”, em resumo, pode dar-se em quatro situações: a) na questão cambial com a supervalorização da moeda do país produtor de petróleo (mal holandês); b) no declínio, a longo prazo, dos valores dos produtos primários, o que pode ocorrer em países com setor industrializado pouco desenvolvido, cujos valores recebidos pela venda dos produtos primários é menor do que os dos produtos industrializados; também, a longo prazo, o aumento do valor real dos produtos industrializados em contraposição à diminuição do valor real dos produtos gera déficit na balança comercial; c) na flutuação de preços, pois as violentas flutuações de preços em períodos curtos de tempo dificultam qualquer tipo de política fiscal, além de inibir investidores que não têm segurança sobre o retorno dos investimentos e; e) na intervenção governamental, com a abundância de receitas decorrente da exploração do petróleo e gás, da qual o Estado é o proprietário, geram-se grandes expectativas na população que passa a exercer pressão constante por melhoria de vida coletiva. Assim, os governos aplicam de forma imediata esses recursos em políticas de desenvolvimento aparentemente benéficas, mas que, *a posteriori*, se mostram inadequadas e inoportunas, porque introduzem uma alteração do curso natural do desenvolvimento da economia com prejuízos para a sociedade a médio e longo prazos. Ainda segundo Loss, a intervenção governamental poderá se dar, por exemplo, por meio de criação de vultosos subsídios e protecionismos exacerbados de determinados setores, o que leva à perda de competitividade das indústrias desses setores e, por consequência, a desequilíbrios fiscais com grandes efeitos para o crescimento da economia. Por fim, é comum que a abundância de renda gere nos governos um “relaxamento” nos gastos públicos. Assim, ocorrem gastos excessivos em projetos com impactos econômicos e sociais duvidosos. Por ser uma renda alternativa, com menor controle do que os tributos, a concentração de dinheiro nas mãos de poucos administradores que têm o poder de livre decisão sobre a aplicação da renda enseja um aumento da corrupção e do tráfico de influências.

Nesse cenário, a criação de um Fundo Soberano de Riqueza, denominado na Lei n. 12.351/2010 de Fundo Social do Pré-Sal, é um mecanismo criado pelos países produtores de petróleo, visando a combater a “maldição do petróleo” ou “o paradoxo da abundância”.

⁸ Idem 3, págs. 113/117.

III - Conceito e constituição dos Fundos Soberanos de Riqueza, os *oil funds*.

Como se observou ao longo da história, a riqueza decorrente da exploração do petróleo e do gás nem sempre trouxe aos países produtores prosperidade para o conjunto da sociedade. É o que se verifica em alguns países da América Latina, África e Ásia, onde beneficiadas mesmo tem sido as superelites. Apesar das imensas riquezas advindas da exploração de abundantes poços de petróleo, o abismo da desigualdade social é cada vez mais profundo. Dai a afirmação de que esses países foram atingidos pela nefasta “maldição do petróleo”.

Nesse cenário de crescimento das rendas oriundas da exploração de minérios e outros produtos valiosos, foram criados os Fundos Soberanos de Riqueza. O primeiro deles foi constituído em 1953 pelo Kuwait, o *Kuwait Investment Board* (KIB). Dependente exclusivamente de suas reservas petrolíferas, esse país criou o fundo com o objetivo de buscar retorno de longo-prazo com a compra de ativos não correlacionados ao petróleo. No fim da década de 50, surgiram outros Fundos Soberanos de Riquezas como o de Kiribati (1956) e Novo México (1958).

Nas décadas de 1970 e 1980, outros países criaram seus *oil funds*: *Abu Dhabi Investment Authority* (ADIA), o maior do mundo atualmente, e o *Alaska Permanent Fund* (APF), maior Fundo Soberano de Riqueza dos EUA.

Outros fundos não baseados em receitas petrolíferas também foram criados nessa época: o *Copper Stabilization Fund* (CSF) do Chile, um dos poucos fundos sul-americanos e único do mundo sustentado por exportações de cobre, e o *Government of Singapore Investment Corporation* (GIC), maior fundo não constituído em *commodities*.

Na década de 1990, foram criados importantes fundos como o da Noruega, o *Government Pension Fund Global* (GPF), o *State Oil Fund* (SOFAZ) do Azerbaijão e o *SAFE Investment Company*, China.

Dos anos 2000 a 2010, observou-se o maior crescimento no número de FSRs, com a criação de 34. Atualmente, são 59 FSRs, sendo 37 ligados a petróleo e gás, 5 de outras *commodities* e 16 não relacionados a *commodities* (Anexo I). Esses números, no entanto, aparecem de forma diversificada. O *U.S. Government Accountability Office* indica a presença de 48 FSs, sendo 20 do tipo *commodity*.

Esse crescimento no número de FSRs fez com que o mercado financeiro internacional se movimentasse, visando a estabelecer regras de governança e princípios institucionais e legais dos FSs. Assim, em

abril de 2008, o FMI fundou o *International Working Group of Sovereign Wealth Funds* (IWG)⁹, constituído por 23 países-membros do FMI. A preocupação do FMI (do mercado financeiro) em “institucionalizar” os FSRs se deu para dissipar as desconfianças dos países receptores de que os FSRs pudessem ser usados estrategicamente para alcançar outros objetivos que não meramente econômicos. Assim, editou-se o documento denominado “Princípios de Santiago”, em outubro de 2008, cujos preceitos mais importantes são: transparência e solidez jurídica e econômica (Anexo II).

Do que se pode apreender até o momento, os fundos sociais são, em essência, fundos de investimento (agregação de ativos financeiros). Ou, segundo Hely Lopes Meirelles, “fundo financeiro é toda reserva de receita para a aplicação determinada em lei”. Para Cretella Júnior, “é a reserva em dinheiro, ou patrimônio líquido, constituído de dinheiro, bens ou ações, afetado pelo Estado, a determinado fim”. A Lei n. 4.320/64¹⁰ define fundo financeiro em seu artigo 71 como “o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

Em resumo, o fundo social (FS) é espécie do gênero fundo soberano de riqueza (FSR), sendo que existem fundos soberanos do óleo ou os oil funds, cujas receitas agregadas são baseadas em *commodities* (oil funds) baseados só em petróleo e gás, é subtipo dos fundos de *commodities*, e os fundos soberanos cujas receitas são oriundas de exportações

⁹ “Sovereign wealth funds (SWFs) have recently been recognized as well-established institutional investors and important participants in the international monetary and financial system. This was highlighted by the International Monetary and Financial Committee (IMFC) when, in October 2007, it expressed the need for further analysis of key issues for investors and recipients of SWF flows, including a dialogue on identifying best practices.

¹⁰ The International Working Group of Sovereign Wealth Funds (IWG) was established at a meeting of countries with SWFs on April 30–May 1, 2008, in Washington, D.C. In the meeting, it was agreed that the IWG would initiate the process, facilitated and coordinated by the International Monetary Fund (IMF).

¹¹ 2 IWG member countries are Australia, Azerbaijan, Bahrain, Botswana, Canada, Chile, China, Equatorial Guinea, Islamic Republic of Iran, Ireland, Korea, Kuwait, Libya, Mexico, New Zealand, Norway, Qatar, Russia, Singapore, Timor-Leste, Trinidad and Tobago, the United Arab Emirates, and the United States. Permanent observers of the IWG are Oman, Saudi Arabia, Vietnam, the OECD, and the World Bank”. Relatório complete “Sovereign Wealth Funds, Generally Accepted Principles and Practices, ‘Santiago Principles’, October 2008. Pág.1.

¹² Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

de outros tipos de produtos, principalmente manufaturados, como é o caso dos fundos não-*commodities*, de China e Cingapura.

III.I - Classificação dos fundos soberanos.

A doutrina indica várias classificações para os fundos soberanos¹¹. Há FSRs sem personalidade jurídica, ou seja, que se formam a partir da agregação de ativos sob o controle da autoridade governamental pertinente, submetidos a uma legislação específica (são os FSRs virtuais, como o do Kazakstan). Há também os FSRs que são entidades separadas do governo, com personalidade jurídica própria, regidos pelas mesmas leis a que se sujeitam as demais empresas nacionais. São os FSRs reais, como o Kia, Fundo do Kuwait.

Os doutrinadores destacam que a adoção de uma forma jurídica ou outra não influencia no nível de integração com a política fiscal do governo. Trata-se apenas de uma decisão soberana do país, de caráter legal e administrativo. Os mesmos fins econômicos, políticos e sociais podem ser alcançados pelo *oil funds* virtuais ou reais. Porém, os FSRs reais têm a vantagem de retirar do governo a discricionariedade do Poder Executivo quanto à aplicação das rendas. Reforça-se, assim, o vínculo das rendas aos ditames legais, e não aos critérios exclusivos do Poder executivo.

Os fundos podem ser criados por lei/decreto ou por emenda à Constituição. No caso do Brasil, os fundos só podem ser criados por meio de lei, conforme previsto no artigo 167, IX, da Constituição Federal.

Os fundos, quanto à origem das receitas, podem ser de *commodities*, ou seja, fundos formados com receitas auferidas, em sua maior parte, pela exportação de petróleo/gás natural, também chamados de *oil funds*, há os fundos cujas receitas advêm de outras *commodities* (Chile, por exemplo, com cobre). Por fim, existem os fundos soberanos cujas rendas são oriundas de outras fontes, como os produtos manufaturados, da China e de Cingapura.

Quanto aos objetivos, os FSRs são classificados como:

- fundos de estabilização: os FSRs com essas características visam a proteger o orçamento do governo e a economia como um todo de oscilações no preço das *commodities* (ou qualquer que seja o princi-

¹¹ No presente estudo, colhe-se a classificação atribuída no “Relatório II – Fundos Financeiros Baseados em receitas de petróleo e gás, trabalho realizado pela Tozzini Freire Advogados, com recursos do Fundo de Estruturação de Projetos do BNDES, no artigo do jurista Giovanni R. Loss citado item 3 e no *International Monetary Fund. Sovereign Wealth Funds – A Work Agenda. February 29, 2008.*

pal produto de exportação do país). Esses fundos funcionam como reservas a serem gastas quando houver variação de preços que afete o caixa do governo e, por consequência, a economia do país. É o caso da Rússia e Chile.

- fundos de acumulação ou poupança: sabe-se que a renda oriunda da exploração e produção de petróleo e gás é finita, o que significa dizer que as gerações futuras não usufruirão de seus benefícios. Há, portanto, um aspecto intergeracional importantíssimo a ser observado, qual seja: permitir que gerações futuras usufruam da riqueza gerada pelo petróleo, “transformando em infinita a riqueza finita gerada pelo Pré-Sal”. Assim, visa-se com os fundos de acumulação ou poupança visam a acumular e rentabilizar ativos possibilitando a preservação da riqueza nacional para gerações futuras. Tenta-se preservar o valor principal da receita e permite-se gastar, quando necessário, tão somente os rendimentos.

- fundos estratégicos (desenvolvimento)¹²: são os fundos cujas receitas são gastas para fins estratégicos específicos indicados pelo governo, por exemplo: receitas para estimular o parque industrial do país, investimento em infra-estruturas etc.

- fundos de investimento: objetivam reduzir o custo “negativo de carregamento”, expressão cunhada pelos economistas para indicar o mal holandês.

- fundos de reserva para a aposentadoria: objetivam custear futuros passivos fiscais gerados pelos fundos públicos de pensão.

Um fundo social pode almejar um, alguns ou todos os objetivos acima descritos e podem, também, alternar ou projetar tais objetivos para fases diferentes.

As regras que compõem esses fundos, por sua vez, são: discricionárias ou vinculadas. As regras discricionárias, como se pode inferir, permitem grande flexibilidade para administração do fundo, o que não é de todo ruim, ante a agilidade do mercado econômico que pede decisões rápidas. O ruim é que nesses casos, o controle das decisões é *a posteriori*, quando a decisão já tiver sido tomada.

Os fundos que adotam regras vinculadas, geralmente, exigem autorização legislativa para suas políticas de investimento. É a lei que fixa as alternativas de aplicação dos recursos e as quantidades disponíveis para tanto e o Poder Executivo se limita à aplicação da lei. Nesses casos, por exemplo, a lei pode proibir a aplicação de recursos do fundo

¹² *International Monetary Fund. Sovereign Wealth Funds – A Work Agenda. February 29, 2008.*

num determinado setor, até mesmo no setor de petróleo e gás, exigindo diversificação.

Sobre a política de investimento dos fundos (“regras de entrada ou retirada de recursos”), observa-se que os investimentos podem se dar a curto, médio e longo prazo. As aplicações a curto prazo (utilização imediata) visam a salvaguardar as necessidades sociais imediatas da população, ou seja, aplicação das rendas por meio de aumento dos gastos públicos, redução dos impostos em prol do consumo ou mesmo políticas sociais. No entanto, tais rendas podem ser utilizadas como medidas populares, político-eleitorais, já que não se preocupam com as gerações futuras, mas somente com a atual.

Os investimentos a médio prazo são aqueles realizados em ativos não financeiros, como o incentivo à atividade industrial, o que eleva o nível médio da população a médio e longo prazo, beneficiando-a população de forma indireta. A crítica feita pela doutrina é que, nesse tipo de investimento, as receitas podem ser utilizadas em investimentos equivocados, o que pode não gerar benefícios econômicos e sociais para a sociedade.

Por derradeiro, os investimentos realizados a longo prazo ocorrem quando as rendas petrolíferas são aplicadas em ativos financeiros ou redução da dívida pública. Assim, garantem-se dividendos para as gerações futuras. No entanto, a população atual é pouco beneficiada, e até alguns setores da economia podem sofrer atraso na promoção de seu desenvolvimento.

As formas de controle dos fundos, que devem seguir as regras de transparência e controle exigidas pelo “Princípios de Santiago”, são: a) vertical: quando ocorre dentro do próprio fundo, por meio de encaminhamento de relatórios periódicos elaborados pelos profissionais que nele trabalham para o alto escalão administrativo e para os órgãos políticos envolvidos na sua administração e; b) horizontal: quando o controle externo é exercido por meio de publicação de informações contábeis e financeiras do fundo em jornais de grande circulação, internet e, ainda, por auditorias e fiscalizações periódicas por entidades sem fins lucrativos ou por partidos políticos.

O *Government Pension Fund-Global* (GPF) é um dos fundos mais estudados do mundo, justamente pelo seu alto grau de transparência. Já o fundo de Abu Dhabi oculta do público informações básicas como, por exemplo, o montante dos ativos sob seu controle. O grau de transparência ou não do fundo está diretamente ligado ao grau de liberdade política do país. Os fundos de países de regimes ditatoriais (Irã e Abu Dhabi) possuem baixo teor de transparência, enquanto os

países de sistema democrático consolidado (EUA e Noruega) espelham exatamente alto nível de transparência de seus fundos.

Segundo os Princípios de Santiago, os mecanismos de governança, controle e supervisão dos fundos devem ser nitidamente separados em três níveis hierárquicos: a) *o proprietário*. é quem determina os objetivos, supervisiona suas atividades de acordo com a estrutura legal determinada para o FS, indica seu órgão diretor etc.; b) *o órgão diretor*. é o responsável legal pelo FS, com atribuição para implementar os meios hábeis para a consecução de seus objetivos, delegar responsabilidade, constituir comitês, eleger e destituir gestores. O que pode recair em entidade do próprio governo (Ministério da Fazenda, p.ex., nos casos dos FSs virtuais, sem personalidade jurídica) ou um conselho de administração autônomo (nos casos dos FSs reais); e c) *os gestores*. responsáveis pela execução da política de investimento determinada pelo órgão diretor ou questões de operação cotidianas dos FSs. São selecionados pelo órgão diretor do FS seguindo critérios definidos no seu regulamento ou estatuto.

IV - O Fundo Social do Pré-Sal.

Conforme mencionado no intróito deste estudo, a Lei n. 12.531/2010 é fruto de quatro projetos de leis diferentes: PL n. 5.938/2009 (regime de partilha); PL n. 5.939/2009 (criação da Petro-Sal); PL n. 5.940/2009 (criação do Fundo Social) e PL n. 5.941/2009 (capitalização da Petrobrás), os quais originaram três leis distintas: além da Lei n. 12.531/2010, as leis ns. 12.276/10 (Lei de Capitalização da Petrobrás) e 12.304/2010 (Lei do Petro-sal).

Esses projetos de lei foram objeto de audiências públicas com debates acalorados nas duas Casas Legislativas.

O PL. 5.940/2009, que possui apenas 13 artigos, foi submetido a parecer no Ministério de Minas e Energia, onde se ponderou que o artigo 167, IX, da Constituição Federal, exige lei específica para a instituição de fundos de qualquer natureza¹³.

Esse Projeto de Lei recebeu onze propostas de emenda no Senado:

1ª) Autoria: Senadora Rosalba Ciarlini (DEM/RN), com finalidade de projetar as reservas do fundo para "60% para as áreas de desenvolvimento da educação pública básica, da cultura e da saúde pública e 40% para combate à pobreza, desenvolvimento da ciência e tecnologia e de mitigação às mudanças climáticas";

¹³ Parecer CONJUR/MME n. 410/2009.

2ª) Autoria: Senador José Nery (PSOL/Pará), para "realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da saúde, da reforma agrária, da previdência, da ciência e tecnologia e sustentabilidade ambiental".

3ª) Marina Silva. Substituir a expressão "mitigação e adaptação às mudanças climáticas" por "proteção ao meio ambiente" e incluir previdência social.

4ª) Eduardo Suplicy. Permitir o uso dos recursos para financiar "Renda Básica da Cidadania" que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, conforme Lei n. 10.835, de 08 de janeiro de 2004".

5ª) Fátima Cleide, Ideli Salvatti, João Pedro e Inácio Arruda. Incluir "Do total da receita auferida pelo Fundo Social de que trata o caput, 50% deverão ser aplicados em programas direcionados ao desenvolvimento da educação pública, básica e superior".

6ª) Jefferson Praia (PDT/AM). "No mínimo vinte por cento dos recursos utilizados para financiar os programas e projetos previstos no caput deverão ser direcionado para programas e projetos que visem simultaneamente desenvolvimento tecnológico, combate à pobreza e preservação da Amazônia".

7ª) Marina Silva. "oferecer fonte regular de recursos par o desenvolvimento social, na forma de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza, educação, ciência e tecnologia e o meio ambiente".

8ª) Marina Silva. Para os recursos em projetos de sustentabilidade ambiental, "serão priorizadas as ações de mitigação da mudança do clima e de adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos".

9ª) Marina Silva. "oferecer fonte regular de recursos para a efetivação de pesquisas voltadas ao desenvolvimento tecnológico de energias renováveis, conservação marinha e proteção dos biomas brasileiros".

10ª) Idelti Salvati. "No mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos a serem aplicados no combate à pobreza serão repassados, em caráter permanente, ao FUNDO DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL".

11ª) José Nery (PSOL). 15% para o Ministério de Minas e Energia, a serem aplicados em investimentos, pesquisa e tecnologia energética, inclusive fontes alternativas de energia renováveis; 10% para o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, destinados ao desenvolvimento de estudos e projetos relacionados com a preservação do meio ambiente e recuperação de danos ambientais

causados pelas atividades da indústria do petróleo; 15% Ministério da Saúde; 15% Ministério da Educação; 10% habitação e saneamento básico; 10% infraestrutura; 10% reforma agrária; 10% previdência social e 5% combate à pobreza, desenvolvimento da educação, cultura, ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental. "Os recursos serão totalmente gastos durante o ano calendário, e não poderão ser contingenciados".

12ª) Sérgio Zambiasi. Incluir no artigo 7º a participação dos municípios no Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social. "§ 1º O CGFFS terá sua composição e funcionamento estabelecido em ato do Poder Executivo, assegurada a participação do Ministério de Estado da Fazenda, do Ministério de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Presidente do Banco Central do Brasil e de entidade de representação dos Municípios com abrangência nacional."

As emendas acima enumeradas demonstram a grande expectativa em fazer do Fundo Social do Pré-Sal uma panaceia para todos os males do Brasil.

Especial curiosidade mostra a emenda do Senador Eduardo Suplicy, que pretende permitir o uso dos recursos para "financiar 'Renda Básica da Cidadania' que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, conforme Lei n. 10.835, de 08 de janeiro de 2004"¹⁴. A origem da ideia está no *Permanent Fund Division Program* do Alasca, onde uma porção dos lucros do fundo é distribuída anualmente aos residentes do Alasca e podem ser livremente utilizados¹⁵. Não se trata aqui de discutir o acerto

¹⁴ Art. 1º É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário.

¹⁵ "Experiência da "Renda Básica de Cidadania" no Alasca começou, no início dos anos 60 com então prefeito de Bristol Bay, Jay Hammond, em uma pequena vila de pescadores. Hammond observou que mesmo com a grande riqueza proveniente da pesca local, seus moradores continuavam pobres. Foi então que propôs um imposto de 3% sobre o valor da pesca para um fundo que pertenceria a todos da comunidade e que seria distribuído de forma igualitária a todos. Inicialmente sofreu grande resistência, mas depois de implantada, a medida foi tão bem-sucedida que em 1974 se tornou governador do Estado do Alasca. Nessa época o governo americano havia recém descoberto reservas de petróleo no estado do Alasca. Entendendo que o petróleo pertencia ao cidadãos do estado, o governo do Alasca determinou que instituído uma taxa sobre o lucro sobre a exploração do petróleo. Assim, Hammond sancionou um projeto, que depois de algumas modificações fazia com que 50% dos royalties do petróleo fossem destinados ao "Fundo Permanente do Alasca", instituindo-se um pagamento igual, anualmente, a todos os habitantes do estado. As aplicações são feitas em títulos de renda fixa, ações

ou o desacerto do mérito da "Renda Básica da Cidadania", mas, sim, do uso do fundo social do pré-sal para manter o programa, o que parece despropositado ante o fato de que a dispersão do uso dos recursos do Fundo Social do Pré-Sal possibilita sua má-gestão, mais voltada para programas políticos-eleitorais.

Nas discussões e audiências públicas que ocorreram no Senado para a aprovação do Fundo Social, estimou-se que as reservas do Pré-Sal acrescentariam mais de 14 bilhões de barris, dobrando a capacidade atual e tornando suficientes nossas reservas de petróleo para os próximos 40 anos. Também se mencionou que as maiores reservas certificadas de petróleo são: Arábia Saudita, Irã, Iraque, Kuwait, Venezuela, Emirados Árabes, Rússia, Líbia. O Brasil surge em 16º lugar, e os Estados Unidos, 11º. Com o Pré-Sal o Brasil pode avançar para uma sétima ou oitava colocação¹⁶.

Também na fase de discussões para aprovação do PL n. 5.940/2009, consultores jurídicos do Senado emitiram pareceres, já destacando algumas impropriedades com relação ao Fundo Social do Pré-sal.

Os consultores afirmam que a aplicação dos recursos do Fundo Social do Pré-Sal em diversas áreas, *i.e.*, a dispersão no uso das verbas, aumenta a possibilidade de mudanças de orientação de gastos, seja em razão das preferências dos gestores, ou por critérios puramente políticos.

Ainda, obtemperaram que se deve investir em aumento de produtividade dos setores exportadores (ou que competem com importações) não ligados ao petróleo, uma vez que o uso dos recursos em educação, desenvolvimento tecnológico e infraestrutura podem contribuir fortemente para evitar o mal holandês no Brasil, mas a "erradicação da pobreza aumenta a probabilidade de ocorrência da doença holandesa no País, pois estimula o consumo de bens não-comercializáveis (basicamente serviços), o que gera elevação interna de preços e conseqüente valorização do câmbio real"¹⁷.

de empresas do Alasca, dos EUA e internacionais, inclusive brasileiras, além de investimentos imobiliários. O patrimônio do Fundo evoluiu de um bilhão de dólares, no início dos anos 80, para US\$ 32 bilhões em 2005. Cada pessoa residente no Alasca há um ano ou mais vem recebendo um dividendo anual, igual para todos, que varia de cerca de US\$ 300,00 no seu início, até US\$ 1.963,86 em 2000, passando para US\$ 845,76 em 2005" in pt.wikipedia.org/wiki/Renda_basica_de_cidadania.

¹⁶ Idem 5.

¹⁷ GOMES, Carlos Jacques Vieira; CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho, VIEGAS, Paulo Roberto Alonso, FREITAS, Paulo Springer. Avaliação da Proposta para o Marco Regulatório do Pré-Sal. Releitura jul./dez.2010.

Também advertiram que deve ser visto com cautela o excesso de poder dado ao Comitê Gestor do Fundo Social do Pré-Sal. Segundo os consultores, a lei deveria “estabelecer parâmetros mínimos referentes à aplicação de recursos, bem como a política de saques. Deveria haver maior participação do Congresso Nacional nas definições de metas de aplicação e resgate de recursos do Fundo Social”¹⁸.

Também houve crítica quanto à restrição da contratação de instituições financeiras federais para aplicação de recursos financeiros do Fundo. Argumentaram os consultores que os custos de administração dos fundos podem cair muito se houver concorrência entre as instituições financeiras para disputar quem oferecerá o melhor serviço. A CEF e o Banco do Norte, por exemplo, que administram fundos públicos, cobram elevados custos de administração. A contratação dos serviços bancários deve ser ampla e realizada mediante licitação, concluíram.

Com relação à proibição de remuneração dos membros do Comitê Gestor e do Conselho Deliberativo, destacaram que, *in verbis*, “presume-se que é necessário algum tipo de capacitação para participar desses órgãos e que os membros terão de dedicar tempo para as atividades, analisando relatórios, participando de reuniões, propondo sugestões etc. Não há por que ser um trabalho não-remunerado. Isso aumenta a probabilidade de indivíduos incompetentes ou mal-intencionados se dedicarem às atividades”¹⁹.

Houve crítica ainda com relação à subordinação do Fundo Social do Pré-Sal à Presidência da República que “poderá ser usado para barganhas políticas, concentrando mais poder em suas competências. Isso reforça ainda mais a necessidade de a Lei prever, com maior precisão, os critérios de saques e aplicações dos fundos”²⁰.

O PL n. 5.940/2009 não deixa evidente até onde vai a competência do CGFFS na decisão de aplicação de recursos do FS e qual o poder de interferência do Tesouro Nacional na alocação dos recursos. Por isso, resume o parecer, é preocupante não haver previsão de limites legais mínimos, impostos aos gestores do FS quanto à movimentação de recursos financeiros e à realização de investimentos em ativos. Pelo texto, tais limites ficam a critério do estatuto do fundo. Também se prevê que o CGFFS irá definir o montante a ser resgatado do FS, “assegurada sua sustentabilidade financeira”, mas não há definição do que seja “sustentação financeira”. Quais serão os parâmetros? Indagam os consul-

¹⁸ Idem 14, fls. 159.

¹⁹ Idem 14, fls. 160.

²⁰ Idem 14, fls. 161.

tores. Os saques não poderão superar o rendimento das aplicações ou a variação de ativos do fundo? Deveria a lei estabelecer que os saques do fundo não podem superar a rentabilidade nominal das aplicações financeiras, o que permitiria a preservação da rentabilidade real das aplicações. Isso garantiria a fruição do FS para as gerações futuras.

Por derradeiro, destaca-se que seria importante a participação do Congresso Nacional nas definições de metas e aplicação de recursos do FS, o que não está previsto no PL n. 5.940/2009.

Não obstante tais críticas e as amplas discussões, esse projeto de lei foi aprovado com alterações inexpressivas. O quadro comparativo entre o Projeto de Lei n. 5.940/2009 e a Lei n. 12.351/2010, artigos 47 a 65 (Anexo III) demonstra isso.

De fato, no capítulo que trata da “Definição e Objetivos do FS”, apenas foram incluídos outros objetivos para aplicação do FS como o esporte, a saúde pública, o meio ambiente e “mitigação e adaptação às mudanças climáticas” (art. 47 da Lei n. 12.351/2010).

Os objetivos do FS mantiveram-se intactos (artigo 48): poupança, desenvolvimento e estabilização.

Quanto aos recursos do FS (art. 49), na audiência ocorrida no Senado acerca da discussão do Fundo Social, Painel 3, no dia 27/10/2009, o expositor convidado Edmilson Moutinho dos Santos (Professor do Instituto de Eletrotécnica e Energia da USP) sugeriu a inclusão de parcela dos *royalties* que cabem aos estados e municípios. Afirmou que “esses entes federativos continuariam sendo os titulares dos recursos, tendo, assim, o direito ao resultado de suas aplicações”. O Senador Eliseu Resende entendeu que a proposta era justa, mas inconstitucional por representar “interferência indevida no uso de recursos dos entes subnacionais”. Assim, os recursos a constituírem o FS permaneceram os previstos no Projeto de Lei n. 5.940: bônus de assinatura, parcela dos royalties da União, a receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos da União, os resultados das aplicações financeiras e outros recursos. A Lei n. 12.351/2010, ainda, fez alterações nos artigos 49, § 3º e 50, § 4º, da Lei n. 9478/1997²¹ (Lei do

²¹ “Art. 49. § 3º Nas áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão, a parcela dos royalties que cabe à administração direta da União será destinada integralmente ao fundo de natureza contábil e financeira, criado por lei específica, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, do esporte, da saúde pública, da ciência e tecnologia, do meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, vedada sua destinação aos órgãos específicos de que trata este artigo.” (NR)

petróleo), para constituir recursos para o FS das parcelas dos *royalties* e da participação especial da União também “nas áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão”.

O capítulo destinado à política de investimentos do FS incluiu prescrição no sentido de que estabelecer que “os investimentos e aplicações do FS serão destinados preferencialmente a ativos no exterior, com a finalidade de mitigar a volatilidade de renda e de preços da economia nacional” (parágrafo único do artigo 50). Ainda, definiu-se que os recursos do FS para aplicação nos programas e projetos “deverão ser os resultantes do retorno sobre o capital” (art. 51), garantindo sua sustentabilidade econômica (parágrafo único). Ou seja, a regra é aplicar nos projetos e programas somente os dividendos dos recursos do FS, reforçando seu objetivo de poupança para as gerações futuras.

Ainda quanto ao tópico da política de investimentos do FS, a Lei n. 12.351/2010 foi mais minudente ao estabelecer que o Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social – CGFSS terá a participação obrigatória do Ministro de Estado da Fazenda, do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Presidente do Banco Central do Brasil (art. 52, § 1º), enquanto o Projeto de Lei n. 5.940/2009 se limitava a prescrever que o CGFSS “terá sua composição e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo”. Manteve-se intacta a prescrição de que somente as instituições financeiras federais atuarão como agentes operadores do FS “as quais farão jus a remuneração pelos serviços prestados” (art. 54).

Sobre a Gestão do FS, a lei manteve o Conselho Deliberativo do Fundo Social – CDFS como órgão deliberador e com atribuição de “propor ao Poder Executivo, ouvidos os Ministérios afins, a prioridade e destinação dos recursos resgatados pelo FS para as finalidades estabelecidas no art. 47, observados o PPA, a LDO e a LOA”. Assim, o artigo 58 da lei reforçou a observância do FS aos ditames do plano plurianual – PPA, a lei de diretrizes orçamentárias – LDO e as respectivas dotações consignadas na lei orçamentária anual – LOA, previsto no § 1º do artigo 47, determinando a oitiva prévia dos Ministérios afins. Curiosa é a alteração do § 1º desse artigo que, como o projeto, remeteu ao Poder Executivo a competência para determinar a “composição, competências e o funcionamento do CDFS”. O projeto de lei, no entanto, previa

“Art. 50. § 4o Nas áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão, a parcela da participação especial que cabe à administração direta da União será destinada integralmente ao fundo de natureza contábil e financeira, criado por lei específica, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, do esporte, da saúde pública, da ciência e tecnologia, do meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, vedada sua destinação aos órgãos específicos de que trata este artigo.” (NR)

expressamente a participação de “representantes da sociedade civil e da administração pública federal” no CDFS, mas tal representação obrigatória foi suprimida na lei.

Ainda com relação à gestão do FS, a lei foi além do projeto de lei para incluir maiores atribuições e critérios de planejamento de ações ao CDFS como a obrigatoriedade de submeter os programas e projetos a critérios e metas pré-fixados, bem como “a criteriosa avaliação quantitativa e qualitativa durante todas as fases de execução, monitorando os impactos efetivos sobre população e nas regiões de intervenção” e a utilização dos recursos para “redução das desigualdades regionais” (§ § 3º, 4º e 5º do artigo 58).

Em resumo, não obstante as discussões e críticas, o nosso Fundo Social do pré-sal, seguindo a classificação apresentada neste estudo, ficou assim:

- foi criado por lei ordinária, conforme exigência constitucional (art. 167, IX, CF);
- possui natureza contábil e financeira (“dinheiro carimbado”), um fundo virtual;
- vinculado à Presidência da República com caráter altamente monopolizante;
- objetivos: poupança, desenvolvimento e estabilização;
- vedação para que seja usado como garantia;
- política de investimentos: rentabilidade, segurança e liquidez;
- utilização do retorno do capital para cumprir seus objetivos;
- a política de investimentos fica por conta do Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social – CGFSS, sendo que cumpre ao Conselho Deliberativo do Fundo Social – CDFS propor ao Poder Executivo como gastar as receitas do FS, seguindo o orçamento (PPA, LDO e LOA);
- o fundo de investimento específico (art. 55) (fundo de ações, renda fixa etc.) é o que vai atuar no mercado;
- o controle externo é do legislativo, por intermédio dos meios comuns de controle. A lei determina o encaminhamento de relatórios trimestrais de desempenho ao Congresso Nacional (art. 60) e as demonstrações contábeis e os resultados das aplicações do FS semestralmente, forma da Lei n. 10.180/2001²².

V - CONCLUSÃO

Por tudo o que se apreendeu e se dispôs ao longo deste estudo, observa-se que o Fundo Social Pré-Social pode estar superestimado. O Professor Edilson Moutinho dos Santos (Professor do Instituto de

²²Lei que “organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências”.

Eletrotécnica e Energia da USP), na audiência pública de 27/10/200, no Senado, afirmou que “exercícios de simulação baseados em hipóteses conservadoras mostram que o Fundo Social pode chegar, em 2030, com recursos da ordem de US\$ 80 bilhões, se não houver exploração no Pré-Sal, e de US\$ 120 bilhões, havendo exploração no Pré-Sal. Dependendo de como forem as regras de saques, será possível sacar permanentemente US\$ 4 bilhões ano, se a exploração do Pré-Sal for bem sucedida, ou US\$ 1 bilhão por ano, se não houver Pré-Sal. Mesmo nesse último caso, os recursos seriam suficientes para financiar todos os gastos de pesquisa e desenvolvimento da área do petróleo”²³.

Ainda que haja excesso de otimismo, não há dúvidas de que a exploração das áreas do pré-sal trará ao Brasil rendas expressivas e, nesse cenário que se aproxima, a criação de um fundo social eliminará ou diminuirá os riscos da “maldição do petróleo”, cujos fatores para sua concretização, como se estudou são: questão cambial (supervalorização da moeda), declínio dos valores primários (países com fraco setor industrializado), flutuação de preços e, por fim, aspectos de governança.

Desses fatores mencionados, imagina-se que o país esteja a salvo dos três primeiros obstáculos (questão cambial, declínio dos valores primários e flutuação de preços) por possuir hoje um setor industrial bastante diversificado e uma economia mais forte e equilibrada. A preocupação resta quanto ao último aspecto, qual seja, a governança.

A abundância de receitas decorrentes da exploração da área do pré-sal desde já cria grandes expectativas na população. O Brasil, não obstante o crescimento, ainda é comparado em termos de educação a países como o Zimbábue, cuja taxa de analfabetismo é menor do que a de alguns estados do Brasil. Segundo Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) divulgada em agosto de 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil ainda possui 14,1 milhões de analfabetos com mais de 15 anos (9,7% da população), sendo o maior percentual encontrado nos Estados da Paraíba, Alagoas e Piauí, que variam de 19,1 a 24,6% no grau de analfabetismo²⁴. O saneamento básico do país também apresenta números assustadores. Segundo dados oficiais das Nações Unidas²⁵, os indicadores do Brasil urbano

²³ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Agenda 2009-2015: Desafios estratégicos setoriais. Marco regulatório do Pré-Sal. Brasil 2009. Comissão de Serviços de Infraestrutura, Brasília, 2009.55p.

²⁴ Site IBGE. WWW.ibge.gov.br

²⁵ Site <http://unstats.un.org>

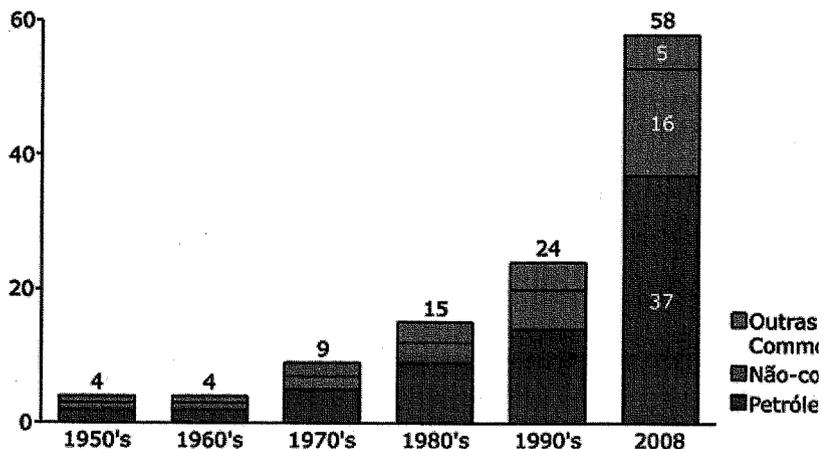
são inferiores aos de países como Jamaica, República Dominicana e os Territórios Palestinos Ocupados. Para o Brasil rural a situação é ainda pior: inferior a países em conflitos civis como Sudão e Afeganistão. A saúde pública é alardeada diariamente nos meios de comunicação como uma das piores do mundo. Enfim, os problemas elementares de infra-estrutura e serviços básicos do país são visíveis e inadiáveis.

Nesse espectro, especificamente ao que se estabeleceu em lei para o fundo social do pré-sal, observa-se que seu caráter monopolizante a favor do Executivo (Presidência da República) somados ao excesso de poder do Conselho Deliberativo e do Conselho Gestor e a dispersão do uso das rendas possibilitam mudanças de orientação de gastos em razão das preferências dos gestores, ou por critérios puramente políticos e, portanto, seu uso eleitoreiro com inevitáveis barganhas políticas.

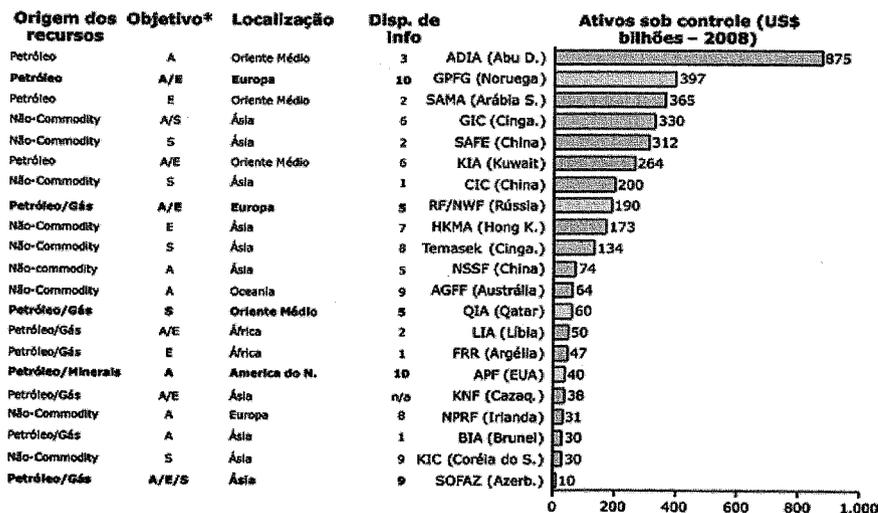
Tem-se esperança de que tão-logo o fundo social do pré-sal seja efetivamente implementado, o país novamente se debruce com cautela e reflexão nos objetivos de criação do FS e, assim, altere a lei para restringir o uso das verbas do fundo social, com a participação indispensável do Congresso Nacional (e, portanto, da sociedade) nas definições de metas e aplicação de recursos, sob pena de a sociedade observar estupefata e indefesa a ocorrência em solo brasileiro da temida “maldição do petróleo”.

ANEXO I – Os FSs existentes e os 30 maiores FSs do mundo. Extraído do “Relatório II – Fundos Financeiros Baseados em receitas de petróleo e gás”, trabalho realizado pela Tozzini Freire Advogados, com recursos do Fundo de Estruturação de Projetos do BNDES.

de FSs existentes



Os 30 maiores FSs do mundo:



ANEXO II – Princípios de Santiago. Extraído do site <http://www.iwg-swf.org>

• GAPP 1. Principle

The legal framework for the SWF should be sound and support its effective operation and the achievement of its stated objective(s).

o *GAPP 1.1 Subprinciple* The legal framework for the SWF should ensure the legal soundness of the SWF and its transactions.

o *GAPP 1.2 Subprinciple* The key features of the SWF's legal basis and structure, as well as the legal relationship between the SWF and the other state bodies, should be publicly disclosed.

• GAPP 2. Principle

The policy purpose of the SWF should be clearly defined and publicly disclosed.

• GAPP 3. Principle

Where the SWF's activities have significant direct domestic macroeconomic implications, those activities should be closely coordinated with the domestic fiscal and monetary authorities, so as to ensure consistency with the overall macroeconomic policies.

• GAPP 4. Principle There should be clear and publicly disclosed policies, rules, procedures, or arrangements in relation to the SWF's general approach to funding, withdrawal, and spending operations.

o *GAPP 4.1 Subprinciple* The source of SWF funding should be publicly disclosed.

o *GAPP 4.2 Subprinciple* The general approach to withdrawals from the SWF and spending on behalf of the government should be publicly disclosed.

• GAPP 5. Principle

The relevant statistical data pertaining to the SWF should be reported on a timely basis to the owner, or as otherwise required, for inclusion where appropriate in macroeconomic data sets.

• GAPP 6. Principle

The governance framework for the SWF should be sound and establish a clear and effective division of roles and responsibilities in order to facilitate accountability and operational independence in the management of the SWF to pursue its objectives.

• GAPP 7. Principle

The owner should set the objectives of the SWF, appoint the members of its governing body(ies) in accordance with clearly defined procedures, and exercise oversight over the SWF's operations.

• GAPP 8. Principle

The governing body(ies) should act in the best interests of the SWF, and have a clear mandate and adequate authority and competency to carry out its functions.

• GAPP 9. Principle

The operational management of the SWF should implement the SWF's strategies in an independent manner and in accordance with clearly defined responsibilities.

• **GAPP 10. Principle**

The accountability framework for the SWF's operations should be clearly defined in the relevant legislation, charter, other constitutive documents, or management agreement.

• **GAPP 11. Principle**

An annual report and accompanying financial statements on the SWF's operations and performance should be prepared in a timely fashion and in accordance with recognized international or national accounting standards in a consistent manner.

• **GAPP 12. Principle**

The SWF's operations and financial statements should be audited annually in accordance with recognized international or national auditing standards in a consistent manner.

• **GAPP 13. Principle**

Professional and ethical standards should be clearly defined and made known to the members of the SWF's governing body(ies), management, and staff.

• **GAPP 14. Principle**

Dealing with third parties for the purpose of the SWF's operational management should be based on economic and financial grounds, and follow clear rules and procedures.

• **GAPP 15. Principle**

SWF operations and activities in host countries should be conducted in compliance with all applicable regulatory and disclosure requirements of the countries in which they operate.

• **GAPP 16. Principle**

The governance framework and objectives, as well as the manner in which the SWF's management is operationally independent from the owner, should be publicly disclosed.

• **GAPP 17. Principle**

Relevant financial information regarding the SWF should be publicly disclosed to demonstrate its economic and financial orientation, so as to contribute to stability in international financial markets and enhance trust in recipient countries.

• **GAPP 18. Principle**

The SWF's investment policy should be clear and consistent with its defined objectives, risk tolerance, and investment strategy, as set by the owner or the governing body(ies), and be based on sound

portfolio management principles.

o *GAPP 18.1 Subprinciple* The investment policy should guide the SWF's financial risk exposures and the possible use of leverage.

o *GAPP 18.2 Subprinciple* The investment policy should address the extent to which internal and/or external investment managers are used, the range of their activities and authority, and the process by which they are selected and their performance monitored.

o *GAPP 18.3 Subprinciple* A description of the investment policy of the SWF should be publicly disclosed.

• **GAPP 19. Principle**

The SWF's investment decisions should aim to maximize risk-adjusted financial returns in a manner consistent with its investment policy, and based on economic and financial grounds.

o *GAPP 19.1 Subprinciple* If investment decisions are subject to other than economic and financial considerations, these should be clearly set out in the investment policy and be publicly disclosed.

o *GAPP 19.2 Subprinciple* The management of an SWF's assets should be consistent with what is generally accepted as sound asset management principles.

• **GAPP 20. Principle**

The SWF should not seek or take advantage of privileged information or inappropriate influence by the broader government in competing with private entities.

• **GAPP 21. Principle**

SWFs view shareholder ownership rights as a fundamental element of their equity investments' value. If an SWF chooses to exercise its ownership rights, it should do so in a manner that is consistent with its investment policy and protects the financial value of its investments. The SWF should publicly disclose its general approach to voting securities of listed entities, including the key factors guiding its exercise of ownership rights.

• **GAPP 22. Principle**

The SWF should have a framework that identifies, assesses, and manages the risks of its operations.

o *GAPP 22.1 Subprinciple* The risk management framework should include reliable information and timely reporting systems, which should enable the adequate monitoring and management of relevant risks within acceptable parameters and levels, control and incentive mechanisms, codes of conduct, business continuity planning, and an independent audit function.

o *GAPP 22.2 Subprinciple* The general approach to the SWF's

• **GAPP 23. Principle**

The assets and investment performance (absolute and relative to benchmarks, if any) of the SWF should be measured and reported to the owner according to clearly defined principles or standards.

• **GAPP 24. Principle**

A process of regular review of the implementation of the GAPP should be engaged in by or on behalf of the SWF.

ANEXO III - Quadro comparativo entre o PL 5.940/2009 e a Lei n. 12.351/2010 (artigos 47 a 65).

Projeto de Lei n. 5.940/2009

CAPÍTULO I - DO FUNDO SOCIAL - FS

Art. 1º Fica criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte regular de recursos para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental.

Parágrafo único. Os projetos e programas de que trata o caput observarão o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e as respectivas dotações consignadas na Lei Orçamentária Anual - LOA.

Art. 2º O FS tem por objetivos:
I - constituir poupança pública de longo prazo com base nas receitas

Lei aprovada (Lei n. 12. 351/2010, artigos 47 a 65)

Seção I - Definição e Objetivos do FS

Art. 47. É criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento:

- I - da educação;
- II - da cultura;
- III - do esporte;
- IV - da saúde pública;
- V - da ciência e tecnologia;
- VI - do meio ambiente; e
- VII - de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

§ 1º Os programas e projetos de que trata o caput observarão o plano plurianual - PPA, a lei de diretrizes orçamentárias - LDO e as respectivas dotações consignadas na lei orçamentária anual - LOA.

§ 2º (VETADO)

auferidas pela União;
II - oferecer fonte regular de recursos para o desenvolvimento social, na forma de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental; e
III - mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e de outros recursos não renováveis.
Parágrafo único. É vedado ao FS, direta ou indiretamente, conceder garantias.

CAPÍTULO II - DOS RECURSOS DO FS

Art. 3º Constituem recursos do FS:
I - a parcela do valor do bônus de assinatura que lhe for destinada pelos contratos de partilha de produção;
II - a parcela dos royalties que cabe à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção;
III - a receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, conforme definido em lei;
IV - os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e

Art. 48. O FS tem por objetivos:
I - constituir poupança pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União;
II - oferecer fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma prevista no art. 47; e
III - mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e de outros recursos não renováveis.
Parágrafo único. É vedado ao FS, direta ou indiretamente, conceder garantias.

Seção II - Dos Recursos do Fundo Social - FS

Art. 49.²⁶ Constituem recursos do FS:
I - parcela do valor do bônus de assinatura destinada ao FS pelos contratos de partilha de produção;
II - parcela dos royalties que cabe à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, na forma do regulamento;
III - receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, conforme definido em lei;
IV - os royalties e a participação

²⁶ "Art. 49. § 3º Nas áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão, a parcela dos royalties que cabe à administração direta da União será destinada integralmente ao fundo de natureza contábil e financeira, criado por lei específica, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, do esporte, da saúde pública, da ciência e tecnologia, do meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, vedada sua destinação aos órgãos específicos de que trata este artigo." (NR)

V - outros recursos que lhe sejam destinados em lei.

CAPÍTULO III - DA POLÍTICA DE INVESTIMENTOS DO FS

Art. 4o A política de investimento do FS tem por objetivo buscar a rentabilidade, a segurança e a liquidez de suas aplicações, e assegurar sua sustentabilidade financeira para o cumprimento das finalidades definidas no art. 1o

Art. 5o A política de investimentos do FS será realizada pelo Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social - CGFFS.

§ 1º O CGFFS terá sua composição e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo.

§ 2º Aos membros do CGFFS não cabe qualquer tipo de remuneração pelo desempenho de suas funções.

§ 3º As despesas relativas à operacionalização do CGFFS serão custeadas pelo FS.

Art. 6º Cabe ao CGFFS definir:

I - o montante a ser, anualmente, resgatado do FS, assegurada sua sustentabilidade financeira; II - a rentabilidade mínima esperada; III - o tipo e o nível de risco que poderão ser assumidos na realização dos investimentos;

²⁷ "Art. 50. § 4o Nas áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão, a parcela da participação especial que cabe à administração direta da União será destinada integralmente ao fundo de natureza contábil e financeira, criado por lei específica, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, do esporte, da saúde pública, da ciência e tecnologia, do meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, vedada sua destinação aos órgãos específicos de que trata este artigo." (NR)

especial das áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão destinados à administração direta da União, observado o disposto nos §§ 1o e 2o deste artigo; V - os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e VI - outros recursos destinados ao FS por lei.
§ 1o A Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações²⁶:

Seção III - Da Política de Investimentos do Fundo Social

Art. 50.²⁷ A política de investimentos do FS tem por objetivo buscar a rentabilidade, a segurança e a liquidez de suas aplicações e assegurar sua sustentabilidade econômica e financeira para o cumprimento das finalidades definidas nos arts. 47 e 48. Parágrafo único. Os investimentos e aplicações do FS serão destinados preferencialmente a ativos no exterior, com a finalidade de mitigar a volatilidade de renda e de preços na economia nacional.

Art. 51. Os recursos do FS para aplicação nos programas e projetos a que se refere o art. 47 deverão ser os resultantes do retorno sobre o capital. Parágrafo único. Constituído o FS e garantida a sua sustentabilidade econômica e financeira, o Poder

IV - os percentuais, mínimo e máximo, de recursos a serem investidos no País;

V - os percentuais, mínimo e máximo, de recursos a serem investidos no exterior;

VI - os percentuais, mínimo e máximo, de recursos a serem investidos por setor ou atividade econômica; e VII - a capitalização mínima a ser atingida antes de qualquer transferência para as finalidades e os objetivos definidos nesta Lei.

Art. 7º O FS, a critério do CGFFS, poderá, diretamente pelo Ministério da Fazenda, adquirir ativos no Brasil ou no exterior, respeitados os limites definidos no art. 6º.

Art. 8º A União, a critério do CGFFS, poderá contratar instituições financeiras federais para atuarem como agentes operadores do FS, as quais farão jus a remuneração pelos serviços prestados.

Art. 9º A União, com recursos do FS, poderá participar, como cotista única, de fundo de investimento específico.

Parágrafo único. O fundo de investimento específico de que trata este artigo deve ser constituído por instituição financeira federal, observadas as normas a que se refere o inciso XXII do art. 4o da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Art. 10. O fundo de investimento de que trata o art. 9o deverá ter natureza privada, patrimônio próprio separado do patrimônio do cotista e do administrador, sujeitando-se a direitos e obrigações próprias.

Executivo, na forma da lei, poderá propor o uso de percentual de recursos do principal para a aplicação nas finalidades previstas no art. 47, na etapa inicial de formação de poupança do fundo.

Art. 52. A política de investimentos do FS será definida pelo Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social - CGFFS.

§ 1º O CGFFS terá sua composição e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo, assegurada a participação do Ministro de Estado da Fazenda, do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Presidente do Banco Central do Brasil.

§ 2º Aos membros do CGFFS não cabe qualquer tipo de remuneração pelo desempenho de suas funções.

§ 3o As despesas relativas à operacionalização do CGFFS serão custeadas pelo FS.

Art. 53. Cabe ao CGFFS definir:

I - o montante a ser resgatado anualmente do FS, assegurada sua sustentabilidade financeira;

II - a rentabilidade mínima esperada; III - o tipo e o nível de risco que poderão ser assumidos na realização dos investimentos, bem como as condições para que o nível de risco seja minimizado;

IV - os percentuais, mínimo e máximo, de recursos a serem investidos no exterior e no País;

V - a capitalização mínima a ser atingida antes de qualquer transferência para as finalidades e os objetivos definidos nesta Lei.

§ 1º A integralização das cotas do fundo de investimento será autorizada em ato do poder executivo, ouvido o CGFFS.

§ 2º O fundo de investimento terá por finalidade promover a aplicação em ativos no Brasil e no exterior.

§ 3º O fundo de investimento responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, ficando o cotista obrigado somente pela integralização das cotas que subscrever.

§ 4º A dissolução do fundo de investimento dar-se-á na forma de seu estatuto e seus recursos retornarão ao FS.

§ 5º Sobre as operações de crédito, câmbio e seguro e sobre rendimentos e lucros do fundo de investimento não incidirá nenhum imposto ou contribuição social de competência da União.

§ 6º O fundo de investimento deverá elaborar os demonstrativos contábeis de acordo com a legislação em vigor e conforme o estabelecido no seu estatuto.

Art. 11. O estatuto do fundo de investimento definirá, inclusive, as políticas de aplicação, critérios e níveis de rentabilidade e de risco, questões operacionais da gestão administrativa e financeira e regras de supervisão prudencial de investimentos.

CAPÍTULO IV - DA GESTÃO DO FS

Art. 12. Fica criado o Conselho Deliberativo do Fundo Social - CDFS, com a atribuição de deliberar sobre a prioridade e a destinação dos recursos resgatados do FS para as

Art. 54. A União, a critério do CGFFS, poderá contratar instituições financeiras federais para atuarem como agentes operadores do FS, as quais farão jus a remuneração pelos serviços prestados.

Art. 55. A União poderá participar, com recursos do FS, como cotista única, de fundo de investimento específico.

Parágrafo único. O fundo de investimento específico de que trata este artigo deve ser constituído por instituição financeira federal, observadas as normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Art. 56. O fundo de investimento de que trata o art. 55 deverá ter natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio do cotista e do administrador, sujeitando-se a direitos e obrigações próprias.

§ 1º A integralização das cotas do fundo de investimento será autorizada em ato do Poder Executivo, ouvido o CGFFS.

§ 2º O fundo de investimento terá por finalidade promover a aplicação em ativos no Brasil e no exterior.

§ 3º O fundo de investimento responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, ficando o cotista obrigado somente pela integralização das cotas que subscrever.

§ 4º A dissolução do fundo de investimento dar-se-á na forma de seu estatuto, e seus recursos retornarão ao FS.

§ 5º Sobre as operações de crédito, câmbio e seguro e sobre rendimentos e lucros do fundo de investimento

finalidades estabelecidas no art. 1º.

§ 1º **O CDFS contará com a participação de representantes da sociedade civil e da administração pública federal e terá sua composição, competência e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo.**

§ 2º Aos membros do CDFS não cabe qualquer tipo de remuneração pelo desempenho de suas funções.

Art. 13. As demonstrações contábeis e os resultados das aplicações do FS serão elaborados e apurados semestralmente, nos termos previstos pelo órgão central de contabilidade de que trata o inciso I do art. 17 da Lei no 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Parágrafo único. Decreto do Poder Executivo definirá as regras de supervisão do FS, sem prejuízo da fiscalização dos entes competentes.

Art. 14. O Ministério da Fazenda encaminhará trimestralmente ao Congresso Nacional relatório de desempenho do FS, conforme disposto em regulamento do fundo.

não incidirá qualquer imposto ou contribuição social de competência da União.

§ 6º O fundo de investimento deverá elaborar os demonstrativos contábeis de acordo com a legislação em vigor e conforme o estabelecido no seu estatuto.

Art. 57. O estatuto do fundo de investimento definirá, inclusive, as políticas de aplicação, critérios e níveis de rentabilidade e de risco, questões operacionais da gestão administrativa e financeira e regras de supervisão prudencial de investimentos.

Seção IV Da Gestão do Fundo Social

Art. 58. É criado o Conselho Deliberativo do Fundo Social - CDFS, com a atribuição de propor ao Poder Executivo, ouvidos os Ministérios afins, a prioridade e a destinação dos recursos resgatados do FS para as finalidades estabelecidas no art. 47, observados o PPA, a LDO e a LOA.

§ 1º **A composição, as competências e o funcionamento do CDFS serão estabelecidos em ato do Poder Executivo.**

§ 2º Aos membros do CDFS não cabe qualquer tipo de remuneração pelo desempenho de suas funções.

§ 3º A destinação de recursos para os programas e projetos definidos como prioritários pelo CDFS é condicionada à prévia fixação de metas, prazo de execução e planos de avaliação, em coerência com as disposições estabelecidas no PPA.

§ 4º O CDFS deverá submeter os programas e projetos a criteriosa avaliação quantitativa e qualitativa durante todas as fases de execução,

monitorando os impactos efetivos sobre a população e nas regiões de intervenção, com o apoio de instituições públicas e universitárias de pesquisa.

§ 5º Os recursos do FS destinados aos programas e projetos de que trata o art. 47 devem observar critérios de redução das desigualdades regionais.

Art. 59. As demonstrações contábeis e os resultados das aplicações do FS serão elaborados e apurados semestralmente, nos termos previstos pelo órgão central de contabilidade de que trata o inciso I do art. 17 da Lei no 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Parágrafo único. Ato do Poder Executivo definirá as regras de supervisão do FS, sem prejuízo da fiscalização dos entes competentes.

Art. 60. O Poder Executivo encaminhará trimestralmente ao Congresso Nacional relatório de desempenho do FS, conforme disposto em regulamento do Fundo.