

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

ISSN:1806-8790

REVISTA DE DIREITO

Volume 1 - Número 2 - Outubro /2004

VIÇOSA - MINAS GERAIS
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA

REVISTA DE DIREITO

FUNARBE

Fundação de Apoio à Universidade Federal de Viçosa

Vol. 1
Nº 2
2004

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

Revista de Direito

Volume 1 - Número 2 - Outubro/2004

Viçosa - Minas Gerais
2004

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Iacyr de Aguiar Vieira

Conselho Editorial

Alexandre Pimenta Batista Pereira, Daniel Amin Ferraz, Élcio Cruz de Almeida, Fabiana Rodrigues Barletta, Geraldo Honório de Oliveira Neto, Gláucio Inácio da Silveira, Guilherme Nacif de Faria, Iacyr de Aguiar Vieira, Jamile Bergamaschine Mata Diz, José Geraldo Campos Gouveia, Luciene Rinaldi Colli, Patrícia Aurélia Del Nero, Regel Antonio Ferrazza, Roberto de Almeida Luquini e Sylvia Maria Machado Vendramini.

Revisão e Editoração

Débora A. Santos Pimenta

Capa

Antônio Messias Soares

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

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.
Departamento de Direito. – Vol. 1, n. 1 (2004). – . –
Viçosa : UFV ; DPD , 2004.
v. ; 23cm.
68p. : il. ; 22cm.

Semestral.
ISSN: 1806-8790

Texto em português, espanhol, inglês e francês.

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

CDD 20.ed. 340.05

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	9
APRESENTAÇÃO.....	11
Discussão sobre o vínculo de dependência no regime geral de previdência social: análise do caso do menor sob guarda e definição do critério da dependência previdenciária.....	13
Cassiano Moraes Gomes	
Breves análises sobre a proposta de redução da idade penal.....	37
Fernando Laércio Alves da Silva e Luciene Rinaldi Colli	
A natureza do direito ao uso exclusivo de marcas.....	57
Geraldo Honório de Oliveira Neto	
Responsabilidade solidária na cadeia agro-industrial do setor alimentar.....	93
Ingrid Sartório Cheibub	
Natureza jurídica da <i>astreinte</i>.....	109
Jane Cristina Ladeira	
O sentido constitucional da autonomia universitária.....	131
Luiz Fábio Antonucci Filho	

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES DA REVISTA DE DIREITO DA UFV

1. Os trabalhos para publicação editados pela Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV) deverão ser, preferencialmente, inéditos. A Revista publicará artigos jurídicos e de áreas afins, tanto de professores, pesquisadores e estudantes da UFV quanto de autores de outras instituições, nacionais e estrangeiras.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas ou CDs, acompanhados de duas (2) provas impressas. Recomenda-se a utilização do processador de texto *Microsoft Word 97*. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato .RTF (*Rich Text Format*), que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.
3. Os trabalhos deverão conter entre 15 e 30 laudas no formato A4, digitadas em *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.
4. Os textos deverão ser precedidos de uma folha contendo o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *email*, situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida na Instituição.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas, vírgula, nome do autor em letras minúsculas, ponto; título da obra em itálico, ponto, número da edição (a partir da segunda), *ponto*, local, *dois pontos*, editora (não usar a palavra editora), vírgula, ano da publicação, ponto, número de volume e número de páginas. No caso de dois autores, separa-se por ponto-e-vírgula; no caso de mais de três autores, cita-se o primeiro seguido da expressão “et al.”.

6. Os trabalhos deverão ser precedidos de *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação; 2.1. Normas clássicas; 2.2. Inovações; 2.2.1. Dano ecológico; 2.2.2. Responsabilidade civil objetiva...

7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), escritas no pé do resumo, as quais possam facilitar pesquisas posteriores. Exemplo: PALAVRAS-CHAVE: criminologia; criminalidade organizada; lavagem de dinheiro; delinquência econômica etc.)

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser em *itálico*; jamais se deve utilizar o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão vir entre aspas.

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista. O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente 1 (um) exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos, podendo ser reencaminhados desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da Revista.

12. Os trabalhos encaminhados para seleção não serão devolvidos, à exceção dos que se enquadrarem no item 10 destas Normas.

EDITORIAL

O segundo número da Revista de Direito é agora publicado e apresentado ao público nacional e internacional. Com efeito, o primeiro número desta Revista encontra-se depositado nas mais importantes universidades brasileiras e estrangeiras, esperando o Corpo Editorial que este intercâmbio de idéias possa contribuir para o desenvolvimento do pensamento jurídico brasileiro.

O direito brasileiro é reconhecido internacionalmente pela qualidade dos juristas nacionais que, dotados de alto espírito de indagação e curiosidade, se aventuram no conhecimento do direito dos outros povos, utilizando de maneira freqüente e quase natural o método comparatista.

Atualmente, a cultura jurídica nacional tem sentido uma forte influência do direito norte-americano. A presença do direito europeu, todavia, continua a ser bastante acentuada, como bem demonstra a contribuição dos autores que participaram do segundo número da Revista de Direito.

A riqueza da cultura jurídica nacional impressiona os juristas estrangeiros e serve de incentivo aos jovens estudantes nacionais. A curiosidade natural que alimenta o espírito dos jovens estudantes é o estímulo mais importante para que os professores do Departamento de Direito continuem motivados na (re)construção do conhecimento jurídico.

Viçosa, outubro de 2004.

Dra. Iacyr de Aguiar Vieira
Profª. Adjunta do Departamento de Direito da UFV
Presidente do Conselho Editorial da Revista de Direito

APRESENTAÇÃO

A Revista de Direito constitui um instrumento importante de divulgação dos resultados alcançados pelos professores e alunos do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa em suas pesquisas. Constitui também um espaço aberto à publicação de artigos elaborados por juristas nacionais e estrangeiros.

O Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa, criado em 1992, vem alcançando altos índices em avaliações realizadas por organismos públicos e privados. Esses índices são corroborados pelos resultados apresentados pelos egressos em concursos públicos, notadamente no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, que é um exame obrigatório para todos os Bacharéis em Direito que queiram exercer a advocacia no país.

O Departamento de Direito, responsável pela quase totalidade das disciplinas ministradas no Curso de Direito, evolui a cada ano. Dotado de sede própria, com Biblioteca Setorial devidamente instalada, contendo um rico e valioso acervo constituído de obras raras e obras atuais, o Departamento de Direito é composto por professores altamente qualificados.

Prof. Élcio Cruz de Almeida
Chefe do Departamento de Direito da UFV

DISCUSSÃO SOBRE O VÍNCULO DE DEPENDÊNCIA NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE DO CASO DO MENOR SOB GUARDA E DEFINIÇÃO DO CRITÉRIO DA DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA

Cassiano Moraes Gomes
Graduado em Direito pela UFV

“A verdadeira sabedoria consiste em saber como aumentar o bem-estar do mundo.”

(Benjamin Franklin)

RESUMO: Constitui fim precípua da previdência social garantir, a todos os brasileiros, os meios indispensáveis de subsistência quando os cidadãos não se acharem em condições de angariá-los por motivo de idade avançada, invalidez temporária ou permanente, ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Como se vê, a previdência está intimamente ligada à proteção das pessoas. Ocorre que o emaranhado normativo previdenciário brasileiro torna nebuloso o alcance dos benefícios em determinados casos, como no do menor sob guarda. Qual seria a correta interpretação da norma contida no § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente? Conclui-se que a proteção previdenciária deve alcançar o menor sob guarda, bem como todos aqueles que, de forma justificada, dependam ou dependiam economicamente do segurado e não tenham meios de se tornar independentes, provisoriamente ou em definitivo.

PALAVRAS-CHAVE: previdência social; dependência econômica; menor sob guarda.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Revisão de literatura; 2.1. Formação do sistema previdenciário brasileiro; 2.2. Alguns conceitos; 2.3. Beneficiários da previdência; 3. Discussão; 4. Conclusão.

1. Introdução

O direito previdenciário ganha importância no campo jurídico atual, o que se deve a, basicamente, dois fatores. O primeiro deles é o *envelhecimento da população*,¹ que tem suscitado questões e alertado o governo brasileiro e os estudiosos para a previdência social. Outro fator é o da *política econômica*² que tem sido adotada no país, segundo a qual o Governo tem de cumprir metas estabelecidas pelo FMI – Fundo Monetário Internacional; dentre elas, está o enxugamento das contas públicas, sendo que a previdência é responsável por grande parcela destas.³ Assim, várias têm sido as iniciativas do Governo para tentar reduzir os gastos com a previdência social ou para elevar suas receitas, como, por exemplo, a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos;⁴ o levantamento dos valores devidos ao INSS, visando principalmente aos maiores devedores, para que se

¹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/população/população_no_Brasil.html>. Acesso em: 15 jul. 2001.

² Essa política pode ter sido interrompida, suspensa ou modificada com a não-renovação do acordo entre o Brasil e o FMI no início de 2005.

³ NASCIMENTO, Sandra. Emenda administrativa ainda depende de leis. *Gazeta Mercantil*, p. A-10. Com a Emenda Constitucional nº. 20/98, o Governo passou a reduzir em R\$ 2 bi o déficit brasileiro.

⁴ Conforme o art. 40 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 41/2003, que “modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências”.

possam executar essas dívidas;⁵ e o parcelamento dos débitos,⁶ com redução ou eliminação de juros e correção monetária, para facilitar aos devedores os pagamentos pendentes.⁷

A *previdência social* está elencada entre os direitos sociais apresentados pela Constituição Federal brasileira de 1988, ao lado da educação, da saúde, do trabalho, do lazer, da segurança, da assistência aos desamparados e da proteção à maternidade e à infância (art. 6º). Daí infere-se, mais uma vez, a importância fundamental desse direito do cidadão.

Além de sua relevância, o direito previdenciário é marcado também por ser um ramo que possui muitas questões polêmicas, muitas delas pouco exploradas. Noutras palavras, muitos pontos ainda não foram discutidos o suficiente para se alcançar uma solução definitiva. A discussão dessas questões previdenciárias ganha espaço entre os assuntos mais comentados na atualidade (v. g., reformas da previdência,⁸ imunidade tributária dos Fundos de Pensão, contribuições dos inativos, portabilidade, aposentadoria da dona de casa⁹). No entanto, como sugerido, muito há ainda que se avançar.

⁵ *Os 50 maiores devedores da Previdência*. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editoriais/200/12/27/pol798.html>>. Acesso em: 28 dez. 2001.

A empresa Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria é a maior devedora, com cerca de R\$ 562 milhões, seguida pela Transbrasil S.A. Linhas Aéreas, com aproximadamente R\$ 391 milhões, e pela Prefeitura de Campinas (SP), que deve à Previdência mais de R\$ 364 milhões. Existem diversos outros grandes devedores, como a CEF, a CVRD, a Telesp e muitas outras grandes empresas.

⁶ Lei nº. 9639, de 25 de maio de 1998, que “dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, altera dispositivos das Leis nºs. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências”.

⁷ João Coser faz a seguinte crítica: “o Governo, ao invés de cobrar essas dívidas imediatamente, de colocar na cadeia os sonegadores, os fraudadores, dá um prazo de 96 meses (equivalente a oito anos) para pagarem a dívida, e apresenta a conta para o trabalhador brasileiro.” (Informativo do Partido dos Trabalhadores. *Tudo sobre a nova Previdência*. Vitória, out. 1997)

⁸ Foram duas em cinco anos (1998 e 2003).

⁹ EC nº 47, de 5 de julho de 2005, que alterou o § 12 do art. 201 da Constituição Federal de 1988.

Alguns países sistematizaram, com elevado grau de organização, suas legislações sociais, a exemplo da Itália, que teve elaborado por Giuliano Mazzoni, em 1950, seu Código de Seguridade Social (*Codice dell'assistenza sociale al lavoro e dell'istruzione professionale*). No Brasil, no entanto, o que se verifica é um emaranhado de normas interagindo, como leis, decretos, instruções normativas e ordens de serviço (administrativas) originárias do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social que, em lugar de facilitarem o trabalho do operador jurídico, geram grandes dificuldades, algumas vezes contradizendo umas às outras, indicando caminhos diversos e, não raro, chocando-se com preceitos constitucionais.

Verifica-se um problema, em especial, quanto ao vínculo de dependência no sistema previdenciário, no tocante ao critério de sua configuração. Mister elucidá-lo em meio a toda a balbúrdia normativa observada nesta seara do direito, com o fito último de identificar aqueles que deveriam ter direito ao amparo da previdência ou, em outras palavras, de apresentar o critério definidor da dependência previdenciária. Para tanto, será feita uma breve menção histórica sobre o sistema previdenciário nacional, proceder-se-á à elucidação de alguns conceitos, que serão repisados e sofrerão modificações ora elásticas, ora restritivas e, após, serão analisados os beneficiários, sobretudo os dependentes, da previdência. Até este ponto, pretende-se fornecer o cabedal necessário para que se possa tratar das questões ora propostas.

Portanto, depois de iniciado o enfrentamento direto do tema, será feita uma discussão acerca da caracterização do vínculo de dependência na previdência brasileira, quando serão enfrentados alguns casos polêmicos, em especial o do menor sob guarda.

Por fim, as conclusões restantes, ou seja, as não abarcadas nos tópicos anteriores, serão aduzidas.

2. Revisão de literatura

2.1. Formação do sistema previdenciário brasileiro

A origem da previdência social no Brasil data de 1795, com a implantação de um plano de benefícios destinado a órfãos e viúvas dos oficiais da Marinha. Coube aos militares o primeiro diploma legal de

montepio. Por inspiração de Rui Barbosa, em 1890, tal medida se estendeu aos servidores públicos civis da União.

A partir da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, o conceito de seguro social se estendeu pelo mundo. Naquele ano, a Lei nº. 3.724 estabeleceu o seguro de acidentes de trabalho no Brasil, tornando obrigatória a indenização pelo empregador. Mas foi a Lei Elói Chaves o grande marco da socialização da previdência brasileira, ao determinar a criação de caixas de aposentadoria e pensões nas empresas ferroviárias. A partir daí, surgiram os institutos de aposentadoria e pensão de âmbito nacional, como os dos marítimos, dos comerciários e dos industriários. Finalmente, em 1966, tais institutos foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS,¹⁰ atual Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

2.2. Alguns conceitos

O termo *previdência* significa “vista ou conhecimento do futuro, previsão, presciência”.¹¹ Outra acepção é a que a traduz como “cuidado com o qual se tomam medidas em vista do futuro”.¹² Por fim, previdência indica a “proteção assegurada por organismos, institutos ou instituições, ao indivíduo no desemprego, doença, invalidez ou velhice, garantindo-lhe pensão ou aposentadoria”.¹³ No mesmo sentido, encontra-se o vocábulo como “precaução, cautela”.¹⁴

Mais especificamente, a expressão previdência social abrange o conjunto de normas de proteção e defesa do trabalhador ou do funcionário público, mediante aposentadoria, amparo nas doenças ou o montepio, instituto que as aplica (no Brasil, o instituto responsável pelo

¹⁰ MAGALHÃES, Vanderlei Pires de. *AGROS: Estudo das principais atividades realizadas no período de 1989 a 1999*. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2001. p. 8.

¹¹ ENCICLOPÉDIA DELTA LAROUSSE. *Previdência*. In: São Paulo: Delta, 1977. v. 12, p. 5538.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Idem*, p. 5539.

¹⁴ DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA CALDAS AULETE. *Previdência*. 1970.v. 4, p. 2938-9.

regime geral de previdência social é o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social¹⁵). Numa sentença, é possível dizer que a previdência social é a “proteção assegurada pelas instituições responsáveis”, e, continuando,

constitui fim precípua da previdência social garantir a todos os brasileiros, e aos estrangeiros legalmente domiciliados no país, os meios indispensáveis de manutenção, quando não se achem em condições de angariá-los por motivo de idade avançada, invalidez temporária ou permanente, ou morte daqueles de quem *dependiam economicamente*.¹⁶

Como se depreende, a previdência está intimamente ligada à *proteção* do trabalhador e de sua família.

Por fim, são necessárias algumas distinções. Primeiro, *previdência social* não se confunde com *seguridade social*. Esta última, nos termos da Constituição Federal de 1988, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à *previdência* e à assistência social”. Como se verifica, então, *seguridade social* é gênero que compreende as espécies saúde, *previdência social* e assistência social. A administração, o controle e a fiscalização da saúde competem ao SUS – Sistema Único de Saúde, enquanto a assistência e o regime geral de *previdência social* são de responsabilidade do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, como já mencionado, entidade que administra, controla e fiscaliza a *previdência social* no Brasil.

A *previdência social*, ou o sistema previdenciário brasileiro, por sua vez, é composto por três regimes, para os quais existem inúmeros critérios e regras especiais. Assim, eminentemente para os empregados no setor privado, existe o chamado Regime Geral de Previdência Social (RGPS), administrado pelo INSS. Para o funcionalismo público, existem os regimes próprios dos servidores públicos (União, Estados, Municípios

e Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário). Por último, tanto para os empregados da iniciativa privada, como para os funcionários públicos existe ainda o Regime de Previdência Complementar, ou de previdência privada, que não é administrada, controlada, nem fiscalizada pelo INSS, vez que não se confunde com o Regime Geral de Previdência Social. A previdência privada tem regime jurídico especial. É tratada, em sede constitucional, pelo art. 202, enquanto a previdência oficial, também denominada meramente previdência social, é regida pelo art. 201 da Carta Magna.

2.3. Beneficiários da previdência

Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social podem ser agrupados em *segurados* e *dependentes*. A proteção previdenciária, portanto, não é restrita aos segurados, estendendo-se também aos seus dependentes. Dentre as prestações previdenciárias, umas são privativas do segurado (v. g., aposentadoria), outras dos dependentes (v. g., pensão), e, por fim, existe uma prestação comum a ambas as espécies de beneficiários, qual seja, o abono anual.

Os segurados não serão tratados aqui. Basta a informação de que estes são pessoas naturais (físicas), podendo ser filiados obrigatórios (v. g., empregados em geral) ou facultativos (v. g., estudantes que não tenham trabalho remunerado) na previdência oficial, ou apenas facultativos na previdência privada (aquela oferecida por meio de planos de previdência de bancos e instituições financeiras, por exemplo).

O objeto ora tratado são os dependentes. Estes são vinculados ao segurado e podem ser divididos em três classes, segundo Sérgio Pinto Martins,¹⁷ com base no art. 16 da Lei nº. 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social):

- a) Classe 1: o(a) cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

¹⁵ DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO – SÉCULO XXI. *Previdência*. 1999.

¹⁶ DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA CALDAS AULETE. Op. cit., p. 2938-9.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 98-9.

- b) Classe 2: os pais;
- c) Classe 3: o irmão, não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

Os dependentes de uma mesma classe concorrerão em igualdade de condições para os efeitos da dependência. A existência de dependente de qualquer das classes mencionadas exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

Podem ainda ser equiparados aos filhos, mediante declaração do, segurado, e desde que comprovada a *dependência econômica*, o enteado e o menor que esteja sob tutela (art. 16, § 2º da lei citada).

Como se extrai ainda do art. 16 da Lei nº. 8.213/91, o cônjuge perde a qualidade de dependente pela separação judicial ou pelo divórcio, enquanto não lhe for assegurada a prestação de alimentos, ou pela anulação do casamento. Assegurada a prestação de alimentos por sentença judicial transitada em julgado, volta o cônjuge a ser dependente, vez que caracterizada estaria sua *dependência econômica*. A companheira, ou companheiro, por sua vez, perde a condição de dependente pela cessação da união estável com o segurado, ou segurada, enquanto não lhe for garantida a prestação de alimentos, à semelhança do que ocorre com o cônjuge. Por fim, o filho e equiparados, bem como o irmão, deixam de ser considerados dependentes aos 21 anos de idade, salvo se inválidos.¹⁸

3. Discussão

Veja-se a lição de João Antônio G. Pereira Leite:¹⁹

A relação de previdência social é relação de direito público, pois ou impõe conduta ao Estado em face dos particulares ou prescreve aos indivíduos deveres para com o Estado.

¹⁸ Já cabe discussão se, diante do Novo Código Civil brasileiro (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que reduziu a maioridade civil para 18 anos, a idade de 21 anos seria ou não mantida como limite para a dependência previdenciária.

¹⁹ LEITE, João Antônio G. Pereira. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1977. p. 63.

(...) Os deveres de assistência e seguro social inscritos na Constituição impõem-se ao Estado e não aos particulares.

Note-se que o amparo previdenciário é dever do Estado, que não arca, no entanto, exclusivamente, com os serviços e benefícios prestados, vez que o Regime Geral da Previdência Social, integrante do próprio dever estatal de provimento da seguridade social, é custeado por toda a sociedade, por recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de contribuições sociais pagas pelos particulares (art. 10 da Lei nº. 8.212/91). Pela previdência, seja ela pública ou privada, os segurados participam, portanto, da constituição de um fundo assistencial destinado a socorrê-los ante a necessidade surgida e, quando vem essa necessidade, a própria instituição deve assisti-los, ampará-los, ajudá-los, tratando dos segurados doentes, concedendo benefícios aos velhos e inválidos e pagando pensão àqueles que dependiam do segurado falecido.

Existe grande celeuma instaurada em torno do tema da proteção previdenciária do menor sob guarda. Para embasar a discussão, mister a apresentação de um dispositivo legal que partilha o centro da polêmica com outros, qual seja, o § 3º do art. 33 da Lei nº. 8.069/90, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Transcreve-se a mencionada regra, *ipsis litteris*:

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

A redação original do § 2º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91 previa a equiparação a filho, mediante declaração do segurado, do menor que, por determinação judicial, estivesse sob sua guarda:

§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o *enteado*; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua *guarda*; e o menor que esteja sob sua *tutela* e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

No entanto, a Medida Provisória nº. 1.523/96, convertida na Lei nº. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, alterou a redação do § 2º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91, estando o citado § 2º assim redigido:

§ 2º. O *enteado* e o menor *tutelado* equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Com essa alteração legal, para Sérgio Pinto Martins,²⁰ “*não é mais dependente a pessoa que se encontra sob guarda do segurado*”, pois teria sido revogado tacitamente pela lei nova o dispositivo do ECA.

Segundo ele,

a guarda não é semelhante à tutela e à curatela, que têm tratamento diferenciado. Assim, em se tratando de situações distintas, é possível a existência de discriminação, como da lei excluir o menor sob guarda da condição de dependente para fins de Previdência Social.²¹

Nesse sentido é o entendimento da colenda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em acórdão proferido em 27 de abril de 1998, tendo como relatora a MM. Sra. Dra. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, que assim redigiu:

(...) em face da nova redação dada ao § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528, de 10.12.1997, o menor

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Menor sob guarda e sua condição de dependente para a Previdência Social*. RPS 236/668.

²¹ Ibidem.

submetido a guarda judicial encontra-se *excluído* da condição de dependente para fins previdenciários.

Noutro julgado, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Acórdão nº. 99.018464-1/1999), cujo relator foi o eminente Desembargador Carlos Prudêncio, houve o mesmo entendimento:

PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELA AVÓ – FINS PREVIDENCIÁRIOS – ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO – INTELIGÊNCIA DA LEI 9.528/97 – A despeito da redação contida no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é impossível o deferimento da guarda de menor à avó, com fins previdenciários, ainda que existente o consentimento dos pais. Ademais, com a edição da Lei nº. 9.528, de 10.12.1997, que deu nova redação ao artigo 16, § 2º da Lei nº. 8.213/91, considera-se tacitamente revogado o § 3º do art. 33 da Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), já que a partir de sua edição, somente o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a *dependência econômica* na forma estabelecida no Regulamento de previdência.

Além da alteração da lei, outro argumento defendido por essa corrente de pensamento é o de que o menor sob guarda não se encontra acobertado por previsão de cálculo atuarial, gerando desequilíbrio financeiro para os institutos de previdência – em especial para o INSS –, o que inviabilizaria sua inclusão como dependente.

Por outro lado, há quem entenda de modo diverso. Para Danielle Perini Artifon,²² a disposição contida na nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91 seria inconstitucional, por violar o inciso II do § 3º do art. 227 da Lei Maior. Esse preceito constitucional garante ao menor

²² ARTIFON, Danielle Perini. O menor sob guarda e sua exclusão da proteção previdenciária – aspectos constitucionais. RPS, 226/735.

proteção especial do Estado, abrangendo as garantias previdenciárias, incluindo a condição de dependente.

Outro que compartilha desse entendimento é Daniel Machado da Rocha.²³ Explana ele:

(...) a nova redação do § 2º, acreditamos, não afastou a dependência para fins previdenciários do menor sob guarda. Ocorre que a nova lei em comento não revogou expressamente, e nem seria adequado que o fizesse, o § 3º do art. 33 da Lei nº. 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente. Este dispositivo garante à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários. Muito embora uma lei possa ser revogada por incompatibilidade, no presente caso, esta ilação iria de encontro aos preceitos aos quais o constituinte atribuiu prioridade, em especial, ao caput do art. 227 e ao inciso II do § 3º do mesmo artigo, ambos da Lei Maior. (...) Ao que tudo indica, portanto, a supressão resultou de um descuido, tendo sido alterada apenas a dispensa da comprovação da relação de subordinação financeira.

Ainda, em relação ao Poder Legislativo, pode-se dizer que

os membros mais competentes costumam ter pontos de vista diferentes sobre a matéria, que em geral se esforçam em conciliar mediante compromissos, freqüentemente obtidos graças a fórmulas vagas que permitem, por isso mesmo, interpretações divergentes.²⁴

Possivelmente, foi o que ocorreu quando da redação do § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

²³ ROCHA, Daniel Machado da. *Direito previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.55.

²⁴ CHAÏN, Perelman. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 52.

Esta citação foi extraída da primeira parte da obra indicada, denominada: “Teorias relativas ao raciocínio judiciário, sobretudo em direito continental, desde o Código de Napoleão até nossos dias”.

Todos os esforços, sejam da sociedade ou do próprio Estado, são envidados para que o menor permaneça em companhia de sua família natural. Do contrário, estar-se-ia alvitando meios de se derruir aquela que, desde os evos da humanidade, fora sempre considerada a célula *mater* do grupamento social. Nesse sentido o escólio de Paulo Lúcio Nogueira,²⁵ quando pontifica que “a criança ou o adolescente, sempre que possível, deve ser mantido na sua própria família, ainda que carente de recursos materiais, pois os laços sanguíneos devem ser cultivados e fortalecidos com a convivência familiar”. Romper com a família natural já constitui um choque para o menor; daí porque, ao ser levado para uma família substituta, é ele cercado de cuidados, com vistas à minimização de toda sorte de prejuízos psicológicos que porventura o tenham sinalado. De acordo com o ECA, há, sabidamente, três formas de colocação de um menor aos cuidados de uma família substituta, quais sejam: a adoção, a tutela e a *guarda* (cf. art. 28 da Lei nº. 8.069/90). Indiscutivelmente, poderá um menor estar sob a responsabilidade de um terceiro, sem que aquele seja enteado, adotado ou tutelado por este último.

Figure-se um exemplo, crido bastante comum na realidade brasileira: uma mãe solteira possui um irmão abastado, que nutre carinho especial por seu sobrinho, mas este mora distante do tio e está vitimado por toda sorte de infortúnios, correndo até risco de inanição, dado que sua genitora fora expulsa do seio familiar. O tio, sensível à situação, acolhe a criança por meio da *guarda* obtida em juízo. Com o cuidado indispensável, encaminha-se até o INSS, com vistas a inscrevê-lo como seu dependente. Porém, o funcionário que o atende, com base na Lei nº. 9.528/97, lhe diz que não há como proceder à habilitação do menor junto à Previdência Social, porque o texto legal refere-se, apenas, a enteado e menor sob tutela.

Sabe-se que, na hipótese conjecturada, o infante não é enteado de seu tio, nem tampouco está sob sua tutela, porque o que aquele espera é uma melhora na situação econômico-financeira de sua irmã e, aí sim, que o menino volte ao seio de seu lar, à guarida de sua mãe.

Vê-se, pois, que a *guarda* pode estar timbrada pela provisoriedade (cf. § 2º, art. 33 do ECA), ainda que seja tal autorização

²⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 38.

de afastamento do menor originada de uma ordem judicial. Todavia, a despeito de ser provisória, sobre a situação do menor, a lei de regência conferiu a este a “condição de *dependente*, para todos os fins e efeitos de direito, *inclusive previdenciários*” (§ 3º do mesmo diploma legal).

Então, não se tem como dizer que o sobrinho, no exemplo dado, que está sob a guarda de seu tio, sendo deste legalmente tido por dependente (economicamente), para fins previdenciários não seja considerado dependente. Seria um desvario, afastado pelo ordenamento jurídico.

Feita essa necessária explanação, ao que parece, a antiga redação do art. 16, § 2º da Lei nº. 8.213/91 era mais adequada, porque, como se sabe, contemplava como dependente o menor que estivesse sob a guarda judicial de alguém, já que aquele era equiparado a filho deste último, inclusive para efeitos previdenciários.

Não se pode pretender que o legislador tenha querido afastar a proteção social do menor sob guarda, porque, indiscutivelmente, se assim proceder, estará ferindo as regras protecionistas especiais que o Estado oferta à criança e ao adolescente, sendo que uma delas é a própria “garantia de direitos previdenciários” (cf. art. 227, § 3º, inciso II da Lei Fundamental).

Como se vislumbra, a Lei nº. 9.528/97 está eivada de imperfeição, deixando ao desabrigo uma “criança ou adolescente” sob a guarda de um responsável.

Neste ponto, asseveram-se as palavras de José Bonifácio Borges de Andrada,²⁶ quando diz que, “em se tratando de hermenêutica normativa, o método literal é o mais despojado de requinte intelectual e deve ser tão-somente utilizado restritivamente, quando não for possível aplicação de outros métodos, como o lógico-sistemático”. No mesmo sentido, ensina Carlos Maximiliano que:²⁷

A interpretação verbal fica ao alcance de todos, seduz e convence os indoutos, impressiona favoravelmente os homens de letras, maravilhados com a riqueza de

²⁶ ANDRADA, José Bonifácio Borges de. Parecer CJ/MPAS nº 936/97 (D.O.U. 22.9.97), p. 1017.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos apud ANDRADA, José Bonifácio Borges de. Parecer CJ/MPAS nº 936/97 (D.O.U. 22.9.97), p. 1017.

conhecimentos filosóficos e primores de linguagem ostentados por quem é apenas um profissional do Direito. Como toda meia ciência, deslumbra, encanta, e atrai. Porém, fica longe da verdade as mais das vezes, por envolver um só elemento de certeza, e precisamente o menos seguro. Não se desdenhe, em absoluto, um tal processo; cumpre empregá-lo. Porém, com a mais discreta cautela, para evitar o que os alemães denominam *Silbenstecherei* – logomarquia, esmerilhação pedantesca, disputa palavrosa e oca. (...) Quem só atende à letra da lei não merece o nome de jurisconsulto; é simples pragmático.

E conclui:

Cire leges non est verba earum tenere, sed vim ac postestatem (Saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder). Isto é o sentido e o alcance respectivos. Só ignorar os poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo – *Verbis legis tenaciter inhaerendum* (Apeguemo-nos firmemente às palavras da lei).

Portanto, o método hermenêutico lógico-sistemático deve ser utilizado para melhor compreender essa questão exegética, e seu emprego leva à conclusão de que o amparo previdenciário do menor sob guarda permanece, vez que deve ser observado o imperioso preceito constitucional (art. 227).

Impreterível, também, questionar-se quanto à recepção da *guarda de fato* no âmbito do novel Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo Emerson Odilon Sandim,²⁸ a guarda de fato

(...) se infere presente no diploma menorista de regência, pois veja-se: a) se outra fosse a intenção do diploma legal, teria estatuído norma vedativa de qualquer extensão de relação fática a respeito do menor, mas o contrário disso vislumbra-se no § 1º, do art. 33, onde estabelece que a guarda regulariza a *posse de fato*; b) a exegese de uma

²⁸ SANDIM, Emerson Odilon. *Direito previdenciário – temas polêmicos* (com soluções práticas). São Paulo: LTr, 1997. p. 78 e ss.

norma tão especial, que cura valores indisponíveis (art. 27), haverá de ser norteada pelos *fins sociais, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*.

Então, deixar de admitir a existência da guarda de fato seria considerar que o menor não teria relevância no contexto jurídico antes de ir para uma família substituta via intervenção judicial, tornando-o equivalente a um “nada” antes disso. Noutras palavras, mais importante que a pessoa do menor seria a caracterização oficial da confiança de sua guarda a alguém. A norma legal valeria, nesse caso, mais que os próprios interesses do infante, sobrelevando até o seu bem-estar. Seria crível imaginar que um menor, por exemplo, que ficasse dezoito anos em lar substituto sem ser regularizado judicialmente, por isso mesmo não deveria fruir qualquer proteção jurídica? A bem da verdade, no entanto, necessárias são as comprovações da guarda de fato e da *dependência econômica* de fato do menor sob guarda em relação ao segurado, ao contrário do que ocorre em relação aos filhos (quando é presumida), para que aquele menor também seja amparado pela previdência social.

Percebe-se, portanto, que o menor sob guarda, de direito ou de fato, deve possuir *direitos previdenciários*, desde que comprovada a *dependência econômica*.²⁹ A proteção previdenciária do menor é um imperativo constitucional, de modo que a *interpretação* relativa às regras pertinentes aos menores haverá de ser dilargada e construtiva no interesse do menor, sempre assumindo que ele seja o mais amparado possível, jamais restringindo o *alcance* de seus direitos. Há que se nortear pelos princípios protetivos do menor na hermenêutica, assim resumidos e elencados por Paulo Lúcio Nogueira:³⁰

1º) Princípio do atendimento integral do menor: respeito aos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, proteção

previdenciária, enfim, ao bem-estar como um todo holístico;

2º) Princípio da prevalência dos interesses do menor: a exegese dos casos concretos haverá de conduzir a um resultado útil ao infante, integrando o rebento à sociedade;

3º) Princípio da indisponibilidade do direito do menor: o direito que acoberta o menor, sua proteção e disciplinamento na tessitura social, é inderrogável pela vontade das partes, máximo pelo Estado, que, sabidamente, haverá de bem os curar;

4º) Princípio do compromisso ao qual se sujeitam todos aqueles que assumem a guarda: quem tiver o menor sob o seu pálio deverá prestar-lhe assistência material, moral e educacional, de forma a mais completa possível; bem como empregar todos os esforços para satisfazer tais misteres com o máximo de otimização de resultados.

Corroborando todo o disposto até aqui, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, referente ao Processo nº. 214087-9/00, que teve como relator o Sr. Juiz Célio César Paduani, dispôs:

O fato é que o apelado, beneficiário da Previdência (...), obteve a guarda do neto menor, dependente economicamente, logo, inegável a possibilidade de incluí-lo como dependente junto ao Instituto Previdenciário.

A Lei nº. 9.528/97, sabidamente, deixou de fora da cobertura previdenciária, em sua literalidade, o menor sob guarda. Conquanto, uma interpretação à luz da Constituição Federal de 1988, embasada nos princípios específicos que regem a menoridade, consubstanciados no Estatuto da Criança e do Adolescente, aponta que a guarda continua sendo hipótese de dependência previdenciária. Afastar a proteção social do menor sob guarda significaria, indiscutivelmente, ferir as regras de proteção especial que o próprio Estado ofertou à criança e ao adolescente, incluída nessa proteção a garantia dos direitos previdenciários.

Expandindo e aprofundando todo o raciocínio desenvolvido até este ponto, cabe a verificação do critério para determinar quais

²⁹ Sobre a comprovação da dependência econômica, entende Emerson Odilon Sandim que a declaração dessa situação constitui início de prova material, devendo ser ratificada pelo devido procedimento de justificação administrativa.

³⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Op. cit., p. 14-16.

beneficiários devem ser alcançados pelos benefícios e serviços previdenciários, além, obviamente, daqueles que contribuem como segurados. Qual o fundamento utilizado para o estabelecimento do vínculo de dependência em relação aos segurados da previdência? O que está por trás do rol legal de dependentes previdenciários?

Este será o assunto tratado nas próximas linhas.

Com a mesma *ratio* que no caso do menor sob guarda, e acertadamente, o extinto Tribunal Federal de Recursos, por meio da Súmula n.º. 64, explicitou, em relação a cônjuges:

A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício.

Verifica-se que a caracterização da *dependência*, para fins previdenciários, dá-se, como sugerido durante todo o exposto até este momento, pela sujeição, ou melhor, pela subordinação econômica entre o segurado contribuinte do plano previdenciário – como mantenedor – e aqueles que dependem de sua renda e/ou de seus bens para sobreviverem. Os dependentes *necessitam* economicamente do segurado. Destarte, a regra da *dependência econômica* como caracterizadora do vínculo jurídico entre segurado e dependente (a própria denominação sugere), mesmo que não haja grau de parentesco (caso do menor sob tutela, *v. g.*), diante do *interesse público* presente nos regimes previdenciários, torna-se clara. Assim, devem ser considerados dependentes previdenciários aqueles que *dependem economicamente* dos segurados para sobreviverem.

O vínculo de dependência tem natureza jurídica assistencialista, ou seja, independe de contribuição, e finalidade protetiva. Assim, aquele que *depende economicamente* do segurado recebe a proteção previdenciária sem que tenha de contribuir para isso, mesmo porque não teria recursos para fazê-lo. Segundo J. Franklin Alves Felipe,³¹ “a condição de dependente está subordinada à manutenção da qualidade de

³¹ FELIPE, J. Franklin Alves. *Previdência Social na prática forense*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 117.

segurado daquele de quem *depende economicamente*”. Mantendo, portanto, o segurado suas contribuições e, por conseqüência, sua condição de segurado, cumpre ao Estado, como já dito, o dever de proteger o segurado *e seus dependentes*.

A *dependência econômica* é a situação pela qual os dependentes vivem às expensas dos segurados, de modo que, na falta dos rendimentos dos últimos, o benefício previdenciário venha a amparar os primeiros. Há até quem defenda que o benefício previdenciário seja mais que um mínimo necessário à sobrevivência, encarando-o como um verdadeiro instrumento de manutenção do padrão de vida do segurado e/ou de sua família, como se verifica:

O conceito de dependência econômica deve abranger não só o que se refere às necessidades elementares, mas também o que corresponde ao padrão de vida desfrutado pelo casal. Se a companheira aufere outra pensão muito abaixo do que lhe é necessário, dentro do seu padrão de vida, não é justo que se lhe negue a pensão deixada pelo companheiro, tendo em vista o elo de afeição que os ligou por cerca de trinta anos.³²

A lei, como visto, enumera os dependentes, ora presumindo a dependência econômica, ora exigindo a sua comprovação (art. 16, § 4º da Lei de Benefícios). Assim, a dependência econômica dos filhos, cônjuges, companheira e companheiro é presumida. Isto quer dizer que não precisam provar que dependiam economicamente do segurado para que possam fazer *jus* aos benefícios.

A presunção de dependência econômica da esposa é relativa (presunção *juris tantum*), podendo vir a ser afastada do direito ao benefício pela companheira (art. 76, § 1º, Lei de Benefícios).³³ Ao

³² TFR. Ap. Cível n.º 80.981-SP, Rel. Min. Carlos Madeira, em 18.02.1983, 3ª T., *LEMI*, v. 190, p. 274.

³³ TFR. “Previdência Social. Pensão. Companheira. A dependência econômica é uma situação de fato. A presunção legal em favor do cônjuge é afastável mediante comprovação em contrário da companheira que demonstra ter sido como tal na instituição previdenciária.” (Ap. Cível n.º. 33.238-RS, Rel. Min. Paulo Távora, 2ª T., TFR, em 17.03.1978, *DJU* de 02.06.1978)

afirmar que a dependência econômica dos dependentes de primeiro grau é presumida, a lei se refere também à companheira. Mas, embora seja presumida a dependência da companheira, ela deve provar a existência de união estável com o segurado.

Em não se tratando dos dependentes mencionados, todos os outros têm que provar sua *dependência econômica*, total ou parcial, em relação ao segurado.³⁴ Uma consideração indispensável: a dependência econômica, a rigor, não deve ser exigida no momento da inscrição ou designação. A dependência econômica deve existir no momento em que nasce o direito ao benefício; no caso de pensão, no momento do óbito do segurado (art. 108, Dec. 3.048/99). A legislação aplicável é, outrossim, a vigente à época da necessidade.

Os filhos são antes dependentes dos pais do que dos irmãos. Os cônjuges, um do outro, antes de sê-lo dos filhos. Mas a regra não é absoluta. Já entendeu a 4ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, apreciando a Ap. Cível nº. 55.702-RJ, de que foi relator o Ministro Carlos Madeira, que “não desfigura a dependência da mãe ao filho o fato de ser vivo o marido e ganhar salário mínimo”.³⁵

As discussões acerca de alguns casos polêmicos, como o do menor sob guarda, podem ser encerradas se norteadas pela verificação da *dependência econômica*, caso a caso. Ou seja, defende-se a idéia, com os argumentos ora apresentados, de que, caracterizada a *dependência econômica*, fundamentada pela impossibilidade de o dependente produzir ou adquirir seus víveres, configurado deve estar o vínculo de dependência para a produção dos efeitos de direito na seara previdenciária.

³⁴ “Pensão pleiteada por menor designada beneficiária pelo avô e representada em juízo pelo pai. Sem a comprovação de forma hábil da dependência econômica da dependente designada estranha ao grupo enumerado no art. 11, I, da Lei nº 3807/60, não é possível reconhecer-lhe o direito ao benefício. Sentença confirmada.” (Ap. Cível nº 43.711-RS, Rel. Min. Armando Rolenberg, 28.06.1978, DJU de 14.08.1978, p. 5788)

³⁵ DJ de 06.08.1980, Ementário, p. 133.

4. Conclusão

O Estado brasileiro, segundo as diretrizes adotadas desde o governo Fernando Henrique Cardoso, seguindo tendência mundial, pretende reduzir o déficit da Previdência Oficial, numa verdadeira política de “enxugamento” da Previdência Social. Por outro lado, é dever do Estado amparar seus desamparados. Não se pode deslocar esse ônus para o particular que contribui e, portanto, já faz sua parte. No caso do menor sob guarda, nada mais justo que o Estado assumira o amparo da criança e do adolescente, nessa situação na hipótese de necessitarem, desde que vinculados a segurado da Previdência Social.

O art. 26 da Lei Complementar nº. 109 prevê a abrangência dos *dependentes econômicos* para as entidades de previdência privada aberta, que têm fim de lucro, numa fórmula mais ampla que a do próprio Regime Geral de Previdência Social (público), que apresenta mais restrições ao rol de seus beneficiários dependentes. Ora, se a regra para a iniciativa privada é elástica, não há porque obstar ou polemizar o entendimento de que a mesma regra deva ser aplicada à inclusão de dependentes, indiscriminadamente, a todos os demais regimes previdenciais, sobretudo ao da previdência pública oficial. Assim, o rol dos dependentes previdenciários apresentado pelo art. 16 da Lei nº. 8.213/91 não deve ser interpretado como taxativo, ou *numerus clausus*, mas meramente *exemplificativo*, sendo estendido sempre que couber, ou seja, sempre que houver alguém que dependa, ou dependia (em caso de morte), economicamente do segurado, e não tenha meios de se tornar independente, provisória (v. g., enquanto não atinge a maioridade) ou definitivamente (v. g., deficiente mental).

Como já falado, previdência está ligada a amparo. Numa alegoria, pode-se dizer que se um corpo é denominado “dependência previdenciária”, sua alma deve ser chamada “dependência econômica”. Não se pode imaginar um instituto de previdência que desampara seus beneficiários (segurados e respectivos *dependentes*), pois, assim, estaria contrariando sua própria essência.

Rememorando as palavras de Paulo Edson Marques,³⁶

A Previdência Social é a segurança àqueles que, pelo infortúnio ou pelo tempo, já não podem contribuir com sua força de trabalho. Seu amparo previdenciário não é senão um tributo social de que todos um dia seremos beneficiários. Uma sociedade fraterna não desampara seus velhos e desvalidos. Ao contrário, cultiva-os como exemplo de trabalho e amor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADA, José Bonifácio Borges de. Parecer CJ/MPAS nº. 936/97 - Previdência complementar - natureza das caixas de assistência dos advogados. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, v. 21, n. 203, p. 1017-18, out. 1997.

ARTIFON, Danielle Perini. O menor sob guarda e sua exclusão da proteção previdenciária - aspectos constitucionais. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 226, p. 735, jul. 2000.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Cível nº. 80.981-SP. Relator: Min. Carlos Madeira. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 1983. *Revista Jurídica LEMI*, São Paulo, v. 190, p. 274, mar. 1983.

CHAÏN, Perelman. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Previdência social na prática forense*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/população/população_no_Brasil.html>. Acesso em: 15 jul. 2001.

LEITE, João Antônio G. Pereira. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1977.

MAGALHÃES, Vanderlei Pires de. *AGROS: Estudo das principais atividades realizadas no período de 1989 a 1999*. 2001. 75 f. Monografia de final de curso - Faculdade de Administração. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. MG.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. Menor sob guarda e sua condição de dependente para a previdência social. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, v. 24, n. 236, p. 667-668, jul. 2000.

NASCIMENTO, Sandra. Emenda administrativa ainda depende de leis. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 13 jan. 1999. p. A-10.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Os 50 maiores devedores da Previdência. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editoriais/200/12/27/pol798.html>>. Acesso em: 28 dez. 2001.

OLIVEIRA, André. *Legislação previdenciária remissiva consolidada*. 11. ed. Rio de Janeiro: 2003.

DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO - SÉCULO XXI. *Previdência*. Versão 3.0, nov. 1999.

³⁶ MARQUES, Paulo Edson apud OLIVEIRA, André. *Legislação previdenciária remissiva consolidada*. 11. ed. Rio de Janeiro: 2003.

DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA
CALDAS AULETE. *Previdência*. v. 4, 1970.

ENCICLOPÉDIA DELTA LAROUSSE. *Previdência*. v. 12. São Paulo:
Delta, 1977.

ROCHA, Daniel Machado da. *Direito previdenciário: aspectos materiais,
processuais e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANDIM, Emerson Odilon. *Direito previdenciário – temas polêmicos
(com soluções práticas)*. São Paulo: LTr, 1997.

BREVES ANÁLISES SOBRE A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA IDADE PENAL

Fernando Laércio Alves da Silva

Graduado em Direito pela UFV

Luciene Rinaldi Colli

Mestre em Extensão Rural pela UFV

Professora Assistente do Departamento de Direito da UFV

RESUMO: Dentre os problemas sociais brasileiros com reflexo no mundo jurídico, destaque tem merecido, nos últimos tempos, o envolvimento de adolescentes e, portanto, inimputáveis, em práticas delituosas. Como proposta de combate ao problema, muito se tem discutido, tanto na doutrina como nas Casas Legislativas, acerca da viabilidade ou não da redução da idade penal mínima. A questão, porém, não se limita a dados estatísticos sobre o envolvimento de adolescentes em infrações, mas toca as teorias do crime e da pena e os próprios princípios fundamentais do direito, que sustentam a Norma Constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais vedam a adoção dessa proposta.

PALAVRAS-CHAVE: menoridade penal; criminalidade; direito penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1. A figura do menor de dezoito anos no direito penal; 1.1. O menor e o direito penal brasileiro; 1.2. Código Penal e Constituição Federal: a idade como limite à imputabilidade penal; 2. Breve resumo das propostas de emenda constitucional sobre o tema; 3. Fundamentações apontadas para a defesa da redução da idade penal mínima; 3.1. O amadurecimento psicoemocional dos adolescentes; 3.2. A capacidade em outras áreas do direito; 3.3. O alto índice de adolescentes envolvidos na prática infracional e a ineficácia do ECA para reeducá-los; 3.4. A orientação no direito comparado; 4. Conclusão.

1. Introdução

Logo nos primeiros dias do mês de novembro de 2003, divulgou-se a notícia de que um adolescente de 16 anos, possivelmente acompanhado de outra pessoa, esta maior de idade, matara um casal de namorados que fora acampar em um sítio abandonado.

Diante da brutalidade com que os fatos ocorreram, vários profissionais, ligados ou não à área da infância e juventude, políticos e membros da sociedade civil em geral, ainda no calor das emoções, manifestaram-se a respeito, a grande maioria favoravelmente à redução da idade penal para aquém dos 18 anos.

Entretanto, no Brasil, a previsão da idade penal mínima não se dá simplesmente em lei ordinária, como o Código Penal, mas no nível constitucional, mais especificamente no art. 228 da Carta Constitucional de 1988; daí, portanto, a dificuldade em se alterar a regra normativa em questão. Isso, porém, não impede que a discussão seja ferrenha, tendo sido apresentadas ao Congresso Nacional, desde a promulgação da Constituição de 1988 até os dias de hoje, quinze propostas de emenda constitucional com o fim de tentar baixar o limite mínimo instituído pela Lei Maior, datando a primeira delas do ano de 1993 e a última de 2002.

A polêmica, porém, não é de tão simples solução, uma vez que nela se envolvem aspectos de política criminal, sociologia, psicologia, pedagogia e outros.

1. A figura do menor de dezoito anos no direito penal

Consoante disposição do art. 27 do CP, são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, ficando sujeitos à legislação especial, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90.

Segundo as lições de Delmanto et al. (2000), a imputabilidade penal seria “a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento”. Dessa compreensão e, de acordo com o que dispõe o art. 27 do CP, faltaria aos adolescentes e infantes

essa aptidão para compreender a ilicitude, ou, ao menos, a gravidade de sua conduta.

Tal, porém, não é, como acusam os proponentes da redução da idade penal, uma permissão estatal para que os agentes, nessas condições, continuem a infringir a lei e causar a desordem social.

Longe disso, o citado art. 27 do CP é claro ao determinar a submissão dos menores infratores à regra da Lei Menorista, a qual lhes prevê uma série de medidas de cunho protetivo-punitivo, fora do aspecto penal, é claro, mesmo porque, se são inimputáveis, conforme leciona a boa doutrina, não cometem crimes e, portanto, não poderiam sofrer qualquer sanção penal.

Nesse sentido, podemos citar os ensinamentos de Rocha & Greco (1999), os quais doutrinam que

para a atuação da finalidade protetiva da norma, pressupõe-se que os menores de idade ainda possuem personalidade em formação e, por isso, a finalidade que orientou a conduta delitativa não merece reprovação.

Necessário ressaltar que esse tratamento diferenciado aos autores de condutas delituosas que ainda contam com tenra idade, tratamento esse mais benéfico, não é recente. Aliás, conforme Minahim (1992), em Roma já era possível encontrar ensinamentos acerca da imputabilidade penal e da adolescência como sua causa de exclusão.

Durante as Idades Média e Moderna, muitos dos ordenamentos fixavam, por um lado, uma idade mínima para que a pessoa pudesse ser punida por sua prática infracional e, de outro, a idade até a qual a sanção sobre essa pessoa se daria de forma diferenciada e mais benevolente em comparação às aplicadas aos indivíduos adultos (FRAGA, 2000).

Por exemplo, pode-se citar a *Constitutio Criminalis Carolina* (Inglaterra) que, em seu art. 104, vedava, salvo em casos específicos, a aplicação da pena de morte como forma de sanção sobre menores de 14 anos, ou ainda a *Ordonnance* Francesa de 1682, que previa a criação de estabelecimento especial para o cumprimento de pena para os criminosos mais jovens, separadamente dos de maior idade.

Por fim, um último exemplo, porém de importância única, é dado pelo Código Penal Francês de 1791, o qual elege como 16 anos a

idade mínima para a incidência da lei sobre a pessoa autora de um injusto penal, ficando os menores de tal idade irresponsáveis penalmente por seus atos, código que serviu de modelo para os mais diversos ordenamentos penais criados ao longo do século XIX.

1.1. O menor e o direito penal brasileiro

Após sua declaração de independência, em 1822, ainda por mais oito anos vigorou, no Brasil, o ordenamento penal português, saindo de cena quando da elaboração do Código Criminal do Império, de 1830.

Esse primeiro Código Penal brasileiro, seguindo também a tendência daqueles dos demais países, fixou, em seu art. 10, § 1º, a idade de 14 anos como a mínima para a imputação criminosa a qualquer pessoa, ressalvando a possibilidade de aplicação da lei sobre menores dessa idade caso fosse provado o discernimento do autor da conduta delituosa.

Em 1890, após a Proclamação da República, um outro Código Penal surgiu no cenário brasileiro, o qual poucas mudanças trouxe em relação ao anterior, sendo substancial apenas a alteração da maioridade penal de 14 para 19 anos.

Por fim, o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940), atualmente em vigor, reduziu um pouco a idade penal em relação à lei anterior, estabelecendo, em seu art. 27, a idade de 18 anos como mínima para a imputabilidade penal sobre o indivíduo, adotando a presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de 18 anos.

Tal presunção “obedece a critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento” (DELMANTO, 2000), o que à frente será mais bem explanado.

1.2. Código Penal e Constituição Federal: a idade como limite à imputabilidade penal

Nas palavras de Luiz Carlos Osório (1989), “a adolescência é uma etapa evolutiva peculiar ao ser humano. Nela culmina todo o processo maturativo biopsicossocial do indivíduo”.

O ser humano, ao longo de seu crescimento, passa por três fases: a infância, a adolescência e a fase adulta.

A primeira costuma ir do nascimento aos 12 anos de idade, aproximadamente; a segunda se inicia entre os 12 e os 15 anos, terminando por volta dos 18 ou 21 anos e, em certos casos, até além dessa idade; e a terceira inicia-se entre os 18 e os 21 anos e só se finda com o falecimento do indivíduo, na sua velhice.

Cada uma dessas três etapas é marcada por características bem sutis, tanto físicas como psicológicas e emocionais, sendo que a primeira fase (infância) e a última (fase adulta), se mostram inteiramente antagônicas entre si, enquanto que a adolescência seria uma fase de transformação, de metamorfose da criança em adulto.

Durante a infância, todo ser humano se mostra inteiramente indefeso e imaturo, tanto física como psicologicamente. Não é ele capaz de conduzir-se em quase nada por si só, dependendo inteiramente dos cuidados dos mais velhos, sendo essa dependência facilmente constatável.

Não possui a pessoa, nessa primeira fase de sua vida, capacidade de estabelecimento ou mesmo de compreensão de valores próprios ou qualquer elemento de sobriedade que marcam a fase adulta. De fato, a pessoa vive o que lhe ensinam a viver, absorve tudo o que lhe é colocado. Em síntese, não possui ela autonomia.

Totalmente oposta, por sua vez, é a fase adulta, na qual o indivíduo se encontra já amadurecido fisicamente e apto, portanto, a sobreviver por si só e a perpetuar a sua linhagem. Também está apto psicologicamente e preparado, portanto, para, por um lado, enfrentar de forma racional os desafios que lhe são lançados e, por outro, assumir a responsabilidade pelos erros que venha a cometer.

Entre essas duas fases, contudo, existe uma terceira, que seria, como dito linhas acima, a adolescência, exatamente o período de

transição entre a primeira e a segunda etapas. Como toda transição, se mostra turbulenta e complexa, não apenas para o indivíduo que por ela passa, como também para todos os que o cercam. É o indivíduo caracterizado, acima de tudo, não pelo que é, mas pelo que não é. Não é nem criança e nem adulto. Mostra-se mais amadurecido e independente do que era na infância, mas ainda não é inteiramente capaz e seguro de si como os adultos.

Todas essas transformações físicas e psicológicas, inevitavelmente, acabam por influenciar o comportamento do adolescente no meio social, onde ele busca individualizar-se dos demais e, assim, encontrar o seu próprio espaço (OSÓRIO, 1989), por vezes resultando seu comportamento até mesmo contraditório e impulsivo. Nas palavras do autor,

a psicopatologia peculiar a grupo etário adolescente caracteriza-se fundamentalmente por alterações na área comportamental, onde o adolescente, na impossibilidade de superar seus conflitos com o mundo que o cerca, protesta contra o modo como este está estruturado e tem como objetivo transformá-lo em lugar de modificar-se (...) o conflito eu-mundo externo, decorrente da própria necessidade evolutiva de diferenciar-se e individualizar-se do adolescente, quando exacerbado dá origem aos distúrbios de conduta.

Devido exatamente a esse estado de confusão comportamental, surge a necessidade de tratar diferencialmente os menores de determinada idade, que ainda não passaram inteiramente pelo processo de amadurecimento fisisocossocial em relação aos adultos.

Não há como cobrar de uma pessoa a responsabilidade fundada em um amadurecimento pelo qual ainda não passou.

E isso não é trato apenas da justiça brasileira, mas orientação da própria Organização das Nações Unidas, que, pela cláusula 4.1 das Regras de Beijing, dispõe aos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, e que seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual (BARROSO FILHO, 1997).

Quanto aos infantes, dúvida alguma há neste sentido, uma vez que patente se mostra a imaturidade e, em decorrência, a inculpabilidade deles frente ao ordenamento penal.

Já para os adolescentes, no entanto, a questão é mais problemática, eis que, e não há como negar, encontram-se eles em um ponto de amadurecimento mais elevado que as crianças e em pleno desenvolvimento de sua capacidade de conhecimento, o que, em princípio, resultaria na possibilidade de se lhes cobrarem também maiores responsabilidades.

É verdade que um adolescente, com seus 16, 17 anos, salvo raras exceções, sabe que matar, furtar ou mesmo desobedecer a ordem superior é prática errada e contrária à lei e aos bons costumes. Isso, contudo, até uma criança de 7 anos sabe (CAVALLIERI, 1998).

Ao se dizer, no entanto, que um adolescente é imaturo para conhecer plenamente a ilicitude de seus atos, não se quer falar que não sabe ele, objetivamente, o significado do texto normativo, e menos ainda que deve ele, sendo imaturo, sair inteiramente impune de qualquer ato ilícito que tenha praticado.

O correto entendimento da imaturidade como razão da inimputabilidade dos adolescentes se liga ao fato de que, sendo imaturo e impulsivo, o adolescente, mesmo conhecendo objetivamente a ilicitude do ato que pratica, não é capaz de enxergar mais profundamente as conseqüências desses atos, tanto para si como para aquele a quem seu ato lesiona (BRUNO, 1967).

Se assim não fosse, razão também não haveria para que a lei civil se preocupasse em proteger também os menores de idade contra seus impulsos e imaturidades que, sem sombra de dúvidas, lhes fazem presas fáceis de maldades e astúcias alheias.

2. Breve resumo das propostas de emendas constitucionais sobre o tema

Como mencionado, desde o ano de 1993 até as vésperas do fechamento das pesquisas para a elaboração do presente trabalho, nada menos que quinze Propostas de Emenda Constitucional (PECs) haviam sido encaminhadas ao Legislativo para deliberação.

E o interessante é que todas elas, umas de forma absoluta e outras apenas no que tange a alguns tipos penais, propõem a redução da idade penal mínima para aquém dos 18 anos.

Nesses termos, podem-se resumir e dividir as PECs da menoridade penal nas seguintes modalidades: PECs nºs. 171/1993, 37/1995, 91/1995, 301/1996, 426/1996, 531/1997, 633/1999, 68/1999, 133/1999, 150/1999, 167/1999 e 377/2001, propondo a redução absoluta da maioridade penal para dezesseis anos; PEC 169/1999, propondo a redução absoluta da idade para 14 anos; PEC 260/2000, propondo a redução para 17 anos; PEC 321/2001, propondo uma mudança de critérios para a aferição da imputabilidade penal dos adolescentes infratores; e, por fim, a PEC nº. 386/1996, propondo a redução da idade penal para 16 anos somente no caso de crimes hediondos.

Ainda sem entrar na crítica específica às fundamentações apontadas para a redução da idade penal, o que se fará tópicos abaixo, ao menos no que tange à última PEC mencionada, a dizer a de nº. 386/1996, por agora já é possível um comentário que lhe tire a fundamentação.

Isso porque, como dito, pretende essa proposição, de autoria do Deputado Pedrinho Abrão, que a idade penal mínima seja mantida no piso de dezoito anos, salvo nos casos de delitos contra a pessoa e o patrimônio, bem como os de caráter hediondo.

Ora, primeiramente há que se dizer que a grande maioria das infrações cometidas por adolescentes adequam-se, justamente, aos tipos penais assim classificados, como lesão corporal, homicídio, furtos, pequenos roubos etc.

Assim, apesar de falaciosamente parecer exceção, com a adoção de tal medida, de fato, a regra passaria a ser a imputabilidade penal dos menores de dezoito anos. E o que é pior: tal proposta afronta diretamente a moderna teoria do crime, que o define como um fato típico ilícito e culpável. Explicamos.

Simplificadamente, pode-se definir o crime como sendo uma conduta humana típica, ilícita e culpável, sendo que, desses elementos, os dois primeiros (tipicidade e ilicitude) ligam-se à prática infracional em si e o terceiro, culpabilidade, ao próprio agente, ou melhor, à sua capacidade de compreender a ilicitude ou portar-se de acordo com tal compreensão (TOLEDO, 1994).

Por sua vez, a imputabilidade se trata de elemento integrante da culpabilidade, vez que se liga às nuances psíquicas envolventes do agente no momento da prática delituosa, trazendo incisivos reflexos concretos na forma de se analisar o delito e não simples filigranas jurídicos, como até poderiam imaginar os menos avisados.

Logo, pela proposição de mudança constitucional ora analisada, no que diz respeito aos adolescentes de 16 a 18 anos, a imputabilidade simplesmente seria deslocada do elemento do crime *culpabilidade* para o elemento *tipicidade*, caso o fato típico praticado se enquadrasse entre os mencionados no proposto artigo constitucional.

Sem medir palavras, isso representaria não menos que um total contra-senso jurídico, uma cisão dentro da teoria do crime e, por conseguinte, em toda a sustentação teórica do direito penal moderno.

E tudo isso em nome de um discurso excessivamente punitivo, que em nada contribui de concreto para a redução da criminalidade como um todo e, menos ainda, para a recuperação dos adolescentes infratores.

3. Fundamentações apontadas para a defesa da redução da idade penal mínima

De fato, quinze são as proposições de alteração constitucional para redução da idade penal mínima. Dessas, como dito, algumas diferem pelo limite sugerido, a forma de aferição da imputabilidade ou o parâmetro utilizado para definir quando seria e quando não seria necessário, objetivamente, criminalizar a conduta do adolescente infrator.

Em nada, porém, inovam ou diferem umas das outras no que diz respeito à fundamentação teórica para sua aprovação.

Assim é que, apesar de várias serem as propostas, podem ser relacionados em, basicamente, cinco os argumentos para a alteração constitucional: a evolução e o amadurecimento mais acelerado dos adolescentes dos dias atuais, em relação aos adolescentes da época em que entrara em vigor o Código Penal pátrio; o reconhecimento da maturidade dos adolescentes para outros efeitos jurídicos; o alto índice de adolescentes envolvidos com a prática infracional; a ineficácia do Estatuto da Criança e do Adolescente no combate à criminalidade juvenil; e, por fim, a tendência do direito alienígena em favor da redução.

Devido, porém, à complexidade de cada um desses argumentos, bem como para uma melhor didática nas críticas a eles cabíveis, melhor será a análise individualizada de cada um deles.

3.1. O amadurecimento psicoemocional dos adolescentes

Justificando a PEC n°. 171/1993, seu elaborador, Deputado Benedito Domingos, assim diz:

Observadas através dos tempos, resta evidente que a idade cronológica não corresponde à idade mental. O menor de dezoito anos, considerado irresponsável e, conseqüentemente, inimputável, sob o prisma do ordenamento penal brasileiro vigente desde 1940, quando foi editado o Estatuto Criminal, possuía um desenvolvimento mental inferior aos jovens de hoje da mesma idade.

De fato, inúmeros foram os avanços científicos surgidos desde o início da década de 1940 do século passado até esta primeira década do terceiro milênio, avanços esses notáveis nas mais diversas áreas, como a medicina, a informática, as telecomunicações e outras tantas.

Tais avanços têm trazido enormes benefícios à humanidade como um todo, elevando a expectativa de vida dos indivíduos, permitindo um maior nível de escolaridade e educação básica, com concreta redução nas taxas de analfabetismo, aumento das opções de lazer etc.

E, de acordo com os apontamentos levantados pelos defensores da redução da idade penal, a fixação da idade-limite em 18 anos, 60 anos atrás, tinha por base o jovem da década de 1940, nas condições de desenvolvimento que aquela sociedade lhes proporcionava. Contudo, levando-se em conta que a sociedade atual permite ao homem o acesso às informações e, por conseguinte, o amadurecimento psíquico mais rápido, por medida de justiça deveria também a idade penal ser reduzida na proporção desse amadurecimento.

Segundo esses argumentadores, se a inimputabilidade toma por base o fato de não estar o indivíduo preparado psíquica e emocionalmente para as conseqüências de seus atos, a inimputabilidade deverá perdurar enquanto essa limitação persistir. Extinguindo-se a limitação mais cedo, mais cedo deverá o cidadão assumir a responsabilidade por seus atos na esfera criminal.

Por outro lado, fato é que inúmeros problemas têm surgido, ou ao menos sido ampliados comparativamente aos da sociedade da década de 1940, tais como as mudanças nos valores de família, o desabrochar cada vez mais precoce dos indivíduos para o sexo, com aumento do número de pessoas contaminadas por doenças sexualmente transmissíveis e da gravidez na adolescência, e o aumento do consumo de drogas.

E, mais que isso, como se fala do Brasil, necessário é pôr em xeque a chegada de tais avanços a todos, ou pelo menos a boa parte dos adolescentes deste país, fato que não corresponde à realidade, vez que a grande massa vive e cresce em meio a favelas, secas, destruição e fome.

Isso, inclusive, é o que conclui um estudo elaborado por determinação do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, cujas estatísticas demonstram que 67% dos menores infratores estudaram até quatro anos e 61% estavam fora da escola quando foram presos, sendo boa parte dos infratores filhos de pais alcoólatras e/ou separados (FRAGA, 2000).

E, em relação àqueles que verdadeiramente têm acesso ao conjunto de informações em circulação, a linha de pensamento mencionada não pode prosperar, vez que, além de em nada ajudar, muitas dessas informações acabam por deturpar-lhes ainda mais a formação e, a partir do momento em que se admite estarem eles vitimados por tais fatores, não há que se fazer incidir sobre eles a pesada mão da jurisdição penal, mas sim a reparadora tutela do ordenamento estatutário (OSÓRIO, 1989).

Por essa razão, ao nosso ver, esse primeiro argumento para a diminuição da idade penal para alguém dos 18 anos não merece prosperar.

Aliás, se o próprio ECA, Lei n°. 8.069/90, reconhece que a adolescência se estende dos 12 aos 21 anos de idade, e está tão interessada a sociedade em que a punição penal seja condizente com a realidade do indivíduo, por que não lutar em prol da ampliação da idade penal, ao invés de se pretender reduzi-la?

Respondemos que tal ocorre por uma razão muito simples: a sociedade não vê a pena como uma tarefa ressocializadora em prol do agente delituoso, que deve ser aplicada onde realmente se faz necessária, mas simplesmente como um instrumento de vingança social.

3.2. A capacidade em outras áreas do direito

Como segundo argumento para a redução da idade penal, alega-se o fato de que tanto a lei infra como a própria Constituição Federal de 1988 reconhecem já estarem os adolescentes em idade inferior a 18 anos, geralmente a partir dos 16 anos, maduros o suficiente para o exercício, sozinhos ou assistidos, de atos jurídicos outros, como o voto, o casamento ou a abertura de atividade comercial.

E, se podem ser titulares de direito, por que não seriam também de obrigações, respondendo criminalmente pelas conseqüências de suas condutas?

Em relação a esse argumento, bem se pode mencionar importante estudo psicológico realizado por Miranda Júnior (2000), no qual se concluiu que “a psicologia infantil consolidou o discurso da evolução, estabelecendo parâmetros pedagógicos e comportamentais relacionados aos estágios de desenvolvimento”.

Assim, não há que, em contrapartida à concessão da faculdade ao menor de 18 anos de poder votar, obrigá-lo a submeter-se ao ordenamento penal, o mesmo se podendo dizer sobre o direito de trabalhar a partir de 14 anos de idade.

Ora, a partir do momento em que se entendem a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, há que se reconhecerem também os estágios desse desenvolvimento e, em virtude disso, as obrigações passíveis de lhes serem cobradas em cada estágio, e não simplesmente colocá-los sobre o mesmo nível, como se fossem semelhantes entre si.

Do contrário, poder-se-ia estender o raciocínio equivocado e tornar imputáveis crianças de determinada idade pelo simples fato de o Poder Judiciário, em determinadas circunstâncias, considerá-las maduras o suficiente para colher seu testemunho processual, o que, de fato, seria inadmissível.

3.3. O alto índice de adolescentes envolvidos na prática infracional e a ineficácia do ECA para reeducá-los

Passíveis de serem analisados conjuntamente se mostram o terceiro e o quarto argumentos para a redução da menoridade criminal, vez que profundamente ligados entre si.

Pelo primeiro deles, tem-se a alegação de ter-se elevado, na atualidade, o número de adolescentes envolvidos em práticas delituosas, tornando-se exigível uma mais forte repressão a eles como resposta à insegurança social.

Neste sentido, justificando sua PEC, a de nº. 386/1996, vai dizer o Deputado Pedrinho Abrão:

Não é possível que a aparente ou real fragilidade física de menores de dezoito anos sirva como biombo para ocultar a carga de criminalidade e de violência de que são capazes, muito acima do “homem médio”, atemorizando a família e a sociedade, quando se embrenham nos descaminhos da marginalidade, e, por esse efeito, não devem ficar sob a tutela da legislação especial.

Completando o raciocínio, o parlamentar alega que os adolescentes, em tais circunstâncias, só se mantêm na prática delituosa porque sabem que o ECA não é eficaz no combate à criminalidade, adotando medidas em muito tolerantes para com os infratores, servindo mais como um aval à sua continuidade na vida criminal do que à sua ressocialização.

À assertiva de que é necessária a redução porque grande é o número de adolescentes infratores, preliminarmente, pode não ser, por si só, argumento capaz de justificar a criminalização de suas condutas. Do contrário, dentro em breve estaremos também criminalizando a conduta de alienados mentais pelo simples fato de, em vez de adolescentes, que se tornaram puníveis criminalmente, passem a ser aqueles a mão-de-obra utilizada pelos grandes delinquentes para, ocultamente, cometerem seus delitos.

Ora, uma coisa em nada justifica a outra.

E mais longe, o simples fato de uma prática passar a constituir crime e ter sua pena agravada não é capaz de reduzir o seu índice de ocorrência. Tal assertiva é pacífica, e a prova disso é a Lei de Crimes Hediondos, que eliminou absurdamente toda uma série de garantias paulatinamente construídas em favor do réu e do condenado, mas em nada se mostrou hábil para a diminuição daquelas práticas delituosas.

Conforme ditado popular, “cadeia é escola do crime” e não reeduca ninguém.

Ora, se tal observação já se comprovou em relação aos adultos, por que quanto aos adolescentes, ainda em formação, seria diferente?

Nessa linha argumentativa é que também se critica o argumento de ineficácia do ECA para combate da prática delituosa, quando perpetrada por menores.

A função primeira do ECA não é combater a criminalidade juvenil, mas sim a de ser, como seu nome diz, um ordenamento integral de proteção aos menores, fundado sempre na consideração da criança e do adolescente como indivíduos em formação, merecendo, portanto, proteção integral, ao contrário do antigo Código de Menores, eminentemente punitivo.

Assim, as medidas que o ECA institui como resposta à infração por adolescentes têm, em primeiro lugar, a função de buscar sua educação e, só secundariamente, o caráter punitivo. E este, ainda, totalmente fora dos moldes e da mentalidade penal.

Nas palavras de Barroso Filho (2002):

Tendo em conta a peculiar situação de pessoa em formação e desenvolvimento e por ser inimputável, recebe (o adolescente infrator) como resposta à sua conduta infracional medidas de caráter sócio-educativo.

Justamente por esse motivo é que, por uma análise rápida do art. 112 do ECA, nota-se que tal lei determina a aplicação, sempre que possível, conjunta das medidas sócio-educativas (admoestação verbal, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional) com as de caráter eminentemente protetivo previstas no art. 101, I a VI da mesma Lei nº. 8.069/90.

Por outro lado, difícil dizer que o sistema de medidas sócio-educativas do ECA não é capaz de ressocializar os adolescentes infratores, uma vez que a legislação em questão ainda não foi, passados mais de dez anos de sua edição, implantada corretamente no Brasil, persistindo, na maior parte do país, a estrutura e a mentalidade do antigo Código de Menores, representadas pelo falido sistema FEBEM (Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor).

E, conforme pesquisa apresentada na 3ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (2000), o que se comprovou foi justamente o oposto dos argumentos levantados pelos defensores da redução da idade penal. Isto é, nos locais onde a estrutura determinada pelo ECA se fez aplicar corretamente, o índice de reincidência, por assim dizer, dos menores infratores, não passou de 10%, enquanto o índice de reincidência no sistema carcerário supera os 80%.

Ora, diante disso, como se pretender trocar o sistema do ECA pela Lei Penal?

3.4. A orientação no direito comparado

Como derradeiro argumento, alguns dos países mais avançados, segundo se disserta, Estados Unidos e Inglaterra, bem como a maioria dos demais países, teriam erigido a redução da idade penal mínima para aquém dos 18 anos como meio de combate à criminalidade (LOBO, 2001).

De acordo com dados da ONU, de 57 legislações analisadas, apenas 17% adotariam a idade penal abaixo dos 18 anos, a dizer, EUA, Bermudas, Chipre, Grécia, Haiti, Índia, Inglaterra, Marrocos, Nicarágua, São Vicente e Granadas. Silvana Lobo (2001), por sua vez, menciona outros Estados onde a idade penal é fixada abaixo do limite brasileiro, dentre as quais se pode citar Egito, Líbano, Iraque, Honduras, Panamá, dentre outros, todos, entretanto, países marcados pelo subdesenvolvimento econômico e cultural.

Em contrapartida, países como a Alemanha e a Espanha, tidos como referência mundial em matéria penal, mantêm a imputabilidade a partir dos 18 anos de idade e, até mesmo o Japão, país tido como extremamente rigoroso, sustenta a idade penal mínima a partir dos

20 anos. Segundo pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas, nada menos do que 61,4% dos países adotam como idade penal mínima os 18 anos, havendo ainda outros tantos que a adotam a partir de 19, 20 e, até mesmo, 21 anos de idade (KAHN, 2002).

Não é, portanto, uma tendência mundial a fixação da idade penal mínima abaixo dos 18 anos, ao contrário do que sustentam os defensores de tal medida, mas sim sua manutenção em tal nível.

Tal não é a nossa visão particular, mas o teor mesmo das Recomendações extraídas da Conferência Ibero-Americana dos Direitos da Criança e do Adolescente, a dizer:

Recomendar os países a considerar a idade de imputabilidade aos dezoito anos, fortalecer as medidas alternativas da privação de liberdade e que essa seja cumprida em centros especializados para adolescentes e adotada como último recurso e pelo menor tempo possível e instrumentadas em medidas sócio-educativas. (In: BARROSO FILHO, 1997)

O que se pode dizer, então, é que teria havido um equívoco ao se mencionar que a tendência atual seria a de reduzir a idade penal para alguém dos 18 anos, idade adotada no Brasil.

4. Conclusão

Mais do que um problema jurídico isolado, o envolvimento de adolescentes com a prática delituosa é questão de cunho social, refletindo bem os problemas da sociedade adulta. E, o que é pior, acrescida de um agravante: se não for bem resolvida, tende a não apenas se protelar no tempo, como a agravar-se cada vez mais, numa espécie de círculo vicioso.

Para combate desse problema, uma das alternativas propostas é a da redução da idade penal para alguém do atual limite de 18 anos.

Ao nosso ver, porém, não basta simplesmente editar-se uma lei, de um dia para o outro, determinando que adolescentes de 14, 16 ou 17

anos de idade passarão a cumprir penas, como se adultos fossem, para que se acabe com a delinquência juvenil.

Mais que isso, necessária é a adoção de uma política séria de defesa e proteção dos menores, atuando, sempre que possível, antes da corrupção de sua personalidade e, quando tal não o seja, com medidas verdadeiramente recuperatórias e não apenas punitivas.

Tal era a tendência pretendida pelo Código Penal de 1940 quando de sua promulgação, tendência essa que, apesar de arranhada pela falta de sensibilidade social dos últimos tempos, em especial durante o período negro da história recente do Brasil (ditadura militar), não foi jogada por terra.

A ela perfeitamente se adapta o ECA, eminentemente pedagógico e nada vingativo nas medidas sócio-educativas que direciona aos infratores, vez que elaborado com base nas mais modernas correntes doutrinárias médicas e jurídicas, elegendo a criança e o adolescente não como um problema social a ser resolvido, mas como o bem maior a ser protegido pela sociedade.

Neste sentido é que estabelece tal ordenamento uma série de direitos a serem protegidos, e outras tantas séries de medidas a serem aplicadas em favor dos menores para sua educação e/ou reeducação.

Ressalte-se, ainda, o fato de que as medidas sócio-educativas introduzidas pelo ECA estão em conformidade com as regras de Beijing para a proteção da infância e juventude, instituídas pela Resolução nº. 4.033 da Assembléia Geral da ONU em 29 de novembro de 1985.

Regras essas que, segundo GAVIÑO (1999),

visam a educar ou reeducar o adolescente que, por deficiências as mais variadas, não conseguiu assimilar as regras da boa convivência social, enveredando pelos caminhos da criminalidade.

Educar não é simplesmente punir, mas instruir, conduzir e, somente quando exigido, repreender nos limites do necessário.

Por tudo isso é que se pode dizer, com toda a segurança, que simplesmente adotar qualquer das proposições de redução da idade penal representaria simplesmente “varrer para debaixo do tapete do direito penal” o problema da delinquência juvenil, que, como se falou, ultrapassa

as barreiras do ato infracional em si, encontrando-se com toda uma problemática social de infra-estrutura e amparo que se deixa de oferecer aos jovens de nosso país.

Mais que inflar ainda mais nossas cadeias, desta vez com adolescentes ainda cheios de vigor e possibilidade de recuperação, necessário e exigente se faz a adoção de políticas sérias, como se disse, de tratamento às crianças e adolescentes, infratores ou não, vez que, acima de tudo, são pessoas em desenvolvimento.

Tal política somente se fará possível na medida em que se coloquem em prática, e da forma correta, as medidas trazidas pelo Estatuto Menorista.

É claro que jamais, infelizmente, se chegará à extirpação total da prática infracional por adolescentes, mas tal não por falha da lei, e sim pelo mesmo motivo por que nunca se chegará à eliminação total da criminalidade adulta, qual seja, o fato de que, por natureza, o homem é um ser falível.

Mas, ainda assim, é melhor preparar o homem para voltar ao convívio social do que abandoná-lo à própria sorte, nos fundos de uma cela, onde, ao final da pena, sua presença na comunidade passa a representar sério perigo, pelo aumento da periculosidade que o convívio carcerário propicia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO FILHO, José. *Ato infracional: sentenças e normas pertinentes*. Belo Horizonte: Alvorada, 1997.

_____. Do ato infracional. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, v. 7, p. 337-356, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal - parte geral*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAVALLIERI, Alyrio. Menores: falhas estatutárias. In: *Consulex*. 13. ed. São Paulo: Consulex, 1998.

DELMANTO et al., Celso. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRAGA, Henrique Rocha. Imputabilidade penal: estudo histórico, dogmático e comparado da criminalidade do menor. In: *Revista Jurídica da UNIFACS*. Salvador: UNIFACS, 2000.

GAVIÑO, Vera Lúcia. As medidas sócio-educativas no Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista da Faculdade de Direito da UNG*. Guarulhos, v. 1, p. 151, 1999.

KAHN, Túlio. *Delinquência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo a idade penal*. Disponível em <<http://www.conjunturacriminal.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2002.

LOBO, Silvana Lourenço. *A idade à luz do Código Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001. (Dissertação de Mestrado)

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção*. São Paulo: RT, 1992.

MIRANDA JÚNIOR, Hélio Cardoso de. A pessoa em desenvolvimento – o discurso psicológico e as leis brasileiras para a infância e a juventude. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. 6. ed. São Paulo: Síntese, 2000.

OSÓRIO, Luiz Carlos. *Adolescente hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria Nacional dos Direitos Humanos - Departamento da Criança e do Adolescente - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Anais da III Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*, 2000.

A NATUREZA DO DIREITO AO USO EXCLUSIVO DE MARCAS

Geraldo Honório de Oliveira Neto
Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP
Professor Assistente do Departamento de Direito da UFV

RESUMO: O presente estudo busca definir a natureza do *direito exclusivo* conferido pela Lei da Propriedade Industrial sobre a marca e indicar algumas conseqüências práticas da aplicação das diversas teorias a respeito do tema. A definição do conteúdo da relação jurídica, com vistas à sua classificação entre os direitos reais, pessoais, obrigacionais, ou em nova categoria de direitos, o delineamento do seu regime jurídico, balizará a interpretação das normas de direito marcário. Depende desta classificação a definição da terminologia a ser empregada no discurso científico, que deve ser rigorosa, bem como a identificação do substrato jurídico-filosófico característico do regime que informa a interpretação e a aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade industrial; marcas; natureza jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Teorias que buscam determinar a natureza do direito em função do seu objeto; 3. Teorias que buscam determinar a natureza do direito em razão da sua função; 4. Teorias que buscam determinar a natureza do direito em função de seu conteúdo; 5. Conclusões.

1. Introdução

A Lei de Propriedade Industrial¹ denomina *direito de propriedade* a relação jurídica sobre a marca. A doutrina cuidou de verificar se a terminologia legal é adequada à natureza do direito,² sendo predominante o entendimento de que pode ser de propriedade uma relação jurídica a respeito das marcas e dos outros bens imateriais.³ Não sendo pacífico, todavia, o entendimento a respeito do tema, os autores

¹ Lei no. 9.279, de 14 de maio de 1996, publicada no D.O.U. de 15 de maio de 1996, seção I, 1ª página.

² Vejam-se os seguintes estudos sistematizados a respeito da natureza jurídica do direito sobre bens imateriais: José Roberto d'Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition du droit sur la marque au Brésil*, p. 9-47; João da Gama CERQUEIRA, *Tratado da propriedade industrial*, vol. 1, p. 71-147; Julio LEDESMA, *Funcion social de las marcas marcas de fabrica y de comercio*, p. 25-54; João Paulo Capella NASCIMENTO, A natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais, *Revista da ABPI*, (28): 23-35; Maitê Cecília Fabbri MORO, *O fenômeno da notoriedade da marca nos acordos internacionais*, p. 26-33.

³ Entendem que a marca pode ser objeto de direito de propriedade: Affonso CELSO, *Marcas industriaes e nome comercial (Lei n. 3346 de 14 de outubro de 1887 e Regulamento n. 9828 de 31 de dezembro de 1888)*, p. 29 e nota de rodapé; Antônio Bento de FARIA, *Das marcas de fabrica e de commercio e do nome commercial (Decreto 3.346 de 14 de outubro de 1887 e Lei n. 1.236 de 24 de setembro de 1904)*, p. 49, 93-7 e 99-127; Waldemar FERREIRA, *Tratado de direito comercial: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil*, p. 366; João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 71-147 e v. 2, p. 759-60; CHAVANNE, e BURST, *Droit de la propriété industrielle*, p. 2; José Roberto d'Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 9-47; Julio LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 25-54; Gabriel F. LEONARDOS, A proteção jurídica ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insignia no Brasil, *Revista da ABPI*, (13): 21; Luiz LEONARDOS, Apreciação do conflito entre marcas e nomes comerciais, *Revista da ABPI*, (41): 35; Pontes de MIRANDA, *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: propriedade mobiliária : bens incorpóreos, propriedade intelectual, propriedade industrial*, tomo XVI, p. 249-55; Maitê Cecília Fabbri MORO, *O fenômeno da notoriedade...*, op. cit., p. 26-33; João Paulo Capella NASCIMENTO, *A natureza jurídica...*, op. cit., p. 23-35; NOGUEIRA e FICHER JUNIOR, *Tratado teorico e pratico de marcas industriaes e nome commercial*, p. 17-22; P. R. Tavares PAES, *Nova lei da Propriedade Industrial, Lei 9.279, de 14.05.1996: anotações*, p. 13-4; José Carlos Tinoco SOARES, *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos*, p. 214.

procuram classificar o que consideram ser o conjunto das principais teorias a respeito.

Julio C. Ledesma⁴ estudou quatro grupos de doutrinas que considera principais sobre a natureza jurídica do direito sobre as marcas: a) doutrina do direito da personalidade; b) doutrina do privilégio ou monopólio; c) doutrina do direito intelectual; e d) doutrina do direito de propriedade.

Gama Cerqueira⁵ classifica seis grupos de teorias sobre a natureza jurídica do direito exclusivo sobre bens imateriais: a) teorias do privilégio e do contrato; b) teorias do direito pessoal e do direito patrimonial; c) teoria do direito pessoal-patrimonial; d) doutrina dos direitos intelectuais; e) doutrina do direito sobre bens imateriais; e f) doutrina da propriedade imaterial.

José Roberto d'Affonseca Gusmão identificou o método de investigação subjacente a cada uma das teorias e as classificou em três grupos metodológicos distintos, destacando em cada um as mais estruturadas: a) teorias que buscam determinar a natureza do direito em função do seu objeto (teoria da personalidade do direito, de Piola Caselli; teoria dos direitos intelectuais, de Picard; e teoria do direito imaterial, de Kohler); b) teorias que procuram determiná-la em razão da função do direito (teoria dos direitos de clientela, de Paul Roubier e teoria dos direitos de monopólio, de Franceschelli); c) teorias que buscam determinar a natureza jurídica dos direitos sobre os bens intelectuais em função de seu conteúdo (teoria da propriedade *tout court*, de Gama Cerqueira e Luiz Leonardos e teoria da propriedade com regulamentação *sui generis*, de Troller e Gusmão).⁶

Este artigo apresenta, em três capítulos, um estudo que utiliza a mesma classificação proposta por Gusmão, acrescida de contribuições de outros autores a respeito do tema.

⁴ *Funcion social...*, op. cit., p. 25-54.

⁵ *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 71-147.

⁶ Cf. *L'acquisition...*, op. cit., p. 9-47.

2. Teorias que buscam determinar a natureza do direito em função do seu objeto

A teoria da personalidade do direito, defendida por Di Franco,⁷ e que teve Kant como precursor,⁸ classifica o direito sobre as criações intelectuais entre os direitos da personalidade, isto é, como um atributo da personalidade do autor.⁹ De acordo com a doutrina, a proteção jurídica ao uso exclusivo de bens intelectuais impõe-se como uma forma direta de proteção à personalidade do criador.

Segundo Ledesma,¹⁰ a doutrina do direito da personalidade aplicada ao direito sobre a marca reduziria esta a um atributo da personalidade do utente, porque, estando ligada indissociavelmente à sua pessoa, destinar-se-ia a identificá-lo em sua atividade. Assim, a violação ao direito exclusivo de usar a marca nada mais seria que atentar diretamente contra a personalidade do titular deste direito. O autor adverte, entretanto, que a teoria da personalidade do direito não é aplicável ao direito marcário, uma vez que a marca é um bem objetivamente considerado, com valor econômico, integrante do fundo de empresa, alienável por ato entre vivos ou *causa mortis*, que subsiste fora da personalidade do seu titular e que se extingue de vários modos, como, por exemplo, pela caducidade.¹¹ O direito sobre a marca então não é

⁷ Luigi Di Franco, *Trattato della proprietà industriale*, apud Julio LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 26.

⁸ Cf. João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 88.

⁹ Cf. também José Roberto d’Affonseca GUSMÃO, *L’acquisition...*, op. cit., p. 12-3.

¹⁰ *Funcion social...*, op. cit., p. 26-27.

¹¹ *Funcion social...*, op. cit., p. 28-30; José de Oliveira ASCENSÃO, analisando a validade da qualificação do direito de autor como direito real, tece críticas à teoria da personalidade: “A teoria do direito de personalidade está hoje praticamente abandonada, e cremos que justificadamente. A crescente complexidade do aspecto patrimonial do direito de autor é ignorada nos quadros estreitos desta teoria. Onde se encontra ligação com esta figura quando, por exemplo, se consideram os direitos do produtor na exploração da obra cinematográfica? (...) Há, é certo, um aspecto pessoal da posição do criador intelectual da obra. Caso esse aspecto pessoal dê lugar a situação jurídica autônoma, nos termos da teoria dualista, poderá entender-se que representa um direito de personalidade, ou pode pelo contrário entender-se que é um direito pessoal distinto dos direitos da personalidade” (*A tipicidade dos direitos reais*, p. 281).

inerente à pessoa, não é inalienável, intransmissível ou imprescritível, de modo que não pode ser assimilado a um direito da personalidade.

A teoria da personalidade do direito evolui com Piola Caselli,¹² que reconhece o conteúdo patrimonial dos direitos sobre os bens intelectuais, mas como simples consequência da proteção dos direitos da personalidade do autor, uma garantia de recompensa pelo seu trabalho intelectual: um direito pessoal com conteúdo moral, do qual decorreria, eventualmente, um direito patrimonial, de caráter acessório.¹³ O conteúdo do direito de autor teria então caráter misto, pessoal-patrimonial.

A principal crítica que se faz a estas teorias diz respeito à confusão que elas estabelecem entre o objeto da proteção jurídica e a natureza jurídica do direito: elas buscam definir a natureza do direito a partir da natureza de seu objeto.¹⁴ Outra confusão estabelece-se entre a *pessoa* do criador, a sua *atividade* e a obra exteriorizada, a *criação* intelectual, que é o verdadeiro objeto de direito. Para desfazer essas confusões, basta considerar que o bem imaterial, depois de exteriorizado, apresenta-se independente da atividade criadora, distinto desta atividade e do próprio criador. Assim, quanto ao aspecto patrimonial, o objeto do direito não é a atividade do criador (o ato de criar), nem um objeto corpóreo (a obra materializada ou *corpus mechanicum*), tampouco a pessoa do criador, mas o *resultado* desta atividade, a criação (*corpus misticum*) objetivamente considerada, *exteriorizada*.¹⁵

De fato, como salienta Gama Cerqueira,¹⁶ as prerrogativas jurídicas do criador, autor ou inventor, não são conteúdo de *um* direito de natureza dúplice, mas, na verdade, de *dois* direitos, com objetos diferentes, de modo que não é possível assimilar à existência de um direito da personalidade à conseqüente e necessária existência de um interesse patrimonial a ser protegido. Para a comprovação da assertiva, basta considerar que o direito extrapatrimonial, decorrente do ato da

¹² *Trattato del diritto di autore*, p. 43 e ss., apud José Roberto d’Affonseca GUSMÃO, *L’acquisition...*, op. cit., p. 12.

¹³ Op. loc. cit.; Cf. também João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 88-9;

¹⁴ Cf. José Roberto d’Affonseca GUSMÃO, *L’acquisition...*, op. cit., p. 12.

¹⁵ Op. loc. cit.

¹⁶ *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 102-3.

criação, da paternidade da obra, inalienável, é conservado em sua integridade na hipótese de alienação do objeto da criação.

A teoria de Piola Caselli é ainda mais insustentável se aplicada ao direito marcário, porque, como bem observa Gusmão,¹⁷ a marca não é necessariamente resultado de um trabalho intelectual, mas, comumente, da mera adoção de um signo distintivo, do qual não se exige alguma originalidade. Se o símbolo é original, acrescenta, tal originalidade é passível de proteção pelo direito autoral, não pelo direito marcário, que visa garantir o uso exclusivo do signo para atrair e evitar que se desvie a clientela. Além disso, a marca também não é distintiva *do produtor* de bens ou serviços, mas *do produto* da sua atividade, embora acidentalmente possa haver coincidência entre ela, nome de empresa ou título de estabelecimento, para melhor divulgar um símbolo que compõe qualquer um deles.

Outras doutrinas não admitem a classificação do direito exclusivo de uso de uma marca entre os direitos reais, com o argumento de que somente as coisas, *res corporales*, na acepção tradicional, podem ser objeto dessa classe de direitos. Esta é a suma da teoria de Picard,¹⁸ para quem, segundo Ledesma,¹⁹ a natureza de qualquer direito, sendo ele sempre composto de sujeito, objeto e a relação concreta entre eles, só pode ser definida pela natureza de seu objeto, uma vez que os sujeitos são sempre homens e a relação jurídica é infinitamente variável. O autor belga propõe, com base nessa premissa, somar à divisão ternária do direito - direito das obrigações, direitos pessoais e direitos reais -, uma nova categoria, a dos direitos intelectuais, que têm como objeto as produções intelectuais.²⁰

Assim, Picard justifica a criação de uma nova categoria de direitos, tendo em vista a natureza imaterial das produções intelectuais, que, segundo ele, impossibilita enquadrá-las como objeto de propriedade:

¹⁷ *L'acquisition...*, op. cit., p. 13-4.

¹⁸ *Ibid.*, p. 14-5.

¹⁹ *Funcion social...*, op. cit., p. 33.

²⁰ Cf. Edmond PICARD, *Pandectes belges, Encyclopédie de législation de doctrine et de jurisprudence belges*, t. 12, págs. XXVI e seguintes, apud Julio LEDESMA, op. cit., p. 33-5. Veja-se também: José Roberto d'Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 13-14; João da Gama CERQUEIRA, op. cit., v. 1., p. 103-8.

En los tiempos modernos, ciertos derechos hasta entonces desconocidos comenzaron a conocerse, tales como las producciones intelectuales, sean artísticas, literarias, industriales o comerciales, sin que nadie haya pensado por eso agregarlos con un nuevo término a las antiguas categorías que permanecen de algún modo inmutables en la ciencia jurídica. Se aprecia, entonces, un fenómeno de consecuencias inconmensurables, pues se intenta introducir a golpes de mazo y de cualquier manera esos nuevos derechos en la categoría de los derechos reales. No obstante que la lógica se resiste, se habla de propiedad artística, literaria, industrial, de marcas, modelos, dibujos de fábrica, en una palabra de propiedad de todas las concepciones intelectuales. Pero es en vano, toda vez que esas pretendidas propiedades por razones diversas, están limitadas en su duración, lo que es contrario a una de las características de la propiedad ordinaria que, en principio, es perpetua. Inútil es, también, hacer confesar que la propiedad se afirma en el mundo físico, es decir, que está dotada de impenetrabilidad, en el sentido de que si pertenece a uno, no puede pertenecer a otro, mientras que las producciones se desdobl原因an ilimitado de ejemplares.²¹

O autor completa afirmando o que entende ser a diferença essencial entre os objetos de direito, que definiriam as diversas categorias de relações jurídicas, dizendo que

no hay relación ni asimilación posible entre una cosa material, una 'res', una prestación o una calidad jurídica, y una producción intelectual, es decir, una idea, un conjunto de ideas o una concepción del espíritu, por cuanto sus naturalezas son antípodas.²²

Uma primeira crítica que se faz a esta teoria refere-se à contraposição que ela estabelece entre corpóreo e intelectual, quando o

²¹ Edmond PICARD, *Pandectes belges...*, op. cit., p. 33-5, apud Julio LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 34.

²² Op. loc. cit.

correto seria opor o corpóreo ao incorpóreo, pois ambos podem ser abraçados pelo direito real como *res materialis* e *res immaterialis*.²³

Criticável também é o argumento de que não pode ser de propriedade a relação jurídica sobre um bem imaterial porque é temporária. A perpetuidade não é característica essencial desse direito,²⁴ passível de sofrer limitações que atendam ao interesse público, sem que isto desfigure o esquema essencial da relação jurídica.²⁵ Além disso, se o objeto do direito é uma marca, as prerrogativas conferidas ao seu titular são exercíveis por prazo indefinido, enquanto durar o registro do signo distintivo, que pode ser perpetuamente renovado. Com o argumento da falta de perpetuidade da relação jurídica, não se pode, portanto, arrear a marca da classe dos objetos do direito de propriedade.

Também não é exato afirmar que a possibilidade de “reprodução em um número ilimitado de exemplares” descaracteriza o bem imaterial como objeto de direito de propriedade. A relação jurídica de propriedade sobre um invento e sobre a marca, por exemplo, não tem como objeto o suporte material em que eles se fixam (no caso das marcas, as etiquetas, os rótulos ou as embalagens em que ela se materializa), mas sim, unicamente, o bem imaterial objetivamente considerado.²⁶ O objeto de direito não se confunde com os suportes materiais eventualmente necessários à sua utilização.²⁷

²³ Cf. João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 108; no mesmo sentido, José Roberto d’Affonseca GUSMÃO, *L’acquisition...*, op. cit., p. 15.

²⁴ Neste sentido, Alexandre da Cunha Lyrio bem diz: “O fenômeno da perda da propriedade pelo decurso do tempo não consiste em modalidade totalmente estranha ao direito real, afinal, basta que imaginemos o exemplo da propriedade resolúvel, que comporta exceção dentro do princípio da irrevogabilidade, permitindo que a propriedade seja resolvida pelo evento de determinada condição ou termo, acarretando a transmissão do bem no estado em que a coisa se encontrava ao ser recebida pelo proprietário temporário.” (Proteção jurídica das marcas de indústria e comércio e do nome comercial, *Revista da ABPI*, São Paulo, 47: 46)

²⁵ Cf. Pontes de MIRANDA, *Tratado...*, op. cit., tomo XVI, p. 251.

²⁶ A este respeito, NOGUEIRA e FICHER JUNIOR concluíram: “1° - A propriedade industrial não se identifica com a do produto da indústria; 2° - A propriedade industrial não se objetiva n’uma coisa, num producto material; é, antes, um *direito*, uma propriedade imaterial; 3° - A propriedade sobre os productos materiaes da industria é de direito civil; sómente a marca respectiva, que é de uso exclusivo, constitue propriedade industrial.” (*Tratado theorico e pratico de marcas...*, op. cit., p. 19)

²⁷ Cf. Julio LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 38.

A doutrina de Edmund Picard é impertinente sobretudo em razão do seu método de investigação. Ele busca definir a natureza jurídica do direito partindo do seu objeto, enquanto o método seguro é defini-la pela análise do conteúdo da relação jurídica.²⁸

Neste sentido, Ledesma resume a lição de Ihering, dizendo que

en los derechos incorporales existe lo que constituye la esencia de la propiedad porque su única diferencia con los derechos corporales estaría en el objeto, lo cual no es decisivo para establecerla, ya que el fundamento está en la relación jurídica existente entre el titular y el objeto. Relación que, por otra parte, debe enfocarse en su contenido y en la tutela que la ley otorga, y el contenido de ambos derechos es precisamente idéntico, en cuanto el titular del derecho incorporal tiene, en orden a la cosa, la misma posición que el propietario con respecto a la cosa corporal. Su derecho es primario y pleno y no como en los ‘jura in re aliena’ derivado y limitado (...) los derechos que estamos examinando, es la misma, toda vez que ellos son protegidos, con la propiedad, de modo absoluto (in rem)²⁹

²⁸ Cf. João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 106.

²⁹ À mesma conclusão leva a análise do direito real como uma relação entre partes a respeito de coisas e não entre uma pessoa e um objeto. Em toda relação jurídica, segundo Lourival VILANOVA, há sempre termos-sujeito que *gramaticalmente são substantivos e logicamente são termos relacionais*; são eles *referente* ou *antecessor* e *relato* ou *sucessor*, podendo cada um deles, como *parte*, ser composto por uma pessoa (termo-sujeito singular) ou mais (termo-sujeito plural), nunca por um bem jurídico ou objeto de direito. O bem jurídico não é termo relato, mas objeto da relação. O *ser titular de direito real* não é substantivo, mas sempre relativo, *a respeito* de uma coisa. Sendo assim, o poder jurídico que tem o proprietário da marca se estabelece entre ele e os demais sujeitos de direito pertencentes à mesma comunidade jurídica. A pretensão *erga omnes* não é consequência da *inflexão imediata* sobre a coisa, mas se estabelece na relação jurídica entre o sujeito ativo determinado, o proprietário da marca, e a parte passiva, composta por todas as pessoas, menos uma, de uma comunidade jurídica. O autor transcreve em nota a seguinte lição, de Pontes de Miranda: “o vínculo entre o homem (não o sujeito de direito) e a coisa seria extrajurídico. O vínculo é entre sujeito de direito e as outras pessoas, a respeito da coisa; como nos direitos de obrigação, é entre sujeito de direito e alguma ou algumas pessoas, a respeito da coisa”. (*Tratado de Direito Privado*, v. 5, p. 442, apud Lourival VILANOVA, *Causalidade e relação no direito*, p. 173). O filósofo completa: “Direitos subjetivos absolutos são relacionais. Têm-se direitos subjetivos absolutos em relação a outros titulares de deveres subjetivos – os sujeitos de direitos passivos totais, ou a universalidade dos sujeitos de direitos dos

y no solamente en forma relativa (in personam) como las obligaciones.³⁰

Gusmão observa que a qualificação da natureza jurídica do direito em função do seu objeto é uma falsa premissa, cuja adoção tornaria caótico o método de classificação jurídica, porque teria o efeito, por exemplo, de qualificar o direito de propriedade sobre coisas corpóreas como *direito corpóreo* e o de enquadrar em uma única classe todos os direitos sobre uma mesma coisa, ainda que o conteúdo deles evidencie pertencerem a regimes jurídicos distintos.³¹

Gama Cerqueira³² identifica uma contradição na teoria de Picard, quando este, não admitindo a propriedade sobre bens intelectuais, admite, todavia, o desmembramento do *direito intelectual* pela

quais se exige o dever jurídico de respeito (...) Apenas os sujeitos passivos são indeterminados, mas potencialmente individualizáveis. Mesmo, não há prestação a cumprir para com os titulares ativos. Há o dever jurídico negativo de abster-se de interferir na esfera de licitude do direito subjetivo absoluto. (...) Nos direitos subjetivos absolutos (pessoais ou reais), não tendo por correlato o dever de prestar de nenhum sujeito passivo, exercita-se o direito exigindo-se o simples omitir-se do sujeito passivo. Mas o omitir-se, o não impedir, o não turbar é ainda conduta relacional de um sujeito indeterminado, mas determinável (...) Como diz Kelsen: "... também os chamados direitos 'absolutos' são meramente relativos, pois apenas consistem na relação de uma pluralidade de indivíduos com determinado indivíduo. O direito reflexo de propriedade não é propriamente um direito absoluto: é o reflexo de uma pluralidade de deveres de um número indeterminado de indivíduos em face de um e o mesmo indivíduo, com referência a uma e a mesma coisa" (op. cit., p. 119-20).

³⁰ Cf. Rudolf Von IHERING, *Actio injuriarum des lésiones injurieuses en droit romain et en droit français*, p. 148 e seguintes, apud LEDESMA, op. cit., p. 46; O autor transcreve interessante passagem da obra de Ihering, que, em defesa da possibilidade da propriedade sobre bens imateriais, critica as doutrinas que procuram definir a natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais partindo da natureza do seu objeto: "...No es verdaderamente exigir demasiado del pensamiento jurídico para hacerle transportar de la noción de derecho de los objetos corporales a los objetos incorporales, a los nombres, marcas, productos de la inteligencia, a las invenciones etcétera. Aquél cuya concepción no puede llegar a esto, deja de ser jurista. El pensamiento jurídico debe poder desprenderse de los lazos de naturaleza sensible" (*Actio injuriarum...*, op. cit., p. 152, apud LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 41).

³¹ *L'acquisition...*, op. cit., p. 15-6).

³² *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 107-8.

constituição de direitos de usufruto e de uso, direitos reais limitados, que teriam como objeto a concepção intelectual.

A *teoria do direito sobre os bens imateriais*, de Kohler, também procura definir a natureza do direito em função da natureza de seu objeto. Kohler propõe, como Picard, a criação de nova classe de direitos, que não se enquadrariam na classificação tradicional entre os direitos obrigacionais, pessoais ou reais, tendo em vista a natureza imaterial de seu objeto.³³

O mérito do autor alemão foi demonstrar que estes direitos têm objeto próprio e definir a natureza deste objeto,³⁴ desenvolvendo a idéia de que o direito de autor recai sobre uma concepção do espírito e não sobre a sua realização material.³⁵ Ao buscar o fundamento do direito, KOHLER bem define o seu objeto como um *bem imaterial*, algo exterior ao seu criador quando levado ao conhecimento do público, fixado em um suporte material ou realizado materialmente, mas que não se confunde com esta materialização.³⁶

Apesar de bem definir a natureza objetiva da criação e admitir que há uma relação imediata e absoluta entre o titular de direito e o bem imaterial, que independe de intervenção de outra pessoa, Kohler opôs à caracterização do *direito imaterial* como direito de propriedade os argumentos de sua temporariedade e da imaterialidade de seu objeto.³⁷ O

³³ Cf. José Roberto d'Afonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 16-7; João da Gama CERQUEIRA, op. cit., v. 1, p. 103 e 108-14.

³⁴ *Ibid.*, v. 1, p. 111-2; José Roberto d'Afonseca GUSMÃO, op. loc. cit.

³⁵ Cf. João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 108, 120.

³⁶ Cf. GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 17.

³⁷ Cf. João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 110-1. O tratadista observa, a respeito da postura de Kohler em face das semelhanças que este identificou entre o direito sobre bens imateriais e o direito de propriedade, que o autor alemão andou a um passo de reconhecê-lo direito de propriedade: "Vê-se, pois, que, em última análise, a diferença, entre o direito de autor e o direito de propriedade está, segundo Kohler, exclusivamente na natureza do objeto, como aliás, decorre de suas próprias palavras: 'Il diritto di autore non è un diritto di proprietà, ma un diritto affine, che ha lo stesso fondamento e che ne differisce solo, in quanto spetta sopra un bene immateriale. I due diritti non sono identici, ma sono fratelli. Comuni ne sono il fondamento e l'assenza, e la diversa natura dell'oggetto può produrre diversità non nella relazione tra il titolare e oggetto, ma solo solo nella tecnica giuridica'. (...) Se o direito de autor tem o mesmo fundamento e a mesma essência que o direito de propriedade; se, em relação ao seu objeto, o titular do direito acha-se na mesma situação que o proprietário da coisa

argumento da temporariedade do direito, entretanto, não infirma a teoria da propriedade, porque a perpetuidade não é essencial à relação jurídica,³⁸ e, como bem observa Gusmão,³⁹ ele não se aplica às marcas, que tendem à perpetuidade como objeto do direito. Quanto ao argumento de que o direito de propriedade não pode recair sobre um bem imaterial, Gama Cerqueira⁴⁰ assevera que Kohler incorreu no mesmo erro de Picard, o de partir da natureza do objeto para definir a natureza do direito.

Também se enquadra nas teorias que buscam no objeto do direito sua qualificação jurídica a *doutrina do privilégio* de Charles Renouard,⁴¹ pela qual o produto da criatividade humana é insuscetível de apropriação e só pode ser objeto de um direito exclusivo por ficção jurídica. A doutrina se assenta na impossibilidade física de apropriação exclusiva, que só é possível por intervenção legal.⁴² Para ele, estes bens são riquezas universais naturalmente inapropriáveis, pois integram o patrimônio comum da humanidade. Não podem ser objeto de apropriação real, mas fictícia, criada por lei como privilégio, que consiste no poder de impedir sua reprodução. Ao autor ou inventor, segundo esta teoria, é concedido o privilégio de reprodução ou exploração de suas obras a título de recompensa pelo trabalho prestado à sociedade ou incentivo à divulgação das invenções.

A mesma objeção se faz a esta teoria: se a natureza do direito não pode ser determinada pelo seu objeto, mas pelo conteúdo da relação

corpórea em relação a esta (Ramella), tanto vale dizer que se trata de verdadeiro direito de propriedade. Se o que difere é apenas a natureza do objeto, por ser imaterial, a conclusão a que se chega é que se trata de uma propriedade diferente pelo seu objeto, mas sempre propriedade, ainda que refuja ao conceito clássico da propriedade do Direito romano, que se costuma tomar como padrão, com o fim de negar-se ao direito de autor o caráter de propriedade. Pode-se inferir, pois, que, se Kohler relutou em chegar a essa conclusão, foi somente por preocupações de ordem técnico-jurídica, para não se por em conflito com o conceito de propriedade do Direito alemão positivo, segundo o qual esse direito recai somente sobre coisas materiais" (ibid., p. 114).

³⁸ Cf. João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 111.

³⁹ Cf. *L'acquisition...*, op. cit., p. 18.

⁴⁰ *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 112.

⁴¹ Auguste Charles RENOUARD, *Traité des brevets d'invention* apud Julio LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 30.

⁴² Op. loc. cit.

jurídica, esta pode ter como objeto tanto coisas tangíveis como bens imateriais, e isto não interfere na sua estrutura. Também não procede ao argumento de que o produto da criatividade humana é insuscetível de apropriação. Se a afirmação refere-se à impossibilidade de apreensão material, vez que um bem imaterial não pode ser objeto de *posse real*, isto é, de um *poder fático exclusivo*, com aparência de propriedade (*posse real* significa *fato jurídico possessório*, suporte fático da relação jurídica possessória = *ius possessionis*), isto não implica que ele não possa ser objeto de *poderes jurídicos exclusivos*, ou seja, prerrogativas de direito de propriedade, de usar, gozar, dispor do bem e impedir interferência no exercício destas prerrogativas. Por fim, a afirmação de que os bens intelectuais integram o patrimônio comum da humanidade é destituída de sentido jurídico, se há norma válida que permite, com suficiente eficácia, seu uso exclusivo.

3. Teorias que buscam determinar a natureza do direito em razão da sua função

Outras teorias procuram determinar a natureza jurídica do direito partindo da função que desempenha. As duas mais notadas são a dos *direitos de clientela*, de Paul Roubier, e a dos direitos de monopólio, de Remo Franceschelli.⁴³

Para classificar o direito sobre os bens imateriais, Paul Roubier parte da análise da utilidade econômica e do conteúdo econômico do direito e propõe a criação de uma terceira classe de direitos patrimoniais, a dos *direitos de clientela*, ao lado dos direitos reais e obrigacionais.⁴⁴ O autor analisa o conteúdo patrimonial do direito para destacar que a utilização de um bem imaterial, seja ele invenção, obra de arte ou marca, por exemplo, visa sempre a conquista da clientela.⁴⁵ Os direitos de clientela, segundo o autor, só têm lugar em um ambiente em que se busca auferir os benefícios da concorrência econômica e, por isso, só surgiram na sociedade comercial e industrial, de mercado, o que explica o seu

⁴³ Cf. José Roberto d'Afonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 19.

⁴⁴ Ibid., p. 19-20.

⁴⁵ Cf. Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété...*, *partie générale*, p. 104.

aparecimento tardio. Assim, tais direitos estariam ligados à dinâmica das diversas atividades econômicas e pressupõem as noções de concorrência e de monopólio.⁴⁶

O objeto do direito de clientela seria o valor da própria clientela conquistada com a utilização do bem imaterial e que, de certo modo, ficaria a este vinculado. Esta vinculação surge em função da prerrogativa de usar com exclusividade o bem imaterial para conquistar uma posição no mercado, relativamente à clientela.⁴⁷

A primeira crítica que se faz a esta teoria é a de que ela, para definir a natureza do direito, não parte da análise do conteúdo da relação jurídica, mas destaca a consequência econômica da utilização do seu objeto (bens imateriais), sua função econômica,⁴⁸ e termina por definir a clientela como objeto do direito. Esta, entretanto, não pode ser objeto de direito, porque a clientela *não pode ser assegurada* por um direito e o seu desvio não é reprimido por lei, mas é inerente à liberdade de concorrência, se praticado por meios que não se enquadram nas hipóteses de concorrência desleal.⁴⁹

A segunda crítica à teoria dos direitos de clientela refere-se ao fato de não se prestar à classificação de direitos autorais que não têm por titular um empresário, mas sim um artista plástico, por exemplo. Neste caso, não se pode afirmar que a proteção jurídica às suas obras destina-se a garantir uma posição concorrencial de mercado, relativamente à clientela. O direito, neste caso, protege mais o resultado do trabalho, um objeto imaterial bem determinado, e menos uma posição na concorrência econômica, em termos de conquista de clientela.⁵⁰

⁴⁶ Op. loc. cit.

⁴⁷ Cf. Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété...*, partie générale, p. 105.

⁴⁸ Chavanne e Burst assim se manifestam sobre a teoria de Paul Roubier: « Cette théorie a suscité quelques réserves. On lui reproche d'être exclusivement fondée sur la fonction des droits de propriété industrielle (...) Or la définition des droits de propriété industrielle doit reposer sur l'analyse du contenu de ces droits » (*Droit de la propriété...*, op. cit., p. 2).

⁴⁹ Cf. José Roberto d'Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 20-1.

⁵⁰ Ibid., p. 21-2.

Remo Franceschelli fundamenta a natureza jurídica do direito sobre bens imateriais a partir da sua função, para ele monopolística.⁵¹ O direito sobre os bens imateriais seria composto por um elemento de direito comum e outro de direito especial. O elemento de direito comum seria o seu caráter patrimonial, a prerrogativa de reproduzir o objeto de direito e explorá-lo economicamente: o criador tem direito à sua criação, podendo extrair dela as suas utilidades econômicas. O que caracterizaria o direito de monopólio como um direito novo não é esta prerrogativa, mas o *ius prohibendi*, oponível *erga omnes*, entendido pelo autor italiano como "direito de impedir terceiros que tenham comprado esse objeto de reproduzi-lo eles mesmos".⁵² Este elemento impediria o seu enquadramento entre os direitos reais, pessoais e obrigacionais. Ele então propõe que se classifique o direito em uma quarta categoria, a dos *direitos de monopólio*.

O autor não enquadrou o direito de monopólio entre os direitos das obrigações em razão da eficácia relativa das obrigações, nem entre os direitos pessoais, tendo em vista a ausência do caráter patrimonial destes. Também não enquadrou nos direitos reais, porque a propriedade não explica o que ele entende ser uma característica monopolística do direito sobre bens imateriais. No seu dizer,

a propriedade não explica por que o autor ou o inventor, ou o que faz as vezes destes, podem, mesmo após terem vendido um exemplar do objeto ou do volume, impedir o comprador de reproduzi-lo.⁵³

A crítica que se faz a essa argumentação é a de que ela confunde, no dizer de Gusmão, "o direito sobre o bem imaterial com o direito de propriedade do comprador do bem corpóreo que materializa a

⁵¹ *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur*, in *Mélanges em l'honneur de Paul Roubier*, t. II, p. 459, apud José Roberto d'Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 22-4.

⁵² Ibid., p. 22; o autor italiano confunde o bem imaterial com o seu suporte físico, como se verá.

⁵³ *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur*, in *Mélanges em l'honneur de Paul Roubier*, t. II, p. 459, apud José Roberto d'Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 25.

obra, a invenção ou o signo distintivo”.⁵⁴ Na verdade, pode-se dizer, quando o terceiro, não-autor, *reduz* a uma forma material a forma ideal protegida pela propriedade industrial ou intelectual, o que se faz é, ao mesmo tempo, criar um *novo* objeto material, sobre o qual incide direito de propriedade comum, e também utilizar, com ou sem autorização do proprietário, aquele objeto ideal, sem reproduzi-lo, exatamente porque, sendo ideal, sua reprodução é impossível. O uso deste objeto ideal caracteriza-se por reduzi-lo a uma forma material, e, se realizado em série, reproduz-se *a forma material*. Este uso, sem autorização, – que indiscutivelmente é uso do bem imaterial – é vedado pela relação jurídica de propriedade, do mesmo modo que se proíbe usar um imóvel sem autorização do proprietário.

Quanto ao *jus prohibendi*, isto é, a vedação legal da reprodução da coisa em que se materializa o bem imaterial, que Franceschelli opõe como característica impeditiva da classificação do direito como direito de propriedade, Gusmão bem observa que

a reprodução não nos parece uma das prerrogativas do direito de propriedade. O proprietário de uma coisa, quando se vê na impossibilidade de reproduzi-la, não sofre uma limitação de seu direito de propriedade, mas encontra óbice em outro direito constituído, que incide sobre o elemento imaterial que a coisa materializa.⁵⁵

Desenvolver-se-á este ponto na análise da próxima teoria em exame.

José de Oliveira Ascensão critica a teoria da propriedade, argumentando que os seus defensores contentam-se em destacar o poder exclusivo da mesma natureza da propriedade, dividindo-se a respeito de tratar-se de uma propriedade *tout court* ou de uma espécie particular dela,⁵⁶ sem, contudo, verificarem se os poderes exclusivos recaem diretamente sobre a obra, o que, segundo ele, tomam por evidente. O autor parte da premissa de que todo direito real recai diretamente sobre

uma coisa,⁵⁷ afirma que a obra intelectual *não fica afeta* ao autor e conclui que, por isso, o seu direito não pode ser classificado como direito real. Assevera que a obra não pode estar *afeta* ao autor, porque *decorre de sua natureza imaterial* que qualquer pessoa pode desfrutar dela diretamente. No seu dizer, “seu gozo está subtraído à alçada do titular do direito de autor”. E explica:

Este não pode proibir o desfrute intelectual da sua obra por parte de outrem. Pode não autorizar a reprodução, em casos extremos pode mesmo retirar do mercado os exemplares existentes etc.: mas tudo isto respeita à materialização da obra, e não à obra em si. Esta pertence a todos, por natureza, e não por qualquer tolerância do criador intelectual ou do transmissário do direito de autor.⁵⁸

Note-se que as premissas da negação da natureza real do direito exclusivo sobre bens imateriais dizem respeito à natureza imaterial de uma *obra*. Sua análise refere-se, em certa medida, ao direito marcário, fazendo-se a ressalva de que a marca não é constituída necessariamente por uma obra, quer dizer, por um signo passível de proteção por direito de autor.

Para Ascensão, o objeto do direito não seria a obra, mas sim, ao seu ver, “uma *atividade* que a todos se proíbe (...) um campo reservado de actuação”.⁵⁹ Esta atividade é a faculdade de reproduzir a obra. Sua doutrina, afirma, aproxima-se bastante do direito de monopólio de Roubier e Franceschelli.⁶⁰ Assim, segundo a sua interpretação, o direito não recairia sobre a marca, mas sobre uma *atividade de reprodução* que se proíbe a todos, menos a um.

A crítica que se faz a esta teoria é a sua inaplicabilidade às marcas, já que não há necessariamente um *desfrute intelectual* sobre esses bens e os frutos colhidos com exclusividade pelo seu titular não são postos normativamente em termos de prazer (ou desprazer) intelectual. A prerrogativa do titular é de *usar a marca (corpus mysticum)*, com

⁵⁴ Op. loc. cit.

⁵⁵ *L'acquisition...*, op. cit., p. 26.

⁵⁶ Cf. *A tipicidade dos direitos reais*, p. 279.

⁵⁷ Ibid., p. 285.

⁵⁸ Ibid., p. 284.

⁵⁹ Ibid., p. 287.

⁶⁰ Op. loc. cit.

exclusividade, o que não se dá por simples reprodução, mas pela aposição de seu suporte material (*corpus mechanicum*) em produtos. Assim, o poder exclusivo não se dirige simplesmente a uma atividade de reprodução, mas sim à marca (*corpus misticum*), ao *uso do signo* como marca.

Tullio Ascarelli bem observa que o direito⁶¹ de monopólio refere-se a uma *atividade*, sendo por isso impróprio para designar um direito exclusivo sobre um bem imaterial.⁶¹ E a proibição do uso da marca por terceiro independe da verificação da possibilidade de dano, da intenção do usuário e tem como referência o bem objetivamente considerado. Seu objeto não é uma atividade de reprodução.

Quanto ao direito autoral ou às criações industriais, não tem sentido jurídico afirmar que os bens intelectuais pertencem *por natureza* a todos, ou integram o patrimônio comum da humanidade, se há norma que permite seu uso exclusivo. Dizer que a obra pertence a todos, *por natureza*, é tomar como critério de análise da natureza jurídica do direito a natureza do seu objeto. Além disso, trata-se de uma confusão entre a causalidade natural e a causalidade jurídica. A *causalidade natural* só importa para efeitos jurídicos se valorada em hipótese normativa e não parece ser elemento causal essencial ao direito de autor, de inventor ou sobre a marca, a concreção de algum tipo de *afetação natural* que impeça um *natural desfrute intelectual* do bem imaterial por terceiros. A afetação não é *natural*, não se estabelece naturalmente, mas normativamente.

⁶¹ No dizer do jurista, “a característica do direito de monopólio (...) reside, precisamente, em sua direta referência a uma atividade, enquanto a característica do direito absoluto, em matéria de criações intelectuais, se liga sempre à sua direta referência ao bem imaterial, objetivamente considerado e individualizado. (...) A identificação da criação intelectual em sua existência objetiva (e não como qualidade da coisa em que ela se exterioriza) torna possível situar o bem imaterial individualizado como ponto de referência do direito exclusivo e superar, deste modo, a configuração do mesmo como um monopólio para a fabricação de coisas [acrescenta-se, para marcação de coisas] que possuam determinadas características, reconhecendo a existência de um direito absoluto à utilização do bem imaterial. Este passo se traduz, por um lado, em uma maior tutela do titular do direito, que fica assim protegido contra qualquer utilização do bem, proibida a qualquer outro, independentemente de exame dos requisitos subjetivos do comportamento alheio ou da possibilidade de um dano; por outro lado, na fixação de um critério seguro de delimitação do direito mesmo” (*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, p. 290-1).

Escapar ao esquema normativo de análise do conteúdo da relação jurídica, para buscar implicações jurídicas além ou acima deste conteúdo, permite dizer o contrário, que o bem imaterial pertence, *por natureza*, ao seu autor. Por este caminho, Gama Cerqueira concluiu que a propriedade sobre bens imateriais é de direito natural, cujo objeto é destinado naturalmente ao seu autor.⁶² Vê-se que as normas de direito natural permitem amplíssima interpretação, o que torna quase impossível determinar sua validade no sistema de direito positivo.

O desfrute intelectual é conteúdo do direito que tem o *proprietário do suporte material* em que foi reduzida uma obra, é um direito exclusivo. O adquirente do suporte material de uma música, um fonograma, por exemplo, pode desfrutar intelectualmente da obra musical. É certo que seria ineficaz proibir este desfrute às pessoas do convívio familiar do proprietário do suporte material da obra (*corpus mechanicum*), impedir que sua família e visitantes da residência apreciassem a obra durante a sua execução. Mas isto não infirma o seu direito de propriedade sobre a coisa. Nem o autor da obra, que alienou o seu suporte material, poderia se opor ao desfrute intelectual de terceiros durante a exposição doméstica, porque tal permissão presume-se transferida ao titular da propriedade do suporte material. Mas isto tudo diz respeito à propriedade do suporte material da obra (*corpus mechanicum*) e não torna juridicamente inválida a afirmação de que, sob o aspecto econômico, a obra (*corpus misticum*) pertence ao criador.

⁶² No dizer do tratadista: “Os bens imateriais, criados pela inteligência humana, como são as produções intelectuais do domínio das artes e das indústrias, ‘criação e feitura’ do homem, ao contrário das coisas exteriores, são adequados naturalmente ao seu autor, ordenados primordialmente a ele, e não a outrem. O direito que compete ao autor sobre a sua criação funda-se diretamente na sua natureza individual, é dado imediatamente a ele, pela sua natureza de ser racional. O autor de uma obra literária ou de uma invenção pode dizer que só ele tem direito sobre a sua criação, que ela lhe pertence desde o momento em que foi concebida e realizada. Este direito vem-lhe do fato contingente de ser o autor da obra e do princípio, que se impõe à nossa razão, segundo o qual a obra criada deve pertencer exclusivamente ao seu criador, e não a outrem. É um direito inato e tão absoluto que o autor pode conservar em sua mente ou, pelo menos, inédita, por toda a vida, a sua criação, como pode destruí-la antes de divulgada. Por isso, pensamos que a propriedade do autor é de Direito Natural estrito, não dependendo da lei positiva, senão na sua regulamentação.” (*Tratado...*, *op. cit.*, v. 1, p. 140-1)

Porque o adquirente do suporte material pode promover a execução doméstica da obra, mas não pode reproduzi-la? A resposta é clara: a alienação do exemplar material (*corpus mechanicum*) não implica a alienação da obra (*corpus mysticum*). O adquirente, na posição de proprietário do suporte material pode utilizar a coisa corpórea, que lhe dá acesso ao bem imaterial, inacessível sem aquela. Aliás, o único meio de alguém ter o desfrute intelectual da obra é pelo suporte material⁶³. Mas não pode fixar ou reduzir a obra porque isto é um ato de *uso direto* dela (*corpus mysticum*) e não simplesmente um acesso mediado pelo suporte material para desfrute intelectual. A lei faculta este desfrute ao proprietário da coisa e impõe ao autor tolerar, no interesse público e cultural, o desfrute por terceiros, sem que isto comprometa a exclusividade de exploração econômica da obra. Não compromete porque o proprietário do bem imaterial pode calcular, no ato de alienação do exemplar da obra, os efeitos econômicos do uso restrito permitido ao adquirente. Pois bem, a vedação tem por consequência também a proibição da reprodução da coisa corpórea. Copiar de um fonograma é ato de redução do bem imaterial e de reprodução do bem corpóreo, ou seja, a reprodução da coisa corpórea é ao mesmo tempo a redução ou fixação do bem imaterial. A propriedade intelectual só veda a reprodução *à propósito* da redução, exatamente por trata-se esta da utilização do bem imaterial, com fins econômicos. Com efeito, para desfrutar intelectualmente da obra, basta um exemplar, não é necessário reproduzi-lo, salvo se isto é necessário, de modo provisório, ao referido desfrute.

A vedação da reprodução do suporte material não diz respeito diretamente a uma atividade, mas ao direito que o autor, inventor ou adotante da marca tem sobre o *corpus mysticum*, é consequência indireta da incidência de norma que proíbe o uso não autorizado do bem

⁶³ A afirmação de que a obra só pode ser desfrutada se reduzida a um suporte material não pode ser tomada como absoluta, porque há outros meios de autorizar este desfrute, por transmissão televisiva, por exemplo. É o que ocorre quando se adquire “pacotes” de programação televisiva transmitida por cabo ou por satélite. O espectador desfruta da programação sem que necessariamente execute uma redução ou gravação das obras. Não é vedada essa redução, se ela não tem fins econômicos, mas visa unicamente melhorar este desfrute. O proprietário da gravação pode desfrutar intelectualmente da obra temporária e incidentalmente, como uma faculdade decorrente de autorização que tem para acessá-la.

imaterial. As normas da propriedade intelectual vedam a todos, menos a um, *reduzir* o bem imaterial a uma forma corpórea, *exatamente porque a obra está afeta ao seu proprietário*, não pode ser usada por outrem sem sua autorização. A vedação da *reprodução* do *corpus mechanicum*, por sua vez, constitui uma limitação de ordem econômica à utilização da coisa, consequência da incidência do direito de propriedade intelectual sobre o bem imaterial, que proíbe o uso direto do bem imaterial, mas não é o conteúdo deste direito, apenas a consequência econômica dele. Trata-se de uma limitação à liberdade econômica, comum no sistema jurídico.⁶⁴ Essa limitação não infirma a propriedade sobre a coisa material e a reprodução não é uma característica essencial do direito de propriedade.

Em suma, o direito absoluto característico da propriedade intelectual não tem como objeto uma atividade, mas sim um bem imaterial sob o domínio de alguém, converso ao dever geral negativo de não perturbar o uso e gozo sobre ele, garantido pela prerrogativa de buscar, apreender e eventualmente destruir o suporte material onde foi fixado ou reduzido. E, não é demais insistir, busca-se, apreende-se e destrói-se o objeto em que a obra se materializa porque a sua fixação ou *veiculação* é o meio de usar diretamente a obra.

4. Teorias que buscam determinar a natureza do direito em função de seu conteúdo

As teorias que buscam determinar a natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais em função de seu conteúdo qualificam-no como direito de propriedade, embora apresentem divergências de abordagem. Apresenta-se a seguir a suma da teoria da propriedade, de Gama Cerqueira e Ledesma, e da teoria da propriedade com regulamentação *sui generis*, de Gusmão.

⁶⁴ Neste sentido, Gusmão diz que a reprodução é vedada, porque “um outro direito incide sobre o elemento imaterial, que a coisa materializa”. A respeito da consequência da propriedade do bem imaterial sobre a liberdade de reprodução do suporte material, o autor completa: “É uma limitação, certamente, mas que afeta a liberdade econômica, a qual encontra limites de várias ordens no sistema jurídico, e não, permitimo-nos insistir, uma limitação especial do direito de propriedade sobre a coisa” (*L’acquisition...*, op. cit., p. 26).

Gama Cerqueira⁶⁵ equiparou a propriedade intelectual à propriedade sobre bens corpóreos, considerando-as idênticas em todos os seus aspectos, salvo no que concerne à imaterialidade de seu objeto. Ao seu ver, o direito sobre bens imateriais é

*direito de propriedade, com as mesmas notas da propriedade de Direito Comum, apenas diversificando em relação ao seu objeto, que é incorpóreo. (...) propriedade imaterial, idêntica em tudo à propriedade de Direito Comum (...). A natureza imaterial do objeto constitui, pois, a diferença específica entre a propriedade corpórea (domínio) e a propriedade imaterial.*⁶⁶

O autor salienta que

chamar a esses direitos 'propriedade' não é simplesmente, empregar denominação 'usual e cômoda' (...) importa considerar os direitos intelectuais como *direitos reais*, e a assimilá-los à propriedade do Direito Civil, com todas as consequências que decorrem dessa assimilação.⁶⁷

Julio Ledesma⁶⁸ estudou a natureza jurídica do direito sobre a marca e, como Gama Cerqueira, utilizando o método da análise do

⁶⁵ *Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 126.

⁶⁶ Analisando o conteúdo do direito do autor, Gama Cerqueira afirma que o direito "recai direta e imediatamente sobre a sua criação, sujeitando-a de modo completo e exclusivo, ao poder de sua vontade. É um direito originário e pleno, que se opõe *erga omnes*. O autor pode usar e dispor de sua criação como entender e o exercício do seu direito não depende da prestação de outras pessoas. Tanto vale dizer que é um direito de propriedade, isto é, o direito real sob a forma mais simples e completa, direito que submete a coisa ao domínio absoluto e exclusivo da pessoa e lhe atribui o gozo de todas as vantagens que ela é suscetível de proporcionar. De fato, como classificar de outro modo um direito que se exerce sobre a própria coisa, sem que seja necessária a cooperação de terceiros, que não recai sobre coisas alheias e que abrange todas as relações de que a coisa pode ser objeto? Sob o aspecto de seus elementos constitutivos, o direito do autor só difere do direito de propriedade pela natureza do seu objeto, que é imaterial." (*Tratado...*, op. cit., v. 1, p. 126)

⁶⁷ *Ibid.*, v.1, p. 72.

⁶⁸ *Funcion social...*, op. cit., p. 25-54.

conteúdo da relação jurídica, concluiu que as características essenciais à propriedade sobre coisas materiais incidem também sobre as marcas. Tais características são: a) as prerrogativas de uso, gozo e disposição; b) a existência de um objeto bem definido em norma, um bem imaterial; c) o *ius persecuendi*; d) o *ius preferendi*; e) um sujeito passivo indeterminado; f) um dever geral de índole negativa; g) as vantagens podem ser obtidas diretamente do bem, sem prestação de alguém.⁶⁹

Ledesma⁷⁰ afirma que ao titular do direito de propriedade sobre a marca são conferidas as prerrogativas exclusivas de uso, gozo e disposição sobre o bem imaterial. Este não se confunde com os suportes em que é materializado, de modo que os adquirentes de produtos não podem usá-lo, mas unicamente os bens marcados, juntamente com o suporte material da marca (etiquetas, rótulos, embalagens, papéis etc.). O titular do direito colhe com exclusividade o proveito patrimonial que o poder atrativo da marca pode proporcionar. Esse poder atrativo encerra um valor pecuniário, que pode ser a medida para alienação do bem.

O autor trata de refutar o argumento de que a marca não pode ser objeto de direito de propriedade porque signos idênticos podem ser utilizados por mais de uma pessoa, para marcar produtos ou serviços de classes diversas. Na verdade, marcas constituídas por signos idênticos e destinadas a marcar produtos diferentes não são a mesma marca e, portanto, podem ser objeto de direito exclusivo.⁷¹

Presente também o *ius persecuendi*, que consiste em impedir que qualquer terceiro use o objeto de direito, independentemente da verificação da intenção do utente ou da ocorrência de algum dano ao titular da propriedade.⁷² De modo semelhante (não idêntico) à propriedade sobre coisas materiais, cujo objeto pode ser reivindicado, se alguém injustamente o possui, o direito de propriedade sobre a marca

⁶⁹ *Ibid.*, p. 36-51.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁷¹ Na visão do autor: "Los signos iguales en apariencia, aplicados a comercios diversos, no puede sostenerse que sean el mismo signo, como dos cosas iguales no son la misma cosa". O autor arremata: "Nadie podría objetar que el propietario de un bien material no posea un derecho absoluto sobre el mismo porque otra persona tenga en su poder otra cosa perfectamente igual" (*Ibid.*, p. 40). Esta observação de Ledesma tangencia uma especificidade do direito de propriedade sobre a marca, que não é presente na propriedade comum, o princípio da especialidade, tema que será desenvolvido adiante.

⁷² LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 47.

impõe a interdição do seu uso não autorizado, pela proibição da redução do signo à uma forma material para uso como marca. Esta especificidade, que decorre da natureza imaterial do objeto de direito marcário, não desnatura o direito de propriedade sobre a marca, já que é a única maneira de garantir o gozo exclusivo sobre o bem.⁷³ As sanções que garantem o uso exclusivo da marca são específicas da propriedade intelectual. Essa especificidade não desnatura o direito real.⁷⁴

O *ius preferendi*, em matéria de direito marcário, é regulado, segundo o autor, conforme o sistema de aquisição de direitos: a) o primeiro uso da marca, no sistema declarativo; b) o primeiro registro do signo distintivo, pelo qual se adquire a propriedade da marca, no sistema atributivo; e c) o primeiro uso, condicionado ao registro, no sistema misto.⁷⁵

O direito subjetivo do titular da propriedade da marca é absoluto em relação à parte passiva, composta pela universalidade dos sujeitos de direitos indeterminados e determináveis, que devem abster-se de usar a marca alheia. Da parte passiva não se exige nenhuma prestação, mas sim uma omissão a respeito do bem.⁷⁶

Em suma, o direito sobre a marca confere prerrogativas *exclusivas* de uso, gozo e disposição sobre o bem, converso ao dever

⁷³ Ledesma afirma que “el contenido de los derechos inmateriales, no difiere, desde ese punto de vista, del contenido del derecho de la propiedad, aún cuando el derecho exclusivo de aquéllos se ponga de manifiesto en la prohibición de la reproducción, puesto que esa es la única manera de poder gozar del producto inmaterial” (Ibid., p. 48).

⁷⁴ É certo que decorre da imaterialidade do bem não poder ser ele reivindicado, mas isto não exclui a possibilidade jurídica de ações que garantam efeito idêntico ao da reivindicação de um bem material, que é o de reprimir a ofensa às prerrogativas exclusivas de uso, gozo e disposição do bem.

⁷⁵ *Funcion social...*, op. cit., p. 48-49.

⁷⁶ De acordo com Ledesma, “el vínculo no enlaza al sujeto con persona determinada, pues el titular de la marca obra libremente y sólo en el caso de que alguien se decidiera oponerse al ejercicio de su derecho, podría exigir un reconocimiento expreso como consecuencia de la acción perturbadora dirigida contra su derecho (...) la relación jurídica que engendran el derecho de marcas como el de propiedad, es una obligación pasivamente universal, porque impone a todos los miembros de la colectividad el respeto que se traduce en una abstención, que no es otra cosa que un deber de índole negativo a cargo de la sociedad”. O autor precisa o conteúdo do direito, ao dizer que “los actos de los cuales debe privarse la sociedad son, precisamente, aquellos que forman el contenido del derecho marcario” (Ibid., p. 50).

jurídico negativo da parte passiva universal de não obstar o exercício de tais prerrogativas. Disso decorre que, sem que se exija da parte passiva alguma prestação, o titular do direito subjetivo pode retirar diretamente do poder atrativo do bem imaterial, pelo seu uso, todos os proveitos, sem intervenção de ninguém.⁷⁷

O mérito de Gama Cerqueira e de Júlio Ledesma foi identificar os traços comuns entre a propriedade sobre coisas corpóreas e a propriedade sobre bens imateriais, identificando nesta os elementos essenciais a uma relação jurídica de direito real pleno. Gama Cerqueira ainda destacou a diferença relativa ao objeto de direito: a sua imaterialidade. Ledesma tangenciou outras diferenças entre a propriedade sobre coisas materiais e sobre a marca, relacionadas ao princípio da especialidade das marcas, ao *ius preferendi* e à especificidade das sanções de direito marcário.

Gusmão aprofundou o estudo sobre o tema da natureza jurídica do direito sobre bens imateriais, colhendo na doutrina nacional e estrangeira a opinião da grande maioria dos autores pela aplicação da teoria do direito de propriedade.⁷⁸ Destacou, entretanto, uma diferença fundamental de abordagem do tema pelos autores. Alguns qualificam-na como propriedade com conteúdo idêntico ao da propriedade sobre coisas materiais, diferindo apenas a natureza do seu objeto. Para Gusmão, diversamente, a imaterialidade do objeto do direito de propriedade é causa de sua conformação *sui generis*: um direito de propriedade, definido e delineado como tal pelo legislador, com *estrutura* idêntica à relação jurídica sobre bens materiais, mas um direito de propriedade com suportes fáticos de constituição, proteção e extinção não previstos no regime jurídico da propriedade de coisas corpóreas. Para ele, a marca está sujeita a um regime jurídico de propriedade específico e a especificidade desta normatização é condição de eficácia da proteção jurídica ao uso exclusivo desse bem.⁷⁹

⁷⁷ Cf. LEDESMA, *Funcion social...*, op. cit., p. 50-1.

⁷⁸ Cf. *L'acquisition...*, op. cit., p. 28-9.

⁷⁹ Ibid., p. 35-46; na visão do autor: “Nosso objetivo não é combater a aplicação da teoria do direito de propriedade para uma exata qualificação do direito sobre os bens imateriais. Ao contrário, nossa intenção é de confirmá-la. (...) Entretanto, dizer que o direito de propriedade ‘tout court’ é aplicável aos bens imateriais é, em nossa opinião, ir rápido demais. (...) Devemos convir que a natureza imaterial desses bens implica

A primeira especificidade da propriedade sobre a marca dá-se pela aplicação do princípio da especialidade. A marca cumpre uma função específica, estabelecida em lei, que é a de distinguir produtos ou serviços de origem diversa. O cumprimento desta função delinea os contornos do direito de uso da marca à sua especialidade: seu uso exclusivo é permitido e passível de proteção para marcar determinadas classes de produtos ou serviços para qual foi registrada. Esse uso é permitido sob a condição de que uma confusão entre produtos ou serviços⁸⁰ não se estabeleça.⁸¹

Este princípio pode ser também denominado *princípio da utilidade*, pois estabelece ser o âmbito de proteção da marca delimitado em função de sua utilidade distintiva de produtos ou serviços de mesmo gênero, mas de origem diversa.

O critério da utilidade não é estranho à propriedade sobre imóveis, que sofre diversas limitações à *existência do direito* em função da utilidade de seu objeto, de modo que o proprietário não tem interesse de se opor à interferência de terceiros em determinada altura ou profundidade.⁸² Delimita-se o objeto de direito, tendo em vista a sua

necessariamente a adoção de um regime jurídico próprio, em vista de sua proteção adequada. É uma categoria de bens à parte, que foi ignorada do direito romano. As seqüelas são sentidas até hoje. (...) Apesar disso, o direito sobre os bens imateriais é uma criação do legislador como, aliás, todos os direitos, e o legislador qualificou-o como direito de propriedade, criando para ele um regime jurídico *sui generis*" (Ibid, p. 45-6).

⁸⁰ A respeito da afinidade entre produtos e serviços, da exceção ao princípio da especialidade, constituída pela proteção à marca de alto renome e da superação deste princípio diante do aproveitamento parasitário do poder atrativo das marcas alheias, veja: José Roberto d'Afonseca GUSMÃO, Marcas de alto renome, marcas notoriamente conhecidas e usurpação de signos famosos, p. 48-55; Maurício Lopes de OLIVEIRA, O âmbito de proteção à marca registrada, *Revista da ABPI*, (31): 26-34; Carlos Henrique de C. FRÖES, Âmbito de proteção à marca, *Revista dos Tribunais*, (403): 30-6; José Antônio B. L. Faria CORREA, O tratamento das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas na Lei 9.279/96, *Revista da ABPI*, (28): 33-9.

⁸¹ José Roberto d'Afonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 37.

⁸² Com base na utilidade do objeto de direito, segundo Arruda Alvim, "a ordem jurídica define a própria existência possível do direito de propriedade". O autor explica que "tendo em vista as delimitações opostas pelo direito positivo, em relação à altura e à profundidade, superior e inferior ao solo, respectivamente, *delimita-se* o direito de propriedade, ao critério da *utilidade*". O autor esclarece: "Na medida em que, a uma

utilidade. Em relação à propriedade das marcas, tais delimitações só podem se referir à utilidade distintiva de produtos ou serviços de origem diversa. Em outros termos, pelo princípio da especialidade delimita-se o que é a marca protegida: um signo distintivo *em* determinada classe de produtos ou serviços. Assim, um signo idêntico pode ser usado para marcar outros gêneros de produtos ou serviços, se este uso não puder gerar confusão no mercado ou aproveitamento parasitário da boa fama da marca alheia.

O princípio da territorialidade constitui outra delimitação dos contornos do direito de propriedade, específica de direito marcário: o direito de uso exclusivo de um signo como marca em um determinado território depende da previsão legal de sua validade,⁸³ de modo que uma marca validamente registrada no Brasil, por exemplo, pode não receber nenhuma proteção na Argentina.

Ao princípio da territorialidade poder-se-ia opor o da universalidade das marcas, mas, como bem observa o Gusmão, esse princípio encontra obstáculo em fatores de ordem prática: a) a dificuldade para harmonizar as legislações nacionais sobre marcas; b) as diferenças econômicas nacionais e regionais, culturais e lingüísticas, constituiriam óbice à uniformização da interpretação judiciária a respeito da aplicação desta normatização; c) a validade internacional da marca constituiria um obstáculo para a adoção de uma marca nova; d) a marca é insuscetível de ser objeto de posse real,⁸⁴ de modo que criar mecanismos semelhantes à posse para estabelecer uma presunção de propriedade

altura ou a uma profundidade tal, inexistia *utilidade* para o proprietário, no exercício de sua posse, não poderá ele, então e por isso, 'opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais que não tenha ele interesse algum em impedi-los' (CC, artigo 526)." (*Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*, p. 20)

⁸³ O princípio da territorialidade é definido por Gusmão como "aquele segundo o qual o direito sobre uma marca aplica-se sob um ordenamento jurídico dado, que condiciona a própria existência da marca como bem jurídico, sua validade, seu objeto, assim como o exercício desse direito". O autor prossegue: "A marca, definida como bem juridicamente protegido em um país não o é em outro, a menos que seu titular faça aí um depósito válido, que dependerá, por sua vez, das condições específicas impostas pela legislação desse país." (*L'acquisition...*, op. cit., p. 35)

⁸⁴ Ibid., p. 35-7.

(escritórios de registro de marca e publicação dos registros) no plano internacional, em nível mundial, encontraria óbice nas razões “a” e “b”.⁸⁵

A caducidade também é um instituto próprio da propriedade industrial.⁸⁶ O *usus* é uma prerrogativa do direito de propriedade, mas em matéria de marcas apresenta-se também como um ônus para a conservação do direito. O direito caduca, se o titular ou um terceiro autorizado não usa a marca. A caducidade é situação jurídica que tem causa diversa da que se verifica para a *prescrição aquisitiva* ou usucapião sobre bens corpóreos. A prescrição aquisitiva é conversa à prescrição extintiva decorrente da inércia do proprietário que não reivindicou o bem ou não agiu para imitar-se ou se opor à posse do prescribente. Nesse caso, a perda da propriedade não decorre do não-uso, mas da prescrição da ação reivindicatória e da aquisição do bem pelo prescribente. No caso da caducidade, a extinção do direito não é conversa a uma prescrição aquisitiva, pouco importando se outrem utiliza o bem. Perde-se a propriedade sem que outrem a adquira e sem alguma contraprestação, o que a difere do usucapião e da desapropriação. Trata-se de uma sanção pelo não-uso.⁸⁷

Os crimes contra a propriedade de bens imateriais só podem ser previstos em tipificação específica. Sobre a conduta que atente contra a prerrogativa de uso exclusivo de um bem imaterial não incide algum tipo penal relativo à subtração ou desapossamento de uma coisa tangível. Isto porque uma marca, por exemplo, é insusceptível de ser objeto de posse, de modo que não pode ser furtada. O uso não autorizado de uma marca não implica subtração do bem, pois nada impede que o proprietário continue a usá-lo. Por esta razão, a repressão penal das condutas atentatórias contra a propriedade industrial dá-se pela incidência de tipos

⁸⁵ A proteção administrativa da marca no plano internacional exigiria um sistema mundial de registro de signos distintivos, que estabelecesse, por mecanismos de publicidade dos registros, uma presunção de constituição do direito real sobre as marcas adotadas e registradas. Não parece, entretanto, que sejam superáveis, no momento, os obstáculos à universalização do direito marcário. Além disso, parece que a criação de tal registro exigiria grandes avanços técnicos da informática e a universalização da rede mundial de computadores.

⁸⁶ *L'acquisition...*, op. cit., p. 37-8.

⁸⁷ José Roberto d’Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 37-8.

penais específicos: os crimes de contrafação contra a patente, o registro de marca etc.⁸⁸

A especificidade da propriedade intelectual é demonstrada por GUSMÃO ainda pela sua regulamentação especial. Os direitos de propriedade sobre estes bens, no dizer do autor, “são regulamentados na quase totalidade dos países por leis especiais (...) um reflexo da especialidade dos próprios direitos que têm cada um deles um regime próprio”. E conclui: “Não são direitos excepcionais ou de exceção, mas direitos especiais, que não encontram seu lugar no regime comum da propriedade regulamentada pelo Código Civil.”⁸⁹

Outra especificidade do direito sobre os bens imateriais é a impossibilidade de posse sobre o seu objeto. A compreensão da questão da posse, de marcas especificamente, é fundamental para saber quais são os meios oferecidos pelo sistema jurídico para a pronta e eficaz defesa do uso exclusivo desses bens.⁹⁰ Após analisar a tese da posse de bens imateriais, que no Brasil tem justificado a proteção possessória das marcas de fato, simplesmente usadas sem registro, o autor tece críticas à defesa possessória das marcas pela via dos interditos possessórios, aplicáveis apenas às coisas corpóreas.⁹¹

Não há dificuldade em afastar a incidência da proteção possessória às marcas pela via da ação de reintegração de posse, já que não é possível que ocorra um dos requisitos essenciais dessa ação, que é o desapossamento ou a criação de um obstáculo que impeça a utilização do bem.⁹² A lei processual determina que o autor da ação de reintegração de posse deve provar “a perda da posse, na ação de reintegração”.⁹³ Essa prova, em matéria de bens imateriais, é impossível, porque o seu uso não impede o uso simultâneo por um terceiro.⁹⁴

⁸⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁹ *Op. loc. cit.*

⁹⁰ A questão é saber, como observa Gusmão, “se, em direito brasileiro, os bens incorpóreos podem ser objeto de posse como os bens corpóreos, e se o regime jurídico dessa posse, particularmente a proteção possessória pela via das ações possessórias, aplica-se da mesma forma a uns e a outros” (*L'acquisition...*, op. cit., p. 39).

⁹¹ *Ibid.*, p. 42.

⁹² José Roberto d’Affonseca GUSMÃO, *L'acquisition...*, op. cit., p. 41.

⁹³ Código de Processo Civil, artigo 927, IV.

⁹⁴ A esse respeito, Gusmão assevera que “no que concerne aos bens imateriais, o desapossamento de fato, real, não existe, já que a posse desses bens é fictícia, baseada

Também em relação à ação de manutenção de posse, não se apresenta maior dificuldade para o exame de sua admissibilidade, já que ao autor da ação caberia provar, além do uso da marca, também a *turbação* e a continuação desse uso (“posse”).⁹⁵ No caso das marcas, o uso não autorizado por um terceiro não pode constituir uma turbação, uma vez que esta deve significar uma ameaça ao uso anterior, à utilização da marca por seu titular. Mas a utilização da marca pelo seu proprietário, como bem diz Gusmão,

não é em nada ameaçada pelos atos preparatórios de uma contrafação, pela própria contrafação ou pelo depósito de uma marca semelhante ou idêntica por um terceiro no INPI. Seu titular conserva intacta a possibilidade de utilização da marca sem nenhum obstáculo.⁹⁶

Importa também considerar a principal conseqüência jurídica da tese da aplicação das ações possessórias à defesa do uso exclusivo da marca: a ineficácia da relação jurídica de propriedade. O proprietário da marca estará sempre sujeito a ser obrigado a deixar de usá-la, se um usuário qualquer, sem ter o registro do signo como marca, apresenta-se ao juízo possessório como “possuidor”, usuário anterior.⁹⁷ A propriedade adquirida pelo registro validamente expedido, oponível apenas no juízo

em um direito e não em um fato”. O autor conclui: “A posse de um bem imaterial – considerada como o resultado de uma ficção jurídica – tendo a qualidade de posse jurídica, só pode ser afetada por atos de desapossamento igualmente jurídicos, o que excluiria naturalmente o uso indevido desses bens por terceiros, como a contrafação ou a imitação, que são fatos.” (*L’acquisition...*, op. cit., p. 43)

⁹⁵ Cf. Código de Processo Civil, artigo 927, I, II e IV.

⁹⁶ *L’acquisition...*, op. cit., p. 43.

⁹⁷ No dizer de Gusmão, “a armadilha mais perigosa que essa tese produz, e que passa despercebida a seus defensores é que, afinal, a ação possessória é muito mais útil aos contrafatores do que aos próprios titulares da marca”. O autor prossegue: “Na verdade, em uma ação possessória, não se discute o direito reservado ao petitorio. Assim, qualquer pessoa que prove ter utilizado uma marca durante um certo tempo, teria o direito de utilizar ação possessória contra o titular da marca!” Conclui: “Finalmente, se as ações possessórias sobre os bens imateriais são admitidas, questiona-se toda a eficácia do sistema de proteção desses bens, já muito contestado. O sistema dito atributivo do direito, que foi construído com intuito de segurança social, seria esvaziado de todo sentido.” (op. loc. cit.).

petitorio, seria ineficaz diante da contrafação praticada pelo usuário da marca alheia.

Cumprе salientar que a questão da posse se apresenta também como tema fundamental para a solução do problema de saber se uma marca pode ser adquirida pelos modos tradicionais de aquisição originária da propriedade sobre coisas corpóreas. A resposta é negativa. Para o usucapião falta, no caso das marcas e de outros bens intelectuais, uma das condições genéricas da prescrição aquisitiva, a coisa hábil, uma vez que apenas coisas corpóreas e tangíveis são suscetíveis de posse e, portanto, de usucapião.⁹⁸ Outro óbice a este modo de aquisição originária é a exigência do registro da marca como condição *ad valitatem* da existência do direito de propriedade.⁹⁹

Parece sem importância prática questionar a respeito da possibilidade de aquisição originária da marca pela ocupação no sistema da Lei 9.270/96, uma vez que o seu artigo 129 estabelece que a propriedade da marca se adquire pelo registro validamente expedido. Ocorre que alguma doutrina recente, ainda sob influência dos autores que equipararam a propriedade da marca à propriedade sobre coisas corpóreas, admite a teoria da ocupação da marca, especialmente quando se trata de legitimar o uso dela, sem registro, como forma de aquisição de um direito exclusivo de continuar usando.¹⁰⁰ Mas, se a tese da ocupação da marca é aceita, o sistema de aquisição pelo registro torna-se ineficaz. Daí a importância de saber se o sistema de aquisição da propriedade pelo registro comporta também a aquisição de algum direito pelo uso ou pela denominada “ocupação” de marca.

Propõe-se a formulação de mais uma especificidade da propriedade da marca, decorrente da imaterialidade de seu objeto: a propriedade da marca não se adquire pelo primeiro uso dela (ocupação), exatamente porque ao exercício de tal poder fático falta o requisito da *apreensão com abstenção de terceiros*. Antes de uma *apreensão formal*, portanto, a marca não existe *de fato, per se*, como objeto de direito de

⁹⁸ Cf. Tullio ASCARELLI, *Teoria de la concurrencia...*, op. cit., p. 336-7.

⁹⁹ Jose Roberto d’Affonseca GUSMÃO, *L’acquisition...*, op. cit., p. 44.

¹⁰⁰ Admitem a tese da ocupação de marcas, entre outros: João da Gama CERQUEIRA, *Tratado...*, op. cit., p. 123-4; Lélío Denicoli SCHMIDT, A ação de adjudicação e os direitos de precedência ao registro de marca. *Revista da ABPI*, São Paulo, 31: 3-20.

propriedade. Como todo bem imaterial, ela não é suscetível de ser possuída e ocupada, não é adquirida pelos modos de aquisição da propriedade sobre coisas móveis corpóreas. O modo de aquisição da marca não se enquadra nos moldes da apreensão material, como propugnaram, com resultado ineficaz, os defensores da teoria da posse e ocupação de marcas. Assim, a *marca sem registro* pode apresentar um valor patrimonial passível de proteção, pelas normas que reprimem genericamente a concorrência desleal, mas ela não é objeto de direito de propriedade.

O direito de propriedade sobre a marca só pode ser constituído sob um sistema que proporcione a sua *proteção avançada*, caracterizada pela apreensão que imponha a abstenção de terceiros, semelhante ao *ius possessionis* (relação jurídica possessória) adquirido por quem exerce posse sobre uma coisa material. Um sistema que também estabeleça meios de conferir publicidade *erga omnes* à aquisição do direito, pela qual se possa presumir a constituição do direito real pleno. Este sistema pode efetivar-se pelo registro marcário, meio jurídico necessário, mas não o único imaginável, à equiparação do poder fático do usuário da marca (poder fático = adoção de um signo como marca ou mesmo o seu uso efetivo como marca) à posse de uma coisa corpórea, sem a qual a propriedade sobre a marca não seria eficaz.

Assim, para aplicar o esquema da relação jurídica de propriedade à marca, o legislador criou meios técnicos que possibilitam uma apreensão do bem imaterial com características similares à de uma coisa corpórea. A técnica é a *apreensão formal exclusiva* da marca, mediante registro expedido sob exames e controles público e administrativo, de modo que este sirva como suporte fático da relação jurídica de propriedade sobre este bem. Um procedimento ordenado por lei torna público o fato de que um objeto único e inconfundível foi adotado como marca por uma pessoa bem identificada e de modo a impor a abstenção de terceiros. Se não pode ocorrer uma apreensão material do bem, a apreensão exclusiva fictícia situa-o em um local fixo, onde constam todos os dados objetivos da apreensão, à disposição das partes da relação jurídica. Criam-se também meios administrativos de impedir uma segunda apreensão formal do mesmo bem, pela obrigatoriedade de realização de exames de anterioridade antes do deferimento de registros. Essa apreensão é similar em fundamentos, objetivos e operatividade, à

ocupação de coisas móveis corpóreas, com a única diferença de que é formal e não material. Ela é irrepetível, exclusiva e pública, e, por isso, ostentável por uma pessoa bem identificada em face da parte passiva do direito real.

5. Conclusão

Verificou-se que as teorias que procuraram combater a doutrina da propriedade sobre bens intelectuais não resolveram satisfatoriamente a questão da natureza do direito, sobretudo em razão do método empregado na sua formulação. Apesar disso, algumas trouxeram contribuição para a solução do problema, seja definindo o objeto e alguns aspectos funcionais do direito, seja esclarecendo alguns aspectos do conteúdo da relação jurídica.

Pela análise do conteúdo da relação jurídica, verificou-se que é de propriedade *sui generis* o direito sobre a marca. A propriedade *sui generis* sobre bens intelectuais criou novos tipos legais, que não se enquadram na tradição do direito civil, embora a relação jurídica tenha a mesma estrutura e, portanto, a mesma função da propriedade comum: trata-se de garantir o exercício das prerrogativas exclusivas de uso, gozo e disposição do bem, oponíveis contra todos.

A equiparação fictícia dos bens intelectuais com as coisas corpóreas e tangíveis, para garantia da exclusividade do exercício das prerrogativas próprias do direito de propriedade, exige providências administrativas e processuais específicas para sua eficácia e proteção, o que evidencia a especialidade do direito. Especialidade que impossibilita a aplicação de todas as normas da propriedade sobre bens corpóreos aos bens imateriais e implica adoção de terminologia jurídica apropriada a este subsistema da propriedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: *Posse e propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1987.

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Casa Editorial Bosch, 1970.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Almedina, 1968.

CELSONO, Affonso. *Marcas industriaes e nome comercial (Lei n. 3346 de 14 de outubro de 1887 e Regulamento n. 9828 de 31 de dezembro de 1888)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. v. 1 e 2, 2. ed. rev. e atual. por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHAVANNE, Albert; BURST, Jean-Jacques. *Droit de la propriété industrielle*. Paris: Dalloz, 1976.

CORREA, José Antônio B. L. Faria. O tratamento das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas na Lei 9.279/96. *Revista da ABPI*. São Paulo, n. 28, p. 33-39, maio/jun. 1997.

FARIA, Antônio Bento de. *Das marcas de fabrica e de commercio e do nome commercial (Decreto n. 3.346 de 14 de outubro de 1887 e Lei n. 1.236 de 24 de setembro de 1904)*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos – Editor, 1906.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1962.

FRÓES, Carlos Henrique de C. Âmbito de proteção à marca. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 403, p. 30-36, maio 1969.

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. *L’acquisition du droit sur la marque au Brésil*. Paris: Litec (Col. Du CEIPI), 1990.

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. Marcas de alto renome, marcas notoriamente conhecidas e usurpação de signos famosos. In: Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. *Revista da ABPI*. São Paulo, p. 48-55, 1996.

LEDESMA, Julio. *Función social de las marcas de fabrica y de comercio*. Buenos Aires: Librería jurídica, 1953.

LEONARDOS, Gabriel F. A proteção jurídica ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insígnia no Brasil. *Revista da ABPI*. São Paulo, n. 13, p. 3-32, nov/dez. 1994.

LEONARDOS, Luiz. Apreciação do conflito entre marcas e nomes comerciais. *Revista da ABPI*. São Paulo, n. 41, p. 35-40, jul/ago. 1999.

LYRIO, Alexandre da Cunha. Proteção jurídica das marcas de indústria e comércio e do nome comercial. *Revista da ABPI*. São Paulo, n. 47, p. 45-50, jul/ago. 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: propriedade mobiliária – bens incorpóreos, propriedade intelectual, propriedade industrial*. Tomo 16. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. *O fenômeno da notoriedade da marca nos acordos internacionais*. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1999. (Dissertação de mestrado)

NASCIMENTO, João Paulo Capella. A natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais. *Revista da ABPI*. São Paulo, n. 28, p. 23-32, maio/jun. 1997.

NOGUEIRA, J. L. de Almeida; FICHER JUNIOR, Guilherme. *Tratado teorico e pratico de marcas industriaes e nome commercial (seguido da jurisprudência dos tribunaes, legislação pátria e convenções diplomáticas referentes ao assunto e de formulário de modelos)*. Tomo Primeiro. São Paulo: Typografia Hennies Irmãos, 1910.

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. O âmbito de proteção à marca registrada. *Revista da ABPI*. São Paulo, n. 31, p. 26-34, nov/dez. 1997.

PAES, P. R. Tavares. *Nova Lei da Propriedade Industrial - Lei 9.279*, de 14.05.1996: anotações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ROUBIER, Paul. *Le droit de la propriété industrielle*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. A ação de adjudicação e os direitos de precedência ao registro de marca. *Revista da ABPI*. São Paulo, n. 31, p. 3-20, nov/dez. 2000.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei 9279/96 - 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA CADEIA AGRO-INDUSTRIAL DO SETOR ALIMENTAR

Ingrid Sartório Cheibub
Graduada em Direito pela UFV

RESUMO: Segurança alimentar é um tema que vem sendo bastante discutido nas últimas três décadas, devido às diversas crises alimentares ocorridas nesse período. Significa acesso, em quantidade e qualidade de alimento. As normas de segurança alimentar compreendem toda a cadeia produtiva, e, quando não há um efetivo controle nessa cadeia, o alimento produzido não é seguro, ocorrendo o dano. Quando o dano alimentar surge, é necessário apurar a quem cabe a responsabilidade por ele e perquirir, ainda, acerca da existência da solidariedade nessa responsabilização. O presente artigo visa expor a questão da segurança alimentar no panorama atual e discorrer sobre as normas brasileiras a respeito da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: segurança alimentar; proteção do consumidor; responsabilidade solidária.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Segurança alimentar e sua evolução histórica; 3. Segurança alimentar no Brasil; 3.1. Regulamentação da matéria; 3.2. Projetos desenvolvidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; 3.3. Órgãos de vigilância sanitária dos Estados e do Distrito Federal; 3.4. Conselho de Segurança Alimentar de Minas Gerais – CONSEA/MG; 4. Responsabilidade solidária na cadeia agro-industrial do setor alimentar; 4.1. Responsabilidade solidária na cadeia agro-industrial no Código de Defesa do Consumidor; 5. Conclusão.

1. Introdução

Segurança alimentar significa acesso, em quantidade e qualidade de alimentos requeridos para a saudável reprodução do organismo humano, necessária a uma existência digna, levando-se em consideração o aspecto nutricional e o aproveitamento biológico do alimento. De acordo com a World Health Organization,¹ segurança alimentar é um termo abrangente:

Todas as pessoas, em todos os momentos, devem ter acesso a uma alimentação suficiente para uma vida ativa e saudável, disponível, portanto, em quantidade e qualidade nutricionalmente adequadas, além de livre de contaminações que possam levar ao desenvolvimento de doenças de origem alimentar.

Como se pode visualizar, o conceito de segurança alimentar abrange dois sentidos, o acesso aos alimentos e as condições necessárias para que esses alimentos não representem um risco à saúde.²

Em relação ao primeiro sentido, a segurança alimentar é fator de desenvolvimento da sociedade, uma vez que é primeira condição para o aproveitamento de suas potencialidades.

Quanto ao segundo sentido, considera-se a regulamentação sanitária de toda a cadeia produtiva, que ocorre por meio de políticas de defesa agropecuária e saúde pública, estabelecendo-se normas e procedimentos a serem aplicados na cadeia produtiva e fiscalizados pelo Estado.

A segurança alimentar é uma garantia essencial à qualidade de vida de todos os seres humanos. O alimento ingerido afeta diretamente a

¹ FONSECA, Adriana Lara. Segurança alimentar em restaurantes, lanchonetes, bares e cozinhas industriais. *Revista Tecnologia e Treinamento*. Viçosa, MG, ano 8, n. 31, 2004, p. 6.

² BAENA, Loris. *Segurança alimentar e Acordo SPS*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 432.

saúde e a vida de todos, influenciando diretamente na formação de todo o organismo humano.

Assegurar a produção e o fornecimento dos alimentos é assegurar a própria vida.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 garante a todos o direito à vida, e o art. 196 do mesmo diploma legal assim dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.³

A Constituição Federal, em diversos outros dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública, englobando, inclusive, a vigilância sanitária na área de alimentos.

Conforme dispõe o art. 200 da Constituição Federal, compete ao Sistema Único de Saúde a fiscalização e inspeção dos alimentos.

A atuação do poder público nos serviços de vigilância sanitária de alimentos é de vital importância para a saúde pública, uma vez que a contaminação dos alimentos atinge diretamente a saúde da população e envolve também o aspecto econômico, uma vez que diversas pessoas faltam ao trabalho ou deixam de produzir adequadamente durante o período em que, por contaminação alimentar, ausentam-se do trabalho ou de suas funções diárias.

Além disso, para que seja prevenida contaminação anterior à comercialização do alimento, tem-se vislumbrado a necessidade de controle sanitário em todas as fases do preparo dos alimentos até o momento de seu consumo.

A manutenção da saúde pública é responsabilidade do poder público; por isso, a legislação referente ao assunto deve ser implementada com o auxílio do poder de polícia daquele.

³ BRASIL. Constituição. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

O setor de produção de alimentos fora do lar, representado por bares, restaurantes comerciais, lanchonetes, *buffets*, cozinhas industriais e *self service*, apresenta grande crescimento no Brasil, chegando a representar uma em cada cinco refeições feitas fora de casa.⁴

Apesar de a tecnologia moderna possibilitar a produção de alimentos seguros, nas três últimas décadas o número de doenças veiculadas por alimentos tem aumentado consideravelmente. Isto porque, se cuidados básicos não são tomados, os alimentos podem sofrer contaminações, seja na preparação para o transporte, seja no recebimento, no armazenamento ou, ainda, na manipulação final, antes de serem consumidos.

2. Segurança alimentar e sua evolução histórica

Diante do exposto, a segurança alimentar surge como uma das principais preocupações da indústria alimentar e dos consumidores.

Referida preocupação só poderá ser compreendida por meio do conhecimento da evolução da sociedade e da indústria alimentar, o que passará a se expor.

O termo “segurança alimentar” tem origem militar: surgiu no final da Primeira Guerra Mundial, devido à preocupação com a possibilidade de dominação de um país sobre o outro caso obtivesse o controle sobre seu fornecimento de alimentos, o que seria uma arma poderosa, principalmente se utilizada contra os países mais fracos, incapazes de produzir suficientemente seus alimentos.

Tratava-se de uma questão de segurança nacional, sendo necessária a formação de estoques estratégicos de alimentos e o fortalecimento da idéia de busca de auto-suficiência, por parte de cada país.

Nas últimas décadas, houve um afastamento do mundo rural e uma concentração da população nos centros urbanos, o que provocou um desconhecimento do ciclo de produção primária.

A evolução da sociedade provocou uma nova relação desta com o alimento, havendo maior preocupação com a composição nutricional e maior desconhecimento do processo de fabricação.

O setor agrícola e a indústria alimentar evoluíram de uma lógica produtivista para uma lógica destinada a satisfazer cada vez mais as necessidades e exigências dos consumidores, em matéria de segurança e qualidade dos produtos.

Além disso, a indústria alimentar evoluiu no sentido de atender às exigências da globalização e da concorrência, beneficiando as inovações e os avanços da tecnologia e da biotecnologia. Isso influenciou também a preferência dos consumidores, que optam por produtos de preparação rápida, doses adequadas e conservação por período mais longo.

Toda esta evolução da sociedade e da indústria alimentar impôs a necessidade de colocar à disposição dos cidadãos informação clara e precisa sobre a qualidade, os riscos eventuais e a composição dos alimentos.

Esta evolução também gerou aumento de riscos alimentares, haja vista ainda não ser possível precisar o alcance das inovações. A rápida evolução não propicia o tempo necessário para a correta avaliação das conseqüências e dos riscos, o que causa insegurança aos consumidores.

Além disso, muitos riscos alimentares são causados não na fase de produção, mas nas demais etapas da cadeia alimentar, como por exemplo, no transporte e no fornecimento.

Os riscos podem advir de inúmeras fontes, como a poluição ambiental, a cadeia de produção ou os produtos utilizados na embalagem, devendo o consumidor ser resguardado desses vícios, para que não haja insegurança nas relações jurídicas.

Durante a década de 1990, as crises alimentares, como a da “vaca louca”, constituíram ponto de virada da política em matéria de defesa dos consumidores e segurança dos alimentos.

Diante desta situação, a União Européia percebeu a necessidade de estabelecer e de fazer cumprir normas mais rigorosas para o conjunto da cadeia alimentar. Seria também necessário punir os responsáveis pelos incidentes, objetivando garantir um nível elevado de proteção da saúde humana, animal e vegetal, bem como um tratamento equivalente para

⁴ FONSECA, Adriana Lara. Op. cit., p. 6.

todos, estabelecendo, assim, uma vasta gama de medidas legislativas com vistas a proteger os gêneros alimentícios.

A abertura de mercados e as exportações para a União Européia têm pressionado as indústrias de alimentos brasileiras a se adequarem às regras de segurança alimentar; contudo, nem sempre essas adequações são estendidas ao mercado interno.

O Brasil é um grande exportador de alimentos. Ele supre hoje cerca de 2% (dois por cento) de toda a proteína consumida no mundo, fora outros nutrientes, e, dentro de dez anos, deverá suprir 5% (cinco por cento).

Além disso, o Brasil é um grande fornecedor de soja, carne, leite, frango, açúcar, sucos cítricos concentrados e frutas tropicais. Como exemplo, o Projeto Agrícola MAISA, implantado em Mossoró/RN, é um grande fornecedor de frutas tropicais, como caju, acerola, manga e melão, para a Europa.

Porém, o Brasil ainda não percebeu a importância da questão relativa à produção de alimentos seguros, o que faz com que os casos de alimentos contaminados se espalhem e tomem caráter de urgência.

Os avanços científicos brasileiros na área de segurança alimentar não são suficientes para a efetiva adequação dos estabelecimentos industrializadores, de armazenagem e de venda dos alimentos. Os organismos governamentais estimam um número inferior a 30% (trinta por cento) de estabelecimentos que atendem à atual legislação de segurança alimentar.

Como bem explicita Telma Galle,⁵ dados como esses propiciam riscos de doenças, que podem ser veiculados junto aos alimentos comercializados. A estimativa no Brasil, hoje, é de 810 milhões de casos de toxinfecções alimentares por ano, além de outras doenças cujos sintomas se apresentam no médio e longo prazo, como hepatite A e alergias, dentre outras.

A legislação concernente ao assunto, no Brasil, é reduzida, e seu conhecimento é restrito a poucos profissionais. Neste contexto, pode-se citar o Compêndio sobre a Legislação de Alimentos no Mercosul,

⁵ GALLE, Telma. *Alimentação: urgência para a produção de alimentos seguros*. Disponível em: <<http://www.wbsbnews.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2004.

compilado e publicado pela ABIA (Associação Brasileira de Indústrias Alimentares).

Isto posto, se o Brasil quiser tomar parte ativa no comércio internacional, principalmente com a União Européia, deverá garantir a segurança dos alimentos, bem como adequar a legislação correlata, especialmente às exigências do Codex Alimentarius e demais normas alimentares consagradas internacionalmente.

3. Segurança alimentar no Brasil

Faz parte das políticas agrícolas e de saúde pública as normas sanitárias e fitossanitárias, pois é por meio delas que se garante o controle da inocuidade da cadeia produtiva do alimento.

O Preâmbulo da Constituição Federal destaca que o bem-estar do povo brasileiro é uma das finalidades do Estado.

Embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito, e conseqüentemente não contenha normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o disposto no Preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.

Nesse sentido, toda a atuação do poder público deverá ser pautada, dentre outras finalidades, na busca do bem-estar geral, garantindo, dessa forma, mecanismos de efetiva promoção da saúde pública.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, o que engloba, dentre outros direitos, o direito à vida e à saúde.

Como destaca José Afonso da Silva:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

(...)

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.⁶

A competência administrativa para cuidar da saúde pública é comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A competência legislativa é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, conforme preceitua a Constituição Federal.

Esta previsão é complementada pelo art. 200, I da CF/88, que prevê competir ao Sistema Único de Saúde executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, fiscalização e inspeção de alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como de bebidas e águas para consumo humano.

A Constituição adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está limitada ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las, por meio de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar e complementar dos Estados-membros e do Distrito Federal, prevista no art. 24, § 2º da CF/88.

O Município pode, utilizando-se da competência suplementar, atendendo às peculiaridades locais (interesse local), e em respeito às legislações federal e estadual, estabelecer normas de fiscalização para vigilância sanitária de alimentos.

3.1. Regulamentação da matéria

O Decreto-Lei nº. 989, de 21 de outubro de 1969, regula a defesa e a proteção da saúde individual ou coletiva, no tocante aos alimentos, desde a sua obtenção até o seu consumo.

A Portaria nº. 326, de 30 de julho de 1997, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, aprova o Regulamento

Técnico “Condições Higiênico-Sanitárias e de Boas Práticas de Fabricação para Estabelecimentos Produtores/Industrializadores de Alimentos”, tendo em vista a necessidade do constante aperfeiçoamento das ações de controle sanitário na área de alimentos, visando à proteção da saúde humana.

A Resolução RDC nº. 275, de 21 de outubro de 2002, aprova e dispõe sobre o Regulamento Técnico de “Procedimentos Operacionais Padronizados aplicados aos Estabelecimentos Produtores/Industrializadores de Alimentos” e a “Lista de Verificação das Boas Práticas de Fabricação em Estabelecimentos Produtores/Industrializadores de Alimentos”.

3.2. Projetos desenvolvidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA

A segurança sanitária dos alimentos destinados ao consumo da população é um dos desafios da saúde pública, que, com o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, coordenado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, busca proteger a população por meio de mecanismos mais efetivos de segurança alimentar.

Segundo a Professora Adriana Lara Fonseca, especialista em segurança alimentar, um fator de grande importância no que diz respeito à segurança dos alimentos é o treinamento do manipulador, pois é ele o elemento central de qualquer sistema de segurança nesta área; é ele quem faz a qualidade do produto ou serviço.⁷

Tendo em vista esse objetivo, a ANVISA está desenvolvendo o Projeto de Capacitação de Recursos Humanos em Sistemas Modernos de Inspeção Sanitária de Alimentos, que teve seu início em julho de 2001, em parceria com a organização Pan-Americana de Saúde (OPAS/INPPAZ).

Os principais objetivos desse projeto consistem em desenvolver e fortalecer as atividades de vigilância sanitária dos alimentos, por meio da implantação de instrumentos e metodologias de inspeção que contribuam para a avaliação do processo produtivo; promover a

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 697.

⁷ FONSECA, Adriana Lara. Op. cit., p. 6.

uniformidade das inspeções; contribuir no aumento da segurança e da qualidade dos alimentos; e formar um núcleo de instrutores nos Estados, para a difusão desses conhecimentos.

Até o presente momento, já foram realizados vinte e oito cursos, divididos em quatro etapas, quais sejam: boas práticas de produção de alimentos (GMP); procedimentos-padrão de higiene operacional (SSOP); análise de perigos e pontos críticos de controle (HACCP); e auditoria e metodologia.⁸

Esse repasse do conhecimento de novos instrumentos e metodologias de inspeção e de processo pedagógico permitiu a sua difusão para os técnicos das vigilâncias sanitárias municipais, aumentando a cobertura e agilizando as ações. Estas visam, principalmente, além da adoção de medidas preventivas, aumentar e melhorar as técnicas de segurança alimentar, bem como preparar os técnicos de alimentos para exigir que a produção industrial seja realizada de forma mais ativa, trabalhando com instrumentos e ferramentas que possam avaliar a inocuidade dos alimentos ofertados à população.

A ANVISA também participou do Projeto APPCC (Análise de Perigos e Pontos Críticos de Controle), desenvolvido para garantir a produção de alimentos seguros à saúde do consumidor.

Uma das ações do projeto é a criação do Sistema APPCC, que tem como pré-requisitos as Boas Práticas de Fabricação (BPF) e a Resolução RDC nº. 275/2002 sobre Procedimentos Padrões de Higiene Operacional (PPHO).

Esses pré-requisitos identificam os perigos potenciais à segurança do alimento, desde a obtenção das matérias-primas até o consumo, estabelecendo em determinadas etapas (Pontos Críticos de Controle), medidas de controle e monitoração que garantam, ao final do processo, a obtenção de um alimento seguro e com qualidade.

O Sistema APPCC permite levantar os perigos significativos que podem ocorrer na produção de um determinado alimento em uma determinada linha de processamento, e controlá-los, nos Pontos Críticos de Controle, durante a produção.

Assim, é um sistema dinâmico, e quando aplicado corretamente, o alimento produzido já tem a garantia de não ter os perigos considerados, já que foram controlados no processo. Não há necessidade, destarte, da análise de todos os lotes do produto, sendo estas necessárias apenas para averiguar se o sistema está funcionando adequadamente.

Técnicos das Vigilâncias Sanitárias estaduais e municipais e técnicos em empresas produtoras de alimentos recebem capacitação por meio de aulas e seminários oferecidos pelo SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial), com o apoio da ANVISA e das Vigilâncias estaduais e municipais.

A primeira fase do Projeto APPCC consistiu em elaborar todo o material técnico, desenvolver a metodologia dos seminários e do material didático, selecionar e treinar equipes para os cursos de formação de consultores e para a capacitação de técnicos de empresas, bem como realizar os referidos cursos e seminários.

No ano 2000, foram iniciadas negociações com outros parceiros para a expansão do projeto para os segmentos Campo (produção primária) e Mesa (alimentos prontos para consumo), bem como a previsão para atuar em toda a cadeia de produção de alimentos. Assim, foram criados diversos subprojetos, como, por exemplo, APPCC-Distribuição, APPCC-Transporte, APPCC-Campo, APPCC-Indústria e APPCC-Mesa.

Em 2002, devido à expansão do Projeto APPCC e da natureza de sua atuação, que não mostra um horizonte para o seu término, já que a atividade de implantação deverá ser demandada continuamente, devido ao grande número de empresas no país, o mesmo foi transformado no Programa Alimentos Seguros (PAS).

O PAS tem por objetivo disseminar e apoiar a implantação das Boas Práticas e o Sistema de Análise de Perigos e Pontos Críticos de Controle nas empresas de alimentos e alimentação, em todo o país.

Esse programa atinge toda a cadeia de alimentos, e é composto por uma parceria abrangente, como EMBRAPA, SENAR, SENAI, SESI, SENAC, SESC SEBRAE, dentre outros.

Seu objetivo é aumentar a segurança e a qualidade dos alimentos produzidos para a população brasileira, aumentar a exportação de alimentos, preparando o setor produtivo brasileiro para atender a

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Segurança Alimentar*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2004.

exigências dos países importadores em termos de segurança dos alimentos, e aumentar a competitividade das empresas brasileiras.

3.3. Órgãos de vigilância sanitária dos Estados e do Distrito Federal

Os órgãos de vigilância sanitária (VISA) dos Estados e do Distrito Federal têm como competência realizar inspeção sanitária em estabelecimentos alimentares e análise fiscal de alimentos expostos ao consumo, objetivando averiguar se as condições sanitárias das unidades fabris e dos alimentos estão em conformidade com os regulamentos legais e, portanto, não acarretam riscos à saúde da população, que deles se utiliza.

Quando são identificadas irregularidades, os órgãos competentes devem adotar as medidas legais cabíveis para prevenir possíveis danos à saúde da população, impedindo a circulação do produto e/ou interrompendo sua fabricação.

As ações de vigilância sanitária estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS); portanto, a responsabilidade pela execução é compartilhada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, de acordo com os princípios e diretrizes estabelecidos pela Lei n.º 8080/1990.

3.4. Conselho de Segurança Alimentar de Minas Gerais – CONSEA/MG

Em Minas Gerais, o órgão responsável pela segurança alimentar é o CONSEA/MG, criado pelo Decreto n.º 40.324.

É integrado por 12 (doze) Secretários de Estado, 1 (um) deputado representante da Assembléia Legislativa de Minas Gerais e 26 (vinte e seis) representantes da sociedade civil, eleitos entre os integrantes do Fórum Mineiro de Segurança Alimentar, contemplada a representação das Comissões Regionais de Segurança Alimentar Nutricional Sustentável.

É função do Conselho apresentar ao Governador do Estado e à sociedade o Plano Estadual de Segurança Alimentar.

4. Responsabilidade solidária na cadeia agro-industrial do setor alimentar

Diante do exposto, surge a necessidade de analisar a quem cabe a responsabilidade pelos vícios e danos, quando haverá solidariedade e em quais casos a responsabilidade será excluída.

Para isso, deve ser analisada toda a cadeia alimentar, desde a sua produção até o seu fornecimento, e averiguar em quais etapas da cadeia houve a causa para o vício e onde deve incidir a responsabilização.

Referida análise é essencial para garantir a boa-fé, as relações contratuais de consumo e constitucionais.

Como ensina o Prof. Arnaldo Wald,⁹ a solidariedade não se presume, ela resulta da lei ou da vontade das partes. Essa solidariedade é necessária para conferir maior segurança à matéria tratada, impondo-se uma análise minuciosa da questão, a fim de ser encontrada a melhor solução para a proteção e garantia do ordenamento jurídico e dos direitos lesados.

A contaminação dos gêneros alimentícios representa um risco real para a segurança dos alimentos. Impor sanções aos responsáveis por esse risco faz com que haja maior diligência e, desta forma, sejam reduzidos o índice de contaminação dos alimentos e os riscos na cadeia alimentar.

Essa idéia, aliada ao fato de se resguardar o direito do consumidor, de efetivar a proteção à vida e à saúde e de garantir um direito lesado, faz com que se erija a necessidade de averiguar a responsabilidade na cadeia alimentar, sendo necessário não apenas constatar os responsáveis, mas também verificar se as normas existentes são efetivas para esse fim.

⁹ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro – obrigações e contratos*. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 62.

4.1. Responsabilidade solidária na cadeia agro-industrial no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro é um avançado instrumento normativo de defesa do consumidor, evidenciando as responsabilidades e dando ênfase à solidariedade, além da inversão do ônus probatório e diversos outros preceitos em favor do consumidor lesado, obedecendo, destarte, aos Princípios da Carta Magna.

Todo produto ou serviço, por mais seguro e inofensivo que seja, traz sempre uma margem de insegurança para o consumidor, podendo, inclusive, culminar em dano para ele, gerando prejuízo, a ser apurado por meio das responsabilidades contratual e extracontratual.

O CDC abarca duas espécies de responsabilidade civil, pelo fato e pelo vício do produto, além de prever, expressamente, em seu art. 25, § 1º, a solidariedade entre os responsáveis pelo dano.

O CDC elegeu a teoria moderada do risco, ou seja, prevalece a responsabilidade sem culpa, mas permitem-se exceções para isentar o fornecedor de reparar danos, quais sejam:

- a) não-colocação do produto no mercado;
- b) inexistência do defeito;
- c) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro;
- d) normas administrativas imperativas, com grau elevado de taxatividade, não permitindo qualquer margem de alternatividade para o fornecedor;
- e) caso fortuito e força maior.

De modo geral, o CDC impõe a responsabilidade objetiva e solidária a todos os operadores da cadeia agro-industrial, tendo o comerciante responsabilidade direta no caso de má conservação de produtos perecíveis e solidária nos demais casos.

5. Conclusão

Em geral, as normas de segurança alimentar no Brasil prescrevem como deve ser a conduta, mas não impõem penalidades em caso de descumprimento, existindo essa penalidade basicamente nas normas de vigilância sanitária, além de não existir uma fiscalização rígida no concernente ao assunto.

O Brasil busca, cada vez mais, adequar suas normas de segurança alimentar às exigências do mercado internacional, por meio de cursos de capacitação neste domínio e da edição de normas mais rígidas, mas ainda há muito que avançar nesta área.

As normas brasileiras que traçam a matéria e a fiscalização nesse campo são extremamente deficientes, o que dificulta a entrada do país nas negociações internacionais, principalmente com a União Européia, que exige o preenchimento de determinados requisitos de segurança para a comercialização de produtos alimentares.

Efetivar os princípios preventivos dos sistemas de análise de risco, desenvolver a indústria nacional, conscientizar o consumidor e participar das atividades da Comissão do *Codex Alimentarius*, bem como aplicar os princípios do Acordo SPS (Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, efetivado pela OMC), de forma a objetivar a segurança alimentar, significam aos países em desenvolvimento, como o Brasil, passos para alcançar melhores condições de competitividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAENA, Loris. *Segurança alimentar e Acordo SPS*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Segurança alimentar*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2004.

FONSECA, Adriana Lara. Segurança alimentar em restaurantes, lanchonetes, bares e cozinhas industriais. *Revista Tecnologia e Treinamento*. Viçosa, MG, ano 8, n. 31, 2004.

GALLE, Telma. *Alimentação: urgência para a produção de alimentos seguros*. Disponível em: <<http://www.bsbnews.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro – obrigações e contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NATUREZA JURÍDICA DA ASTREINTE

Jane Cristina Ladeira

Estudante de Graduação em Direito da UFV

RESUMO: O Estado, por meio do processo, busca solucionar uma diversidade de litígios. Principalmente no que tange à esfera do direito contratual, o processo é um instrumento hábil a tornar as convenções efetivas. Os contratos nascem, mormente, do acordo de vontades, e possuem como modo natural de extinção o adimplemento. Ocorre que, em alguns casos, o adimplemento voluntário não ocorre, surgindo, para o Estado-juiz, o dever de compelir o devedor ao pagamento. Para tanto, inúmeros instrumentos podem ser utilizados, dentre eles as *astreintes*, instrumento relevante na determinação do cumprimento das obrigações, sobre cuja natureza jurídica existe enorme divergência doutrinária. Destarte, com base na análise histórico-evolutiva, bibliográfica e jurisprudencial do tema, são apresentadas neste trabalho discussões a respeito da natureza jurídica da *astreinte*.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; processo; contratos; adimplemento; instrumentos; *astreinte*; natureza jurídica; divergência doutrinária.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Referencial teórico; 2.1. O direito obrigacional e a *astreinte*; 2.2. Uma breve noção sobre as multas; 2.3. Multas em espécie; 2.4. Natureza jurídica da *astreinte*; 3. Considerações finais.

I. Introdução

O Estado tomou para si a função jurisdicional de tutelar os interesses conflitantes, com o intuito de promover a pacificação social. Não há como ser de modo diverso, já que o homem moderno vive em sociedade, e, para que essa coabitação seja possível, fazem-se necessárias normas reguladoras, que, embasadas em valores de justiça, moralidade e

humanidade, estabeleçam regras em comum que tornem viável esse intercâmbio de interesses.

À proporção que o Estado tomou para si essa função, também lhe coube o dever de garantir a solução dos conflitos de todos os cidadãos, que, privados de obterem o que lhes pertencem por meios próprios, deveriam se dirigir ao ente Estatal para a pacificação de interesses interindividuais, de modo a alcançar a paz social.

O moderno operador do direito, para o alcance da tão sonhada justiça, tem utilizado o processo como meio de enfatizar cada vez mais seu cunho instrumental.

Tal instrumento do direito só atingirá o seu desiderato de justiça quando o cidadão constatar que seus conflitos efetivamente estão sendo solucionados. Em nome da paz social, os cidadãos confiaram ao Estado o poder-dever de dirimir os conflitos e, nesta tarefa, o Estado, portanto, deve tomar as medidas necessárias para a consecução da ordem justa.

Destarte, o Estado, por meio do processo, busca solucionar uma diversidade de litígios, detendo atuação de relevância, notadamente no que tange ao direito obrigacional, e especificamente, ao direito contratual.

Neste diapasão, o processo se torna um instrumento hábil a tornar efetivos os pactos. As obrigações nascem do acordo de vontades, do ato ilícito ou da declaração unilateral de vontade, e possuem como modo natural de extinção o adimplemento, que é o ato pelo qual o devedor cumpre voluntariamente a prestação estabelecida e, com isso, é liberado do vínculo obrigacional travado anteriormente.

Ocorre que, em alguns casos, o adimplemento voluntário não ocorre, ou o devedor simplesmente se nega a prestá-lo, fazendo surgir, para o Estado-juiz, por intermédio da demanda proposta pelo credor contratual, o dever de compelir o devedor ao pagamento, por força do poder coercitivo que lhe é inerente.

Para tanto, inúmeros instrumentos podem ser utilizados, dentre eles as *astreintes*, multa pecuniária diária pelo descumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, instrumento relevante na determinação do cumprimento das obrigações.

O presente trabalho visa lançar de maneira sintética alguns fundamentos, a natureza jurídica, as controvérsias e a casuística sob os quais se consubstancia o instituto das denominadas multas *astreintes* no

Brasil, abordando, mormente, a questão de sua natureza jurídica, seara na qual existe grande dissensão.

2. Referencial teórico

2.1. O direito obrigacional e a *astreinte*

As obrigações, desde a sua origem romana, foram sempre classificadas em sistema tripartite: obrigação de fazer, obrigação de dar (obrigações positivas) e obrigação de não fazer (obrigação negativa).

Pontes de Miranda (1984:45-50) ensina que “o *facere* envolve: escrever, inventar, residir, esculpir, pagar (...). Dar é fazer. Fazer é todo ato positivo”.

As obrigações de fazer tanto podem ser positivas, no caso em que a prestação do devedor consiste em fazer algo em benefício do credor, como também podem ser de caráter negativo, tendo o devedor que se abster de efetuá-la, abrangendo-se também os atos de permissão ou de tolerância.

As obrigações de fazer positiva se subdividem em fungíveis ou infungíveis. As primeiras são aquelas em que a *obligatio faciendi* pode ser executada tanto pelo devedor como por terceira pessoa, sendo de cunho substituível em relação ao sujeito que irá levá-las a cabo. As infungíveis, ao contrário, compreendem as *intuito personae*, que ficam na dependência das aptidões inerentes ao devedor, sendo insubstituível o sujeito passivo.

Regra geral, a responsabilidade civil é real, por mais que diga respeito a obrigações pessoais. Isso porque a pessoa do devedor não poderá ser atingida para o pagamento de suas dívidas, a menos nos excepcionais casos de prisão civil por dívidas, previstos constitucionalmente, sendo, na maioria dos casos, o seu patrimônio o atingido. Em função disso, o Estado fica impossibilitado de penetrar na autonomia da vontade do devedor e de obrigá-lo por meio da força física a cumprir o que é devido, mormente no que tange às obrigações infungíveis, nas quais é impossível determinar o cumprimento às expensas do devedor.

Ademais, os negócios jurídicos são atos espontâneos da vontade humana, não podendo haver qualquer forma de imposição à sua

realização. Qualquer coação à celebração de um negócio jurídico será, portanto, causa de sua anulabilidade ou nulidade.

Em lição basilar, Caio Mário da Silva Pereira (2004:530-531) diz que a coação trata-se de vício do consentimento, e pode ser

física, *vis absoluta*, que implica a ausência total de consentimento, e moral, *vis compulsiva*, que atua sobre o ânimo do paciente, levando-o a uma declaração de vontade viciada.

Na primeira, falta a declaração de vontade, sendo o negócio nulo. Na segunda hipótese, há declaração volitiva imperfeita, pois lhe falta liberdade:

Existem duas vontades: a vontade íntima do paciente, que ele emitiria se conservasse a liberdade, e a vontade exteriorizada, que não é a sua própria, porém a do coator. Esta diversidade de atuações volitivas é que macula o negócio jurídico e conduz à sua ineficácia. (PEREIRA, 2004:530-531)

Nesse contexto, posição proeminente assumem as multas, notadamente as *astreintes*, pois possibilitam a execução de obrigações de fazer e de não fazer, fungíveis ou infungíveis.

2.2. Uma breve noção sobre as multas

Cumpra, preliminarmente, explicitar o que vem a ser uma multa. Do ponto de vista jurídico, a multa é sanção/pena pelo cometimento de ato ilícito, ou seja, pelo descumprimento de dever legal, estatutário ou contratual.

Cesare Beccaria (1998:41), comentando acerca das origens das penas, diz que:

Faz-se necessário o estabelecimento de motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.

Roberto Lyra (1958:32) explica que:

O direito de punir é direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coatividade do Direito, diante disto, então, o Estado tem o poder/dever de punir os súditos como um dos meios de manter a paz social.

O Estado detém o poder de impor penalidades àqueles que descumprirem os postulados do ordenamento jurídico. As penas têm de ser estabelecidas de modo que apresentem elemento que imponha ao possível infrator o receio da punição, a ponto de levá-lo a não cometer o delito. O ponto básico da filosofia da pena é, sem dúvida, a dissuasão do infrator com a certeza da aplicação da pena.

No Direito Romano, a pena de multa tinha grande importância. A multa era paga originariamente por meio de animais (*gado, pecus*). Valdir Sznick (1984:20) afirma que o termo “multa vem de *mulcta* – multiplicação, aumento. Por isso, até hoje algumas multas são estabelecidas no dobro do valor ou na metade do valor devido.

O direito canônico apresenta marco relevante na questão da aplicação das penas de multa. De acordo com Sznick (1984:26), os teólogos, de um lado, se batiam defendendo que as penas pecuniárias eram um avanço, em face ao repugno às penas que estabeleciam degradação e castigos físicos ao homem, mas de outro lado, as penas pecuniárias possibilitavam que os providos de fortuna corrompessem os julgadores e tribunais.

A conceituação de multa está ligada à aplicação de penalidade pecuniária por infração à norma jurídica. João Roberto Parizzato (1999:1) conceitua multa como

a pena pecuniária imposta a alguém em virtude de infringência de determinada obrigação legal ou contratual. Tal infringência tanto poderá ser a prática de específico ajuste, ou seja, a uma obrigação de fazer ou de não fazer, de entregar ou de não entregar ou mesmo de pagar uma quantia em época aprazada.

Acrescenta Thomas Hobbes (1983:247), a esse entendimento, que a função de penalidade não é única, mas,

em verdade, as multas têm caráter essencialmente punitivo, mas, também, a) repressivo, para que não seja compensador o descumprimento da norma; b) retributivo, para que haja o exemplo da punição, desestimulando as condutas ilícitas; c) ressocializador, determinando que a multa seja graduada em percentual que não leve à inadimplência crônica.

2.3. Multas em espécie

Com efeito, deve-se estabelecer como premissa que as multas são de quatro espécies: multas compensatórias, multas penitenciais, multas moratórias e multas denominadas por autores como cominatórias, ou *astreintes*.

As multas compensatórias também são conhecidas como cláusula penal. Segundo De Plácido e Silva (1987:218), representa a multa compensatória

a prévia determinação dos prejuízos, que possam advir pela inexecução do contrato, como indenização ou pagamento, que venha a contrabalançar o montante dos mesmos prejuízos. Estes prejuízos estendem-se as perdas e danos resultantes ou conseqüentes da falta de cumprimento do contrato.

As multas em comento existem nas hipóteses em que há relação contratual, e têm uma natureza de estabelecer previamente a possibilidade de punição conjugada com o estabelecimento de indenização.

As multas penitenciais, também conhecidas como arras, são estabelecidas para punir aquele que desiste da celebração de contrato, tendo previsão no art.420 do Código Civil, Lei nº. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

O Superior Tribunal de Justiça, no Resp 217.267/SP – Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – analisou a questão da multa penitencial, no sentido de que

consiste em penalidade imposta pelo contrato no caso de descumprimento da obrigação, não podendo ser cumulada com a indenização pelos prejuízos, porque tem caráter alternativo a juízo do credor. Na prática a multa substitui a indenização. Diferencia-se, pois, da multa moratória que é estipulada na hipótese de mora ou retardamento no cumprimento da obrigação, podendo, assim, ser cumulada.

Note-se que as espécies de multas em questão, tanto a compensatória quanto a penitencial, diferem da indenização ou das perdas e danos, pois, segundo ensinamentos de Heron Arzua e Galdino Dirceu (1997:36),

a multa tem como pressuposto a prática de um ilícito (descumprimento de dever legal, estatutário ou contratual). A indenização possui como pressuposto um dano causado ao patrimônio alheio. *A função da multa é sancionar o descumprimento.* A função da indenização é recompor o patrimônio danificado. (grifamos)

As multas moratórias, por sua vez, têm como escopo punir o atraso no adimplemento do dever legal ou contratual.

No que concerne à medida jurídica denominada *astreinte*, cumpre mencionar que é originária da França, nascida especificamente dos reiterados julgados dos tribunais daquele país, o qual formou vultosa

jurisprudência, face à longa distância entre a sua origem e o tempo hodierno, com repercussão de aceitabilidade no direito de diversos países, incluindo o direito brasileiro.

O nome *astreinte* (derivado do verbo *astreindere*, obrigar) é utilizado para denominar a medida processual que atua na constrição, ou seja, é uma “coação de caráter econômico, no sentido de influir, psicologicamente, no ânimo do devedor, para que cumpra a prestação de que se está esquivando”, nas palavras de Carreira Alvim (1996:186).

A princípio, por ter nascido da criatividade dos tribunais, sem respaldo em nenhuma lei que a autorizasse, não foi prontamente entendida e aceita pela sociedade jurídica doutrinária, porque esbarrava no princípio consagrado de “inexistência de pena, sem lei que a autorize”.

O certo é, todavia, que por mais esse entendimento jurisprudencial, as *astreintes* enraizaram-se com tamanha força e aceite na compreensão doutrinária, mais precisamente no capítulo das obrigações de fazer e de não fazer, que, com seu advento, o uso da força para o cumprimento das obrigações foi por ela substituído com maior eficácia e tornou-se o instrumento moderno do Estado, mais saudável sob o ponto de vista social e de melhor desempenho jurisdicional da tarefa que lhe cabe.

2.4. Natureza jurídica da *astreinte*

No Brasil, as *astreintes* estão inseridas no Código de Processo Civil – CPC, Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973, artigo 461 (Fase executiva da sentença dentro do processo de conhecimento) e artigo 644 (processo executivo autônomo, dentro do processo de execução de título executivo extrajudicial), este último localizado na seção do capítulo da Execução das Obrigações de Fazer e de Não Fazer. As *astreintes* também se inserem na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, artigo 729, que determina a aplicação de multa diária até o cumprimento da obrigação.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, *impor multa diária ao réu*, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (grifamos)

Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo. (CPC)

Art. 729. O empregador que deixar de cumprir decisão passada em julgado sobre readmissão ou reintegração de empregado, além do pagamento dos salários deste, incorrerá na multa de 3/5 (três quintos) a 3 (três) valores-de-referência regionais por dia, até que seja cumprida a decisão. (CLT)

As *astreintes* possuem, também, fulcro legal no artigo 287 do CPC, *in verbis*:

Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

Tal instituto detém aplicabilidade de relevância no tocante à execução judicial em geral e, mais sensivelmente, na execução das obrigações. Neste campo, o grande avanço é a aplicação do sistema gaulês da *astreinte*, relativamente às obrigações *de fazer* e *de não fazer*.

A natureza jurídica das *astreintes* é tema controvertido, havendo entendimentos de que teria “natureza meramente reparatória, ou seja,

teria a função de reparar eventual lesão ou dano”, nas palavras de Giuseppe Bettiol (1976:73).

Portanto, segundo esse entendimento, tal multa teria como desígnio compensar o credor pela lesão sofrida, face à demora no cumprimento contratual.

A multa diária, contra-incentivo à procrastinação e seus eventuais ganhos econômicos, é certamente a melhor opção, e seria exigível desde o trânsito em julgado da sentença favorável ao exequente, mas devida desde o dia de sua publicação ou vinte e quatro horas após, quando se configura, também, o não-cumprimento da ordem judicial.

Para J. E. S. Frias (2004:11-15),

as astreintes nasceram da prática dos Tribunais Franceses, tendo como função obrigar o devedor a prestar a obrigação. As *astreintes* não têm qualquer relação, pois, com perdas e danos ou com o atraso no adimplemento da obrigação.

A multa cominatória ou multa a título de *astreintes* é caracterizada pelo meio coativo de cumprimento de comando legal, contrato ou ordem judicial.

Autores afirmam que as *astreintes* punem as violações a deveres, mas com a característica determinante de conduzir ao cumprimento de outras normas. Sendo assim, a *astreinte* seria uma espécie de multa anômala, uma vez que não decorre da prática de um ato ilícito em sentido estrito, prestando-se, pois, a induzir ou a obrigar ao cumprimento de uma norma ou a uma conduta.

O Ministro Moreira Alves, relator do RE 94.966-6, DJ 26/03/82 (RT 560/255), decidiu que:

a pena pecuniária, a título de *astreintes*, não tem o caráter de indenização pelo inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, mas o de meio coativo de cumprimento da sentença, como resulta do exposto na parte final do art. 287 do CPC, conseqüentemente, não pode essa pena retroagir à data anterior ao do trânsito em julgado da sentença que a cominou.

O objetivo intrínseco dessa medida é, segundo Mazzuca (1995:18), o de

compelir o cumprimento da obrigação determinada pela lei, até de forma menos violenta, mas com resultados satisfatórios no seu termo final, pondo fim à demanda e coibindo o abuso e o desrespeito à ordem legal”.

A medida dirige-se fundamentalmente ao entendimento e à alma daquele que está obrigado, para que absorva a compreensão do dever de cumprir a obrigação, até mesmo educando-o no comportamento exigível naquele momento, por obrigação social, em benefício da ordem pública.

As *astreintes* são, antes de tudo, um *agrément* deferido e conveniente à sociedade, que as aceita, embutidas que estão, naturalmente, nas obrigações de fazer e de não fazer, instrumentalizadas com a necessidade de coagir aquele que está obrigado a cumprir e se nega a fazê-lo.

Na lição de Amílcar de Castro (1974:187):

Multa por dia de atraso é simples meio de coação. Multa-se o executado dia a dia, não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas simplesmente para forçá-lo indiretamente a fazer o que não fez ou a não fazer o que não deve. Numa palavra: o Juiz é forçado a multar para conseguir um meio de desempenhar a sua função jurisdicional. (grifamos)

De acordo com Kazuo Watanabe (1996:47), Liebman (1968:169) e Amílcar de Castro (1974:186/187),

a multa processual não é forma de executar obrigação, mas é meio indireto de coagir o devedor a realizar a prestação inadimplida. Ao contrário das perdas e danos, que se destinam a compensar o prejuízo sofrido pelo credor em razão do descumprimento da obrigação, a multa que se utiliza na execução das obrigações de fazer e não fazer não tem nenhuma função compensatória.

Por isso, quando o devedor insiste em manter-se inadimplente, mesmo após a instauração da execução, a multa cominada torna-se devida "independentemente da existência, ou não, de algum dano" e seu pagamento não se submete à compensação com qualquer outra verba indenizatória (CPC, art. 461, § 2º). (grifos nossos)

Vale ressaltar que o objetivo visado é o cumprimento da obrigação dentro do prazo estabelecido pelo juiz, e não o pagamento da multa. Esta só será devida na ocorrência de atraso ou de não-pagamento, de modo que a *astreinte* não mais incidirá quando o devedor cumprir a obrigação de fazer que lhe cabe, devendo ser pago o valor da multa referente apenas aos dias de atraso.

Na designação de Liebman (1985:376), o termo *astreinte* tem o significado de:

condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer outra unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente. É antes uma pena de caráter cominatório para o caso em que o obrigado não cumprir a obrigação no prazo fixado pelo juiz. (grifo nosso)

Mas, caso não seja alcançada a finalidade de forçar o devedor relutante ao pagamento coercitivo, a conversão será inevitável, não podendo a multa incidir infinitamente ao talante do credor, que poderia se valer do inadimplemento como fonte de enriquecimento sem causa. No caso, o juiz poderá, inclusive, reduzir o seu valor, da mesma forma que poderá diminuí-lo caso considere exorbitante o fixado no contrato, tendo também poderes de fixar a multa *ex officio*, na ocasião de as partes contratantes não a terem previsto.

No sistema brasileiro, o valor da multa poderá ser cumulado com perdas e danos. Isso demonstra a natureza coercitiva ou cominatória da multa, diferentemente da natureza jurídica das perdas e danos, que é compensatória, podendo ambas coexistirem. Da mesma forma, a multa

também será devida em caso de mora no adimplemento, ocasião em que, além do cumprimento da obrigação de fazer, o devedor retardatário, cumulativamente, também deverá pagar pelos dias de atraso.

Tal entendimento se deflui do julgamento da Ap. 058.290-4/6, pela 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP (RT 761/227), conforme ementa que se reproduz:

A multa pecuniária prevista no art. 461, § 4º, do CPC, é de caráter *coercitivo e moralizador* das funções judiciais, atuando duplamente ao forçar o devedor à execução imediata da obrigação e quando ignorada integra o patrimônio do credor, como ressarcimento pelos danos da inexecução; contudo, jamais poderá superar o valor da obrigação principal, como dispõe o art. 920 do CC, devendo o Juiz, assim, ao arbitrá-la, estipular o prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Cumprido, diante do exposto, exemplificar com uma decisão o fato de que é dominante na doutrina brasileira que a *astreinte* trata-se, na realidade, de instituto jurídico cuja natureza jurídica é cominatória, objetivando o cumprimento da obrigação, e, em última análise, punindo o infrator pelo atraso, e não detém, em que pesem posicionamentos em contrário, natureza jurídica compensatória, pelos danos causados pelo atraso:

Há duas espécies básicas de multa, uma de natureza compensatória ou moratória, que visa a atenuar o prejuízo com o atraso no cumprimento da obrigação e outra de natureza cominatória, tecnicamente denominada como A astreintes, cuja finalidade é compelir que a parte cumpra a obrigação que lhe foi imposta. A multa aplicada em sede de antecipação da tutela tem evidente natureza cominatória (STJ - REsp 123.645/BA - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. 23.09.1998 - DJU de 18.12.1998). (g. n.)

CLÁUSULA PENAL - E ASTREINTES - INAPLICABILIDADE DO ART. 920 DO CC DE 1916 (ATUAL ART. 412) COM RELAÇÃO ÀS ASTREINTES - Cláusula penal e astreintes não são expressões sinônimas, a primeira tem por finalidade assegurar a execução de uma

convenção, ou seja, tem caráter reparatório. Já as astreintes têm natureza coercitiva, não podendo ser alcançada pela limitação do art. 920 do CC de 1.916 (atual art. 412), pois, caso contrário, estar-se-ia retirando o seu efeito compulsório, desnaturando-se totalmente o instituto. (TRT 15ª R. – Proc. 9639/03 – (15936/03) – 6ª T. – Rel. Juiz Flavio Nunes Campos – DOESP 06.06.2003 – p. 107). (g. n.)

CIVIL E PROCESSO CIVIL – RESPONSABILIDADE – CONTRATO – COMPRA E VENDA – INCORPORAÇÃO – SOLIDARIEDADE – *ASTREINTE* – FINALIDADE – REVELIA – CONTEÚDO DOS AUTOS – CONDIÇÕES DA AÇÃO – INTERESSE DE AGIR – 1. O proprietário de lote onde foi construído o prédio e vendedor das lojas no mesmo edificadas é solidariamente responsável, como incorporador, pela regularização do imóvel. Inteligência dos artigos 29, 30 e 31, da Lei nº. 4.591/64, e 1.518, do Código Civil. 2. *A finalidade da astreinte não é levar o devedor a pagar o valor de multa imposta, mas sim obrigá-lo a cumprir o decisório.* 3. Ainda que presentes os efeitos da revelia, o julgamento há de levar em conta o conteúdo dos autos, porquanto a ausência de defesa não corresponde, necessariamente, à efetiva garantia de procedência do pedido inicial. 4. Analisam-se as condições da ação pelos fatos narrados, não pelos provados. Estampado o binômio necessidade-utilidade, presente o interesse de agir. Apelo provido parcialmente. Unânime. (TJDF – APC 19990110046315 – DF – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Valter Xavier – DJU 18.06.2003 – p. 44). (g. n.)

ASTREINTE – ANOTAÇÕES DO CONTRATO EM CTPS – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO – *As astreintes são cabíveis para forçar a prática do ato ou sua omissão, sendo efetiva forma de coação*, porém reservada aos casos em que somente o empregador pode dar cumprimento à obrigação, atuando como taxa de reparação do dano ou mesmo como seu equivalente monetário, persistindo a incidência indefinidamente diante da inadimplência (ex: reintegração de empregado estável, fornecimento de documentos em poder do empregador, etc.). Destarte, determinando a sentença anotação da CTPS, pena de a Secretaria da Vara fazê-lo, com expedição de ofício à DRT para impor multa, conforme disposto no art. 39, parágrafo 1º, da CLT,

descabe falar em *astreinte*, mesmo existindo previsão convencional, posto malferir o texto do art. 287, do CPC, sendo ineficaz. (TRT 2ª R. – RO 55588 – (20030342222) – 6ª T. – Relª Juíza Sônia Aparecida Gindro – DOESP 25.07.2003) (g. n.)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MULTA DIÁRIA (*ASTREINTE*) – DESCUMPRIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – *A sanção de multa diária (astreinte) possui natureza coercitiva e não penal, porquanto o objetivo buscado pelo legislador, foi coagir o devedor ao cumprimento da obrigação específica, para efetivação de uma decisão judicial, cujo descumprimento não só importa em lesão ao credor, mas também em insubordinação à autoridade. Havendo prova documental inequívoca de que a autoridade pública já vinha tomando as providências necessárias ao implemento da decisão antecipatória da tutela, antes mesmo de ser intimada da decisão que fixou astreintes, não há porque persistir na cominação. Agravo improvido.* (TRF 2ª R. – AG 2000.02.01.068693-5 – RJ – 4ª T. – Rel. Juiz Fernando Marques – DJU 03.12.2002 – p. 451). (g. n.)

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONDIÇÃO – *ASTREINTE* – INEXIGIBILIDADE – 1. *O objetivo da pena pecuniária no art. 644, CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se às astreintes do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que o direito repugna.* 2. Devedor que chamou o credor para cumprirem, juntos, formalidades necessárias ao implemento do decisum, não se comportou de forma a dar ensejo à exigibilidade da multa. 3. Há entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, dependendo de condição para realizar-se o ato a que foi condenado, não pode ser exigida a pena pecuniária. 3. Agravo de instrumento. Regimental prejudicado. (TRF 5ª R. – AGTR 36029 – (2001.05.00.017777-0) – RN – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria – DJU 14.02.2002 – p. 2248). (g. n.)

ASTREINTE – DEVOLUÇÃO DA CTPS – A natureza jurídica da astreinte é coercitiva, não podendo ter finalidade compensatória ou indenizatória pelo descumprimento da obrigação. Desta forma, impossível a imposição de multa diária para entrega da CTPS, se a mesma foi extraviada pelo empregador. (TRT 24ª R. – AP 01111/1999-004-24-00-1 – Rel. Juiz Nicanor de Araújo Lima – J. 21.11.2002). (g. n.)

Ademais, a jurisprudência não admite a utilização das *astreintes* para o caso de descumprimento de obrigações de pagar quantia, mas apenas para os casos de descumprimento de obrigações de fazer e não fazer. Consulte-se, a propósito, o precedente da 3ª T. do TRF 4ª Região, (AI 2000.04.01.145943-8/RS, Relª Juíza MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, DJU 25.04.2001, p. 806):

IMPOSIÇÃO DE MULTA PARA ASSEGURAR A TUTELA ANTECIPADA - IMPOSSIBILIDADE - As *astreintes* limitam-se aos casos de descumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, de modo que não podem ser utilizadas para exigir prestação de pagar quantia. Agravo provido.

Trata-se, portanto, segundo Amílcar de Castro (1974:188), de “condenação puramente cominatória”. Uma vez, porém, que se cuida de condenação de natureza pecuniária, a forma obrigatória de sua execução é a da execução por quantia certa, ou como dizem os italianos, a execução por “expropriação forçada”.

Também neste sentido são os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (1998:109), citando Liebman e Costa e Silva, de que a *astreinte* consiste numa

condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), *destinada a obter do devedor o cumprimento da obrigação de fazer.*

A *astreinte* é uma condenação condicional, a termo, de valor variável. Para exigí-la, pela via da execução forçada, torna-se necessário demonstrar que a obrigação de fazer ou não fazer a que se cominou a pena não foi cumprida pelo devedor, quanto durou o inadimplemento e qual o valor que a multa assumiu.

Segundo Costa e Silva, citado por Humberto Theodoro Júnior (1998:110),

se a prestação a que se refere a condenação só vem a ser cumprida com atraso, incidirá na condenação acessória (*astreinte*) equivalente aos dias do retardamento, seguindo-se a execução para pagar quantia certa.

A multa é imposta “como reforço da autoridade da condenação, mas seu proveito pertence ao credor, que a pode executar independentemente de prova de prejuízo, que pode até não haver”, de acordo com o mesmo autor (1998:110).

De acordo com Ada Pellegrini Grinover (1996:256), a multa que o juiz aplica para que a execução se realize sem traumas e em tempo recorde serve

como a cláusula penal pura, *de método persuasivo de conscientização para o cumprimento voluntário; ou se cumpre a sentença de obrigação de fazer ou não fazer, ou, além de assistir a sua execução forçada, paga-se uma astreinte.*

3. Considerações finais

O índice de eficiência do sistema processual de um povo está fixado precipuamente no grau de versatilidade de seu processo de execução. A força da lei, e com ela a autoridade do Estado, fazendo cumprir as decisões judiciais, bem como as obrigações assumidas pelos indivíduos, são essenciais para que o processo cumpra seu desiderato.

Destarte, o processo carece, pois, de profunda reforma, não à luz de meros ideais teóricos, mas na perspectiva da lógica do dia-a-dia forense e da necessidade social de eficácia e celeridade judicial.

O processo existe como meio de promoção da paz social, com brevidade e economia, bem como pela remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos.

Nesta tarefa, se faz mister lançar mão, o Estado-juiz e as partes interessadas, dos instrumentos hábeis a proporcionar tais fins. A aplicação da multa diária ou *astreinte* é, no processo judicial, uma garantia da efetividade do processo (celeridade, não-protelação e efetividade), eis que é meio de coerção do devedor (art.287, 644 e 645 do CPC), mais eficiente do que a atividade *manu militari* do Estado (expropriar bens do devedor), que, além de servir mais a propósitos procrastinatórios, costuma até inviabilizar o cumprimento do devido.

Como as *astreintes* substituem, segundo ensinamentos de Alcides Mendonça Lima (1987:740), “a atividade *manu militari*, a violência do Estado-juiz, que seriam inoperantes diante das obrigações de querer prestar ou de querer não-prestar”, necessária se faz a sua utilização como forma de conferir efetividade ao processo.

A imposição das *astreintes*, conforme mencionado, seria cabível tanto nas obrigações fungíveis como infungíveis das obrigações de fazer e não fazer. A multa referida, como se viu, de origem francesa, significando *constricção*, na tradução para o português, tem como finalidade compelir o devedor ao adimplemento, já que quanto mais atrasar maior será o valor da multa, porque ela deverá ser estabelecida por dia de atraso. Essa multa tem, portanto, natureza jurídica cominatória, ou seja, visa ameaçar com pena pecuniária a falta de cumprimento de contrato, e diante disso, punir o inadimplente.

O valor apurado com as multas diárias – *astreintes*, diferentemente do que ocorre com a *Contempt of Court*, artigo 14 do Código de Processo Civil, a qual é direcionada para os cofres públicos, será repassado ao credor da obrigação, como forma de, em segundo plano, compensar o atraso no adimplemento.

Não obstante, sempre que coubesse, seria infinitamente melhor para todos o querer cumprir as obrigações, ainda que induzidos pela pena econômica; só mesmo para os casos de resistência para além dessa

pressão psicológico-econômica restaria o procedimento da penhora de bens.

Diante das discussões a respeito da natureza jurídica da *astreinte*, pode-se concluir, em que pesem as posições contrárias, que tal instituto é uma penalidade pecuniária imposta àquele que descumpriu dever jurídico imposto legalmente ou contratualmente, possuindo a multa, economicamente, natureza de despesa e, juridicamente, natureza de coerção.

Com a breve explanação a respeito desse instituto, pode-se perceber que o juiz, ao utilizar-se dessa medida, terá meio hábil a proporcionar ao titular do direito o gozo daquilo que realmente lhe é devido, com celeridade e maior justiça. Isso tendo em vista a prestação jurisdicional completa, por garantir à parte aquilo e somente aquilo que ela tem direito, tal qual seria prestado no adimplemento direto e voluntário, menos dispendioso, o que enaltece os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, assegurando efetividade ao processo.

A boa atuação do direito será atingida quando se conseguir explorar ao máximo a efetividade do processo, de modo a tirar a lei do plano abstrato e inseri-la aos fatos ocorridos no cotidiano da sociedade, promovendo a paz social e a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Carreira. *Código de processo civil reformado*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARZUA, Heron; GALDINO, Dirceu. As multas fiscais e o poder judiciário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 20, p. 34-40, maio 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. v. 3. São Paulo: RT, 1976.
- BRASIL. *Novo Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 217.267/SP*, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJU de 08/11/99.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Resp. 94.966-6*, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJU de 26/03/82.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1994.
- FRIAS, J. E. S. A *astreinte*, do direito estrangeiro ao brasileiro. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul*. Ano 4, 2º trimestre, n. 14, p. 11-20.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer - reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2. ed. São Paulo: Imprensa Nacional da Moeda, 1983.
- LIEBMAN, Enrico Túllio. *Manual de direito processual civil*. v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Alcides Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MAZZUCA, Antônio. *Astreintes - aplicação nas greves em atividades essenciais - legitimidade*. *Síntese Trabalhista*. n. 74, p. 18, ago. 1995.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 23, 3. ed. São Paulo: RT, 1984.
- PARIZATTO, João Roberto. *Multas e juros no direito brasileiro*. 3. ed. Ouro Fino: Edipa, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- SZNICK, Valdir. *Da pena de multa*. São Paulo: Universitária, 1984.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. 17. ed. São Paulo: Leud, 1998.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

○ SENTIDO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

Luiz Fábio Antonucci Filho
Graduado em Direito pela UFV

RESUMO: A autonomia universitária é considerada a fonte da qual emanam a força criativa e a capacidade potencial para que as universidades adquiram eficiência no desempenho de suas atribuições. É, por isso, componente fundamental da estrutura organizacional das universidades. No entanto, a autonomia universitária tem sofrido grandes limitações em sua execução. Sendo assim, somente por meio de um sistema de reformas que proporcione à universidade efetiva capacidade de gerenciar-se, atendimento às suas especificidades com um modelo jurídico especial, fomento à autonomia dos centros e departamentos, bem como sua descentralização administrativa e gestão horizontal, será possível atingir de vez o compromisso do Estado com a tutela da educação superior, para o aprimoramento moral, cultural e intelectual do homem.

PALAVRAS-CHAVE: autonomia universitária; reforma universitária; direito constitucional; educação superior; gestão administrativa; Estado democrático de direito.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1. As universidades públicas e a educação em um Estado democrático de direito; 1.2. Autonomia universitária: fundamentos, importância e desafios; 1.3. Problematização e objetivos; 2. Referencial teórico – resultados e discussões; 2.1. Fatores principais que interferem no exercício efetivo da autonomia universitária; 2.2. Percurso jurídico-histórico e delimitação conceitual da autonomia universitária; 2.2.1. Raízes políticas, sociais e históricas do instituto da autonomia universitária; 2.2.2. Um conceito pleno de autonomia universitária; 2.3. A Constituição Federal de 1988 e a tutela da educação superior; 2.3.1. Natureza jurídica do artigo 207 da Constituição da

República Federativa do Brasil: aplicabilidade, eficácia e lacunas; 2.4. Modelos de gestão das universidades públicas brasileiras; 2.4.1. Atual modelo de gestão: seus problemas e soluções; 3. Conclusão.

1. Introdução

1.1. As universidades públicas e a educação em um Estado democrático de direito

Um verdadeiro Estado democrático de direito garante a liberdade, não considerando o indivíduo abstrata e genericamente, mas situado na concretude de suas circunstâncias culturais, sociais e históricas. Ou seja, desses pressupostos éticos e pragmáticos, libertos de todo preconceito ideológico, é que devemos partir para configurar um sistema educacional verdadeiramente compatível com as exigências da liberdade de pensamento e do crescimento espiritual dos homens.

Todavia, ultimamente as universidades públicas brasileiras vêm passando por um processo de tolhimento de suas garantias constitucionais. A autonomia representa um pressuposto essencial para o exercício pleno da função social das universidades, quais sejam, formação profissional e aperfeiçoamento cultural do homem e do cidadão. Elas vêm sofrendo um processo de redução drástica de verbas, do plantel de professores efetivados, além de uma ampliação desordenada do número de vagas, o que resulta em um modelo institucional precário de gestão.

Tais problemas crônicos, que assolam essas instituições, levaram a ANDIFES – Associação Nacional de Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior – a propor um projeto de lei orgânica, cujo conteúdo apresenta um modelo de gestão auto-sustentável e de autogerenciamento de recursos para as universidades, com base no artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil.¹ Essa

¹ Art. 207, CF/88: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º. É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros na forma da lei.

autonomia é a consagração à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e de divulgação da arte, do pensamento e do saber. Isto significa a independência do conhecimento em um ambiente de estímulo à experimentação, ao ensaio, à renovação e à crítica.

As universidades podem ser caracterizadas como uma categoria histórica, que atende a determinadas finalidades, tendo em vista o conhecimento superior, a pesquisa da verdade, a liberdade criadora, a renovação do saber, o ensino e a transmissão da cultura, o desenvolvimento pela ciência e pela tecnologia. A Universidade é, por conseguinte, guardiã do processo cultural de uma coletividade.²

Esta importância avulta consideravelmente na sociedade atual, quando as nações lutam pelo desenvolvimento, planejando uma sociedade com base no bem-estar social. Dentro deste contexto, as Universidades, como instituições de conteúdo específico de ensino, organizadas com um determinado espírito, com direitos e obrigações definidas, com estatuto próprio e destinadas à educação em nível superior, representam um papel capital na liderança pelo desenvolvimento social, político e econômico de uma nação.³

1.2. Autonomia universitária: fundamentos, importância e desafios

Em todo o seu processo de edificação, a universidade construiu o entendimento de que, “como um espaço plural e contraditório, onde convivem diversas concepções, ela somente pode sobreviver se tiver autonomia”⁴ para criar seus próprios rumos e diretrizes. É uma instituição, portanto, que se define como um local especial, um fórum

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.”

² FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira, artigo 207*. São Paulo: Saraiva, 1995, *passim*.

³ TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 873.

⁴ OLIVEIRA, Óton Anselmo de. *Correio Brasiliense*, 30/10/2000, *passim*.

privilegiado, em que a liberdade é essencial ao bom desempenho de suas atribuições. Não admitir esse princípio significa negar espírito ao corpo universitário.

Dar autonomia, portanto, corresponde a dividir, eqüitativa e racionalmente, o trabalho entre os indivíduos e o poder público.

Etimologicamente, autonomia significa possuir um arcabouço jurídico próprio capaz de dirigir por si mesmo a estrutura e o funcionamento de algo, não significando, pois, soberania perante o Estado. A autonomia universitária é, portanto, um conceito universal, que remonta à própria origem da noção de universidade, sendo considerada um princípio de sua estrutura e seu funcionamento.

Contudo, muitas finalidades que integram a essência funcional das universidades têm sofrido forte limitação, e o que se nota, na verdade, é certa dificuldade pragmática em estabelecer os reais critérios que efetivarão e tornarão exequível a autonomia universitária.

O atual estágio de desenvolvimento e expansão das universidades, reforçando seu caráter público, com capacidade de planejamento institucional e aproveitamento racional de recursos, somente pode ser atingido por meio da legitimação dos preceitos constitucionais que elevam a autonomia universitária como o fundamento da vida acadêmica.

Os atuais modelos jurídicos de gerenciamento das universidades públicas são as autarquias e fundações, modelos estes criados para a administração indireta como uma tentativa de descentralização administrativa proposta pelo Estado, que de certo modo não atende às peculiaridades e especificidades institucionais das universidades. Por isso, é preciso que elas gozem da mais ampla liberdade acadêmica, por meio de um modelo jurídico-administrativo mais dinâmico e flexível. Essa autonomia, porém, não pode ser entendida como independência absoluta ou autoridade suprema, mas como um instrumento e pressuposto essencial para que se atinjam as finalidades principais.

É dentro deste contexto de liberdade com responsabilidade de gestão que as Universidades devem ser inseridas, não apenas como um organismo voltado à formação profissional técnica de nível superior. Se esta é sua imediata e quotidiana missão, por que dele depende basicamente o acesso a um estágio superior (mormente quando

ambicionados a plenitude do domínio tecnológico como condição elementar do desenvolvimento econômico), não pode ser obscurecido, entretanto, o papel crucial das elites universitárias na revisão e difusão de valores culturais e na distribuição dos avanços do progresso a todas as camadas sociais.⁵

É por motivos como esses que a autonomia universitária pode ser considerada a força vital, espírito imanente que estimula a autenticidade e melhor condiciona as universidades na execução de suas atribuições essenciais. Defender a autonomia para esses centros do saber é resguardar os direitos fundamentais do cidadão de ter acesso a recursos imprescindíveis a seu aprimoramento intelectual e moral.

Especialmente quando os conceitos tradicionais de vida são contestados em seus fundamentos e uma nova sociedade emerge em busca de estruturas mais justas, a Universidade se oferece como fórum privilegiado para a identificação dos problemas, o debate dos temas essenciais, a avaliação das necessidades e a busca de fórmulas viáveis para expansão ordenada de um mundo melhor.⁶

No entanto, é importante destacarmos que um dos grandes problemas enfrentados hoje pelas universidades públicas brasileiras é a mistura que ocorre entre o ambiente político-partidário e o conhecimento. As universidades necessitam resgatar a função de disseminar o conhecimento pelo conhecimento, sem buscar outras finalidades de cunho muitas vezes ideológico, que impedem o florescimento de uma ciência imparcial e ameaçam a consolidação de academias democráticas.

Portanto, a relevância de um estudo profundo sobre o tema coincide com a importância de se preservar os princípios constitucionais brasileiros, bem como resguardar as relações jurídicas fundamentais em um Estado Democrático de Direito, que tem como garantias elementares,

⁵ TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 2014.

⁶ TÁCITO, Caio. Idem, p. 874.

a realização de um ensino público superior de qualidade e a elevação espiritual do homem.

1.3. Problematização e objetivos

A autonomia é conceito universal, princípio estruturante do espírito acadêmico universitário, fonte da qual emanam os maiores fundamentos sobre os quais foram erigidas as Universidades: a liberdade de criar e reproduzir o conhecimento. É notório e evidente que, para que as universidades exerçam de modo eficiente suas atribuições específicas, este atributo se revela como condição *sine qua non*.

No entanto, a autonomia universitária é um conceito que já se encontra suficientemente trabalhado nas legislações brasileiras? Qual a importância da autonomia universitária para as universidades e para o conhecimento? Trata-se de um privilégio ou prerrogativa concedidos às academias? Diante dos limites constitucionais, qual o âmbito da autonomia universitária? Qual o sentido e o alcance constitucional da autonomia? Qual é a evolução histórica do princípio da autonomia universitária? Há, de fato, um conceito que contemple na plenitude todos seus caracteres? E o artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil, pode ser considerado auto-aplicável? Em quais prismas foi construída a autonomia universitária constitucional? O modelo atual de gestão das universidades atende perfeitamente aos fins a que esta se propõe? Qual a natureza jurídica do artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil? Quais são, de fato, os principais fatores que limitam ou interferem decisivamente na autonomia das universidades? Haveria um *tercium generus* de modelo jurídico capaz de atender às especialidades administrativas das universidades públicas?

Portanto, buscando suprir alguns dos entraves que perpassam a administração universitária e suas dificuldades hodiernas em exercer sua função social é que este trabalho lança como seus objetivos principais:

1-Identificar quais são os fatores principais que interferem no efetivo exercício da autonomia;

2-Investigar o percurso histórico e jurídico da autonomia universitária e das Universidades, sua importância, função, delimitando um conceito pleno de autonomia universitária;

3- Analisar de forma crítica, os vícios, lacunas e eficácia do artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil, indagando sua natureza jurídica, seu sentido e prismas constitucionais da autonomia universitária;

4- Examinar os atuais modelos de gestão das universidades públicas e analisar a viabilidade de um terceiro gênero de gestão para as universidades, que não os propostos atualmente, buscando analisar o processo de centralização do poder administrativo universitário e suas relações com o modelo de gestão pública do Estado contemporâneo.

2. Fatores principais que interferem no exercício efetivo da autonomia universitária

Uma série de fatores tem dificultado a utilização plena do instituto da autonomia universitária. Muitos destes fatores têm alargado as dimensões da ferida deste instituto vital para as universidades públicas. Pode-se dizer, sem a pretensão de exagerar no trato significativo da autonomia universitária, que o espírito está para o corpo na exata medida que a autonomia está para as universidades. Por isso, vale identificarmos, neste momento, os fatores principais que têm provocado a ineficiência administrativa, científica, didática, patrimonial e financeira do aparelho universitário e de sua tão aclamada autonomia, para que posteriormente possamos tratar mais minuciosamente de alguns dos problemas universitários.

Listaremos a seguir, em simples tópicos, os fatores que de forma direta ou indireta interferem no exercício da autonomia universitária:

- 1) O modelo jurídico atual de gestão universitária: autarquia e fundação;
- 2) O corporativismo interno de todos os segmentos universitários, a falta de percepção do interesse público institucional e o autoritarismo ideológico;
- 3) Centralização administrativo-burocrática do modelo institucional universitário;
- 4) Gestão vertical, hierárquica da administração universitária;

- 5) Limitações patrimoniais, que de fato, desestimulam o alcance das demais autonomias.

2.1. Percurso jurídico-histórico e delimitação conceitual

2.1.1. Raízes políticas, sociais e históricas do instituto da autonomia universitária

Vocábulo de origem grega, a palavra autonomia, devido a seus radicais *auto*, que significa próprio, peculiar, e *nomia*, que significa lei, regra, exprime a idéia composta de “capacidade de se regular por uma produção normativa própria”.⁷ O conceito de autonomia, porém, vem adquirindo, ao longo de todo seu percurso histórico, outras significações, que têm provocado alteração de seu valor intrínseco. Por isso, para uma delimitação conceitual plena do termo autonomia dentro do contexto universitário é mister recorrermos a fontes históricas, sociológicas e políticas a fim de que tal objetivo seja executado.

A idéia de autonomia em sua essência é política. Com a descentralização do poder, por volta dos séculos XI e XII, houve profunda reestruturação política no continente europeu. Denota-se como conseqüência destas modificações a delegação de poderes e desmembramento do poder imperial, que a partir do século XIII entra em derrocada. Com a descentralização do poder, que permitiu a autonomia de outros centros não restou à Igreja e demais setores detentores do poderio outra alternativa senão reconhecer a formação feudal formada em pólos, os quais detinham a capacidade de gestão própria e autonormação. Há a contraposição entre o poder local, símbolo do desmembramento de poder dentro do contexto social e o poder universal, símbolo do poder espiritual da época. Isto demonstra por um lado, a aspiração pelo controle político integrado e unitário e do outro a descentralização de centros que passam a operar autonomamente dentro das regiões de poder. Neste meio termo estão os reinados, que se alimentam tanto de uma fonte quanto doutra. Essa é a primeira configuração política autonômica, que se apresenta na formação de pequenos Estados soberanos, em que é

⁷ RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: USP, 1994. p. 14.

exercido verdadeiramente um poder derivado de natureza pública. É de se notar, que frente a estes aspectos, a autonomia dentro do contexto acima demonstrado muito se confunde com soberania.

Em razão das novas situações políticas surgidas houve uma profunda dificuldade em se definir as configurações jurídicas das relações estabelecidas entre povo e poder, imperador e papa. Império e Igreja reconhecem as autoridades autônomas como organismos não superiores, porém legítimos dentro do contexto social, que inclusive passam a editar seu *ius proprium* de validade em seu cerco de tutela.⁸ Então, os poderes de governo são exercidos muito mais pelos Estados soberanos, senhorias locais, e pelas comunas, do que pelo império, que passa a constituir uma realidade decadente.

Emerge a *iurisdictio*, que é designada, pois, como um direito particular, específico, também denominado de estatuto, constituição, carta. Há nesta época um forte desenvolvimento da autonomia particular frente ao império do poder universal.

Assim, a partir do século XIII, em razão da instauração dos grandes reinos no continente europeu – os quais, do ponto de vista da estrutura interna de poder, se organizaram por meio de ordenamentos com contornos estatais – as instituições e franquias feudais vão sendo progressivamente sufocadas pelo poder ascendente do rei, perdendo expressão e conteúdo efetivos.⁹

Ou seja, há forte oposição entre o centralismo monarca e o regionalismo feudal.

Por razões econômicas, os reis passaram a conceder cartas de privilégios às cidades que estavam em efervescente desenvolvimento, tornando-as livres do sistema feudalista. A ascensão das cidades autônomas, *comunas*, possibilita a formação de novas forças políticas

⁸ RANIERI, Nina. Op. cit., p. 18: “De acordo com a construção teórica do novo sistema, a natureza do poder de autonormação é explicada pela idéias de *iurisdictio*, conceito desenvolvido e que corresponde ao complexo de poderes e funções necessárias e suficientes à existência de ordenamentos particulares, e por ilação, à coexistência dos mesmos.”

⁹ RANIERI, Nina. Idem, p. 20.

como a burguesia, que viabilizarão o fortalecimento do poder local dentro das cidades em detrimento do poder real.¹⁰ De maneira geral, pode-se dizer que o desenvolvimento urbano ocorrido no século XII em quase todo o continente europeu favoreceu a conquista de autonomia pelas cidades em formação.¹¹ As cidades proporcionaram uma série de transformações, possibilitando inclusive a formação de corporações com autonomia interna, denominadas *universitas*, bem como uma revolução cultural, que permitiu o florescimento escolar e o surgimento da figura do intelectual. É sob a influência deste panorama sócio-cultural que surgem, em moldes corporativos, as primeiras universidades do ocidente e materializa-se consistentemente a raiz histórica, em sua faceta política, do termo autonomia.

No que se refere às raízes históricas do sistema educacional universitário, é válido notar que, na antiguidade grega, encontram-se os primeiros vestígios e aglomerações humanas educacionais do ocidente. A comunidade pitagórica é um antecedente, que utilizava a agremiação como um mecanismo para propiciar o mergulho espiritual e intelectual necessários à formação moral e psíquica do povo grego. É, porém, na Academia de Platão e no Liceu de Aristóteles que se materializam os maiores exemplos de formações escolares filosóficas. Busca-se nestes espaços o preparo racional e intelectual do homem pelo conhecimento.

Já a organização do sistema escolar romano desagregou-se e desapareceu após as invasões germânicas. Iniciava-se a nova era cultural do ocidente, sob a égide da Cruz e do Evangelho. Entre os romanos, detectaram-se os rudimentos de uma formação universitária mais compacta e uniforme, denominada *ateneu*, centro do saber, no qual poetas e sábios instruam a formação juvenil.

¹⁰ RANIERI, Nina. Op. cit., p. 21: “Em fins do século XIII, praticamente todas as cidades inglesas, independente de seu tamanho, alcançaram certa autonomia que, florescente, daria causa ao que, séculos mais tarde. Se denominaria *self-government* o regime descentralizado da administração pública.”

¹¹ RANIERI, Nina, Op. cit., p. 22: “A noção de autonomia (direção própria daquilo que é próprio), enquanto conceito político-feudal, foi relativizada pelo poder dos reinos. No entanto, sobreviveu nas cidades européias do século XIII como instrumento administrativo, nelas encontrando terreno fértil para a afirmação, em virtude de suas estruturas específicas, impregnando-se ademais, como prerrogativa, na mentalidade dos cidadãos.”

O aparecimento das primeiras universidades ocidentais, de forma definitiva, data do século XII. Durante o medievo, a cultura religiosa é base para o modelo escolástico de educação. No entanto, é importante destacarmos a contribuição deste modelo para o aperfeiçoamento moral, filosófico e lógico da sociedade com a excelência de suas metodologias escolásticas, embora em muitos momentos a doutrina cristã-católica tenha trazido recrutamentos à liberdade.¹²

Em torno deste contexto se estruturará o fundamento maior da autonomia universitária: a liberdade de pensamento como mola propulsora do conhecimento. Nessa época, eleva-se a busca pela autonomia de investigação e pela livre disposição do espírito. A Igreja ainda mantém certo controle sobre o ensino no oferecimento da *licentia docendi*. Foi então, de forma espontânea, que mediante a necessidade de auxílio mútuo, na defesa dos direitos da liberdade acadêmica, que mestres e alunos lançaram mão de novas formas organizacionais voltadas para a prosperidade do saber intelectual. Coerentes com sua época associaram-se, criando as chamadas *universitas*¹³ *et scholarium* ou *universitas studii*. Nesse momento, século XIII, a Igreja já não exerce uma fiscalização tão intensa sobre os modelos educacionais.

A cultura universitária florescerá, principalmente, nos séculos XI, XII e XIII.¹⁴ As primeiras universidades surgirão na Europa, sendo

¹² CARVALHO, Olavo de. *Crise da universidade ou eclipse da consciência?*: Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org.br>>. Acesso em: 8 out. 2004: “Por outro lado a noção de *universitas scientiarum*, da universidade como detentora da totalidade do saber, está completamente ausente durante os três primeiros séculos, a contar da fundação da universidade de Bolonha (1143). Essa pretensão só surgirá mais tarde, quando, com o aparecimento do Estado nacional absolutista, são fundadas as primeiras universidades estatais, já com ambição totalitária, renunciando a esclerose do gênio acadêmico. No início, no período áureo, “universidade”, é apenas *universitas magistrorum et scholarium*, “o conjunto de professores e estudantes”, é o nome de uma corporação, não de uma teoria sistêmica.”

¹³ RANIERI, Nina, Op. cit., p. 37: “A palavra latina *universitas* significa o conjunto integral e completo dos seres particulares que constituem uma determinada coletividade. Na Idade Média o termo foi utilizado para designar toda e qualquer corporação de ofício.”

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico, legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 53: “A universidade é, portanto, uma iniciativa de liberdade de alunos e professores interessados em desvincularem-se dos cerceamentos monárquicos e

elas: a Universidade de Bolonha, Paris e Oxford após um processo intenso de transmutações. O princípio da autonomia universitária, apesar dos abalos sofridos no final do século XIII, devido à retirada dos privilégios reais e pontifícios, depois de seu apogeu, terá suas raízes fincadas na história das universidades e permanecerá até a atualidade.

Posteriormente, o renascimento imprimirá profundas doses de sedimentação ao espírito acadêmico universitário. Há uma forte tendência à dessacralização da educação numa tentativa de desvincular ensino e religião. Mesmo assim, as universidades enfrentam um forte controle estatal, apesar de uma libertação maior no campo espiritual-ideológico. Entretanto, a centralização político-administrativa dos Estados nacionais impregnou as universidades de um modelo de gestão pública vertical e centralizada. As universidades sofrem um abalo ainda maior, a partir do momento que passam a servir a outras finalidades vinculadas aos estados, e não mais ao conhecimento pelo conhecimento.

O espírito plural e amplificado que domina nossos tempos tem proporcionado às Universidades um quadro institucional multidisciplinar, dinâmico e tendente ao democrático, apesar de todos os vícios funcionais ainda existentes. E, pode-se dizer que, durante todo o processo de consolidação das universidades e da autonomia universitária, seu principal papel continua sendo despertar no homem o "acto humano",¹⁵ ou seja, estimulá-lo ao crescimento moral e espiritual.

eclesiásticos. O golpe fatal virá quando os alunos agrupados decidem deflagrar a autonomia de ensino, deixando até mesmo de acatar o respeito que os doutores declaravam ter pelas comunas, pela população e pelas exigências advindas do controle do ensino pelo papado, passando a partir de então a formar seus nichos de encontro, estruturando divisão de tarefas, organizando a distribuição de poderes, passando a regê-las de modo autônomo, incrementando-lhes a existência, contratando professores, determinando o conteúdo programático do ensino. Está dado início, em pleno século XIII, à Universidade".

¹⁵ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e história da cultura*. v. 1. 1. ed. São Paulo: Logos, 1962. p. 73: "Embora muitos não gostem de aceitá-lo, e outros em suas atitudes põe-nos em dúvida, o ser humano distingue essencialmente dos animais. Possui aquele uma inteligência que o leva a realizar actos que os animais não são capazes de fazê-lo. A racionalidade, no sentido clássico, do termo, distingue essencialmente o homem de os animais, e só e apenas se pode chamar de *acto humano* aquele que não é animal. O *acto humano*, para ser tal, é mister que seja deliberado pela vontade, do contrário não se distingue do *acto* irracional, próprio dos animais. A vontade pode deliberar realizá-lo ou permiti-lo. E essa deliberação consiste na escolha fundada numa cognição. Constituem-

2.1.2. Um conceito pleno de autonomia universitária

Para delimitarmos um conceito que, de fato, contemple plenamente todos os atributos – potencialidades – da autonomia, de acordo com a natureza das universidades, é mister antes enfatizarmos que sua legitimidade de existir na realidade tem por si só um por quê. A autonomia possui atributos que se formam independentemente de validade externa, visto que basta a necessidade intrínseca que motivou seu surgimento para dar-lhe existência. Revela a autonomia, portanto, um resguardo às peculiaridades comunitárias que emergiram dentro de um contexto, mas que, contudo, necessitam ter protegidas suas especificidades, necessitando por isso de uma independência relativa pelo alto grau de importância social que revelam. Um conceito bem delimitado de autonomia passa pelo conhecimento de que a autonomia universitária compõe o eixo ao redor do qual gira a natureza das universidades. Ela pode ser considerada, portanto, a essência maior, a alma das universidades, a capacidade de direção legislativa própria, ou mesmo a necessidade de serem reguladas por uma legislação específica. O significado de próprio nos remete àquilo que emana da essência, do interior e a lei àquilo que serve de norte ou direção como incentivo à essencialidade da coisa.

Apesar disso, é importante enfatizarmos primeiramente, que o conceito de autonomia não é próprio da ciência jurídica.¹⁶ De noção filosófica passou a instrumento político, e como tal, foi recolhido pelo direito devido a seu significativo valor histórico. Entretanto, quando aplicado às particularidades das universidades, nunca lhe foi dado valor preciso e concreto, que abarque plenamente todas suas virtudes e atributos. No que concerne ao objeto deste trabalho, importa ressaltarmos que, conceitos não podem ter a pretensão de serem universais, bastando que sejam enunciados operativos e classificatórios em função de uma realidade estudada.

no, portanto, a voluntariedade, a cognição e a liberdade. A cognição dá-lhe as notas, o saber sobre a matéria do *acto*; a vontade, a capacidade de escolha e de resolução, e a liberdade, a capacidade de pôr ou não em execução o *acto*."

¹⁶ COLASSO, Francisco. *Autonomia - premissa storica*. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. 4. 1959. p. 349-353. apud RANIERI, Nina. Op. cit., p. 13.

Diversas são atualmente as perspectivas pelas quais se passa um conceito de autonomia. Desde a natureza do poder de autonormação até a possibilidade da existência de vários graus de autonomia; da posição de norma autônoma no ordenamento à distinção entre autonomia e soberania. Em síntese, poder-se-ia dizer que hoje a idéia que comumente se tem de autonomia está ligada mais à negação de limites ou vínculos, do que às suas características essenciais como atuação normativa particular dentro dos limites preestabelecidos. Com efeito, a noção de autonomia se relaciona a “não dependência” antes de independência relativa, a “não heterodeterminação”, antes de autodeterminação limitada, a “não sujeição”, antes da liberdade concedida para fim específico.¹⁷

Portanto, autonomia universitária é a capacidade institucional de criar um ordenamento jurídico próprio ou de ser legislado especificamente de acordo com suas especialidades funcionais, visando uma atuação normativa peculiar dentro de limites estabelecidos pelo direito comum a fim de que se atinja uma configuração funcional, que permita a estes entes jurídicos a possibilidade de autodeterminarem para um exercício eficiente de suas responsabilidades.

2.3. A Constituição Federal de 1988 e a tutela da educação superior

A grande marca trazida pela Constituição da República Federativa de 1988, no que tange à educação superior é a garantia da autonomia universitária e o reconhecimento de suas especificidades, que as coloca em um patamar funcional distinto dos demais órgãos que compõem a administração pública direta e indireta. Isto porque a Constituição Federal, ao entronizar no sistema jurídico nacional o postulado da autonomia universitária, fixou não somente a especificidade da instituição, como também o caráter peculiar de suas relações com o Estado,¹⁸ dotando-a de capacidade legislativa para dirigir e definir seus

¹⁷ GIANNINI, Massimo Severo. Teoria generale e diritto pubblico. Enciclopedia del Diritto, 1959 apud RANIERI, Nina. Op. cit., p. 14.

¹⁸ RANIERI, Nina. Op. cit., p. 137.

rumos próprios.¹⁹ A Constituição Federal de 1988, no entanto, não valorizou de forma detalhada os traços característicos dos entes autônomos, não havendo uma sistematização legal profícua o suficiente para delimitar todas as dimensões jurídicas de seu artigo 207.

2.3.1. Natureza jurídica do artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil: aplicabilidade, eficácia e lacunas

A Constituição é um conjunto sistemático de preceitos normativos, selada por sua organicidade intrínseca, cuja atividade de exegese deve esbarrar, em primeiro momento, nos valores objetivos que a Constituição atualiza dentro do processo histórico-cultural, a fim de que plenamente possa arrancar de suas normas seu espírito fundamental. Essa percepção, porém, das determinações volitivas essenciais às normas constitucionais dificilmente é captada quando estas são tomadas isoladamente.

Temos, por isso, além das normas constitucionais, os conteúdos normativos principiológicos, que dão efetividade ao ordenamento constitucional. Logo, uma interpretação eficiente cuida de dar operacionalidade ao comando normativo, não visto de forma estanque e inoperante, mas perscrutando-lhe a natureza, seu objeto e importância perante para a ordem constitucional. Isto porque, o elevado teor metajurídico do artigo 207 da Constituição Federal se apresenta como um óbice à concretização dos escopos nele contidos.

As normas constitucionais devem ser interpretadas segundo não só o que explicitamente postulam, mas também de acordo com o que implicitamente encerram,²⁰ pois já possuem, de imediato, conteúdo de

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Universidades oficiais - natureza - regime e estrutura. In: *O direito na década de 80*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 41-43, *passim*, apresenta a sugestão de que a denominação apropriada seria corporação pública, de acordo com seu regime jurídico especial e natureza de direito público peculiar. Para ele, devido ao tipo específico de atividade desenvolvida pelos entes universitários a ampla autonomia não somente representa uma necessidade, como contempla a valorização da própria essência universitária.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 349.

eficácia. Interpretar a lei é conhecer todos os atributos que condicionam sua eficácia, a fim de dar a ela vida, efetividade prática.

Para perscrutarmos a natureza jurídica do artigo 207 é necessário evidenciarmos suas potencialidades normativas no que tange à sua auto-aplicabilidade ou não. A norma do artigo 207 possui sim caráter auto-aplicável, de eficácia plena e imediata, o que vale dizer que, desde sua edição, vinculou a ação do judiciário e demais instâncias do poder. O direito que lhe é conferido é pleno e imediatamente fruível, pois clara e perfeita é a adequação dos preceitos nele contidos ao maior atributo qualificador das universidades, a autonomia. Quando isto ocorre, ou seja; quando a norma evidencia um caráter intimamente ligado ao bem que ela tutela é como se presumíssemos sua auto-aplicação. Desta forma, a autonomia é uma qualidade imanente às instituições de educação superior e revela sua essência fundamental, cultua suas potencialidades intrínsecas e por isso tem efetividade inata. Este artigo evidencia em sua natureza uma norma coercitiva²¹ ao positivar conduta certa e determinada. Os verbos utilizados no imperativo no enunciado normativo atestam a idéia de que trata de um conteúdo cabal, para não dizer, óbvio.

Contudo, não seria viável a este artigo uma regulamentação externa a fim de dar-lhe verdadeira efetividade. Primeiramente, o artigo 207 não faz referência a nenhuma necessidade de lei regulamentadora, fato que, nos leva a concluir pela desnecessidade de regulamentação. Em segundo lugar, uma interpretação sistêmica dos preceitos constitucionais nos faz concluir que, mesmo quando não há norma regulamentadora, independente da menção normativa, se esta não inviabiliza o exercício do direito este será auto-aplicável, devendo ter implementação imediata dentro dos limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional. O que o artigo 207 garante é a capacidade de as Universidades organizarem-se e autogerirem independente de previsão legal. Isto porque, não se trata de um direito contemplado pela bondade ou lucidez dos legisladores, mas de uma prerrogativa das universidades, própria de sua natureza. É como se o espírito de seu enunciado bastasse em si.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 60: "Normas coercitivas são as que impõem uma ação ou abstenção independentemente da vontade das partes, classificando-se, por isso, em normas preceptivas e em normas proibitivas."

O artigo 207 é de mera aplicação, aquela que não deixa interstício entre o seu designio e o desencadeamento dos efeitos a que dá azo; aquela onde não se tencionam a predisposição para atuar e a efetiva concreção.

Estamos diante de uma realidade normativa inelástica, insusceptível de modelagem por outro cinzel que não o do próprio constituinte. Daí, a sua absoluta alergia e repúdio a eventuais atentados da lei infraconstitucional, quanto àquele núcleo mandamental compacto.²²

Entretanto, esta espécie de norma constitucional admite uma regulamentação ancilar, de caráter instrumental, objetivando a maior funcionalidade e operacionalidade da norma. Isto, apenas, para que se crie e estabeleça os verdadeiros processos a efetivar sua aplicação ampla. A norma de regulamentação instrumental, portanto, deve abordar detalhadamente as características de um modelo jurídico de regime especial com uma legislação capaz de esmiuçar as questões que emperram a autonomia das universidades. Jamais para dimensionar conceitos, sentidos ou alcance da autonomia universitária, mas para tornar minucioso e operacional os diversos conteúdos encarnados e que agasalham, neste caso, um único artigo.²³ As normas preceptivas, ao contrário, em razão de sua concretude, independem de qualquer integração legislativa. Estamos diante de um modelo normativo cogente, inserido em comando constitucional, que impõe comportamento certo.

²² BASTOS, Celso; BRITO, Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. 1982 apud RANIERI, Nina. Op. cit., p. 107.

²³ O Decreto nº. 29.598, de 2 de fevereiro de 1989, baixado pelo governador de São Paulo, viabilizou, por meio de seu artigo 2º, as liberações mensais de recursos do tesouro paulista da arrecadação do ICMS, garantindo certa autonomia financeira das universidades do Estado. Essa iniciativa é um exemplo claro a favor da efetivação dos contextos normativos constitucionais, pois, embora tal garantia efetive a norma constitucional, mesmo sem tal repasse, o Estado seria obrigado a subsidiar o financiamento das universidades.

2.3.2. As facetas constitucionais da autonomia universitária

A) Autonomia didática

O vocábulo “didática” designa, etimologicamente, o conjunto de técnicas utilizadas para dirigir e orientar a aprendizagem por meio da definição de instrumentos pedagógicos eficientes à consecução dos escopos educacionais.

A autonomia didática é exercida pela capacidade própria das universidades de direcionarem seu ensino de acordo com um modelo pedagógico escolhido. Esta capacidade legitima a competência das universidades para definir a relevância do conhecimento a ser transmitido. Mais uma vez ressaltamos que, a autonomia didática inclui-se nos termos, ainda mais essenciais da autonomia institucional, visto que também confere à universidade a potencialidade de dirigir-se por si mesmo, de acordo com os interesses pedagógicos locais e específicos.²⁴

No entanto, a situação vivida atualmente pelas universidades brasileiras evidencia certo controle por parte do governo por meio de alguns atos, que tolhem a liberdade acadêmica e didática das universidades. O estabelecimento de padrões curriculares profissionais a serem seguidos, a autorização e reconhecimento de novos cursos pelos órgãos governamentais resulta em exemplos de significativa interferência do poder público nas atividades de especificidade didática do corpo

²⁴ RANIERI, Nina. Op. cit., p. 117: “Decorre logicamente deste pressuposto a capacidade de organizar o ensino, a pesquisa e as atividades de extensão, o que envolve: a) a criação, a modificação e a extinção de cursos (graduação, pós-graduação, extensão universitária); b) definição de currículos e a organização dos mesmos, sem quaisquer restrições de natureza filosófica, política ou ideológica, observadas as normas diretivo-basilares que informam a matéria; c) o estabelecimento de critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, inclusive no que concerne a regimes de transferências e adaptação; d) a determinação de oferta de vagas em seus cursos; e) o estabelecimento de critérios e normas para avaliação do desempenho dos estudantes; f) outorga de títulos correspondentes aos graus de qualificação acadêmica; g) a possibilidade de experimentar novos currículos e fazer experiências pedagógicas (esta garantida pelo inciso III do artigo 206 da CF) etc.

universitário. O objetivo da autonomia didática é adequar a pedagogia de educar às especificidades de cada contexto universitário. Quem melhor do que o próprio corpo universitário para realizar tal tarefa? Interferências tolas do poder público levam, quase sempre, a perda de autonomia e conseqüente desvio da função de educar. Portanto, a interferência governamental somente é admissível e justifica-se, quando evidente é o uso inadequado desta liberdade didática, incompatível com os interesses para o qual ela foi concedida.²⁵

B) Autonomia científica

A autonomia científica tem como característica central propor no contexto acadêmico, a liberdade de conhecer,²⁶ a busca pelos fundamentos da verdade, perscrutando a natureza e essência das coisas.

A autonomia científica possui como atributo qualificador essencial a livre disponibilidade de espírito no ato de perscrutar a escuridão temporária dos problemas e com a árdua labuta de pesquisador provê-los com a luminosidade do conhecimento da verdade. A pesquisa também detém uma faceta de grandiosa importância social, isto porque, ela se apresenta como um instrumento eficaz de garantia da soberania pela contenção do domínio tecnológico e científico.

Sob o enfoque acadêmico, a autonomia científica guarda implicações diretas na formação estudantil ampla e bem fundada, na difusão e construção de perspectivas críticas sobre a valoração da realidade. A ciência, portanto, promove às universidades o alargamento

²⁵ Os tribunais regionais federais têm emitido decisões sobre a matéria, umas favoráveis, outras instrumentos de ameaça à integridade didática das academias. Dentre as que não exorbitam a previsão do artigo 207 podemos citar a decisão (TRF, Pará, Região 1, Turma 1, MAS, nº 0113809/90 de 1991, que permite a celebração de convênio para a realização de estágio curricular em instituição diversa daquela onde o aluno está realizando seu curso. Percebe-se que, por se tratar de matéria qualificadora das atribuições essenciais à natureza universitária, é conveniente e oportuno que as universidades sejam o ente mais legítimo a discutir tais matérias. Outra decisão (TRF, Maranhão, Região 01; turma 02, REO nº 0103 de 1990) do tribunal regional do Maranhão revela uma postura exorbitante à autonomia didática, a negativa de inscrição em disciplinas, sob a escusa indemonstrada de inexistência de vagas.

²⁶ O artigo 206, II da Constituição da República Federativa do Brasil esclarece: “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

das fronteiras do novo e cultuam a dimensão do universal, tão fundamental à formação plena do indivíduo.

Desta forma, a autonomia científica visa obter um melhor progresso da ciência, que tem como pressuposto marcante a livre disponibilidade do espírito. Ela também garante um resguardo aos interesses públicos, voltados para o desenvolvimento do sistema produtivo, nacional e regional.

A autonomia científica, tal como reconhecida na Constituição, em face das necessidades do país, é garantia do desenvolvimento científico e tecnológico da Nação, além de ser pressuposto indispensável da universidade autêntica.

No caso particular das universidades públicas, é o elemento que as distingue e especializa em comparação com os demais órgãos do serviço público, em virtude da liberdade e da iniciativa de ação quanto a determinação da pesquisa em áreas relevantes. Nisso diferencia-se do burocrativismo que entrava a administração geral.²⁷

C) Autonomia administrativa

Todo o espírito funcional das universidades públicas pressupõe a existência de um plano geral de ação, no qual estejam determinadas os meios e formas de se atingir as finalidades precípuas que dão genuinidade institucional ao ensino superior.

A autonomia administrativa é, portanto, instrumento, decorrência e condição para a operacionalização das demais autonomias constitucionais. Consiste na legitimidade de elaborar um direito específico que atenda às exigências e especificidades institucionais do ensino. Desde que elaboradas, segundo os preceitos legítimos do processo legislativo, as normas universitárias integram a ordem jurídica como preceitos de valor idêntico ao da lei formal. Por conseguinte, há uma prevalência destas normas de conteúdo específico interno perante normas exógenas, exatamente por seu interesse peculiar e específico. A

²⁷ RANIERI, Nina, Obra citada, Pág 123.

universidade é, por isso, uma entidade normativa,²⁸ que produz direito próprio e dele alimenta suas essências funcionais e objetivos máximos.

Em outras palavras, a legislação universitária, no âmbito de sua competência, afasta a incidência de normas gerais, que não tenham a natureza diretivo-basilar, quando invadam sua esfera de incidência (não seria tolerável, aceitar que assembléias legislativas estaduais promulgassem leis que dispusessem sobre a forma de realização de concursos docentes, ou sobre a forma e a constituição de órgãos internos, nas universidades estaduais públicas).²⁹

É certo que o maior problema enfrentado hoje pelas universidades, no que se refere à gestão administrativa, é a dificuldade em se estabelecer os reais valores e critérios de um modelo jurídico especial aprazível a estes centros do saber.

D) Autonomia de gestão financeira e patrimonial

A autonomia de gestão financeira e patrimonial consiste na capacidade universitária de gerenciar os recursos postos à sua disposição pelo aparelho estatal. Sua função é permitir uma verdadeira adequação desses recursos às necessidades da universidade.

Para as universidades estatais, cuidando-se de recursos e bens públicos, o ato de gerir tem alcance mais específico, estando a significar alocação e disposição de recursos com garantia de utilização criteriosa e destinação certa em face da finalidade pública que orienta a existência da própria instituição.

Trata-se, em outras palavras, de gestão vinculada que, no âmbito do peculiar interesse da universidade, é exercida de

²⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 234, esclarece: "Assim como o Estado é a pessoa jurídica geral, à qual se refere logicamente a totalidade do sistema normativo, as pessoas jurídicas menores são conjuntos normativos referidos a sujeitos particulares. Trata-se, pois, de entidades normativas como centros de imputação de distintos conjuntos de normas."

²⁹ RANIERI, Nina. Op. cit., p. 125.

forma autônoma, o que permite certa discricionariedade quanto aos meios de execução.

Pode-se, pois afirmar a existência, no plano financeiro e patrimonial, de atuação que é a um tempo vinculada e discricionária, residindo nesta dupla característica outra dimensão que distingue as universidades dos demais órgãos prestadores de serviço público.³⁰

O repasse de verbas por parte do Estado jamais pode ser entendido como um favor do Estado, a dependência financeira nestes termos é decorrência lógica da delegação constitucional.³¹

Em face de seu caráter instrumental, a autonomia de gestão exige responsabilidade, o que supõe o processamento interno de demandas e estabelecimento de prioridades por meio de planos de desenvolvimento institucional. Entretanto, a inexistência de orçamentos globais promove a destruição da eficiência administrativa e instaura um processo de burocratização e perda da funcionalidade das estruturas organizacionais universitárias. De fato, atualmente, o limite legal de auto-gestão financeira é exercido pelas normas gerais de direito financeiro (artigos 169 e 175 da Constituição Federal) e pelo direito administrativo, bem como pelos princípios da moralidade pública. Nesse sentido, a universidade até que possui certa discricionariedade na administração de seus recursos, o que deve ser revisto imediatamente é o *quantum* desse repasse, que hoje, é alocado em sua grande parte com pensionistas e pessoal.

2.4. Os modelos de gestão das universidades públicas brasileiras

2.4.1. O atual modelo de gestão, seus problemas e soluções

É prudente enfatizarmos nesta abordagem que, a organização administrativa das universidades públicas é instituída por meio de

³⁰ RANIERI, Nina. Op. cit., p. 130.

³¹ O artigo 205 da CF/88 estabelece que: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

estatutos legais, o que quer dizer, que este aparato jurídico representa o ato por meio do qual se confere legitimidade e existência para o mundo jurídico de uma universidade.³² Trata-se do ato legal instituidor dos limites jurídicos, que tolhe, em determinados casos, a autonomia universitária. Isto porque não há no momento da criação, uma legislação específica para regular a situação peculiar que vive as universidades. Sendo assim, as normas que limitam a autonomia universitária são aquelas mesmas criadas para a administração pública central e que não atendem às exigências especiais do sistema educacional superior público.

Um sistema educacional eficiente é, por conseguinte, algo mais que a mera criação de órgãos para o exercício das funções de ensino, com os naturais implementos materiais e humanos, indispensáveis para a consecução dos objetivos pedagógicos. No conceito de sistema educacional, portanto, deve-se incluir também um poder de emanção de normas capaz de facilitar o gerenciamento eficaz do que lhes é próprio. Estas normas internas cobrem o vazio deixado pela legislação genérica federal, que tem, tão somente, o escopo de orientar os princípios acadêmicos no sentido de propor um rumo definido para a educação superior nacional. No entanto, um modelo jurídico de gestão ideal para as universidades brasileiras nos remete ao questionamento seguinte: Com que objetivos as universidades públicas são mantidas e criadas?

Para o desempenho eficiente de seu programa funcional, a universidade deve dispor de uma estrutura organizacional flexível e ao mesmo tempo responsável, que, sem prejuízo das linhas mestras compatíveis com os princípios da administração pública possa facultar-lhes um nível de planificação e de produtividade adequado a seus deveres fundamentais.

³² REALE, Miguel. *Questões de direito*. São Paulo: 1981. p. 94, esclarece historicamente a respeito da organização administrativa e jurídica das universidades: "Não obstante esta última ressalva, o reconhecimento, o que quer o ato que confere legitimidade e existência legal plena à universidade, ficou, desde o início, reservado à União, consoante taxativa disposição do artigo 7º do Decreto 19.851 de 11 de Abril de 1931: *A organização administrativa e didática de qualquer universidade será instituída em estatutos, aprovados pelo Ministro da Educação e Saúde pública e que só poderão ser modificados por proposta do conselho universitário ao mesmo ministro, devendo ser ouvido o Conselho Nacional de Educação.*"

No plano estrutural, a universidade exerce atividades-meio e atividades-fim. O exercício destas últimas (que representam a essência da função universitária) não poderá ser alcançado em termos eficientes, se a prática daquelas, ou seja, as de administração geral ou especial, estiver divorciada, em sua dinâmica de execução, dos objetivos finais da atividade educacional ou cultural.

Quando, portanto, nos defrontamos com a opção pela forma jurídica mais aconselhável³³, o que, em verdade, nos incumbe determinar é o modelo institucional mais apropriado à plena eficiência do princípio da autonomia universitária que, como assinalado, é o processo ou meio de ação que visa à plena consecução de seus fins.³⁴

Dois são os modelos atuais de administração universitária: autarquia e fundação. A autarquia

é o serviço autônomo, criado em lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprio, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (N.A. Do mesmo modo, o Decreto-lei n.º 200, de 1967).³⁵

³³ Um modelo jurídico de gestão universitária, aparentemente adequado à natureza institucional das universidades, apesar do pouco detalhamento doutrinário, foi trazido pela Lei n.º 5540 de 1968, em seu artigo 4º: “As universidades e estabelecimentos de ensino superior isolado, quando oficiais, constituir-se-ão em autarquia de regime especial e fundação de direito público.”

³⁴ TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 2003.

³⁵ RANIERI, Nina. Op. cit., p. 27. Autarquia, para a autora, significa afirmação de limitada independência consentida por um ordenamento jurídico, ao qual, no excedente, se subordina. As manifestações desse sujeito auxiliar do Estado, portanto, serão autônomas no que tange à regulamentação de seus interesses próprios, devendo, contudo, estar harmonizadas, coordenadas, e mesmo subordinadas, aos interesses do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ critica o conceito trazido pelo decreto, pois nele não há menção de que as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, o que lhes garante assumir atividades de interesse coletivo. Para ele, “as autarquias são pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa”, que auxilia o Estado na execução de suas tarefas essenciais, o que não necessariamente vem acompanhado da capacidade de autonormação.³⁷ Por este motivo, embora gozem de uma dada liberdade administrativa, tendo em vista que são entes descentralizados da administração central, as autarquias não conseguem conquistar a autonomia tão almejada, pois não se regulam por uma legislação própria, gozam de liberdade nos limites da lei que as criou. Esta legislação não necessita coincidir com uma capacidade de autonormação, mas no caso específico das universidades públicas, quando autarquias ou fundações, requerem ao menos a construção de uma legislação especial e direcionada.

Trata-se de um problema da velha e arcaica gestão público-estatal brasileira, cuja hierarquização e verticalização administrativa impedem o fortalecimento, nos entes estatais descentralizados, de uma cultura organizacional autônoma, capaz de, por si mesma, atingir resultados eficientes. Essa gestão tem por base uma falsa liberdade administrativa, que não garante à administração descentralizada um estímulo ao desenvolvimento autônomo. O controle externo da administração central³⁸ deve realizar-se sobre os resultados e não sobre os métodos, sob pena de haver uma atrofia administrativa, que impede,

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1980. p. 139.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 190: “O ente autárquico, administrativo, consiste em pessoa jurídica com capacidade jurídica específica de direito público, em matéria executiva ou administrativa *stricto sensu*, já o ente autônomo desfruta de capacidade normativa específica de direito público, para ordenar ele próprio determinadas matérias, em caráter exclusivo, e, de prover, ‘livremente’, os seus órgãos governamentais.”

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos...* Op. cit., p. 142: “São objetivos deste controle ou supervisão assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seu ato de criação; harmonizar sua atuação com a política e programação do governo no correspondente setor de atividade, zelar pela obtenção de eficiência administrativa e pelo asseguramento de sua autonomia administrativa, operacional e financeira.”

inclusive, a concretização das finalidades públicas, motivo pelo qual esses entes foram criados.

Hely Lopes Meirelles conceitua as autarquias como:

Entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis da entidade que a criou.³⁹

É importante destacarmos que, não há subordinação hierárquica entre a autarquia e os entes estatais que a ela se vinculam. O que há é um controle legal finalístico, que tem por base a eficiência de gestão. Entretanto, o que se observa nas universidades autárquicas é que esse controle tem se tornado exasperado, impedindo a conquista de suas finalidades sociais.⁴⁰

Já as fundações são caracterizadas como:

Entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.⁴¹

Na verdade, o que ocorreu no direito brasileiro foi que inúmeras pessoas jurídicas foram criadas e designadas como fundações, não

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 319.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*, p. 327: "O inegável é que a autonomia administrativa da autarquia é um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado quando o infrinja. Diante disto, o controle autárquico só é admissível nos estritos limites e para os fins que a lei o estabelecer."

⁴¹ Decreto-lei n.º. 200, de 1967.

havendo uma precisa caracterização de seu regime jurídico: se público ou privado. No entanto, não restam dúvidas de que seu regime jurídico, no caso das fundações públicas, é de direito público, exatamente por possuírem atribuições nitidamente públicas e por exercerem um papel de órgãos descentralizados da administração central. Além disso, as fundações públicas foram colocadas em paralelismo com a administração direta e as autarquias, no que tange às normas de licitação e contratos administrativos, assim como o tratamento dado aos servidores públicos não se encaixam nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o que poderia indicar um regime jurídico privado.

Quanto à natureza das fundações públicas, o que se nota é que elas são pura e simplesmente idênticas estruturalmente às autarquias.⁴² O que as diferencia é que as fundações têm como substrato básico não uma associação de pessoas, mas um patrimônio personalizado. Nesse sentido, as fundações universitárias, pela preocupação patrimonial que lhe dá origem destacam-se na autonomia financeira.

Vale ressaltar nesta distinção que, em princípio, as fundações dispõem proporcionalmente de maior disponibilidade de recursos financeiros – maior flexibilidade financeira, patrimonial e orçamentária – apesar de as autarquias desempenharem com maior esforço, produtividade e carga de trabalho as atividades acadêmicas.

Sendo assim, a gestão institucional eficaz⁴³ das universidades é uma exigência cada vez maior, imposta pelos obstáculos criados pelo

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 329: "Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos. Todavia, a prevalecer a orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias."

⁴³ CARVALHO E SILVA, Luiz Eduardo Potsch de. *Propostas para um terceiro milênio. Monografia: A universidade no terceiro milênio; desafios, missão histórica e novos paradigmas numa perspectiva planetária, Prêmio Fundação Universitária José Bonifácio*. Rio de Janeiro: UFRJ, Coleção memória. 1991. p. 52: "O aprofundamento da dicotomia entre racionalidade organizacional e comportamento empreendedor vivo passou a gerar as mais amplas crises neste final de século, todas enfatizando a necessidade de realizar novas experiências que permitam resgatar, no contexto das estruturas/racionalidade burocrática, o sentido da vida/emoção/motivação intrínseca/vontade de potência/ comportamento empreendedor inerentes aos diversos indivíduos humanos. Daí, a emergência de diversas experiências contemporâneas, conforme discutimos, voltadas para encontrar novos padrões de articulação entre indivíduos/organização: glanost/Perestroika(URSS); autogestão (Iugoslávia); co-gestão

excessivo controle estatal e pela necessidade de responder à escassez de recursos e aos desafios da contemporaneidade no sentido de uma gestão profissional e eficiente da universidade.

Ainda não houve, por parte da administração pública federal, o interesse profícuo em distinguir as autarquias comuns das de regime especial, procurando delinear um modelo jurídico de gestão específico e eficiente para as universidades. Isso somente tem ocorrido quando leis especiais facultam a certos estabelecimentos um grau mais intenso de autonomia. Não houve, portanto, um detalhamento das características fundamentais do regime de autarquia especial em confronto com o regime autárquico geral,⁴⁴ reforçando o status peculiar das universidades públicas. Este representa um óbice evidente a ser superado para a dinamização dos processos que elevam a autonomia universitária como o fundamento da vida acadêmica.

Cabe ressaltar, neste momento, a inadequação jurídica dos modelos de gestão universitária, criados para atender exigências outras da administração pública, sem tomar por base as especialidades e peculiaridades que envolvem a administração universitária. Isto porque, estas instituições exigem trato especial quanto ao modo dinâmico e flexível de que necessitam para o desempenho otimizado de suas atividades elementares. Portanto, a estrutura gerencial das Universidades Públicas se enfraquece mediante regras genéricas correlatas à administração indireta, induzindo-a a um convencionalismo formal que

empresarial (Suécia); CCQ – círculos de controle de qualidade (Japão); modelos participativos de qualidade total (EUA); comissões operárias de fábrica (leste europeu); programas de desenvolvimento da capacidade empreendedora (interna/externa às organizações); franchising (substituição de estruturas burocráticas verticais por associações com empreendedores autônomos); cooperativas; cursos empresariais de negociação/mobilização”.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos...* Op. cit., p. 148: “No passado fazia-se referência a autarquias especiais ou sob regime especial, para referir-se às universidades, querendo significar, com tal rotulação, que desfrutavam de um teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da Administração direta, mais acentuado que o da generalidade dos sujeitos autárquicos. Isto como decorrência tanto da legislação de ensino, em nome da liberdade de pensamento e orientação pedagógica, quanto da circunstância de que seus dirigentes máximos são escolhidos mediante processo prestigiador da comunidade universitária com mandatos a prazo certo, excluindo-se ou minimizando-se interferências externas ao meio universitário.”

tolhe o processo de tomada de decisões e subtrai da comunidade acadêmica a motivação para o cumprimento crítico-constructivo e responsável de suas tarefas.

Na verdade, as Universidades se encontram em um patamar funcional e jurídico distinto dos demais entes que compõem a administração pública direta e indireta⁴⁵ e é por este motivo que elas devem ser atendidas em suas peculiaridades de gerenciamento com a reestruturação de um modelo mais dinâmico e flexível.

No Brasil as descentralizações autárquicas, por terem regime jurídico equivalente ao da administração geral, tornaram-se cópias de carbono, em versão miniatural, do corpo orgânico do Estado em sua feição administrativa, e que, em razão do controle a que estão submetidas, a liberdade administrativa, presumida em tal instituto, ficou reduzida a quase nada.⁴⁶

Neste atual estágio de desenvolvimento nacional, torna-se mister conclamar a um novo modelo jurídico, *tercium generus*, de gestão para as universidades públicas, que atente à suas peculiaridades funcionais. A autonomia universitária representa, para as universidades, um reforço à sua natureza e realidade jurídica⁴⁷ específica.

Deste modo, a administração pública, centralizada, descentralizada ou autônoma, deve sempre trabalhar com conceitos bem elaborados e definidos, inclusive para a determinação das pessoas

⁴⁵ TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 2010. “Na gestão universitária, o administrador, não obstante a permanência do princípio da autonomia, sofre fortes limitações decorrentes da política geral da administração, seja pelo planejamento econômico-financeiro –no que toca à disponibilidade real de recursos orçamentários– seja pelos critérios de administração de pessoal, ainda que o regime do magistério superior atenda, ou deva atender a legislação própria”.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O direito...* Op. cit., p. 21.

⁴⁷ MAYER apud RANIERI, Nina, Op. cit., p. 30: “A lei confere ao ente administrativo o direito de autonomia a fim de o instrumentalizar à gestão de suas necessidades administrativas próprias. Nessa condição, passa a formular, em nome próprio, dentro de circunscrição territorial delimitada, regras gerais obrigatórias e preceitos de direito consubstanciados em ‘estatutos’, que normatizam, exclusivamente, os assuntos de peculiar interesse da entidade local.”

jurídicas públicas. Os modelos organizacionais devem buscar o equilíbrio entre o dinamismo gerencial, a operacionalidade, eficiência de gestão e o interesse público indisponível no exercício das atividades.

3. Conclusão

Com o estudo pormenorizado dos aspectos que interferem no exercício ordeiro da autonomia universitária, o que se depreende do conjunto de políticas públicas relacionadas ao ensino superior no Brasil é que o exercício efetivo da autonomia das instituições de ensino superior é algo que depende não só da legislação e dos aspectos propriamente formais, mas de todo um conjunto de aspectos relacionados, envolvendo história, cultura interna, estrutura organizacional e o contexto sócio-econômico mais abrangente no qual se localiza, algo que precisa ser examinado conjuntamente. Portanto, é da pluralidade de fenômenos interferentes que resulta a ineficiência do instituto constitucional da autonomia universitária.

A educação superior, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adquiriu aspectos relevantes, sendo elevada a preceito fundamental de serviço público e essencial à construção social, cultural, política e moral de uma nação. Isto porque dela depende o aperfeiçoamento da pessoa humana, o preparo para a cidadania e a qualificação profissional para o mercado de trabalho. Deste modo, a formação histórica das responsabilidades público-estatais leva-nos a concluir que a educação se apresenta como um dos deveres principais do Estado e como direito e garantia fundamental individual do homem, em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, a autonomia universitária é considerada um elemento vital para a educação superior pública, visto que é responsável por alimentar a eficiência administrativa das universidades. Sem autonomia as universidades não possuem condições de exercerem suas funções plenamente. Desta forma, a autonomia é uma qualidade imanente às instituições de educação superior e revela a essência fundamental das universidades, cultua suas potencialidades intrínsecas, e por isso tem efetividade inata.

Por meio do percurso histórico do instituto da autonomia universitária pode-se observar que, em suas raízes históricas, ela se

fundamenta na capacidade de direção própria do organismo, visto que sua especificidade administrativa requer uma administração local. Outra importante conclusão alcançada diz respeito à soberania e autonomia. Isto porque, a autonomia se apresenta limitada a um espaço físico dado, correspondente a uma circunscrição jurisdicional, na qual o direito aplicável, embora, auto-determinado ou determinado especificamente não extrapola o direito comum vigente, nem o poder que lhe promove existência. Um conceito pleno de autonomia universitária passa pelos caracteres de especificidade local, poder derivado funcional, capacidade de direção própria e pela legitimidade interna de criar certos direitos.

Quanto à autonomia constitucional, trazida pelo artigo 207 da Constituição Federal, é importante destacarmos que a natureza jurídica de tal artigo é auto-aplicável. Isto porque a autonomia compõe a essência, o espírito vital, a atribuição característica imanente do conceito de universidade e, por isso, naturalmente encontra-se encarnada nas universidades. No entanto, há a necessidade de uma regulamentação infraconstitucional da autonomia universitária, visando apenas propor executividade, operacionalização ao instituto. Ou seja, a regulamentação deve apenas criar os instrumentos à efetivação da autonomia, sem delimitar seu alcance ou sentido, construído pela norma superior.

Quanto aos atuais modelos de gestão restou provada a inadequação dos modelos de autarquia e fundação à natureza jurídica peculiar das instituições públicas de ensino superior. São modelos rígidos, que não se adaptam à necessidade institucional de autonomia gerencial. Assim, há uma extrema necessidade em se trabalhar criteriosamente um modelo jurídico especial de cunho específico para as universidades, capaz de tornar operacional, responsável e flexível a administração acadêmica. Este modelo deverá ser específico para a administração universitária, visto que as normas correlatas à administração pública direta e indireta não reservam à universidade a possibilidade concreta de exercer suas atividades. A estrutura gerencial das Universidades Públicas se enfraquece mediante regras genéricas e vinculadas à administração central ou mesmo à administração descentralizada, induzindo-a a um convencionalismo formal que tolhe o processo de tomada de decisões e subtrai da comunidade acadêmica a motivação para o cumprimento crítico-constructivo e responsável de suas tarefas. O atual modelo jurídico de gestão universitária, portanto,

representa um afronta direta à legitimidade constitucional do art. 207 da Constituição da República Federativa do Brasil, comprometendo principalmente a autonomia administrativa.

Na verdade, as universidades públicas brasileiras passam por um problema estrutural-administrativo inerente ao próprio modelo de gestão estatal, que inviabiliza a auto-regulamentação social, tudo querendo controlar. E mais, trata-se da falência do modelo intervencionista estatal, que, hipertrofiado, encontra-se numa crise de legalidade e eficiência, pois não consegue atender às suas responsabilidades mínimas. Nesse sentido, é elementar a concessão de liberdade com responsabilidade administrativa, a fim de que determinados setores do Estado possam, por meio de autonomia de gestão, atingir suas finalidades. De nada adianta a criação de universidades por meio de estatutos legais específicos, se sua administração continua vinculada a um controle legal exercido por normas relacionadas à administração autárquica ou fundacional. Pode parecer um contra-senso, mas o interesse público não é atingido unicamente por meio de um controle hierárquico, vertical e centralizado do Estado. A indisponibilidade do interesse público não se mede pela tutela administrativa e legal, exercida diretamente pelo estado. Em certas situações ele pode ser atingido por uma descentralização administrativa responsável, que ofereça verdadeiramente liberdade de gestão. É necessário atingirmos um equilíbrio entre o público e o privado a fim de permitirmos a conquista do desenvolvimento social.

Deste modo, concluímos pela necessidade de haver uma descentralização administrativa, até mesmo dentro dos contextos universitários, promovendo uma gestão horizontalizada e não verticalizada, com a garantia de autonomia das faculdades e dos centros. Esta descentralização administrativa, com o aumento das atribuições privativas de faculdades e centros, levará a um processo de desburocratização e agilidade na tomada de decisões. Outro fator a se destacar é a necessidade de que a gestão universitária seja pautada na democracia interna. Isto somente pode ser conquistado pela gestão participativa dos conselhos, que devem ser compostos com representatividade plena, ou seja, com todos os setores interessados na sociedade organizada em uma gestão eficiente da universidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDIFES - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino. Anteprojeto de Lei Orgânica: proposta. *Da autonomia universitária*. ANDIFES, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Universidades oficiais - natureza - regime e estrutura*. In: *O direito na década de 80*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico, legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Tribunal Regional Federal. Pará, Região 1, Turma 1, MAS nº 01113809/90, de 1991.

_____. Tribunal Regional Federal. Maranhão, Região 1, Turma 2, REO nº 0103 de 1990.

CARVALHO, Olavo de. *Crise da universidade ou eclipse da consciência?* Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org.br>>. Acesso em: 8 out. 2004.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

OLIVEIRA, Óton Anselmo de. *Correio Brasiliense*. 30 out. 2000.

CARVALHO E SILVA, Luiz Eduardo Potsch de. Propostas para o terceiro milênio. Prêmio Fundação Universitária José Bonifácio. In: UFRJ. *Coleção Memória*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1991.

RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: USP, 1994.

REALE, Miguel: *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Regime jurídico das universidades brasileiras. In: *Questões de direito*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Livrarias, 1981.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e história da cultura*. v. 1. 1. ed. São Paulo: Logos, 1962.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.