

PENSAR O DIREITO

UNILAGO

União das Faculdades dos Grandes Lagos

DIRETORA GERAL

Prof^a. Dr^a. Maria Lúcia Atique Gabriel

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO

Prof^a. Me. Daniela Galvão Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Edmo Gabriel

Prof^a. Me. Daniela Galvão Araújo

Prof^a. Dr^a. Patrícia Onofre Colombo

Prof. Me. Leonardo Grecco

Prof^a. Dr^a. Riva Sobrado de Freitas

EDITOR DE PUBLICAÇÕES

Prof. Me. Alexandre Costa

PLANEJAMENTO VISUAL E GRÁFICO

Sílvio César da Silva

REVISÃO DE ORIGINALS

Aline Menezes

Pensar o Direito - São José do Rio Preto - SP Ano 03/n.3 p. 1-101
janeiro - dezembro 2006

ISSN 1807-1406

Periodicidade Anual - Tiragem: 1.500 exemplares

Endereço para correspondência:

R. Eduardo Nielsen, 960 - Jd. Novo Aeroporto - São José do Rio Preto - SP

site: <http://www.unilago.com.br>

Telefone: (17) 3203-6166

Considerando a proposta didático pedagógica do Curso de Direito da UNILAGO, comprometido com a formação integral do aluno, com sólida postura ética, profundo comprometimento social e amplo domínio das peculiaridades que adquire na utilização das normas jurídicas. Uma das preocupações desta instituição é com a pesquisa científica, que faz com que o aluno do Curso de Direito da UNILAGO apresente ao público a Revista de Ciências Jurídicas “Pensar o Direito”, que esta publicando o terceiro volume.

Com base na realidade regional de São José do Rio Preto-SP, a revista jurídica propõe incutir nos bacharelando em Direito a preocupação com os princípios éticos inerentes aos exercícios da advocacia, a efetiva preocupação com a eficácia dos Direitos Humanos, preceitos esses que norteiam a arquitetura de um profissional ético humanista. Esta é a principal finalidade deste terceiro volume da revista jurídica, refletir sobre o Direito.

A possibilidade de operacionalizar os conhecimentos adquiridos, numa perspectiva de integração com discentes de outras áreas, caracteriza-se como um recurso educacional voltado à formação em sintonia com o perfil do profissional apto a atender as necessidades do mercado de trabalho atual.

O trabalho científico presente nesta edição é resultado das atividades de ensino, pesquisa e extensão, desenvolvidos pelo Curso de Direito da UNILAGO, que fixou este espaço como um local de diálogo sobre a diversidade de pensamento, projetos e posturas éticas relacionadas aos Direitos Humanos e à Cidadania. Sempre buscando atender aos anseios da sociedade que clama por justiça e igualdade.

Prof^a Me. Daniela Galvão Araújo
Coordenadora do Curso de Direito

01 - Capitalismo excludente: A questão dos direitos humanos Cristiane Miziara Mussi	7
02 - Fristão, Fristão! Princípios éticos da advocacia que se aplicam ao estagiário de Direito Leonardo Grecco	15
03 - A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro Gésus Grecco	23
04 - O <i>Welfare State</i> como tentativa de garantia dos direitos humanos Luciane Castiglioni	35
05 - O equilíbrio contratual como fundamento único da revisão e resolução dos contratos civis e de consumo Émerson Rodrigo Carbinatto	45
06 - Representante comercial e vendedor empregado: Diferenças, semelhanças e consequências do enquadramento jurídico inadequado Fabiana Maria Mardegan	55
07 - Erro sobre elementos constitutivos essenciais do tipo e Erro sobre a antijuricidade do fato Paulo Antoine Pereira Younes	67
08 - Os novos desafios do Direito internacional face ao Terrorismo Carla Fernanda de Marco	73
09 - Direitos humanos: aceitar ou não aceitar, eis a questão Hermes José Aun Bachiega	79
10 - Adequação do profissional do direito as mudanças jurídicas Márcia da Silva, Madalena Divina Silva Grecco, Wilson Yukio Takahashi, Ana Paula Polachini de Oliveira, Émerson Rodrigo Carbinatto, Gésus Grecco, Marcel Britto.	91
Normas para a apresentação de originais	101

CAPITALISMO EXCLUDENTE: A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Cristiane Miziara MUSSI

Advogada

Doutoranda em Direito Previdenciário na PUC/SP

Mestre em Direito das Relações Sociais

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar o processo de exclusão social e a questão referente aos Direitos Humanos. Para tanto, foi traçado um paralelo entre o emprego e o capitalismo contemporâneo, chegando-se à conclusão de que o consumo é uma forma de inclusão social que se coloca hodiernamente. Para consumir, é preciso trabalhar. No entanto, o mercado oferece um número de empregos cada vez menor, o que eleva o índice de marginalização. Sendo assim, o Estado precisa intervir, criar uma política de pleno emprego, para que haja consumo, inclusão social e o conseqüente desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: pleno emprego; exclusão; direitos humanos; consumo; desenvolvimento econômico.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea do Terceiro Mundo sofre um processo chamado “exclusão social”. Tal fenômeno é retratado conforme as circunstâncias de tempo e lugar a que se refere.

Este estudo procura demonstrar que esta exclusão decorre da marginalização social, em que o desemprego é o fator fundamental para a criação deste abismo na sociedade em que vivemos.

Assim, verificar-se-á que o homem busca igualar-se ao outro através do consumo e que, estando desempregado, além da questão sócio-econômica-cultural que se coloca, seus direitos humanos não estarão sendo resguardados.

1- O CAPITALISMO X O PRIMADO DO TRABALHO

Para entendermos a necessidade de proteção ao trabalho e o capitalismo que vigora no século XXI, é necessário nos reportarmos a uma breve evolução histórica, que culminou na busca do emprego e na sua proteção dada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição Federal de 1988 (dentre outros diplomas legais que não serão analisados neste estudo).

Diante disso, nos reportaremos, primeiramente, à Revolução Francesa no século XVIII, a qual deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta, surge uma orientação de que o Estado deve proteger os direitos individuais da pessoa humana.

No entanto, a partir do século XIX, podemos verificar o desenvolvimento da industrialização. Com isso, “aumentou o número de indivíduos que nada mais possuíam senão sua força de trabalho, evidenciando a existência de des-níveis sociais brutalmente injustos e favorecendo a organização do proletariado como força política. Tornou-se clara a necessidade da implantação de uma nova ordem social em que todos os homens recebessem proteção e tivessem meios de acesso aos bens sociais”.¹

Ora, com o crescimento do capitalismo, surge um menor número de empregos. Neste sentido, o Estado passa de protecionista a estrategista, ao “coisificar” os cidadãos, substituindo-os por máquinas.

Para se obter um desenvolvimento social adequado, espera-se que o desenvolvimento econômico não atinja a população.

Com a Revolução Russa, em 1917, ficou evidente a necessidade de se proteger o indivíduo de forma que o mesmo obtivesse um nível de vida digno.

Em seguida, tivemos as duas grandes guerras (1.ª Grande Guerra: 1914 a 1918 e 2.ª Grande Guerra: 1939 a 1945) que acabaram sendo importantes

1) SOUZA, Lilian Castro. *As normas sobre Seguridade Social na Constituição de 1988 como evolução dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana*. In: **Introdução ao Direito Previdenciário**, p. 87.

no chamamento ao Estado no que se refere à urgência do mesmo em proteger os indivíduos. A sociedade clamava por proteção.

É justamente por isso que surge em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem - de grande relevância jurídica e social - editada pela Organização das Nações Unidas.

Em seu artigo 23, dispõe que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses”.

Constata-se, assim, uma preocupação em proteger o trabalhador, garantindo, além do direito ao trabalho, boas condições para a realização do mesmo.

O artigo 1.º da atual Carta Constitucional Brasileira (de 5 de outubro de 1988), elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil e, dentre eles, coloca “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Como se não bastasse, o Título VIII, do mesmo diploma legal, em seu Capítulo I, traz como disposição geral o artigo 193, que preleciona que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Mas já antes disso, o texto Constitucional de 1946 assegurava no artigo 145, o trabalho a todos, possibilitando a existência digna. Colocava, ainda, o trabalho como obrigação social.

É através do trabalho que se alcança a dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todas as relações jurídicas e sociais (artigo 1.º, inciso III, Constituição Federal de 1988).

Segundo nos expõe WAGNER BALERA, “o primado do trabalho - verdadeira pedra angular da nova Ordem Social - é valor condicionante dos rumos da legislação e da própria vida social”².

Neste passo, a proteção ao trabalho vem a ser um mecanismo Estatal eficiente de inclusão social, aliado à satisfação do mercado de consumo e à proteção dos direitos humanos constitucionalmente e mundialmente previstos.

2- OS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE CAPITALISTA

Para iniciarmos este tópico, necessário se fazer algumas observações.

Primeiramente, cabe ressaltar que a sociedade capitalista prioriza a

2) *O valor social do trabalho. In: Revista LTr., vol. 58, n. 10, outubro de 1994.*

utilização intensiva de máquinas, ao invés de priorizar a utilização efetiva de mão-de-obra. E esse fator, se transforma numa equação muito simples: quanto maior o número de máquinas, menor o número de trabalhadores, maior o lucro, maior o desenvolvimento econômico, menor o desenvolvimento social, que é igual à exclusão social.

Constata-se, desse modo, que nem sempre o desenvolvimento econômico traz um desenvolvimento social. Ao revés, este pode ser prejudicado por aquele. Isto porque, a sociedade cria a expectativa de um consumo maior com o desenvolvimento econômico e tem sua expectativa frustrada com o aumento das máquinas e a diminuição dos empregos. Daí afirmar-se o crescimento exacerbado das populações marginais na América Latina.

Neste diapasão, os direitos humanos são colocados em segundo plano, quando, na verdade, devem ser priorizados, já que coadunam com os direitos fundamentais do homem elencados na Carta Magna de 1988.

Passemos, então, a análise da sociedade de consumo e os direitos humanos, na era capitalista.

3 - A SOCIEDADE DE CONSUMO X DIREITOS HUMANOS: UM CONCEITO DEMARCADO PELA INVERSÃO DE VALORES DA SOCIEDADE CAPITALISTA DO SÉCULO XXI.

Milhões de pessoas adquirem, vendem, ou trocam produtos e serviços todos os dias. De um lado, constata-se uma gama enorme de consumidores aptos a adquirir, e, de outro, um enorme contingente de fornecedores que buscam seu espaço no mercado de consumo.

Assim, resta configurada a sociedade de consumo em que são verificadas algumas vertentes a seguir expostas:

Com relação aos consumidores, temos:

- a) Consumidor com elevado poder aquisitivo;
- b) Consumidor com pequeno poder aquisitivo;
- c) Indivíduo sem qualquer poder aquisitivo, posto na condição de consumidor numa eventualidade.

No que se refere aos fornecedores, temos:

- a) As chamadas empresas macroeconômicas, dotadas de um elevado poder aquisitivo. Possuem uma grande percentagem de lucro;
- b) As chamadas empresas microeconômicas, dotadas de um pequeno poder aquisitivo, tendo as entradas e as saídas das mesmas um vetor de baixa lucratividade;
- c) Empresas consideradas em ascensão, que são aquelas que podem ser enquadradas entre as macroeconômicas e as microeconômicas. Possuem grandes perspectivas frente ao mercado.

Considerando a oferta e a procura num mercado de consumo, conclu-

imos que o perfil de uma sociedade de consumo é estabelecido em conformidade com alguns critérios, como o da territorialidade, da temporalidade, da capacidade econômica da população em análise, das necessidades sociais momentâneas e corriqueiras. Como se verifica, tal perfil atinge um alto grau de variação.

Começemos pela análise do fator denominado territorialidade:

Trata-se de um fator determinante do perfil inicial e genérico de uma sociedade de consumo. Partindo deste entendimento, é possível traçar um parâmetro da sociedade consumerista a partir do local em que está situada. Pode-se afirmar, por certo, que em determinadas regiões do mundo, alguns produtos e serviços são mais procurados do que em outros. Diante disso, temos que algumas cidades, por possuírem uma temperatura baixa em grande parte do ano, fabricam e comercializam um maior número de produtos de inverno, para que a população seja resguardada e protegida. O inverso também é verdadeiro.

O fator temporal também é determinante. Sabe-se que os produtos e serviços procurados pelo mercado de consumo vão sendo modificados com o transcorrer do tempo. Assim, novos produtos vão surgindo; novas necessidades vão sendo cultivadas pela publicidade; novos serviços vão se estabelecendo no mercado. Vê-se, como exemplo, o crescimento exorbitante nos últimos 10 anos, da procura por materiais de informática. Até então, a sociedade utilizava-se das máquinas de escrever, sem qualquer restrição. Atualmente, estas caíram no completo desuso, dando lugar à chamada “era da informática”. A cada ano surgem: computadores mais sofisticados, um número maior de técnicos especializados, uma maior diversificação de programas e a ascensão de escolas de informática no mercado. E, acompanhando este crescimento, temos a sociedade de consumo, que está sempre apta às novidades inseridas no mercado. Isto significa dizer, que os interesses dos consumidores vão sendo alterados à medida que os fornecedores se desempenham no papel de fomentar e criar novas expectativas nesta sociedade.

A capacidade econômica da população também é um fator de grande relevo: quanto maior a capacidade econômica da população, maior será seu poder aquisitivo e, conseqüentemente, maior será a procura e a demanda. Da mesma forma, quanto menor a capacidade econômica da população, menor será o consumo e o crescimento do mercado.

Neste contexto, funcionará no mercado, uma espécie de adequação das necessidades à capacidade econômica. Os produtos e serviços serão procurados de acordo com esta capacidade de consumo. Desta forma, o perfil econômico da sociedade servirá como limitador ou ampliador do

mercado.

No que se refere às necessidades sociais momentâneas e corriqueiras de uma sociedade de consumo, temos duas vertentes:

a) **NECESSIDADES MOMENTÂNEAS**: também denominadas de “necessidades aparentes”, são aquelas derivadas de estratégias de marketing, que inserem nas perspectivas do consumidor, uma real utilidade para determinado produto ou serviço. Neste passo, surge o que podemos denominar de uma vontade súbita e incontrolável de consumir;

b) **NECESSIDADES CORRIQUEIRAS**: também denominadas de “comuns”, são as necessidades as quais atingem todos os indivíduos indistintamente. São elas: necessidade de alimentação, vestuário, lazer etc. Relaciona-se ao “mínimo vital” a que todo ser humano procura manter. Tais necessidades, quando extrapolam o limite normal a ser considerado, tornam-se necessidades momentâneas, fruto de um mercado que tenta atrair, de todas as formas possíveis, os consumidores. Refere-se, por certo, a determinados “luxos sociais” que trazem uma espécie de vaidade social e econômica dentro do ambiente sócio-cultural.

Como se observa, os fatores elencados como informadores do perfil de uma sociedade de consumo são extremamente variáveis, adquirindo determinadas peculiaridades conforme o tempo, o local, a capacidade econômica e as necessidades da sociedade em análise.

O que se denota das considerações supra, é que o mercado de consumo sempre esteve em completa expansão, progredindo à medida que a tecnologia aumenta. Com isso, o chamado fornecedor procura transmitir ao consumidor a idéia fixa de que o produto que surgiu no mercado é necessário e, sendo assim, deve ser adquirido.

Conclui-se, desta forma, que se trata de um círculo vicioso, pois jamais teremos uma sociedade de consumo completamente satisfeita. Isto porque, o homem é criado para consumir. E o consumo traz a idéia de poder. Novos produtos e serviços vão surgindo e novas necessidades vão sendo alimentadas na sociedade.

Ocorre que, hodiernamente, não se pode mais afirmar que o excluído é representado pela figura do economicamente pobre, mas sim do desempregado, que não pode consumir. A pessoa pobre, ainda que pobre, consome. O desempregado não possui esse poder, e acaba integrando o rol dos excluídos socialmente.

A sociedade capitalista preocupa-se muito mais com o vestuário e com o lazer, do que com a propriedade e a alimentação; preocupa-se muito mais em medir forças através do consumo, do que com suas necessidades básicas.

Ora, trata-se de um fator social alarmante. A sociedade capitalista construiu o homem a sua maneira, sob seus ditames consumeristas. Consome-se para ser melhor; consome-se para demonstrar poder, mas não se consome para assegurar o mínimo vital.

Verifica-se, destarte, uma inversão de valores. E o homem, como produto do meio, é levado para o pensamento capitalista que se insurge contra os ditames constitucionais e contra a Declaração Universal dos Direitos Humanos: o consumo é priorizado em detrimento das necessidades básicas da população a serem supridas.

4 - CONCLUSÃO

Após as colocações supra, constata-se que o trabalho é a chave para o desenvolvimento sócio-econômico-cultural de um país; que é através do trabalho que ocorre a inclusão social dos excluídos; e que é através do trabalho que os direitos constitucionais, bem como os direitos assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos são resguardados.

Para tanto, o Estado deve proporcionar uma política de pleno emprego, intervindo na organização do mercado de trabalho. Sendo assim, necessário se faz criar um programa completo de ações que estimulem a demanda (resguardando a livre iniciativa) e os investimentos, elevando, conseqüentemente, o consumo.

Esta solução, é certo, não será encontrada de forma rápida e equânime. Muitos estudos serão necessários, a fim de se obter um conhecimento estatístico preciso, encontrando as melhores soluções e adequando-as às condições financeiras do Estado para a aplicação do plano.

Referências Bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BALERA, Wagner. O valor social do trabalho. In: **Revista LTr.**, vol. 58, n. 10. São Paulo: LTr, outubro de 1994.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos Direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.

MARTINS, José de Souza. **A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre**

exclusão, pobreza e classes sociais. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998. (Coleção temas jurídicos; v 3).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SOUZA, Lílian Castro de. As normas sobre Seguridade Social na Constituição de 1988 como evolução dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. In: **Introdução ao Direito Previdenciário**. São Paulo: LTTr, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Direito Humanos: Instrumentos Internacionais de Proteção**. 2. ed. São Paulo: Paloma, 2000. (Série Legislação).

FRISTÃO, FRISTÃO!
Princípios Éticos da Advocacia que se aplicam ao Estagiário de Direito

Leonardo GRECCO

Mestre em Direito Processual Civil

Especialista em Bioética

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O estudo de preceitos éticos pode parecer pouco importante quando alunos das faculdades de direito começam a freqüentar o estágio supervisionado de prática jurídica. Esse exercício de aprendizado prático dá ao aluno a oportunidade de aplicar os preceitos morais muitas vezes. Por outro lado o aprendiz vê o quanto esses preceitos se perdem no dia-a-dia forense, sendo agredidos sem qualquer pudor. Neste diapasão, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar quão importante são os mandamentos morais e comportamentos éticos não só para advogados, mas também para os estagiários de direito. Enfim, a prática não deve servir para que os alunos aprendam apenas como agir, mas também para que os alunos aprendam como bem agir.

Palavras-chave: princípios, ética, prática e estágio.

Introdução

Nunca é demasiado trazer à tona um assunto afeito à esmagadora maioria dos universitários que freqüentam os cursos jurídicos - os estagiários - mesmo porque, verdade seja dita, muitos desses universitários continuarão, mesmo depois de formados a ostentar a “carteirinha lilás” de estagiários, por não terem tido êxito no Exame de Ordem exigido pela OAB. Outros, por sua vez, quiçá a maioria, assumirão a posse das carteiras vermelhas que dão direito ao exercício dessa nobre arte que é a advocacia.

No que tange aos deveres éticos dos profissionais do direito, muitos são os ensinamentos sobre as condutas que os advogados devem observar no exercício de sua profissão, mas não se ouve falar uma palavra das condutas éticas a serem obedecidas pelos “pré-advogados” ou estagiários.

Alguns dirão que tais ensinamentos não seriam necessários, haja vista que todos os princípios éticos que se aplicam aos advogados valem também ao estagiário. Talvez até essa simplória explicação se justifique, mas não se pode olvidar que quando falamos de estagiários a ótica de interpretação há de ser um tanto quanto distinta daquela aplicada ao advogado.

Por outro lado, podemos esperar que diante do tema proposto surjam críticas que condenem o presente trabalho, alegando que o mesmo tem o intuito de elevar o estagiário a um status que efetivamente não lhe pertence, pois estágio não é profissão, estagiário não é advogado e assim não há que se preocupar com princípios éticos nessa fase.

Entretanto, tal comentário se rechaça de imediato!

Em primeiro lugar porque o estagiário, muitas vezes, atua de fato como se fosse um advogado, por vezes até suprindo a falta do causídico em atendimentos mais simples, requisição de documentos, petições de junta-da, etc. Posteriormente não se pode afastar a ética em nenhuma atividade da vida do ser humano. É dizer que, estagiário, advogado, promotor de justiça, juiz de direito, carpinteiro, pedreiro, cozinheiro e outros tantos profissionais devem vislumbrar a moralidade, a justa ratio da sociedade em que vive durante seus afazeres, quaisquer que sejam eles.

Já dizia Platão que

Nestas esperanças e nas reminiscências de todas essas verdades deve cada um viver, sem se poupar sofrimentos a fim de se manter com clareza as reminiscências tanto para os outros como para si mesmo tanto no trabalho quanto no entretenimento. E assim, quanto ao que respeita ao devido caráter das instituições e o devido caráter dos indivíduos,...Assim deve-se recomendar a vida mais nobre não só porque exteriormente seja superior em termos de boa reputação, mas também porque se alguém consciente em gozá-la e não evitá-la na juventude, será igualmente superior naquilo que todos os humanos cobiçam: o máximo do prazer e o mínimo de dor ao longo de toda a existência. (1999, p. 208).

Logo, após as justificativas em epígrafe, passemos a aludir sobre os princípios éticos da Advocacia, da maneira que aplicar-se-iam aos estagiários, deixando de lado eventuais mandamentos exageradamente onerosos para um iniciante sem, contudo, deixar de se observar a ética necessária e específica à essa função.

1. Princípios gerais

No sentido de se delimitar a metodologia do presente trabalho vale ressaltar quais serão os princípios gerais da ética forense, os quais serão tratados nesse trabalho. Esses princípios gerais, estão estabelecidos na apresentação do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (Introdução ao Código de Ética dos Advogados) que diz:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta tais como...

1.1 “[...] lutar sem receio pelo primado da justiça...e ser fiel à verdade para poder servir a justiça”¹

Hoje, diferentemente de tempos passados, os estudantes de direito não fazem a mínima questão de aprender e apreender qual seja o conceito de Justiça. Ao contrário, fazem questão de deixar claro que o que se entende por Justiça nada tem a ver com legalidade, num deturpado pensamento pseudo-positivista que faria até mesmo Kelsen corar de raiva ou vergonha.

É dever do estudante, quando ocupando a função de estagiário, começar a delimitar dentro de sua atuação profissional os caminhos para que a Justiça prevaleça, ainda que para isso tenha que sacrificar sua própria natureza de aprendiz. Isso é dizer que muitas vezes o estagiário deverá abrir mão do próprio estágio que lhe acolhe, por perceber que o advogado que lhe guia ou o professor que lhe assiste têm condutas completamente avessas ao senso comum de Justiça.

Ora, chegando-se a tal atitude - a de abandonar o estágio guiado por um desvirtuado mestre - aquele que antes era estagiário passa a ser apenas mais um universitário que não tem onde aprender a vida profissional do advogado.

Tanto melhor!!!

Antes nada aprender do que viciar sua conduta estando ao lado de um profissional que detém a fastidiosa mania de apartar a Justiça do Direito.

1) Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Publicado no Diário da Justiça, Seção 1, do dia 01.03.95, pags. 4000 a 4004.

Sem querer antecipar outros princípios, que veremos adiante, vamos perceber que o estagiário, que passa seu tempo dividido entre os balcões dos cartórios e os bancos de faculdade, tem o privilégio de estar em permanente contato com os ensinamentos dos filósofos, dos juristas, dos literatos que lhes darão o norte para que os futuros profissionais não se permitam afastar da Justiça.

Por que não aprender também com Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, Cervantes, Camões, Dumas, entre outros?

Há que se manter em tela que muitas vezes lutar pelo primado da Justiça não será tarefa fácil, haja vista que, ora o chefe não muito ético paga bem, ora lhe dirige os holofotes do sucesso, promete parcerias em causas vultuosas e tantos outros privilégios que, talvez, fariam o estagiário titubear entre o ético e o lucrativo.

Porém, nenhuma dúvida ao estudante que durante toda sua vida vestiu a roupagem do bem agir.

Mas não podemos nos restringir a esse campo.

O próprio estagiário deve agir com Justiça no seu dia-a-dia forense. Isso quer dizer que sua função de “não advogado” não lhe dá o direito de olvidar a regra do Justo para com os clientes, funcionários, com a própria causa, na qual, certas vezes, têm oportunidade de peticionar e defender suas próprias teses jurídicas.

Assim, não é tão etéreo, como quer fazer parecer os mais acomodados, o chamado Primado da Justiça exigido ao advogado e, por conseqüência e *mutatis mutandis*, deve vislumbrar o estagiário em sua conduta.

1.2 “[...] pugnar pelo cumprimento da constituição e pelo respeito à lei...”²

Esse Princípio, que figura também junto àqueles que estão na introdução da legislação ética da carreira advocatícia, acaba por abranger outros dois que lá estão, quais sejam: a) “Comportar-se com independência e altivez; b) Senso profissional e despreendimento”.

Mas em quais momentos os estagiários têm a oportunidade de agir de acordo com esses princípios dentro de sua função?

Muitíssimas vezes. Vejamos:

Não obstante o artigo 3º, §2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil faça questão de frisar que o estagiário tem o direito de praticar todos os atos do exercício da advocacia, são poucos os que fazem valer tais prerrogativas.

O que acontece normalmente nos fóruns, delegacias, cartórios, órgãos públicos, etc. é que os estagiários são vilipendiados em seus direitos. Fala-se em altivez mas o que se percebe são os estagiários baixando a cabeça e

2) *IDEM*

“engolindo seco” cada vez que um cartorário lhe informa que o processo está “empilhado” e que será muito trabalhoso lhe dar o direito de vista dos mesmos. Novamente à guisa de exemplo, quantos estagiários já não foram rechaçados dos balcões, completamente silentes, por terem insistido em fazer carga dos autos ou verificar o processo sob sua responsabilidade. Em havendo choque de interesses (o do funcionário ou autoridade e o da lei) e não se insurgindo contra isso, estaria o estagiário respeitando o princípio ético de pugnar pelo cumprimento da lei?

Para alinhar outros conceitos, temos que dizer que o estagiário deve agir com independência na sua função, tendo como norte os dizeres do artigo 6º do epigrafado Estatuto da OAB que diz: “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados, membros do Ministério Público devendo todos tratar-se com consideração e com respeito recíprocos”.

Por óbvio que não se vem nessa sede dizer que o estagiário está num patamar igualitário com juizes de direito, promotores de justiça e advogados. Entretanto, dentro dos limites ponderáveis, pode-se exigir sim que o estagiário seja tratado com o mínimo de dignidade que se deve dirigir àqueles que, com um pouco de conhecimento jurídico, está a cuidar dos interesses de cidadãos que estão às voltas com as nada meigas balizas do Poder Judiciário.

Além disso, se aqui está a defender-se que o estagiário deve exigir a observância de alguns direitos que se observam ao advogado, mais ainda deve exigir respeito pelos direitos que a lei faculta a qualquer um do povo, mesmo leigo nos assuntos legais.

Ora, a qualquer um é dado o direito de permanecer nas salas de audiência durante as sessões de inquirição de testemunhas e de interrogatórios, contanto que não se trate de segredo de justiça, i.e., qualquer pessoa pode entrar na sala do juiz sem medo de ser posto para fora. Caso o promotor, ou o juiz de direito lhes expulsem daquele ambiente sem qualquer alusão ao segredo de justiça, cabe ao estagiário defender os ditames legais e permanecer na sala.

Mas onde fica a independência quando um estagiário tem o interesse de prestar concurso público depois de formado e tem medo de desagradar seus futuros pares? “E se amanhã eu precisar de uma referência desse doutor para prestar um concurso?”, pensa o abobado estagiário.

Bom, nesse caso, ou se vai estagiar no lugar em que se pretende trabalhar futuramente, para aprender as regras dessa profissão, ou nem se tente entrar na sala; para não ter a possibilidade de se aviltar a lei e sair daquela com o “rabo entre as pernas”, mesmo tendo o direito de lá permanecer.

Se desejamos seguir as regras éticas, não podemos nos curvar perante qualquer tipo de agressão à lei, por quem quer que seja.

Em verdade somos muitas e muitas vezes acomodados com nossos di-

reitos. Gostamos do doce murmurinho da chuva tibia que acaricia o telhado por sobre nossa cama esquecendo-nos que essa mesma chuva fina açoita o descamisado que não procura defender seus poucos direitos.

Abrimos mão do que nos pertence - nossos direitos - porque somente vamos dar valor a isso quando (e se um dia) os perdermos. Até lá três “vivas” ao comodismo! Até lá três “vivas” ao homem tíbio! O mesmo homem tíbio que será cuspidado da vida por não defender seus direitos, por não ser nem frio nem quente.

1.3 “[...] empenhar-se na defesa das causas confiadas a seu patrocínio...”³

O estagiário jamais vai patrocinar uma causa sozinho, pois a lei não lhe permite tal intento. Mas muitas são as causas patrocinadas pelos escritórios em que trabalham que a eles são confiadas.

Para descumprir o princípio ético ora em comento basta que o estagiário saia em direção ao Fórum munido de má vontade e desdém pela causa. Pode pensar que qualquer que seja a providência que irá tomar o resultado será o mesmo, haja vista que não ganhará nada a mais com a causa.

O estagiário não pode inventar andamentos apenas para se ver livre da tarefa de enfrentar as assustadoras filas dos cartórios, não pode ser desleixado ao peticionar no processo, ainda que seja uma reles petição de juntada, não deve se conformar com a simplória informação de que o processo está “aguardando publicação”, sem se questionar qual a informação que irá se publicar.

O interesse do estagiário deve ser total pelo processo quando se dispõe a cuidar do mesmo, em sede forense.

Nunca é demais recordar que alguns tribunais de nosso país já reconheceram a perda do prazo do advogado se manifestar nos autos por conta de condutas descuidadas de estagiários.

Nunca é demais recordar que não são poucos os advogados que, por conta do volume de serviço, confiam cegamente no zelo de seus estagiários. Neste caso pesa sobre o estagiário não só o peso da confiança do assistido mas também do seu tutor jurídico.

Empenhar-se não quer dizer apenas acompanhar o processo com interesse, mas, também, debruçar-se, muitas vezes, sobre as doutrinas e a jurisprudência para que o conteúdo dos manifestos em prol do cliente seja sério, profundo e bem elaborado.

O estagiário deve gostar de estudar, ter interesse pela audiência, pelo fundamento do que na sala se passa, estudar o que não entendeu, procurar saber qual a diferença de um depoimento pessoal e de uma oitiva de testemunhas. Neste sentido é importante alertar que este interesse que deve

3) *IBIDEM*

munir a mente do estagiário nada tem a ver com a curiosidade mórbida que às vezes alimenta o cidadão comum sentado no plenário de um tribunal do Júri.

Os estagiários devem sempre se lembrar que para procurar saber da vida dos outros para fins de “fuxico” não seria necessário ser estagiário nem estudante de direito. O estagiário tem que conhecer tecnicamente o desenvolvimento da audiência. Isso é empenhar-se na defesa de seu cliente.

Conclusão

Este opúsculo, mais que um artigo é um desabafo. Não um desabafo de quem o escreve, mas sim um desabafo da sociedade brasileira que se cansou de maus profissionais e profissionais mal formados. Desabafo que cada um de nós deveria externar com suas armas.

Nosso grito em silêncio é por profissionais mais éticos. Até parece que tentamos, dia após dia, ser pior, nos esmeramos no viés da ética, nossos políticos consideram o que é legal mas imoral, moral; o que é ilegal e imoral, moral.

Havemos de começar a mudança por nós mesmos. Caso isso não ocorra devemos ter vergonha na cara, nos colocarmos perante o juiz que chamamos de consciência e nos sentir golpeados pela bengala do escritor infanto-juvenil que dia desses acertou o deputado cassado José Dirceu e gritou: “Fristão, Fristão”.

É dizer que a sociedade está cansada do personagem afeito às fantasias e ao falso de Cervantes. Cada engodo que praticamos deveria fazer ecoar em nossos ouvidos: - Fristão, Fristão!

Referência Bibliográfica

PLATÃO. *As Leis*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 1999

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Gésus GRECO

Mestre em Direito Público pela UNIFRAN.

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Especialista em Direito Penal e Processual

Advogado

Resumo: Por largo espaço de tempo, vigeu no Direito brasileiro o princípio *societas delinquere non potest*, pelo qual somente o ser humano era capaz de cometer crimes. Após a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela Constituição Federal de 1988, e, com o advento da lei 9.605/98, que regulamentou o referido dispositivo constitucional, reacenderam-se as discussões sobre o tema, devido aos óbices dogmáticos que o Direito Penal brasileiro apresenta, que dificultam a adoção desse tipo de imputação. Portanto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a questão polêmica da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988 e do advento da Lei nº 9.605/98 e a atual conformação do tema ao direito pátrio, tomando-se por base as discussões doutrinárias acerca do assunto.

Palavras-chave: direito ambiental, pessoa jurídica, criminalização, culpabilidade, responsabilidade penal

Considerações gerais

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um dos temas de Direito Penal mais controvertidos da atualidade. Em nível internacional existem duas posições antagônicas de um lado, os países como os Estados Unidos e Inglaterra, regidos pelo sistema da common law, admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois seus sistemas de justiça criminal não apresentam maiores resistências dogmáticas, por serem fundados em precedentes legais; de outro lado, os países regidos por sistemas legais codificados, como os da Europa continental e da América Latina, rejeitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porque seus sistemas de justiça criminal, fundados na unidade interna de instruções e normas jurídicas, apresentam sérios obstáculos dogmáticos (TIEDEMANN, 1999, p. 27-28),

Nas duas situações existem exceções: nem todos os Estados norte-americanos adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, nem todos os países de sistemas legais codificados rejeitam este tipo de responsabilidade penal: a França, por exemplo, instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica em 1994 (art. 121-2, do Código Penal Francês) e o Brasil adotou o modelo francês de responsabilidade penal da pessoa jurídica em 1998, por meio da Lei 9.605/98.

Antes da Constituição Federal de 1988, nunca foi admitida no direito pátrio, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Porém, a atual Carta Magna contém dispositivos que fizeram com que parte da doutrina aceitasse tal possibilidade nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º), bem como nas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 255, § 3º). Porém, a questão é polêmica pois parte da doutrina não admite essa possibilidade, mesmo fundada nos referidos dispositivos constitucionais (CERNICCHIARO, 1995, p. 155-66).

1. A constituição de 1988 e a responsabilidade penal da pessoa jurídica

A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil veio ressurgir com a Constituição federal de 1988, que inovou em relação aos textos constitucionais anteriores, que nada estabeleciam acerca do tema. A discussão tem origem em duas normas constitucionais, sobre as quais debatem constitucionalistas e ambientalistas, de um lado, e especialistas em direito penal, de outro.

Em primeiro lugar, a norma constitucional do art. 173, § 5º determina ao legislador ordinário instituir a responsabilidade da pessoa jurídica, sem prejuízo da responsabilidade individual de seus dirigentes, por atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular:

Os constitucionalistas (Cf. BASTOS, 1994, p. 718) afirmam que a Lei

Maior admitiu implicitamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, pois entendem que onde a Constituição fala de responsabilidade quer dizer, na verdade, responsabilidade penal da pessoa jurídica, por causa da referência sobre “punições compatíveis com sua natureza”. Essa expressão, segundo esse entendimento, deve ser interpretada sistematicamente com o § 3º do art. 255 da Lei Maior, que admite expressamente a sanção penal do ente coletivo.

Para os adeptos dessa corrente doutrinária, é perfeitamente possível responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica por ser ela a uma realidade, nascida do encontro de vontades de seus membros, porém, com vontade independente dos integrantes que a compõem.

De outro lado, penalistas como Luiz Vicente Chericchiaro e Luiz Régis Prado afirmam que a Constituição fala simplesmente de responsabilidade, não querendo dizer responsabilidade penal, pois a atribuição geral (responsabilidade) não implica a atribuição especial (responsabilidade penal) e o conceito de “punições” não é exclusivo do direito penal, tendo em vista que abrange também sanções administrativas, com fins retributivos semelhantes às sanções penais, e, às vezes, com poder afliitivo superior às penas criminais, substituídas por penas restritivas de direito ou com início de execução em regime aberto (Cf. CERNICCHIARO, 1995, p. 155; PRADO, 1998, p. 20-23).

Defendem esses penalistas que a responsabilidade da pessoa jurídica tem por objeto atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, exclusivamente, não incluindo o meio ambiente, ainda que sua defesa seja princípio geral da atividade econômica (art. 170, VI< Constituição Federal de 1988). Concluem que, se assim fosse, como pretendem alguns constitucionalistas (Cf. SILVA, 1992, p. 718), deveria então incluir, também, a propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor, etc., que são também princípios gerais da atividade econômica (art. 170, III, IV e V da Constituição Federal), o que seria absurdo.

Outro ponto discutível está na norma do art. 225, § 3º da Constituição, que prevê sanções penais, e administrativas contra pessoas físicas ou jurídicas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Novamente, constitucionalistas e ambientalistas falam que a Constituição admitiu expressamente a possibilidade de a pessoa jurídica receber sanção penal, além de responder nas esferas administrativa e civil, por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente. Defendem que houve ruptura do princípio da responsabilidade penal pessoal, mediante interpretação que suprime a diferença semântica das palavras condutas e atividades (Cf. PINTO FERREIRA, 1995, p. 302), consideradas sinônimos aplicáveis indiferentes às pessoas físicas e às jurídicas (Cf. SHECAIRA, 1998), ambas igual-

mente passíveis de sanções penais e administrativas.

Ao contrário, os penalistas (exceções: ARAÚJO JÚNIOR; SHECAIRA) rejeitam a ruptura do princípio da responsabilidade penal pessoal, fundados na diferença semântica das palavras condutas e atividades, empregadas no texto como bases das seguintes correlações: a) as condutas de pessoas físicas sujeitarão os infratores a sanções penais; b) as atividades de pessoas jurídicas sujeitarão os infratores a sanções administrativas. Afinal, a lei não contém palavras inúteis e o uso de sinônimos na lei, além de violar a técnica legislativa, seria uma inutilidade e um insulto à inteligência do constituinte.

Entendem os penalistas que a análise do texto constitucional indica que a responsabilidade penal continua pessoal, não tendo a Constituição autorizado a exceção da responsabilidade penal impessoal da pessoa jurídica (Cf. CERNICCHIARO, 1995, p. 144; DOTTI, 1995, n. 11, p. 187). Para essa doutrina, o constituinte não foi técnico ao associar pessoa jurídica à sanção penal, e que não se deve fazer uma interpretação literal do § 3º do art. 225 da Constituição Federal. Assim, deve-se ler o referido dispositivo como sendo sanções administrativas e civis aplicáveis às pessoas jurídicas e responsabilização administrativa, civil e penal para a pessoa natural.

Em suma, aqueles que não aceitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica entendem que ela não comete crime por não ter vontade própria, senão por uma ficção do direito (teoria ficcionista). Tanto para a teoria clássica, quanto para a finalista e para a social da ação, para haver conduta é necessário que haja voluntariedade, o que não é possível com a pessoa jurídica. Além disso, afirmam que somente as pessoas físicas, como por exemplo, os dirigentes de uma sociedade, é que têm culpabilidade e, portanto, podem sofrer sanção penal.

2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei nº 9.605/98

Após dez anos da promulgação da Constituição de 1988 e de três projetos de regulamentação distintos, veio a lume a Lei nº 9.605/98. Partindo da previsão do artigo 255 § 3º, da Constituição Federal, tal diploma normativo, no seu art. 3º, institui a responsabilização penal da pessoa jurídica pelas atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. Foi com o advento desta lei que o legislador cumpriu o comando constitucional permitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica de maneira expressa, sem deixar dúvidas de sua vontade agora assegurada pelo texto constitucional e pela norma legal. As leis ambientais brasileiras anteriores constituíam-se em um arrazoado desconexo, imperfeito e não passível de codificação. Luiz Régis Prado sintetiza, exemplarmente, o estado das leis ambientais anteriores à referida lei: As leis criminais ambientais brasileiras pretéritas, em parte

vigorantes, constituíam-se em verdadeira catástrofe,

[...] excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores - técnico-científicos - que regem o Direito Penal Moderno” (PRADO, 2001).

Porém, não só elogios recebeu da doutrina, principalmente no que se refere à responsabilização penal da pessoa jurídica, tema esse que comporta discussão. Assim, prevê referida legislação mais de quarenta figuras delituosas, incorrendo na falsa percepção de que o Direito penal se constitui no remédio para todos os males, quando se sabe que a maioria não passa de mera infração administrativa ou contravenção penal. Não se questiona a importância da aludida lei como instrumento de controle das agressões do meio ambiente. A realidade ambiental exige e sempre exigiu, em virtude do bem jurídico protegido, um disciplinamento jurídico mais rígido e eficaz.

Entretanto, segundo a doutrina, a mesma eficácia poderia ser obtida sem que se socorresse do Direito Penal, visto que o ordenamento jurídico oferece uma série de sanções de outras naturezas, seja de Direito Civil, seja de Direito Administrativo. E na maioria das vezes são bem mais eficazes na proteção dos bens jurídicos do que a tutela penal (Cf. ROBALDO, 1999, p. 99).

Influenciado pelo sistema anglo-americano, em que essa forma de responsabilidade é normalmente admitida, o legislador pátrio teve, contudo, como fonte de inspiração, o modelo francês (Cf. ROBALDO, 1999, p. 99), adotado recentemente pelo Código Penal, em vigor desde 1º de março de 1994.

Embora a escolha do paradigma tenha sido adequada, na formulação da referida lei não andou bem nosso legislador, pois na França tomou-se o cuidado de se adaptar de modo expresso essa espécie de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional. A denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/1992) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes com o novo Código Penal, contendo inclusive, disposições de processo penal, com intuito de harmonização processual, particularmente necessária com a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Já no Brasil, ocorreu exatamente o oposto. O legislador simplesmente enunciou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem, contudo, adaptar a nova intervenção aos postulados centenários do sistema vigente.

A Lei 9.605/98 institui a responsabilidade administrativa, civil e penal da pessoa jurídica, em infrações contra o meio ambiente cometidas por decisão de representantes legais ou contratuais, ou de órgãos colegiados,

tomadas no interesse o benefício da entidade.

A “Lei dos Crimes Ambientais” contém oitenta e dois artigos, divididos em oito capítulos. As condutas típicas estão previstas no capítulo V, assim divididas; a seção I cuida dos crimes contra a fauna; II dos crimes contra a flora; III da poluição e outros crimes ambientais; IV dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, e , finalmente, a seção V cuida dos crimes contra a administração ambiental.

Um dos pontos mais polêmicos da chamada “Lei dos Crimes Ambientais” é a responsabilização penal da pessoa jurídica, que constitui o tema central do presente trabalho.

Analisando conjuntamente o dispositivo legal em questão, temos que para a caracterização da responsabilidade penal da pessoa jurídica torna-se necessária a conjugação de dois elementos, quais sejam, a decisão do ato infracional ser tomada pelos legítimos representantes da empresa, e ter sido, o ato criminoso, praticado em benefício ou interesse da pessoa jurídica, a qual, com o ato, direta ou indiretamente se beneficiará.

Segundo a maioria dos doutrinadores de peso, a responsabilidade penal da pessoa jurídica infringe os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, que definem o conceito de crime, assim como infringe também os princípios constitucionais da personalidade da pena e da punibilidade, que delimitam o conceito de pena.

Por maior que seja nossa defesa da tese da inadequação da teoria da culpabilidade às pessoas coletivas, não nos é dado o direito de negar que a ordem constitucional tuteladora do meio ambiente, na norma de conteúdo penal estampada no art. 225 § 3º da Lei maior, optou pela aplicação de sanções administrativas e penais às pessoas jurídicas. Demais disso, a lei 9.605 de 12/02/98, espanca qualquer dúvida quanto a essa opção do legislador.

Percebe-se que, com os contornos dados pela Lei 9.605/98, encontra-se definitivamente consagrada no Direito brasileiro, a responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto a crimes de natureza ambiental, embora se entenda que dita disposição normativa não se encontra passível de aplicação concreta e imediata, pois lhe faltam instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tais fins.

Como disse Bacigalupo, a simples introdução no ordenamento jurídico, de uma norma prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não será solução enquanto não se determinar previamente os pressupostos de dita responsabilidade (Cf. BACIGALUPO, 1998, p. 30).

As inovações e modificações não se revelam do dia para noite, principalmente nas ciências humanas. Faz-se necessário que se atenda às linhas evolutivas de uma ciência de uma determinada época, para extrair delas as informações capazes de proporcionar à sociedade um reflexo mais fiel possível de seu estágio atual de consciência.

O reconhecimento da pessoa jurídica como destinatária da norma penal supõe, antes de tudo, a aceitação dos princípios de imputação penal, como ocorreu no Direito Penal francês.

Na recepção legal deve haver todo um processo, onde estejam muito claros os pressupostos de aceitação da pessoa jurídica como sujeito de Direito Penal e os respectivos pressupostos dessa imputação, para que não haja a consagração de uma indesejável responsabilidade objetiva. Infelizmente, não houve, no nosso ordenamento jurídico, uma prévia preparação como ocorreu no ordenamento jurídico francês.

3. Penas aplicáveis a pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais

A responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista, no plano infraconstitucional, na Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas referentes e condutas lesivas ao meio ambiente. A lei em comento regula os tipos de penas a serem aplicadas às pessoas jurídicas, disposta no seu art. 21.

Quanto à pena de multa, não foram estabelecidos critérios claros para sua fixação em face das pessoas jurídicas, embora deva ser aplicada de acordo com a situação econômica do infrator (art. 6º, III). Não houve a formulação de uma regra própria para a empresa. Assim, serão punidas da mesma maneira a pessoa natural e a pessoa jurídica. Há casos em que a eficácia desse tipo de penalidade é questionada, pois há grandes restrições na aplicação da mesma aos grandes grupos industriais, pessoas jurídicas com enormes possibilidades financeiras, para as quais uma mera multa não viria a significar punição alguma.

Quanto às penas restritivas de direitos, previstas no inciso II, merecem um estudo mais detalhado face à sua maior complexidade, razão pela qual a própria Lei as detalhou no art. 22.

A primeira pena restritiva de direitos, ou seja, a suspensão parcial ou total de atividade, merece sérias reflexões. A atividade principal de uma pessoa jurídica, na maioria das vezes, tem natureza econômica. Neste caso, quando suspensa parcial ou totalmente, pode colocar em risco a própria sobrevivência da pessoa jurídica. Ademais, segundo se depreende do § 1º, as disposições legais e regulamentares relativas à proteção do meio ambiente, encontram-se espalhadas em variada e esparsa legislação, de complexa e difícil aplicação, principalmente por pequenas empresas.

Quanto à pena da interdição de estabelecimento, obra ou atividade, visa à necessidade de se fazer cessar prontamente a agressão ambiental, quando o estabelecimento, obra ou atividade da pessoa jurídica estiver funcionando de forma irregular, causando o dano ambiental tipificado na Lei.

Já a proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber subsídios e doações, tem como objetivo maior desestimular a prática do crime e impedir que o Poder Público, com todas as falhas existentes em sua administração, subsidie de alguma forma pessoa jurídica criminosa ou contrate com elas. É inadmissível que o Poder Público contrate, subsidie ou faça doações a pessoas jurídicas que agridam o meio ambiente ou pratiquem crimes ambientais tipificados na Lei.

A prestação de serviço à comunidade também é detalhadamente regulada pela lei em seu art. 23, e consistirá em: I) custeio de projetos ambientais; II) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III) manutenção de espaços públicos; IV) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Considerando que o espírito da Lei seja o de proteção e preservação do meio ambiente e dos recursos naturais indispensáveis à vida na terra, vale destacar que as penas elencadas no art. 23 da Lei são as que vão diretamente ao encontro do espírito legal.

Nos casos das pessoas jurídicas infratoras, em sua maioria, grandes empresas e complexos industriais, entende-se que os melhores tipos de punições criminais são os elencados no art. 23. Uma grande empresa seguramente pagaria uma multa aplicada, mas como ficaria o meio ambiente degradado? A comunidade seria obrigada a arcar com o dano? Daí a importância deste tipo de punição, tão em voga no Direito Penal, visto serem penas de maior eficácia, pois além de punir, reparam o dano. Resta, finalmente, analisar o art. 24 da Lei, que dispõe sobre a liquidação forçada, que é a pena de maior gravidade aplicável à pessoa jurídica, sendo considerada por alguns como verdadeira pena de morte:

Neste caso, é analisada a conduta daquelas pessoas jurídicas criadas e constituídas com a finalidade maior de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crimes tipificados na Lei 9.605/98.

Caso se comprove a conduta criminosa por meio do devido processo legal. A única pena aplicável, segundo se depreende do dispositivo legal em questão, é a completa liquidação da pessoa jurídica, ou seja sua extinção.

Conclusão

Do exposto, podemos concluir que a responsabilidade penal deve ser atribuída somente às pessoas naturais, pois a pessoa jurídica não possui consciência e vontade, em sentido psicológico, portanto, não é capaz de ser sujeito ativo do delito. Sem estes dois elementos - consciência e vontade - é impossível falar-se, tecnicamente, em ação, que é o primeiro elemento estrutural do crime. Além disso, a pessoa jurídica é incapaz de culpabilidade, que é a exigência de um juízo de reprovação jurídica que

se apóia sobre a crença de que, ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, agir de outro modo. No ordenamento jurídico brasileiro, a culpabilidade é atribuída somente ao ser humano, importando no Direito Penal do fato ou da culpa, evitando-se dessa forma, a chamada responsabilidade objetiva ou pelo evento. Dessa forma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica viola o princípio da culpabilidade.

No que se refere à pena, as idéias de retribuição, intimidação e reeducação não teriam sentido em relação às pessoas morais, bem como os fins de prevenção especial, uma vez que a empresa é incapaz de sentir tais efeitos.

Por outro lado, tomando-se por base alguns dos princípios informadores do Direito Penal, quais sejam, os de intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade, constata-se mais uma vez a rejeição ao instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, já que a adoção de tal instituto traduz-se em flagrante violação a tais princípios.

A utilização do Direito Penal deve obedecer sempre à última ratio, devido às conseqüências danosas que podem advir do seu uso arbitrário. Dessa forma, a legislação penal somente deve ser utilizada para sancionar aquelas condutas mais graves, quando se constituir no único meio capaz de regular as relações em sociedade, quando todos os demais ramos do Direito falharem na proteção a bens jurídicos relevante.

E decididamente, não é este o caso quando se fala em punir penalmente as pessoas jurídicas, pois o uso de meios administrativos atende perfeitamente à necessidade de sancionar estas pessoas, sem que se precise movimentar todo um aparato criminal para tanto.

Mesmo que a possibilidade de tal tipo de imputação fosse admissível do ponto de vista da dogmática jurídica, ainda assim, seria forçoso reconhecer sua inutilidade, na medida em que se pode dispor das penas administrativas. Como as penas criminais aplicáveis às pessoas jurídicas, na verdade, afetam apenas o patrimônio, não faz sentido utilizá-las, quando muito mais facilmente podem ser aplicadas sanções cíveis ou administrativas, de resultados idênticos.

Pela ótica do Direito Penal mínimo, não se observa qualquer utilidade na figura criada pela Constituição e concretizada pela Lei nº 9.605/98, que não seja o de promover um “rotulamento” das empresas, servindo como meio para tranqüilizar a população, que adquire a falsa impressão de segurança e de Ter seus direitos protegidos.

O crescimento da criminalidade produz na sociedade uma sensação de vulnerabilidade e insegurança. Por outro lado, alguns se valem disso para apresentar como solução um Direito Penal simbólico, promocional, excessivamente intervencionista, de medidas repressivas, causando uma sensação de tranqüilidade social, buscando seu fundamento no medo da

população. Como já mencionado, uma pena grande para um crime, mas que nunca será aplicada, na verdade estimula à prática daquele crime. De modo diverso, uma pena moderada, mas na qual há certeza da sua aplicação, esta sim inibe a prática do delito.

Dessa maneira, a configuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica não se coaduna com os objetivos almejados pelo Direito Penal, mas, sim, deseja atingir finalidades meramente políticas e demagógicas, de forma a diminuir sentimento de impunidade que vigora no meio social.

A chamada criminalidade moderna não pode ser combatida com a criação de figuras dogmaticamente insustentáveis, mesmo porque, não basta a publicação de uma lei como a de nº 9.605/98, criminalizando entes não passíveis de criminalização, para que os problemas sociais simplesmente desapareçam. Não se ignora que a sociedade é complexa e que se encontra em constante evolução, devendo o Direito estar atento a estas mudanças. Entretanto, não se pode admitir a utilização de meios claramente conflitantes com base do Direito Penal, em prol do oferecimento de maior sensação de segurança.

Em vez da utilização de subterfúgios, buscando demonstrar sensibilidade pelos anseios populares, impõe-se a necessidade de uma correta utilização da política criminal, para que o Estado saiba onde, quando e como agir, evitando que a lei perca a efetividade.

Referências Bibliográficas

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 7. São Paulo: 1990

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1995.

LUISI, Luiz. Criminalização do verde. in: **Revista Consulex**. Ano 19. Julho/1998. Apud SANTOS, Maurício Macedo dos. & Sega, Viviane Amaral in <www/ibccrim.com.br>. Acesso em 20/09/2001.

PRADO, Luiz Régis. **Crimes contra o ambiente**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. v 1. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **A Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da História** in GOMES, Luiz Flávio (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal - Coleção temas atuais de direito criminal. v. 2. São Paulo: RT, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

O WELFARE STATE COMO TENTATIVA DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Luciane CASTIGLIONI

Socióloga

Especialista em Administração e Consultoria

Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional

Docente dos Cursos de Direito, Administração, Turismo e

Secretariado Executivo da UNILAGO

Resumo: Entendido como um fenômeno mundial, o Welfare State ganhou destaque nas discussões acerca ao direito de desenvolvimento social do indivíduo, como sendo também um mecanismo capaz de garantir o acesso e o cumprimento aos direitos dos homens elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O presente trabalho, através de revisões bibliográficas, tem a finalidade de discutir as diferentes tentativas de determinadas nações em estabelecer o Welfare State em seu território visando a garantia ao desenvolvimento de seu povo. Feito isto, iremos verificar em que medida a implementação de um Estado de Bem-Estar Social se aproxima ou se distancia, na prática, de sua concepção originária, além de apontarmos também porque esta modalidade de Estado efetiva-se apenas como tentativa e não meio eficaz para o cumprimento dos Direitos Humanos, mais especificamente, dos elencados no Artigo XXV.

Palavras-chave: estado de bem-estar social, crise, desenvolvimento e direitos humanos.

INTRODUÇÃO

O Artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1.948, expressa que é direito da pessoa ter acesso a um padrão de vida digno, “capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstância fora de seu controle” (PIOVESAN, 2000).

Sua leitura nos leva ao seguinte raciocínio: de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer ser humano, ou seja, todo indivíduo tem o direito, a partir de seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que garantam sua existência terrena de forma digna.

É a partir desta concepção universalista de direitos e políticas sociais que nasce e se desenvolve o conceito do Welfare State (Estado de Bem Estar Social) no mundo, com a finalidade de garantir ou permitir que tais direitos fossem alcançados. No entanto, sabemos que a prática do Welfare State no Brasil e no Mundo, de forma geral, não colheu os frutos esperados, ocasionando assim grandes celeumas sociais e derrocando de vez o cumprimento dos direitos expressos no Artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Através da realização de uma perspectiva histórica do conceito de Welfare State, iremos analisar porque o mesmo não vigorou nas diversas nações que buscaram promover a garantia de tais direitos aos cidadãos através de políticas fundamentadas no Estado de Bem-Estar Social.

A partir daí iremos concluir que a existência do Welfare State como mecanismo de garantia ao direito de desenvolvimento humano é algo real apenas em termos teóricos, pois a sua prática distancia-se, quase que de forma unânime, de seu sentido originário.

A ORIGEM DO WELFARE STATE

Identificar no tempo o surgimento exato do Welfare State não é uma tarefa simples, pois sabe-se que formas embrionárias de sistematização de políticas sociais pelo Estado remontam ao início do capitalismo, em face da necessidade de se regular a economia capitalista. O argumento geral dá-se ao fato de que, em nível macro, o mercado é por diversas razões, um mecanismo insuficiente de integração da sociedade (Souza, 1999).

Piore e Sabel (1984), por exemplo, atribuem o desenvolvimento do Welfare State às primeiras décadas posteriores a 1930, como resultado da crença na necessidade de regulação da economia capitalista difundida especialmente após a Grande Depressão.

No entanto, a maioria dos historiadores e dos analistas de Welfare State, atribuem o surgimento e a efetivação dos Estados de Bem-Estar Social ao período posterior da Segunda Grande Guerra Mundial, mais espe-

cificamente nos países europeus, por diversas razões, nas quais podemos destacar:

- a) O término dos regimes totalitários na Alemanha e na Itália;
- b) A internacionalização dos direitos humanos e a universalização do conceito de cidadania;
- c) A hegemonia dos governos sociais-democratas, com base na concepção de que existem direitos sociais inerentes à existência de todo cidadão.

Segundo esta concepção, todo o indivíduo teria o direito, desde o seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ser fornecidos através do Estado (políticas públicas), mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos compreenderiam desde a cobertura de saúde e educação, até ao auxílio de recursos adicionais essenciais para o desenvolvimento humano, tais como: auxílio ao desemprego, renda mínima, etc.

Uma vez que tais direitos se configuram através da efetivação de políticas públicas, é oportuno ressaltarmos que tais políticas se tornam realizáveis a partir da elaboração, execução e sanção de normas jurídicas, e se configuram como determinações da comunidade, através do Estado, para o conjunto da sociedade.

Desta forma, é no exame e debate exaustivo de políticas públicas, de sua elaboração e execução, que se encontram as oportunidades para promover a desconcentração de poder e violação dos direitos humanos. É, portanto, na arena política mais ampla e coletiva que a luta mais eficaz pelos direitos humanos pode vir a triunfar de fato, isto é pode eliminar as causas mais profundas das suas violações (Guimarães, 1998).

Podemos dizer então que o Estado de Bem-Estar Social se relaciona com a concepção contemporânea de direitos humanos na medida em que ambos surgem visando reconstruir e proteger os sujeitos de direitos, em face à destruição, violação e descartabilidade da pessoa humana na 2ª Guerra Mundial, onde 18 milhões de pessoas foram levadas a campos de concentração, dentre elas judeus, comunistas, homossexuais, ciganos, etc. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra significou sua reconstrução (Piovesan, 2002), e com esta reconstrução nasceu o conceito de Welfare State.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO WEFARE STATE

No decorrer dos tempos as análises do Estado de Bem-Estar Social foram muito variadas e sujeitas a numerosas influências. Segundo Souza (1999), as diversas teorias que tentam explicar o surgimento e o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social podem ser agrupadas em dois grandes grupos, conforme o conteúdo de seus argumentos: a) aquelas que

ênfatisam o papel de regulação da sociedade exercido pelo Welfare State; b) aquelas preocupadas com os atores que configuram o Welfare State.

No primeiro grande grupo estão as teorias que postulam que a capacidade de integração social das instituições econômicas é limitada até mesmo para coordenar o funcionamento da economia, requerendo a existência de outras instituições, no caso o Estado, para realizar essa tarefa.

No segundo, os atores responsáveis pela implementação do Estado de Bem-Estar Social. Estes atores, por sua vez, são quocientes dos jogos de força estabelecidos entre os representantes políticos, as entidades representativas de classes e os movimentos sociais, que expressam a lógica de funcionamento do Estado. Para Souza (1999), essas teorias destacam que o Welfare State não pode ser analisado apenas como produto da interação entre Estado e classes sociais, mas também como produto de relações no interior do Estado e das classes sociais.

A elaboração e execução de políticas sociais que visam a busca do alcance do desenvolvimento humano (saúde, educação, trabalho, etc.) deixam de ser vistas como resultado de decisões autárquicas dos órgãos de governo e passam a ser encaradas como resultado do jogo de interesses entre políticos e a máquina burocrática.

Apesar dos caracteres distintos, ambos partem da premissa que o Estado de Bem-Estar Social pode ser entendido como uma mobilização em larga escala do aparelho do Estado de uma sociedade capitalista a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população.

Tanto nos países desenvolvidos (América do Norte e Alemanha Ocidental), quanto nos países em desenvolvimento, o Welfare State significou não só uma complementação às políticas do mundo industrial desenvolvido, mas, sobretudo um esforço de reconstrução econômica, social, moral e política, como demonstra Esping-Andersen (1995, p.73):

Economicamente, significou um abandono da ortodoxia da pura lógica do mercado, em favor da exigência de extensão da segurança do emprego e dos ganhos como direito de cidadania, moralmente, a defesa de idéias de justiça social, solidariedade e universalismo. Politicamente, o welfare state foi parte de um projeto de construção nacional, a democracia liberal, contra o duplo perigo do facismo e do bolchevismo.

Aspectos como as variações culturais existentes entre as várias nações e os diferentes regimes de governo ocasionaram o aparecimento de distintos modelos de Welfare State. Estudos relacionados às variações internacionais dos direitos sociais e de estratificação do Welfare State apresentaram a existência de combinações qualitativamente diferentes entre Estado, mercado e família. Essas variações, que não são linearmente dis-

tribuídas, podem ser agrupadas em diversos regimes de Welfare State (Bet-tiol, 2005).

Segundo Esping-Andersen (1991, p.108), são eles:

- a) Welfare State Liberal: é caracterizado pela predominância da assistência aos comprovadamente pobres. Os benefícios mais comuns que atingem os indivíduos de baixa renda são: transferências universais reduzidas e planos de previdência e planos de previdência social modestos. Estados Unidos, Canadá e Austrália adotam este modelo;
- b) Welfare State Conservador: é caracterizado pelo domínio das diferenças de status, estando os direitos ligados à classe e ao status social. Áustria, Alemanha, França e Itália adotam este tipo de regime;
- c) Welfare State Social-democrata: é adotado pelos países escandinavos e caracteriza-se por buscar oferecer benefícios e serviços com os melhores padrões de qualidade, sem distinção de classes sociais, pois estes benefícios se estendem desde as classes trabalhadoras até as classes mais abastadas.

Os governos dos países escandinavos (Dinamarca, Suécia, Noruega e Finlândia) entendem que é fundamental o acesso aos serviços que irão garantir um bom desenvolvimento do homem em seu meio, e como entendem também que o direito ao desenvolvimento é um direito universal, estendem os benefícios as demais classes também. Em virtude disso, o modelo escandinavo de Welfare State é tido como referência mundial em termos de Estado de Bem-Estar Social.

No Brasil, o Welfare State se formou entre os anos 30 e a década de 70, e as circunstâncias do seu surgimento e desenvolvimento são diferentes das observadas na maioria dos outros países, pois o mesmo surge a partir de decisões autárquicas de caráter estritamente político, uma vez que suas principais finalidades eram regular aspectos relativos à organização dos trabalhadores assalariados dos setores modernos da economia e da burocracia.

Isto conferiu um caráter profundamente conservador de suas políticas sociais, além de conferir também um caráter extremamente fragmentado, pois o Welfare State brasileiro passou por diversas fases constitutivas até se institucionalizar e, concomitantemente, entrar em crise.

Como descreve Draibe (1988, p. 53):

- a) De 1930 a 1943: criação dos institutos de aposentadorias e pensões, legislação trabalhista, regulação de políticas nas áreas de saúde e educação. Os recursos são centralizados na Esfera Federal;

- b) De 1945 a 1964: inovações nos campos da educação, saúde, assistência social e habitação popular. As ações eram guiadas sob a forma seletiva, heterogênea, em termos de benefícios, e fragmentada (institucional e financeiro quanto à intervenção social do Estado);
- c) De 1960 a 1975: busca-se um espaço para a universalização (educação, saúde, assistência social, previdência e habitação).

A centralização dos recursos na Esfera Federal, a criação de diversos institutos com finalidades distintas e a forma seletiva com o qual foi implementado, atribui um caráter meritocrático, particularista e clientelista ao Welfare State brasileiro. Isto engendrou ainda mais a estratificação social do país, pois eram políticas específicas para grupos sociais distintos, onde um dos critérios de elegibilidade era a participação do indivíduo na construção do sistema.

Como analisa Draibe (1988), a seguridade brasileira não foi estendida indiscriminadamente a todos os indivíduos da sociedade, pois o critério de elegibilidade exigia o pertencimento do indivíduo a um determinado grupo, grupo este que contribuísse diretamente para a sustentação das políticas, tais como cooperações, associações ou outras formas de inserção no mercado de trabalho. É em virtude disso que podemos então falar em caráter particularista do Estado de Bem-Estar Social no Brasil.

No período marcado pela criação da base institucional e legal do Welfare State brasileiro, o particularismo é expresso na forma de corporativismo, limitado pelos objetivos políticos dos sucessivos governos. Sendo assim, aponta Draibe (1988), o Estado brasileiro mostrou-se incapaz de distribuir competências e utilizar recursos de maneira impessoal e equitativa.

Disso resultaram diversas deficiências do sistema, como ineficiência e ineficácia dos programas sociais, superposições de competências, objetivos e clientelas-alvo, regressividade dos gastos sociais, altos custos de implementação e administração, distanciamento entre formuladores executores e os beneficiários das políticas públicas, total ausência de avaliação dos programas, instabilidade e descontinuidade das políticas e o peso desproporcional dos interesses burocráticos, corporativos e privados nas definições e na dinâmica de funcionamento da máquina social do Estado, afastando o Brasil da busca pela universalização dos direitos sociais dos cidadãos (Draibe, 1988, p.15; Draibe, 1989, p. 302).

O DESMANTELAMENTO DO WELFARE STATE

A crise do Estado de Bem-Estar Social no mundo, mais especificamente nos países do norte, relaciona-se com a própria crise do Estado desses países, dada também a partir da manutenção das próprias políticas de Welfare State.

O Estado de Bem-Estar Social entrou em crise após um período de crescimento econômico ocorrido no pós-guerra de 1945, que inicialmente foi viabilizado por uma boa interação entre as políticas de Welfare e os modelos econômicos da época, pois estas tinham caráter apaziguador dos conflitos sociais, permitindo assim a expansão de políticas sociais e crescimento econômico.

Sendo assim, a crise culminou nos anos 70, dada pelas excessivas demandas para com o sistema político, pelo estrangulamento da agenda governamental e acima de tudo pelo gastos sociais excessivos que o próprio Welfare State gerava, uma vez que estes eram muito superiores às arrecadações estatais realizadas.

Como aponta Draibe (1988) com a crise do Welfare State, começa a ganhar força o argumento conservador, que sustenta a idéia de que o Welfare State é uma estrutura pernicioso, sendo uma concepção perversa e falida do Estado. Tal argumento gira em torno de três questões:

a) a expansão dos gastos sociais do Estado se realiza em condições de desequilíbrio orçamentário, provocando déficits públicos, que por sua vez irá penalizar a atividade produtiva, provocando inflação (através da emissão de moeda ou pelo aumento dos tributos) e desemprego. De acordo com o pensamento conservador, financiamento dos programas sociais requer a elevação dos tributos e contribuições sociais, acarretando redução tanto da poupança quanto dos investimentos. Tem-se ainda que a ampliação dos programas sociais representa um aumento dos empregos públicos, que não são produtivos.

b) A segunda questão é a noção de que os programas sociais estimulariam a “preguiça”, pois ao eliminarem os riscos de todo o tipo ferem a ética do trabalho e comprometem o mecanismo de mercado. Tais programas provocam desestímulos ao trabalho, diminuindo, assim, os graus de competitividade da mão-de-obra.

c) A amplitude dos programas sociais, no plano político, revela graus insuportáveis de regulação e intervenção do Estado na vida social, introduzindo elevados índices de autoritarismo nas sociedades democráticas, tendendo assim para um totalitarismo.

Tais questões minaram de vez a continuidade plena de uma política de welfare no mundo.

No Brasil, a implementação do Estado de Bem-Estar Social chocou-se com a própria questão da reforma do Estado brasileiro, praticada ao longo dos anos 70 e 80, por isso é mister dizer que a crise do Welfare State brasileiro ocorreu antes mesmo que este pudesse ser efetivado em sua plenitude.

A tentativa do Estado brasileiro em organizar um Estado de Bem-Estar Social se deu sob o objetivo de satisfazer as demandas da população-alvo

deste tipo de Estado. Criou-se então diversos órgãos e institutos (INAM, Funrural, AIS, etc.) visando o alcance da universalização dos direitos sociais, mas estes, por sua vez, não vingaram em nosso país.

O modelo de desenvolvimento econômico e a base de sustentação financeira das políticas sociais no Brasil foram organizadas de forma incompatível com os ideais de universalização. Segundo Medici (2001), a política social brasileira, além de ser insuficiente para cobrir as necessidades da população de mais baixa renda, não somente em termos de quantidade, mas também de qualidade, exclui, na prática, os segmentos de alta e média renda.

Tais segmentos faziam e fazem o uso dos sistemas privados autônomos, seja no campo da saúde, seja no campo das entidades de previdência privada, tornando assim este caracter um fator de distinção do tipo de universalismo que se implantou na maioria dos países europeus na fase áurea do Welfare State.

Mesmo a Constituição de 1988 maculando o ideário da universalização das políticas sociais no Brasil, numa fase onde as condições econômicas para chegar a um universalismo de fato se tornavam cada vez mais precárias, não foi suficiente para garantir a efetivação de um Estado de Bem-Estar Social.

O baixo crescimento econômico do país na época, associado à aceleração inflacionária, ao descrédito na capacidade gerencial das agências estatais e aos desequilíbrios orçamentários entre o Estado e suas instituições, gerou conflitos entre a política econômica e social do país, o que impediu de vez a sociedade brasileira de produzir um crescimento econômico com equidade e justiça social.

Em virtude destas ocorrências é que a crise do Welfare State no Brasil instalou-se antes mesmo da implementação do próprio Estado de Bem-Estar Social.

CONCLUSÕES

A implementação de Estados de Bem-Estar Social surgiu, como dito anteriormente, não só visando a complementação das políticas industriais praticadas em todo mundo, mas acima de tudo visando a reconstrução econômica, social, moral e política das nações.

Sendo estes fatores os elementos basilares para a conceituação de um modelo de Welfare State, podemos dizer que na prática a implementação dos Estados de Bem-Estar Social distancia-se de sua concepção originária, pois tal modelo de Estado não conseguiu cumprir seu papel integralmente.

Mesmo nos países desenvolvidos, tidos como modelos de Welfare State, como é o caso dos países escandinavos, a sua prática gerou uma série

de anomalias sociais, como por exemplo, o desestímulo ao trabalho. Já nos países em desenvolvimento, como o Brasil, este modelo esgotou-se mesmo antes de ter sido implementado de forma efetiva.

Ao entrar em crise o Welfare State abre espaço para a articulação e propagação de velhos caminhos a serem seguidos, como por exemplo, a constituição de mercados livres e menor provisão dos serviços públicos de Bem-Estar, minando assim as vias de acesso que levavam ao cumprimento e alcance dos direitos sociais. Por isso o Estado de Bem-Estar Social tornou-se tentativa e não meio de cumprimento dos Direitos Humanos. Ele não encontrou sua própria sustentabilidade, reavivando assim o liberalismo econômico.

Este modelo, cuja premissa é dada pela livre concorrência de mercados, colocando o mesmo como a melhor forma para se alcançar desde os maiores índices de produtividades até aos mais altos níveis de Bem-Estar de uma nação, reduz o papel do Estado a formas mínimas de atuação, sobretudo nas vias econômicas.

Esta desregulamentação econômica gera, naturalmente, disparidades entre os indivíduos, originando assim, cada vez mais, grupos sociais distintos caracterizados pela excessiva concentração de renda e poder.

É a concentração do poder nas mãos dos detentores do capital que faz nascer políticas (flexibilização de leis trabalhistas, previdenciárias, dentre outras) que buscam a redução ou supressão dos direitos sociais dos homens que se encontram em situação de desvantagem.

O cumprimento de tais políticas é exemplo claro de que a violação dos Direitos Humanos não é apenas uma questão relacionada à supremacia de uma determinada raça ou cultura, como o ocorrido na Alemanha com a emergência do nazismo, mas sim resulta também da criação, aumento e manutenção das situações de privilégio que a concentração de poder permite aos seus beneficiários.

Referências Bibliográficas

BETTIOL, A. J. **Formação e destinação do resultado em entidades do terceiro setor: um estudo de caso.** São Paulo, 2005. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, USP.

DRAIBE, S. **Rumos e metamorfoses.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. **Welfare state no Brasil: características e perspectivas.** Caderno de pesquisa Unicamp do núcleo de estudo de políticas públicas. Campinas, n. 08. 1988.

_____. **Há tendências e tendências:** com que estado de bem-estar social havemos de conviver neste fim de século? Caderno de pesquisa Unicamp do núcleo de estudo de políticas públicas. Campinas, n. 10. 1989.
ESPING-ANDERSEN, G. O futuro do welfare state na nova ordem mundial. in: **Lua Nova Revista de Cultura e Política**. São Paulo, n. 35, 1995.

_____. As três economias políticas do welfare state. in: **Lua Nova Revista de Cultura e Política**. São Paulo, n. 24, 1991.

MEDICI, A. C. Welfare state no Brasil. **Artigos do Ministério das Relações Internacionais**, 2001. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/cdbrasil/itamaraty/web/port/polsoc/welfare/apresent.htm>>. Acesso em: 19out. 2005.

PIORE, M.; SABEL, C. **The second industrial divide:** possibilities for prosperity. Basic Books, 1984.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Direito ao desenvolvimento. In: **II Colóquio internacional de direitos humanos**. São Paulo, 2002.

SOUZA, M.M.C. **A transposição de teorias sobre a institucionalização do welfare state para o caso dos países subdesenvolvidos**. Texto para discussão, nº 695. Brasília: IPEA, 1999.

_____. **A trajetória do welfare state no Brasil:** papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990. Texto para discussão, nº 852. Brasília: IPEA, 2001.

O EQUILÍBRIO CONTRATUAL COMO FUNDAMENTO ÚNICO DA REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS CIVIS E DE CONSUMO

Emerson Rodrigo CARBINATTO

*Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP – Campus de Franca.
Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

Resumo: Dentre as inúmeras inovações trazidas pelas duas codificações mencionadas, merece destaque a relativização do princípio contratual clássico da obrigatoriedade dos contratos. Através desse fenômeno introduziu-se a possibilidade de resolução ou revisão dos contratos em razão de desproporção das prestações ou onerosidade excessiva para uma das partes. A modificação e a revisão das cláusulas contratuais, já previstas pelo Código de defesa do consumidor em 1990, adquiriram contornos diferentes com o advento do novo Código Civil, o qual estabeleceu regras mais rigorosas para a concessão desse benefício à parte contratante prejudicada. Daí a necessidade de realizar um estudo com o objetivo de demonstrar que, independentemente da natureza do contrato – civil ou de consumo – o fundamento da resolução e revisão dos contratos é único: o equilíbrio contratual.

Palavras-chave: fundamentos, resolução dos contratos, revisão contratual, equilíbrio contratual, princípios contratuais.

Introdução

Em nenhum outro momento histórico a rigidez do brocado *acta sunt servanda* mostrou-se tão ultrapassada e superada pelo direito positivo como nos dias de hoje.

O advento do novo código civil em 2002 sedimentou, através dos seus princípios e de seus institutos, o que a doutrina e a jurisprudência, há algumas décadas, vinham decidindo na seara contratual: a relativização do princípio da força obrigatória dos contratos como imperativo de justiça social.

O surgimento da nova codificação civil, de cunho estritamente social, em contraposição ao código civil anterior, de 1916, de caráter eminentemente liberal, introduziu uma nova forma de justiça nos contratos: a justiça contratual social, baseada na preponderância dos interesses coletivos sobre os interesses individuais; na adoção dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual; e na intervenção estatal na economia através do dirigismo contratual.

Essas transformações surgiram da necessidade do Estado intervir nas relações jurídicas para tutelar valores constitucionais bem como desempenhar tarefas de proteção aos indivíduos inseridos num contexto sócio-econômico. Assim, o novo Código Civil tem a missão de salvaguardar a pessoa humana, nos termos em que determina a Constituição Federal, tutelando a parte mais fraca e abandonando a idéia de que as partes contratantes são iguais na medida em que são sujeitos de direito, livres e capazes.

Esse caráter tutelar já existia no Código de defesa do consumidor, que surgiu em 1990. O novo Código Civil fortaleceu ainda mais essa ideologia presente no ordenamento jurídico brasileiro ao consagrar os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social do contrato.

Essa teoria é confirmada pela idéia central da presente pesquisa: a revisão e resolução dos contratos tem como fundamento único o equilíbrio contratual, considerado em seu aspecto objetivo e subjetivo, inserido numa sistemática alicerçada em princípios que lhe conferem unicidade e possibilitam a adequação da sua aplicação nos diversos casos em que o instituto revisionista se mostra necessário.

Através do princípio da função social do contrato, do princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, o equilíbrio contratual consolida-se como fundamento único capaz de relativizar a força obrigatória dos contratos, ao mesmo tempo em que cria um ambiente mais propício e fecundo para os novos parâmetros de justiça contratual.

A sistemática contratual atual suprime, dessa forma, a necessidade de qualquer outro requisito de aplicação da resolução ou revisão dos contratos. Apenas a onerosidade excessiva fundamentada no desequilíbrio contratual será considerada requisito de aplicação desses institutos.

1. O princípio do equilíbrio contratual

No período medieval, os contratos deveriam prezar pelo equilíbrio de suas prestações, defendido tanto pela moral cristã como pelos juristas do direito natural daquela época. Os canonistas, seguindo as pegadas dos juristas romanos, preconizaram, como de estrita justiça, o equilíbrio de situações econômicas que deveria sempre existir em contratos de longa duração.

No período liberal, esse equilíbrio advinha da igualdade das partes contratantes e da liberdade contratual, pois os contratantes eram considerados pessoas esclarecidas e livres para defender seus próprios interesses; por isso, a manifestação de suas vontades era suficiente para que a palavra dada fosse cumprida incontestavelmente - o contrato fazia lei entre as partes. Qualquer intervenção do Estado (juiz ou legislador) nas relações contratuais seria prejudicial à segurança jurídica neste período - era a teoria contratual clássica.

Para essa teoria, justo seria aquele contrato celebrado em razão da autonomia da vontade das partes e da igualdade formal defendida pela filosofia individualista da época, sem a preocupação com possíveis desigualdades das partes no momento da celebração dos pactos e desequilíbrios causados numa fase posterior ao de sua conclusão.

Alguns fatores, mais tarde - final do século XIX e início do século XX -, determinaram a mudança nos paradigmas contratuais, ao ensejar uma progressiva intervenção do Estado nessas relações, inclusive controlando o conteúdo dos contratos.

Nesse sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior nos esclarece que, no âmbito do direito contratual atual, não importa investigar apenas se o consentimento é válido, mas, avaliar, principalmente, a justiça da troca. A problemática da equivalência das *causae* supera a problemática do consentimento (Cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 108, grifo nosso)

Portanto, as regras de direito contratual não são mais analisadas com base nas antigas noções de autonomia da vontade e liberdade contratual, mas sim na importância de se estabelecer a justiça social através de um de seus pilares atuais que é o equilíbrio econômico das prestações contratuais; a comutatividade contratual adquire, agora, um valor maior que o princípio da *pacta sunt servanda*.

A partir de então, normas de proteção e tutela dos direitos sociais - além dos direitos individuais e humanos pregados pela filosofia iluminista - passaram a fazer parte dos textos constitucionais.

Neste contexto, a Constituição federal brasileira forneceu elementos para que essa nova teoria contratual se sustentasse. Em seu art. 3º, I, é traçado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, entre outros, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Deduz-se,

então, que o equilíbrio nas relações contratuais constitui um dos pilares constitucionais para se alcançar as finalidades estatuídas na Carta Magna. Encontra-se, assim, fundamentado na Constituição.

De acordo com Tereza Negreiros:

A vedação a que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes [...], constitui expressão do princípio consagrado no art. 3º, III, da Constituição: o princípio da igualdade substancial, pressuposto - como é notório - da justiça social, o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante (2002, p. 156).

Esse princípio sinaliza a ruptura definitiva da preponderância da igualdade jurídica e formal característica da concepção liberal do contrato. Vedada estaria, no período liberal, argüir a desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte (Cf. LOBO, 2002, p. 192).

Atualmente pune-se, através desse princípio e da noção de comutatividade, o contratante que se aproveitar da vulnerabilidade jurídica da outra parte para prejudicá-la ao estabelecer cláusulas abusivas que, desde o início do contrato, desequilibrem a relação, bem como aquele que aproveitar-se de circunstâncias que venham a modificar a economia contratual em seu favor para, em nome dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, aumentar seu patrimônio em detrimento do seu parceiro contratual, pois essa conduta viola o princípio da boa-fé objetiva, o qual interfere, de forma decisiva, na justiça contratual nos moldes atuais.

2. A comutatividade dos contratos e a atual noção de equilíbrio no direito social

A noção de comutatividade encerra a idéia de equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações, pois, através delas, as partes devem saber, desde o início do negócio, quais serão seus ganhos e suas perdas. Pode-se afirmar que a justiça comutativa busca o equilíbrio contratual na verificação objetiva das prestações assumidas pelas partes contratantes.

Com efeito, o conceito puro de justiça comutativa deixa de considerar qualquer aspecto subjetivo da contratação, ou seja, a idéia de comuta-

tividade dos contratos, em si, dispensa qualquer consideração a respeito da vontade das partes contratantes. Apesar da noção de comutatividade e equilíbrio contratual existirem desde a antiguidade, elas não passaram incólumes ao tempo e ganharam diversos significados nos diferentes momentos históricos em que se desenvolveram, pois o julgamento dessas noções é, e sempre será, flexível e adaptável às mudanças sociais de cada época.

Dessa maneira, os aspectos relativos à vontade passam a ser decisivos para justificar a preocupação do legislador em tutelar aquele que a manifesta sob condições precárias, v. g., quando diante de uma relação na qual impera a supremacia do poder negocial de uma das partes, ou diante de contratos de adesão em que não existe possibilidade de negociação de suas cláusulas, ou mesmo nos casos de necessidade, urgência, leviandade, inexperiência etc.; esses elementos influenciam decididamente no processo volitivo e na sua conseqüente manifestação.

Como conseqüência disso, as legislações atuais mais modernas determinam, de forma mais rígida, uma intervenção maior nas relações contratuais que estabeleçam desequilíbrios indesejáveis como, v. g., os de locação, de empréstimo de dinheiro a juros, os contratos de consumo, etc., (CDC, Lei do inquilinato, Lei dos crimes contra a economia popular, etc.) e tutelam a vontade e sua manifestação como elemento subjetivo do equilíbrio contratual.

Isso ocorre, porque na análise dos novos conceitos de justiça contratual, verifica-se que as conseqüências de um contrato produzem reflexos sociais suficientes para que o legislador opte pelo interesse público na limitação da liberdade contratual.

3. A segurança jurídica dos contratos e seus novos paradigmas

Conforme já visto, a noção de justiça varia demasiadamente em razão de um determinado momento histórico, de um local para outro, de ideologias e regimes de governo diferentes.

Pode-se afirmar que a idéia de justiça contratual, na época liberal, era fazer do contrato, ou melhor, dar ao contrato uma segurança jurídica baseada na liberdade contratual e na igualdade formal das partes.

Justo, no liberalismo, era primar pela segurança jurídica buscada pelas partes quando da celebração dos contratos e fazer cumprir o acordo firmado entre elas independentemente de qualquer elemento externo ao acordo que causasse danos a uma das partes; isso fazia parte dos riscos dos negócios e, sem eles, os negócios não poderiam sobreviver.

Essa rigidez da força obrigatória foi substituída por um conceito de justiça contratual que transitou do voluntarismo contratual para a solidariedade social.

A partir dessa noção, o contrato teria, para Fernando Noronha, o cará-

ter obrigatório não porque tenha sido:

‘querido’, porque se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas porque é necessário, do ponto de vista social, garantir segurança a esse negócio jurídico que, como fato social, é instrumento fundamental de produção e distribuição de riqueza (1990, p. 106).

Para garantir a segurança jurídica dos contratos frente aos valores constitucionais, principalmente o da função social, é inadmissível que se exija o cumprimento dos acordos que arruinem uma das partes do contrato. Se a Constituição “abre campo para livre iniciativa, de igual maneira, tal só pode ser tomada como legal e eficaz se conformada à livre iniciativa, pelo valor maior da justiça social” (NALIN, 2004, p. 60).

Neste contexto pode-se afirmar que a segurança jurídica, defendida arduamente pela doutrina liberal e, caracterizada pela rigidez da obrigatoriedade dos pactos através do acordo de vontades e pela certeza do seu cumprimento em razão da adoção do *pacta sunt servanda*, foi substituída pela noção de reequilíbrio da situação econômica dos contratantes através da possibilidade de resolução ou revisão dos contratos.

4. O princípio do equilíbrio contratual e seus elementos: objetivo e subjetivo

A atual concepção social do contrato determina que justiça contratual está presente não somente no processo de formação e manifestação da vontade das partes, mas, sobretudo, em seu conteúdo e em seus efeitos e visa resguardar o equilíbrio contratual das posições econômicas dos contratantes.

Portanto, o princípio do equilíbrio contratual há de ser aplicado antes, durante e depois de concluído o contrato. Esse equilíbrio deverá estar presente desde o momento em que as partes estão potencialmente em contato para que a oferta seja feita, como também na fase em que o negócio é celebrado; também, na fase de execução do acordo, sem, todavia, deixar de lado a preocupação em tutelar o contratante mais vulnerável, em face da diferença de poder negocial entre os contratantes, sobretudo com relação ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem estar equilibrados. E é nesse último aspecto que o princípio do equilíbrio contratual demonstra sua segurança como fundamento único da revisão e resolução dos contratos.

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lobo afirma que o princípio do equilíbrio contratual ou da equivalência material:

[...] desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes (2002, p. 192-193).

É sob esse posicionamento de Paulo Luiz Netto Lobo que a idéia central do presente trabalho é desenvolvida, pois tanto a resolução como a revisão dos contratos terão, como fundamento principal, o equilíbrio contratual considerado em seu aspecto objetivo e subjetivo. Para que haja a intervenção estatal no contrato, resolvendo-o, anulando-o ou revisando-o, faz-se necessária a presença desses dois aspectos: o desequilíbrio do poder negocial dos contratantes (subjetivo) e o desequilíbrio das prestações (objetivo).

Assim, o desequilíbrio das prestações não ocasionado pelo abuso do poder contratual de uma das partes, nem pelo aproveitamento por uma das partes da vulnerabilidade jurídica da outra, deverá ser visto com muita cautela para fundamentar a resolução ou revisão dos contratos civis não celebrados por adesão; já nos contratos civis celebrados por adesão e nos contratos de consumo a vulnerabilidade de uma das partes é presumida.

Para que sejam admitidas essas formas de intervenção nos contratos civis não celebrados na forma de adesão, deverá ser provada a má-fé da outra parte, sob pena de incidir, de forma absoluta, o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória do contrato que, neste caso, foi celebrado por vontades livres e legítimas, sem vícios.

Portanto, o equilíbrio contratual como fundamento para a resolução ou revisão dos contratos autoriza a resolução ou revisão dos mesmos quando estiverem presentes ambos os aspectos (objetivos e subjetivos) do princípio do equilíbrio contratual. Nesse contexto enquadram-se os contratos civis realizados por adesão e os contratos de consumo.

Essas hipóteses estão previstas na legislação civil e consumerista, quando determinam a sanção de anulabilidade no estabelecimento de negócio jurídico lesionario assim como quando possibilita a revisão e resolução dos contratos em razão de onerosidade excessiva e estabelece como nulas as cláusulas abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem. Preserva-se, assim, a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os

abusos gerados por uma das partes contratantes.

De fundamental importância é definir que a aplicação do princípio do equilíbrio contratual em conjunto com os princípios da boa-fé objetiva e o da função social do contrato não podem permitir que um dos contratantes experimente prejuízos, senão em virtude da característica do contrato, como, v. g., os contratos aleatórios e os contratos gratuitos.

A aplicação, em conjunto, dos referidos princípios determina que cada uma das partes experimente apenas os ganhos e as perdas que estão incluídos na comutatividade contratual (sinalagma) para alcançar seus objetivos e atender seus interesses.

De todo o exposto, conclui-se que os parâmetros de justiça, nos contratos contemporâneos, abandonaram a postura de preponderância da autonomia da vontade para a preponderância de seus efeitos de justiça social e equilíbrio material do conteúdo dos acordos.

Conclusão

Conclui-se que, hodiernamente, a segurança jurídica dos contratos envolve não somente o cumprimento à palavra dada, mas também, e, principalmente, o equilíbrio das prestações.

A segurança jurídica contratual se posiciona, atualmente, no equilíbrio inicial e na sua comutatividade, aqui considerada como uma definição, desde um primeiro momento, da dimensão das prestações contratuais a serem cumpridas e os riscos a que se expõem as partes. Torna-se imperioso que o ordenamento garanta, por um lado, a segurança das negociações no que se refere às expectativas do credor ao mesmo tempo em que impede que recaiam sobre o obrigado riscos fora do seu controle, ocasionados, em alguns casos, pelo aproveitamento da situação de superioridade de uma das partes contratantes.

A necessidade social de assegurar a observância de certos compromissos ainda continua sendo fundamental, pois o valor primacial a considerar ainda é o da segurança jurídica, que é tutelado em nome da confiança do declaratório ou, dizendo de outro modo, de sua boa-fé. Todavia, o princípio do equilíbrio contratual está presente, na medida em que a segurança jurídica criada em decorrência da confiança do declaratório tenha que ceder, em alguns casos específicos, diante da absolutamente estranheza das obrigações pactuadas ao obrigado.

De nada adianta garantir o cumprimento do acordo de vontades se o mesmo encontra-se desequilibrado a ponto de aniquilar uma das partes. A noção de segurança jurídica nas relações contratuais baseia-se, assim, em valores que refletem uma preocupação não apenas com a certeza do cumprimento das obrigações pactuadas, mas, principalmente, com o seu equilíbrio; a partir disso tornam-se obrigatórias. Caso seja detectado algum

desequilíbrio inicial, ou ele surja num momento posterior à celebração do pacto, em nome do equilíbrio contratual, da segurança jurídica e da justiça social, deverá o pacto ser revisto ou mesmo, anulado ou resolvido na ocasião em que solução melhor não seja vislumbrada.

Conforme visto em tópicos anteriores, os referenciais valorativos do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente após a Carta Magna de 1988, refletiram diretamente em todas as áreas do Direito, principalmente, no Direito privado. Princípios como dignidade humana, função social, solidariedade e cooperação social - neles embutido a lealdade e a confiança das partes - perfazem, ao lado do princípio da ordem econômica e da livre iniciativa, as bases e os alicerces do Direito privado atual.

Portanto, sob o prisma contratual, pode-se afirmar que o direito tem dupla finalidade: garantir tanto a justiça quanto a segurança dos pactos. É notória a necessidade de encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

É possível afirmar que a resolução ou revisão dos contratos em razão de desequilíbrio de suas prestações gera, a princípio, certa insegurança para o credor pois, encontrar um equilíbrio entre a justiça e a segurança jurídica da palavra dada não é tarefa das mais fáceis, pois se está diante de situações de prevalência da ética sem, contudo, desconhecer a economia e os seus imperativos.

Todavia é possível afirmar, sem receio algum, que a segurança jurídica dos contratos não está sendo deixada de lado, mas agregou-se a ela elementos antes não considerados e que, atualmente, fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Portanto, à questão da atual noção de segurança jurídica contratual deve-se agregar a noção de equilíbrio dos pactos (equilíbrio formal e material) na busca de um resultado social satisfatório; todavia leva-se em consideração que, na atual conjuntura, essa segurança jurídica do cumprimento do pacto deverá ser permeada pelas noções de equilíbrio e de justiça social. As soluções relacionadas aos contratos deverão abandonar o absolutismo do passado em nome dos valores éticos e sociais sem deixar de lado a sua principal função no desenvolvimento econômico-social.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. 144 f. 2002. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 63.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defe-

sa do consumidor e no novo código civil. in: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Mudanças dos contratos no âmbito do direito social. in: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 7, v. 25, p. 99-115, jan./mar. 1997.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro código civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 3, n. 12, p. 50-60, out.dez. 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. **Revisão judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro**. 2002. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

REPRESENTANTE COMERCIAL E VENDEDOR EMPREGADO: DIFERENÇAS, SEMELHANÇAS E CONSEQUÊNCIAS DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO INADEQUADO

Fabiana Maria MARDEGAN

*Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho
Mestre em Direito Privado pela Universidade de Franca
Advogada e consultora jurídica na área trabalhista
Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

O representante comercial é figura que surgiu em nosso ordenamento, como categoria jurídica própria, classificado como auxiliar do comércio.

Na antigüidade a mediação era efetuada tradicionalmente por corretores, comissários ou mandatários.

Com o desenvolvimento do mercado o comércio prosperou, surgindo assim a figura do caixeiro-viajante, muito conhecido no interior do País, que pouco a pouco substituiu a figura do mascate, comerciante ambulante que percorria as localidades desprovidas de comércio próprio.

A comunicação entre cidades e praças de comércio era difícil e rudimentar, e assim, os comerciantes entregam suas mercadorias aos comissários, para que fossem vendidas em diversos locais, devendo o comissário, quando de sua volta, prestar contas ao comitente de suas atividades.

Surgiram as indústrias e com elas a necessidade de criação de novas formas de intermediação para atender a crescente expansão do comércio, aparecendo assim o representante comercial.

Arnoldo Wald escreveu que “a representação comercial constitui uma atividade comercial relativamente recente, denominada na legislação continental européia e norte-americana de agência (ou agenciamento), nomenclatura que também foi utilizada pelo projeto do CCB.”¹

O contrato de representação comercial é aquele no qual uma parte se obriga a realizar negócios mercantis em favor da outra parte, mediante remuneração, efetuando o agenciamento de propostas ou pedidos de compra em favor da empresa representada.

Os representantes comerciais, “são pessoas naturais ou jurídicas que, amparadas por um contrato com uma ou várias empresas, procuram anga-

1) WALD, Arnoldo. *Do regime jurídico do contrato de representação comercial*. RJ n° 213 – JUL/95, p. 5.

riar negócios em proveito das mesmas”. (Martins, 1990, p.156)²

A remuneração dos representantes comerciais não se dá pelo trabalho perdido, mas pelo resultado útil dele decorrente.

Verifica-se assim que, o contrato de representação comercial está situado na seara da colaboração para realização de negócios mercantis, pertencente ao grupo dos contratos de mediação.

Pontes de Miranda (1984, p.71), em seu Tratado de Direito Privado já escreveu sobre o representante comercial sob a denominação de representante do comércio ou representante de empresa, e fez a diferenciação entre mandatário, comissário e representante.³

Como explica Maria Helena Diniz (1993, p.393), há na agência uma atividade de intermediação exercida profissionalmente pelo representante comercial, sem qualquer dependência hierárquica, mas de conformidade com instruções dadas pelo representado, tendo por finalidade recolher ou agenciar propostas para transmiti-las ao representado.⁴

Com o surgimento do representante comercial surgiu também o questionamento na seara trabalhista. Seria o representante comercial um auxiliar do comércio ou simplesmente um vendedor empregado?

Essa polêmica surgiu, em decorrência da existência de vendedores empregados, que são pessoas físicas, prestam serviço de natureza não eventual, com subordinação hierárquica e mediante salário, que por vezes se confunde com a do representante comercial.

Analisando a natureza jurídica do contrato de representação comercial podemos claramente distinguir o vendedor empregado do representante, porém, com o crescimento da tutela dos direitos trabalhistas a partir da Constituição de 1988, verificamos que a distinção não é tão simples.

O liame subjetivo que separa a representação comercial do vínculo empregatício é muito tênue, e repousa apenas na subordinação jurídica e hierárquica.

A lei nº 4886/65 regulamenta a atividade do representante comercial, dizendo que os representantes podem ser pessoa física ou jurídica, devem desenvolver suas atividades de forma habitual, mediante remuneração.

Em seu artigo 1º verificamos que “exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.”

Já o artigo 3º da CLT diz que empregado é toda pessoa física, que pres-

2) MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 156.

3) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Tomo XLIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.71.

4) DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993. V.3.

ta serviço de natureza não eventual a empregador, sob a sua dependência e mediante salário.

Como se pode notar, tanto empregado como representante comercial prestam serviços de natureza não eventual, mediante remuneração. O ponto primordial para a diferenciação será mesmo a subordinação.

“A subordinação do empregado é *jurídica*, porque resulta de um contrato: nele encontra seu fundamento e seus limites”.⁵

O representante comercial age livremente, não sendo subordinado hierarquicamente à empresa representada, porém, deve prestar contas do desenvolvimento de suas atividades, segundo a própria lei que rege a atividade determina. Essa prestação de contas, por muitas vezes é confundida com subordinação, e neste ponto, temos o nascedouro da grande polêmica da matéria apresentada.

O fato de o representante comercial autônomo se organizar como pessoa jurídica, deveria por si só afastar a possibilidade de caracterização de vínculo empregatício entre este e a empresa representada, porém, muitas vezes não afasta a possibilidade de, em ação judicial, ser considerado como empregado, apesar de o próprio art. 3º da CLT dizer expressamente que empregado será somente pessoa física.

Valentin Carrion diz que “o direito social ampara apenas o trabalho humano pessoal; os serviços prestados por pessoa jurídica não podem ser objeto de um contrato de trabalho”.⁶

Ocorre que, a Justiça do Trabalho, em determinadas situações, entende que a constituição de empresa por parte do representante comercial não possui tanta relevância quanto os direitos sociais que poderão ser estendidos ao representante/empregado, desconsiderando assim a personalidade jurídica do representante, para estender a ele todos os direitos que o empregado possui.

Tal discussão, pela relevância de suas conseqüências para a empresa que contrata o representante comercial autônomo para agenciar as vendas, e que posteriormente pleiteia direitos trabalhistas, como se empregado fosse, tanto no que diz respeito aos reflexos financeiros, quanto no que diz respeito ao recolhimento de tributos e encargos sociais, é que nos impulsiona à realização deste trabalho, onde fundamentalmente buscaremos colocar ao debate essa complexa matéria, para tentar estabelecer uma diferenciação eficaz, capaz de não mais gerar dúvidas a respeito da natureza jurídica da representação comercial, tentando estabelecer assim a diferença entre representante comercial e empregado.

Em análise à relação existente entre empregado e empregador consta-

5) SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17.ed. São Paulo: LTr, 1997.

6) CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.32.

tamos sua natureza contratual.

O contrato de emprego é derivado da locação de serviço, que é apontada como precedente da relação de emprego moderna.

Da mesma forma, o contrato de representação comercial também pode ser considerado como derivação da locação de serviços.

Como decorrência natural, os contratos apresentam semelhanças e diferenças, tornando assim, possível a comparação entre os dois institutos.

A análise acurada da matéria nos levou ao encontro de duas figuras que prestam serviços semelhantes, mas de formas diferentes.

Nos reportamos ao representante comercial autônomo e ao vendedor empregado.

Semelhanças entre o representante comercial e o vendedor empregado

A atividade desenvolvida por representante comercial e vendedor autônomo é muito semelhante. Tal atividade consta primordialmente em agenciar a venda de produtos para a empresa representada ou empregadora, conforme cada caso, em território previamente determinado.

Conforme ensina Rubens Requião: "...tanto o empregado como o representante comercial podem exercer a atividade de interposição entre interessados na realização comercial, o que muito aproxima a figura do vendedor, praticista e viajante do representante comercial."⁷

As principais semelhanças entre essas figuras podem ser encontradas em seus conceitos, e que, ao nosso entendimento, concentram-se na remuneração e na habitualidade ou não eventualidade na prestação de serviços.

Referencialmente a remuneração, tanto empregado quanto representante comercial prestam serviços de forma remunerada, pois ambas as atividades são profissionais.

A forma pela qual a remuneração é efetuada se diferencia um pouco em ambas as figuras, pois para o representante comercial depende do resultado útil, enquanto que para o empregado não.

A habitualidade ou não eventualidade na prestação de serviço também caracteriza a atividade do representante comercial autônomo e o vendedor empregado.

Ambos devem prestar serviços de forma habitual, contínua, pois de outra forma não teremos caracterizadas nenhuma das atividades.

O representante comercial deve exercer a atividade com profissionalidade.

Conforme ensina Orlando Gomes, "A relação contratual não é de prestação única, que se esgote com o cumprimento, mas sim, de duração."⁸

7) REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000. p. 59.

Da mesma forma, o contrato de trabalho não se exaure no cumprimento de apenas uma prestação, pois é contrato de execução continuada.

Como semelhanças, podemos encontrar também a utilização de terminologia similar para as leis que regem ambas as atividades.

O legislador, ao elaborar a lei nº 4886/65, acabou por se utilizar de termos peculiares ao direito do Trabalho, o que acaba por gerar certa confusão a respeito do representante comercial e vendedor empregado.

Como exemplo podemos citar o art. 34 da Lei nº 4886/65 que trata do aviso prévio, o art. 5º que fala da remuneração, arts. 35 e 36 que cuidam das justas causas para rescisão do contrato pelo empregado e empregador, dentre outras.

Conforme justifica Antonio Lamarca: “...o legislador levou em consideração os fatores econômicos e decidiu que seria de bom alvitre elencar deveres e obrigações, mas também direitos e prerrogativas. Por isso lhes deu um tratamento, em certo sentido, similar ao dispensado aos trabalhadores subordinados.”⁹

Apesar da lei nº 4886/65 trazer esses institutos similares aos previstos pelo Direito do Trabalho, verifica-se que a própria lei também se preocupou em efetuar a diferenciação entre o representante comercial e o vendedor empregado.

Logo no art. 1º da lei o legislador tratou de inserir no texto algumas expressões que trazem a clara diferenciação entre representante e empregado, como por exemplo as expressões representação comercial autônoma, pessoa jurídica e sem relação de emprego.

Porém, deste assunto trataremos com o rigor e cuidado adequados em item a seguir.

Diferenças entre o representante comercial e o vendedor empregado

Conforme anteriormente abordado, uma das formas de se efetuar a diferenciação entre o representante comercial autônomo e o vendedor empregado encontra-se na análise da existência de subordinação jurídica e hierárquica, que é um dos elementos caracterizadores do contrato de emprego, e que não é característica da representação comercial.

O representante comercial desenvolve sua atividade com plena autonomia, não ficando subordinado à empresa que representa. Desse fato, extrai-se que o representante comercial é quem determina seus horários, itinerários e forma com a qual a atividade será desenvolvida. Fato inverso ao que ocorre com o empregado.

A autonomia que o representante comercial possui para prestar servi-

8) GOMES, Orlando. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 365

9) LAMARCA, Antonio. *Manual das justas causas*. São Paulo: RT, 1977. p. 100.

ços é fator determinante na diferenciação.

Alguns fatos e condutas podem caracterizar a prestação de serviços autônomos, sem subordinação, a saber:

- a) Liberdade de empregar seu tempo da maneira que lhe seja mais adequada, sem a necessidade de cumprimento de horário para a empresa que representa;
- b) Liberdade de elaborar o itinerário para visitas aos clientes, sem interferência da empresa representada;
- c) Não cumprimento de ordens regulares emanadas da empresa que representa, e autodeterminação da forma de prestação de serviços;
- d) Pagamento das despesas pessoais do desenvolvimento da atividade;
- e) Pagamento de impostos e taxas pertinentes à atividade;
- f) Inscrição em órgãos competentes;
- g) Existência de contrato de representação comercial por escrito.

Convém acrescentar que os itens f e g são relativos na hora de se verificar a existência de trabalho autônomo, tendo em vista que a jurisprudência tem admitido a prestação de serviços de representantes comerciais, sem que os mesmos estejam devidamente inscritos nos órgãos competentes, sob a alegação de que esta é uma obrigação do representante e não da empresa representada e que a não inscrição nesses órgãos poderá acarretar a punição administrativa do representante, mas jamais a caracterização do vínculo empregatício, se presentes os demais elementos da Lei nº 4886/65. Por outro lado, tem também a jurisprudência entendido que mesmo presentes os requisitos da lei, inclusive a inscrição nos órgãos competentes, se estiver presente a subordinação, há que ser decretada a relação de emprego.

Com relação ao item g, a jurisprudência tem aceitado a prestação de serviços de representação comercial sem a existência de contrato por escrito, sem que isso acarrete o reconhecimento de vínculo empregatício, sob a argumentação de que o art. 27 da Lei nº 4886/65 acolhe a existência de contrato verbal de representação comercial. E de outra forma, há casos de reconhecimento de vínculo empregatício, mesmo com a existência de contrato escrito, sob a alegação de existência de subordinação.

Destarte, inicialmente os elementos previstos nos itens f e g servem como caracterização do contrato de representação comercial, sendo que, se houver qualquer tipo de fraude, esta deverá ser provada, para posteriormente se tornar possível o reconhecimento de vínculo empregatício.

Apesar da existência da autonomia que caracteriza o contrato de re-

apresentação comercial, o representante deve seguir prescrições da empresa representada e prestar contas de sua atividade. Estes deveres por vezes são confundidos com subordinação, levando o aplicador do direito a acreditar que tal representante trata-se de empregado, causando assim confusão acerca das duas figuras ora estudadas.

Outra forma de diferenciação entre representante comercial autônomo e vendedor empregado pode ser encontrada no fato de que o representante comercial pode exercer sua atividade de forma isolada, como pessoa natural, ou então organizado em pessoa jurídica, através de empresa de representação comercial. Esse fato demonstra que a atividade do representante comercial é essencial empresarial.

Já o vendedor empregado deve sempre ser pessoa natural, tendo em vista que os direitos sociais previstos em lei são aplicáveis apenas às pessoas naturais, e não às pessoas jurídicas.

Também esta deve ser encarada como relativa, tendo em vista que a Justiça do Trabalho, em determinados casos tem desconsiderado a personalidade jurídica do representante comercial para reconhecimento de vínculo empregatício, assunto que estudaremos em capítulo específico.

Do caráter empresarial da atividade do representante comercial decorrem outros elementos que nos permitem efetuar a diferenciação entre a figura em estudo e o empregado.

O representante comercial é o único responsável pelos encargos decorrentes do desenvolvimento de sua atividade.

Quando a atividade do representante comercial se desenvolve através de empresa organizada e estruturada, com escritórios, empregados, prepostos, todas as despesas decorrentes dessa atividade serão arcadas unicamente pelo representante comercial.

Assim, todas as despesas com aluguéis, encargos de empregados, comissões de prepostos, impostos e encargos próprios da atividade, serão suportados unicamente pelo representante.

Da mesma forma ocorre quando o representante comercial possui uma estrutura mais modesta.

Conclui-se assim, que o representante comercial assume totalmente os riscos de sua atividade.

Ao revés, o vendedor empregado não assume o risco da atividade, que é suportado exclusivamente por seu empregador. Ao representante comercial interessa o resultado de sua atividade, pois do lucro auferido pela empresa representada é que será calculada sua comissão. Quanto maior o lucro que trazer para a empresa representada, maior será sua comissão.

Se em determinada ocasião o representante comercial não produzir, não irá receber comissão, pois não lhe é assegurado por lei um valor mínimo.

A remuneração do representante comercial se pelo resultado útil de seu trabalho, pois, para que possa fazer jus ao recebimento das comissões, é necessário que os pedidos de venda extraídos nas visitas aos clientes sejam efetivamente aceitos pela empresa representada, trazendo resultado lucrativo para a mesma.

Inversamente, o vendedor empregado tem assegurado o salário independente de resultado lucrativo para o empregador, sendo ainda obrigatório que o salário não seja inferior ao salário normativo da categoria profissional.

Para que possa desenvolver sua atividade de forma legalizada, é necessário que o representante comercial faça inscrição nos registros próprios, enquanto que o empregado não necessita desses registros, bastando apenas possuir carteira de trabalho, na qual o empregador deverá efetuar as anotações pertinentes. Vale lembrar a relatividade dessa forma de diferenciação, conforme anteriormente descrito.

Temos também que, o empregador pode impor sanções disciplinares aos seus empregados, em caso de descumprimento de ordens, regulamento da empresa ou contrato de trabalho. Por outro lado, o representante comercial jamais poderá sofrer sanções disciplinares da empresa que representa, tendo em vista que a ela não está subordinado. Com a empresa representada, o representante comercial trata de igual para igual.

Outro elemento que determina a diferenciação entre representante comercial e vendedor empregado é a personalidade na prestação de serviços.

Deve ser pessoal a prestação de serviços do vendedor empregado, conforme se extrai do art. 2º da CLT, onde se verifica que empregador é aquele que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Apesar de encontrarmos a determinação da personalidade no art. que fala sobre o empregador, verificamos que o empregado que está a serviço do primeiro deve prestar serviços pessoalmente, não podendo se fazer substituir sem o consentimento do empregador.

Nesse sentido, o entendimento de Evaristo de Moraes filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, que assim escreveram:

“O contrato de trabalho, quanto à pessoa do prestador de serviços, ainda o é, na maioria dos casos, intuito personae, isto é, celebrado tendo em vista as peculiares qualificações pessoais e profissionais de determinado candidato a emprego. O empregado não pode fazer-se substituir por outrem sem a permissão do seu empregador.”¹⁰

Inversamente, ao representante comercial não é obrigatória a personalidade na prestação de serviços, sendo certo que o mesmo poderá se fazer

10) MORAES FILHO, Evaristo, MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 237

substituir quando entender necessário, inclusive com a contratação de prepostos. Tal determinação é encontrada no art. 42 da Lei nº 4886/65, que diz que é facultado ao representante contratar outros representantes comerciais para a execução dos serviços relacionados com a representação.

Da análise acima, pudemos fixar alguns elementos e critérios que se prestam a efetuar a diferenciação entre o representante comercial e o vendedor empregado, sucintamente elencados abaixo:

a) Como característica principal do contrato de emprego a subordinação jurídica hierárquica do empregado ao empregador, enquanto que o contrato de representação comercial tem como principal característica a autonomia na prestação de serviços;

b) O representante comercial pode prestar serviços através de pessoa jurídica, ou seja, empresa de representação comercial ou como pessoa natural, ao passo que o empregado pode apenas ser pessoa natural, jamais pessoa jurídica;

c) O representante comercial presta serviços através de sua própria estrutura empresarial, enquanto que o empregado se utiliza da estrutura empresarial do empregador para desenvolver seu trabalho;

d) O empregado não assume os riscos de sua atividade econômica, enquanto que o representante comercial assume tais riscos, pois são os responsáveis pelas despesas e encargos decorrentes da atividade que desenvolve, ao revés do que acontece com o empregado, pois a responsabilidade pelos encargos e despesas, neste caso, é dos empregadores;

e) A maneira pela qual se dá a remuneração de empregado e representante é diversa. O representante comercial tem sua remuneração em decorrência do resultado útil de seu trabalho, enquanto que o empregado tem direito ao salário, independente de seu trabalho ter tido resultado lucrativo ou não ao empregador;

f) Para que o representante comercial possa desenvolver sua atividade de forma legalizada, necessário se faz que o mesmo esteja devidamente inscrito nos registros competentes, enquanto que ao empregado nada disso é necessário.

g) Impossibilidade de aplicação de sanções disciplinares ao representante comercial por parte da empresa representada, uma vez que este não está em posição de subordinação. Ao contrário, o empregado está sujeito a estas sanções, pelo descumprimento de ordens, em decorrência da subordinação que é característica do contrato de emprego.

h) Ao empregado é obrigatória a pessoalidade na prestação de serviços, enquanto que o representante comercial pode se fazer substituir por outra pessoa.

CONCLUSÃO

Tendo conhecimento dessas duas atividades, cada qual com suas vantagens e desvantagens, além das peculiaridades de cada uma, cabe ao empresário optar pela contratação que lhe for mais conveniente e adequada.

A partir do momento em que faz a escolha por um representante comercial, e desde que cumpridas todas as formalidades previstas em lei, além da existência de autonomia na relação, não pode o empresário ser condenado pela Justiça do Trabalho ao pagamento de verbas sociais ao representante comercial após o mesmo ter usufruído das vantagens de um trabalho autônomo durante todo o contrato, sob pena de o mesmo se beneficiar de enriquecimento sem causa.

O representante comercial muito se assemelha ao vendedor empregado pela própria natureza da atividade que exerce, e até mesmo, em alguns aspectos, pelo tratamento a ele dispensado pela lei nº 4886/65.

A lei nº 4886/65 que disciplina a atividade do representante comercial tem inspiração na legislação social, e por este motivo traz em seu bojo alguns dispositivos parecidos com dispositivos presentes na CLT, como, por exemplo, pré-aviso, justo motivo e indenização pela rescisão do contrato, dentre outros.

Apesar das semelhanças, existe uma diferença que é determinante no momento de se caracterizar a atividade, que é a autonomia da prestação de serviços do representante comercial.

Assim, é necessária muita cautela aos julgadores nos processos que versem sobre representantes comerciais, tendo em vista que ao estender os direitos sociais de um empregado ao representante, podem gerar um passivo financeiro tão grande na empresa, que cause a demissão de trabalhadores empregados, como forma de tentativa de saneamento econômico.

A responsabilidade social desses julgadores é enorme, pois a interpretação errônea de dispositivos legais e situações fáticas podem vir a beneficiar trabalhadores autônomos com direitos sociais e conseqüentemente privar trabalhadores empregados desses direitos.

Cumprir salientar que as empresas representadas efetuam as contratações de representantes comerciais porque estão amparadas por lei, que expressamente autorizam esse tipo de contratação, sem qualquer tipo de fraude à legislação trabalhista.

Se os ditames legais são estritamente cumpridos na hora da contratação e também no desenvolvimento do contrato, não se pode pretender aplicar legislação diversa, ou seja, ocorrendo a contratação de representante comercial nos limites da lei nº 4886/65, não se pode aplicar a CLT a esta contratação, sob pena de infringir expressamente a lei, acarretando

sérios prejuízos a uma parte do contrato e vantagens indevidas à outra parte.

Referências Bibliográficas

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993. v.3.

DORIA, Dilson. **Curso de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1990v.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Prática do processo trabalhista**. 29.ed. São Paulo: LTr, 1999.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Curso de direito comercial**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: RT, 1984. 60v.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 24.ed. São Paulo: LTr, 1998.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de direito individual e coletivo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 1997.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 2.v.

_____. **Do representante comercial.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REQUIAÕ, Rubens Edmundo. **Nova regulamentação da representação comercial autônoma.** 1.ed. Curitiba: JM, 1993.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho.** 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

SAAD, Ricardo Nacim. **Representação comercial.** São Paulo: Saraiva, 1993.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho.** 17.ed. São Paulo: LTr, 1997. 2.v.

ERRO SOBRE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS ESSENCIAIS DO TIPO E ERRO SOBRE A ANTIJURIDICIDADE DO FATO

Paulo Antoine Pereira YOUNES

Advogado

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O tema proposto é motivo de preocupação nos bancos acadêmicos, gerando enorme confusão na mente dos futuros bacharéis de Direito. A finalidade primeira em desenvolvê-lo, foi por mim idealizada, visando aclarar dúvidas dos acadêmicos, acerca, inicialmente, do significado de cada um dos institutos propostos e, finalmente, da principal diferença existente entre eles. Vamos ao trabalho!

Palavras-chave: erro, erro de tipo, erro de proibição, culpabilidade, fato típico e tipicidade.

A opção pela temática acima, talvez torne menos árdua a tarefa deste Advogado, em querer definir e distinguir aquilo que conhecemos como erro de tipo e erro de proibição, não apenas em razão da economia nas palavras nessa segunda opção, e sim, pela facilidade de compreensão proporcionada, por si só, pelo tema mais extenso.

Para tanto, prometo me ater à conceituação e distinção de ambos os institutos, na sua essência, sem mais delongas quanto às classificações, teorias adotadas e variações pertinentes ao tema, em que pese a grande relevância, sob pena de desvirtuamento.

Conceitos

As ciências jurídicas e, de modo especial a ciência penal, cuida, dentre outras atribuições, dos acontecimentos humanos. Errare humanum est, diz o antigo provérbio latino, demonstrando que o erro faz parte do cotidiano do homem.

Inicialmente, faz-se mister distinguirmos erro e ignorância. O erro é o falso conhecimento do objeto ou a falsa representação da realidade. Já a ignorância é o desconhecimento total do objeto ou a falta de representação da realidade. Guilherme de Souza Nucci, com propriedade, exemplifica:

Erra o agente que pensa estar vendo, parado na esquina, seu amigo, quando na realidade é um estranho que ali se encontra; ignora quem está parado na esquina a pessoa que não tem idéia do outro que ali se encontra.

Juridicamente, prevalece a unidade dos dois conceitos.

Ocorre o erro de tipo quando o agente se engana sobre os elementos da figura típica. Tipo penal incriminador é a descrição legal da norma proibitiva, vale dizer, a norma que descreve condutas criminosas abstratamente previstas.

Tipificado no artigo 20, caput, do atual Código Penal, vislumbra-se concretamente, quando o agente não tem plena consciência do que faz, imaginando estar praticando uma conduta lícita, quando na verdade, está a praticar uma conduta ilícita, acreditando, erroneamente, na sua licitude.

Tal erro, deverá recair sobre um dos elementos constitutivos essenciais do tipo legal, seja ele descritivo ou normativo. Jair Leonardo Lopes exemplifica:

se o agente manteve conjunção carnal com mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, mas supondo que fosse maior de dezoito, em razão de seu desenvolvimento físico e mental e crendo na idade que ela mesmo se atribuía, não pratica o

crime de sedução, por erro de tipo.

Como conseqüência, o engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo, podendo levar à punição por crime culposo, diante da inevitabilidade do comportamento.

Todavia, a punição por crime culposo só ocorrerá se o fato, na modalidade culposa, estiver previsto em lei. Exemplificando, imaginemos que numa sala de aula, uma aluna se apossa do exemplar de Código Penal de sua colega, imaginando ser o de sua propriedade. São livros iguais, mesma capa, sem identificação que os distinga, num primeiro momento. A subtração deveu-se a um erro sobre um dos elementos do tipo legal de furto, tipificado no artigo 155 do CP: ser a coisa alheia. Tal erro poderia ter sido evitado, pois, numa sala de aula, onde dezenas de alunos possuem livros idênticos, é provável que, na pressa de irem todos embora, não chequem a verdadeira propriedade dos livros. Sendo provável, poderia ter sido evitado tal erro. Trata-se de um erro de tipo evitável, todavia, a aluna não será punida, porque não existe a previsão legal de punição do furto praticado culposamente.

O erro de proibição, por sua vez, incide sobre a ilicitude do fato. O agente atua sem consciência da ilicitude, uma vez que é possível que o mesmo, deseje praticar uma conduta típica, sem ter noção de que é proibida. A consciência da ilicitude é, assim, a consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao ordenamento jurídico. Luis Augusto Freire Teotônio, ressalta a desnecessidade de que o sujeito tenha conhecimentos jurídicos, bastando possa, com esforço devido de sua consciência e com um mínimo de juízo geral de sua própria esfera de pensamentos, conhecer a injustiça de seu atuar.

A lei é obrigatória, erga omnes, tenham ou não os cidadãos conhecimento dela. Sua validade independe do conhecimento. Todavia, ressalta Paulo José da Costa Jr.,

nada tem que ver a obrigatoriedade da lei penal, que é genérica e abstrata, com o conhecimento profano acerca da ilicitude do fato, que é pessoal e concreto.

Walter Marcilgil Coelho escreve que a obrigatoriedade da lei penal, se refere “à estrutura e aplicação do Direito; o nosso dever de conhecer a lei e de nos comportarmos de acordo com ela é subjetivo e pessoal e diz respeito à culpabilidade. O primeiro problema é de ordem objetiva, delimitando o campo do justo e do injusto, do lícito e do ilícito; a segunda questão, porém, é de ordem subjetiva e moral e diz respeito, essencialmente, à reprovabilidade ou não de uma ação humana que já é ilícita.”

Apesar de inescusável a alegação do desconhecimento da lei penal, como definido na primeira parte do artigo 21, do Código Penal atual, nada impede que se reconheça a circunstância atenuante contemplada no artigo 65, inciso II, do mesmo diploma legal.

Enfim, no erro de proibição, o agente acredita que nada faz de ilícito, quando, na realidade, trata-se de um delito.

Diferença.

Luiz Flávio Gomes, em obra específica, revela a principal distinção entre ambos os institutos, vejamos:

[...]o erro de tipo incriminador, exclui o dolo (e a culpa) ou só o dolo; seu reflexo projeta-se, assim, para o âmbito do fato típico, para excluí-lo totalmente por falta de dolo e de culpa (na hipótese de erro essencial inevitável) ou para excluir o fato doloso, subsistindo o crime culposos, quando previsto em lei (na hipótese de erro essencial evitável). Diferentemente, o erro de proibição projeta seus reflexos para o âmbito da culpabilidade, permanecendo íntegro o injusto penal doloso ou culposos: se inevitável exclui a consciência da ilicitude (...); de outro lado, se evitável, não exclui a consciência da ilicitude nem a culpabilidade nem a responsabilidade penal, devendo o agente nesta hipótese responder penalmente pelo injusto que cometeu, com a pena diminuída de um sexto a um terço (CP, art. 21).

A diferença decisiva entre as duas classes de erro, portanto, não se refere, destarte, ao antagonismo fato-conceito jurídico, mas como podemos observar, à distinção entre tipo e antijuridicidade. Explico: como já definido anteriormente, o erro de tipo, incidente sobre os elementos da figura delituosa, impede o agente de ter a representação de estar, em concreto realizando a conduta abstratamente descrita em lei, podendo decorrer de equivocada percepção dos fatos, bem como da falsa compreensão do direito. O agente não tem consciência de cometer bigamia, ao casar supondo morta a primeira mulher ou casa-se de boa fé, por julgar inválido o matrimônio anterior, são alguns exemplos colhidos da doutrina.

O erro de proibição, de idêntico modo, pode decorrer de erro de fato ou erro de direito, o que demonstra, em termos, uma certa semelhança entre ambos os institutos. No entanto, diferencia-se drasticamente daquele, por projetar seus efeitos no terreno da culpabilidade, excluindo-a, por consequência, ante a impossibilidade de conhecimento do sujeito ativo, quanto à ilicitude de sua conduta.

A inconsciência da ilicitude, enfim, é demonstrada pela convicção do agente de estar atuando conforme o ordenamento direito, apoiado na crença positiva de que sua conduta está autorizada, é permitida pela lei.

Sintetizando, Asúa conclui que no erro de tipo, o agente “*no sabe lo que hace*”, ao passo que no erro de proibição “*no sabe que su hecho es antijurídico o cree que está exculpado*”;

Referências Bibliográficas

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. tomo V. Buenos Aires: Lousada, 1963.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. , tomo 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2, 3 e 4, 1978.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1942.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. I., 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 358.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, v. I, 1989.

OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL FACE AO TERRORISMO

Carla Fernanda DE MARCO

*Doutoranda em Direito do Estado pela PUC-SP
Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP;
docente do Curso de Direito da UNILAGO*

Resumo: Busca-se com este artigo fazer breves apontamentos à respeito do Direito Internacional Público. Procura-se analisá-lo no contexto atual, sob a ótica do direito encarregado de reger e buscar soluções aos problemas da sociedade internacional contemporânea, bem como apontar seus principais desafios. Destaca-se a questão do terrorismo, que tornou-se uma das principais prioridades do Direito Internacional no século XXI, como também o papel das Nações Unidas diante deste novo contexto, iniciado em 11 de setembro de 2001, que para muitos internacionalistas ficou marcado como um divisor de águas do Direito Internacional.

Palavras-chave: Terrorismo, Direito Internacional, Desafios, Sociedade Contemporânea, Nações Unidas.

1. Breves considerações acerca do Direito internacional

O enquadramento jurídico da sociedade internacional pressupõe a compreensão do Direito Internacional, que existe antes do advento do Estado moderno. A noção de sociedade internacional nasce em 1815 no Congresso de Viena, porém a existência de um direito que disciplinava as relações entre Estados, remonta da Antigüidade.

O Direito Internacional Público, através da História, apresenta noções que embasam o Direito Internacional Contemporâneo.

Na Antigüidade, o direito natural (*jus naturae*) fundamentava o direito internacional no que tange às relações entre os Estados. Também foi na Antigüidade que surgiram os primeiros textos solenes ou acordos entre governantes.

O Estado Romano exerceu forte influência sobre a formação do Direito internacional. Roma foi o primeiro Estado a estabelecer regras precisas, de ordem interna, para regular suas relações com outros países. Havia um corpo de regras que regulamentava as relações entre os cidadãos romanos e estrangeiros - era o *jus gentium*. Nesta época havia fortes traços do direito natural tanto no *corpus juris civile romano*, quanto no *jus genitum*, que era o direito costumeiro aplicável nas relações entre romanos com estrangeiros. Com o tempo, surgem os princípios gerais do Direito internacional, como a autodeterminação dos povos e a cooperação internacional.

Na Idade Média prevalece o Direito Canônico, há alguns tratados internacionais desprovidos de obrigatoriedade; a arbitragem procura regular as diferenças entre as nações.

Profundas alterações ocorreram no Direito internacional desde o início do século XVI até a Primeira Guerra Mundial. Para muitos, o Direito internacional surge, potencialmente, com o Tratado da Vestfália (1648).

Após a Primeira Guerra Mundial, com o surgimento das Organizações Internacionais, ao Direito Internacional são propostos novos desafios. As Organizações Internacionais apresentam-se como sujeitos de Direito internacional, capazes de elaborar regras, assumir compromissos, bem como responder pelos seus atos perante a comunidade internacional.

A sociedade internacional sofre profundas transformações, com longo alcance para os direitos e liberdades fundamentais; devido ao seu caráter multilateral instituíram não apenas normas internacionais, mas regras supranacionais. Surge o direito comunitário. A garantia jurisdicional dos direitos e liberdades passaram a ser examinadas e praticadas tanto no direito interno quanto no direito internacional. A ordem jurídica internacional agora dá maior relevo à solução de conflitos, à soberania dos Estados, à globalização, bem como às relações internacionais.

As Nações Unidas constituíram importante instrumento de organização da comunidade internacional. Na Carta das Nações Unidas contém dispo-

sições e procedimentos concernentes à manutenção da paz e segurança internacionais.

Pode-se afirmar que o Direito Internacional Público é um direito de coordenação, que coordena uma sociedade internacional descentralizada, paritária, regida por princípios como o da igualdade soberana e o princípio da não intervenção. Os Estados cooperam a efetivação de uma sociedade internacional interdependente.

Dentre os desafios para o Direito internacional no século XXI será a busca dos mecanismos de implementação correspondentes ao extraordinário legado de regras internacionais do século XX.

Questões como o terrorismo internacional saem dos manuais para voltar às manchetes dos jornais e tenderão a ser questão central dos debates e preocupações, não somente de círculos especializados (...) como também da imprensa escrita, falada de virtual, além de preocupação e debate em todas as instâncias. (Acccioly, 2002, p. 18).

Também são prioridades para o Direito internacional do século XXI matérias como a proteção ao meio ambiente, a repressão ao tráfico de drogas e crime organizado, a construção de espaços regionais economicamente integrados e a crescente interdependência entre as economias.

2. A questão do terrorismo na sociedade internacional contemporânea

O dia 11 de setembro de 2001 ficou marcado como um divisor de águas no Direito Internacional. A partir do momento em que as torres gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque foram abaixo, a comunidade internacional se mobilizou e começou a procurar meios para combater a primeira grande ameaça a paz do século XXI: o terrorismo.

O conceito de terrorismo é muito amplo, há diversos autores que ariscam defini-lo. É importante ter em mente alguns pontos de terrorismo como 1. a violência contra um grupo de pessoas; 2. existências de danos, destruições e mortes; 3. a criação do terror em grupos determinados de pessoas; 4. a cobrança ameaçadora de uma determinada atitude por parte de um Estado, por exemplo.

Antonio Cassese define ato de terrorismo como: Qualquer ato violento contra pessoas inocentes com a intenção de forçar um Estado, ou qualquer outro sujeito internacional, para seguir uma linha de conduta que, de outro modo, não seguiria. (1990, p. 6)

A legislação britânica, através do Terrorism Act 2000 define terrorismo como:

(...) uma ação ou uma omissão quando o uso ou ameaça é feito com propósitos políticos, religiosos ou ideológicos e que esta ação ou omissão inclui "inter alia" séria violência contra uma pessoa,

sérios danos a uma propriedade, ou cria um sério risco à saúde ou segurança do público ou uma parte do público. (Brant, 2003, p.16).

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, ocorre uma mudança de postural; passa-se de uma cultura de reação para uma cultura de prevenção.

Em 12/11/2001, o Conselho de Seguranças das Nações Unidas reúne-se, extraordinariamente, para votar a Resolução 1.368 que, diante dos ataques terroristas de 11 de setembro aos Estados Unidos, reconhece o direito à legítima defesa individual ou coletiva, ou seja, autoriza a resposta armada americana em nome do direito de legítima defesa.

Na Resolução 1.373 de 28/09/2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou um Comitê sobre o Terrorismo, com o intuito de assegurar que os Estados-membros das Nações Unidas tomem medidas contra o terrorismo, como a obrigação de recusar todo financiamento, apoio ou asilo aos terroristas e a obrigação de cooperar no domínio policial, judiciário e de informação.

A Comissão Européia elaborou uma Resolução sobre a luta contra o terrorismo que pretende reforçar as medidas de direito penal visando a combater o terrorismo, mediante a aproximação das legislações dos Estados-membros no que diz respeito às infrações terroristas, conforme o artigo 34 (2) (b), do Tratado da União Européia.

2.1 As Nações Unidas e o Terrorismo

Logo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas lançaram duas resoluções, nº 1.368 e 1.373. A Resolução nº 1.373 amplia a atuação do Conselho de Segurança da ONU e inova o Direito internacional ao impor aos Estados-membros o respeito às Convenções sobre o assunto, principalmente aqueles que não as ratificaram.

A referida resolução traz uma discussão entre os internacionalistas, pois, em tese, desrespeita o princípio *pacta sunt servanda* presente no Direito internacional, ou seja, aquele em que os tratados só obrigam os Estados que o ratificaram. Observa-se assim, que ocorre uma espécie de “convocação” para que os Estados respeitem as normas anti-terrorismo, colaborando para a repressão de grupos fundamentalistas em seus territórios.

Mas isso não encerra as discussões dos internacionalistas acerca do terrorismo e o Direito Internacional.

Diz o artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas que os países membros deverão evitar o recurso à força contra a integridade territorial ou a independência política de todo Estado, ou toda outra forma incompa-

tível com os objetivos das Nações Unidas, expressando, assim, o princípio da solução pacífica de controvérsias.

Porém, o art. 51 da mesma Carta de São Francisco expressa uma autorização a legítima defesa por parte de um Estado que tenha sofrido agressão:

Art. 51. Nada na presente Carta deverá impedir o direito natural à legítima defesa individual ou coletiva em caso de um ataque armado contra um Estado-Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para manter a paz e a segurança nacionais. Medidas tomadas pelos Membros no exercício da legítima defesa deverão ser imediatamente comunicadas ao Conselho de Segurança e não deverão de nenhuma forma afetar a autoridade e a responsabilidade concedidas por essa presente Carta ao referido órgão de tomar, a qualquer momento, as providências que julgar necessárias para manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais.

Como pode ser observado, há necessidade de algumas condições para que o ato de legítima defesa ocorra. Trata-se de uma faculdade temporária que o Estado possui, monitorada pelo Conselho de Segurança, que, quando informado deverá decidir sobre a continuidade do exercício ao direito de legítima defesa do Estado. Por ser uma medida de exceção, a interpretação ao citado art. 51 deve ser feita de forma cautelosa.

Esse é um assunto que gera polêmica entre os internacionalistas, principalmente quanto ao enquadramento de medidas anti-terror ao art. 51 da Carta.

Conclusões

Verifica-se que o Direito internacional está passando por um desafio histórico. A denominada “guerra ao terrorismo” no ordenamento jurídico internacional representa o primeiro grande impasse desse século XXI. Neste contexto, observa-se que o Direito internacional desponta com a perspectiva de adaptar-se a este novo fenômeno político-jurídico.

Apesar do contexto político que cada época apresenta, há princípios inabaláveis do Direito internacional que não podem ser esquecidos. Há um ordenamento jurídico supra-estatal editado com o consentimento dos Estados que, por estes não deverá ser ignorado. A ordem jurídica deve sempre prevalecer sobre interesses conjunturais. É importante lembrar que à luz dos imperativos do Direito internacional é que se encontrará a justiça e a paz, tão almejadas pelas nações.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. NASCIMENTO, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito internacional público**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASSESE, A . **Terrorism, Politics and Law: The Achille Lauro Affair**. Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 1990.

LUCENA, Gustavo Carvalho Lima de. **A recepção da chamada “guerra ao terror” pelo ordenamento jurídico internacional**. Jus navigandi, Teresina, a. 8, n.168, 21 dez. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4676>. Acesso em: 25 jan. 2005.

RESEK, J. F. **Direito internacional público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITOS HUMANOS: ACEITAR OU NÃO ACEITAR, EIS A QUESTÃO.

Hermes José Aun BACHIEGA

Aluno do 8º período do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O advento da Declaração dos Direitos Humanos iniciou uma nova relação entre poder político e sociedade no âmbito interno e entre Estados em âmbito internacional. Ainda não houve uma total compreensão por parte das sociedades do papel que os Direitos Humanos têm nessas relações e Estados mais fortes impõem aos mais fracos o cumprimento dos acordos assinados. Internamente a sociedade reluta em aceitar as linhas adotadas pelos Direitos Humanos por sentir-se desprotegida pelo poder estatal.

Palavras-chave: Direitos humanos, proteção, compreensão, aceitação.

As relações entre povos, entre pessoas, sempre receberam questionamentos.

Se através dos tempos os hebreus acreditavam no monoteísmo e que a vida era um atributo de Deus de quem partia as leis e estas eram para o bem estar das criaturas, os gregos por sua vez, que eram politeístas, tinham nos filósofos (Aristóteles e Péricles) ferrenhos defensores da cidadania. Por outro lado via-se nos Romanos a sua cultura militarista e pragmática, um exemplo negativo pelo seu desrespeito institucionalizado.

Os Direitos Humanos foram um pouco influenciados por este exemplo negativo de imperialismo e força dos romanos e já era, naquela época, questionado por Sêneca, Petrônio e Cícero. Essas questões foram gerando inconformismos, indignações e por causa delas, mortes.

O poder foi tornando os seus defensores cegos e sanguinários e quando ainda não existiam comunicações em tempo real para que os governantes descobrissem os bolsões de insatisfações ao redor do mundo totalitário, aconteceu o inevitável: a revolta dos discriminados e despossuídos, na França, com a queda da Bastilha.

Por conseqüência, aconteceu a poderosa semente da Declaração dos Direitos Humanos.

A pergunta que não quer calar é: será que, guardadas as devidas proporções, os filósofos da época não eram vistos como o são atualmente, os integrantes das comissões humanitárias? A indignação com o militarismo romano e sua tendência imperialista era diferente do que estamos sentindo contra os Estados Unidos pelo que aquele país tem praticado nos dias de hoje?

A força política do império na era romana fazia calar aqueles que eram vozes dissonantes ao que perpetrava o Estado, assim como acontece hoje quando o mundo se opõe ao imperialismo americano.

Somos em dias atuais, embora com Direitos Humanos positivados e com mecanismos que permitem instaurá-lo, a mesma sociedade amedrontada e subjugada de ontem pelo mesmo motivo: a força política do mais forte imposta pela força do poder econômico e pela força das armas de fogo.

Na realidade dos países novos, caso do Brasil, há muita dificuldade em a população “de bem” aceitar a aplicação dos Direitos Humanos, em razão de essa mesma população não se sentir devidamente protegida pelo aparelho estatal. Quando o povo se sente desprotegido e à mercê da violência urbana é compreensível que não se venha aceitar que órgãos internacionais, alheios a assuntos internos, numa demonstração de ingerência política explícita, queiram impor regras de proteção a quem mata, rouba, estupra e seqüestra, quando as famílias que perderam bens, entes e até dignidade desejam não propriamente justiça, mas sim vingança. No conceito de nossa gente a justiça é vingança e vingança que deve ser patrocinada

pelo Estado.

A justiça para aqueles que se sente atingidos e para a sociedade indignada diante de ocorrências brutais e com as feridas ainda abertas, é nada menos do que a vingança. Nosso conceito de justiça está mais para Moisés do que para Jesus. Está mais para a Lei de Talião do que para o amor ao próximo.

Para nossa cultura a voz dissonante era a rebeldia que devia ser eliminada. O comportamento diferente dos padrões instituídos pela maioria devia ser discriminado, isolado, abafado. E ainda é.

Em nossa concepção a oposição política era formada por fomentadores da discórdia e por comedores de criancinhas. O preso, independentemente do crime cometido, tinha que sofrer os horrores do cárcere, com tortura, fome, sede e de preferência levando três surras por dia.

Todas as mudanças políticas, sócio-econômicas e sociais se dão de maneira antagônica, de maneira radical, de forma contrária ao status quo. As declarações dos Direitos Humanos, para nós brasileiros, se contrapõem a tudo aquilo que estávamos acostumados a ver, a fazer, a pedir.

Os Direitos Humanos vieram para quebrar o status quo e isso provocou uma série de questionamentos: do Estatuto da Criança e do Adolescente aos Direitos da Mulher.

Em nosso noviciado nas relações humanas ficamos muito mais preocupados em diminuir a idade penal do que em recuperar o adolescente que praticou o crime, já que a nossa noção de crime passa pelo “quem rouba um tostão, rouba um milhão” e assim, jogamos todos, sem distinção, na vala comum.

Por isso, a evolução da Declaração Universal dos Direitos Humanos sofre muito mais dificuldades em ser implantada no micro social que enxerga curto, enxerga o imediato, do que no macro social e neste sim, a evolução foi mais visível, segura e ritmada.

Por irônico que possa parecer na Idade Média e Renascimento os Direitos Individuais dependiam do status social. Irônico porque bastaria tê-lo dito no tempo presente do verbo, já que ainda hoje, como ontem e quiçá amanhã, somos diferenciados pelo status social que ostentamos.

Uns são mais iguais que os outros perante a lei. Direitos humanos são aplicados diferentemente entre os povos (o mais forte subjuga o mais fraco e o economicamente forte passa por cima dos interesses do economicamente fraco). O poderio econômico dita as normas: depende dele os Direitos Humanos do povo que está sob o seu jugo.

No campo doméstico nada mudou: há distinção entre nacional e estrangeiro, entre os que são batizados e os que não são batizados, entre membros de uma e outra crença religiosa, há distinção entre classes sociais e, dentro das corporações tudo permanece como dantes: o maior conheci-

mento e/ou o maior adestramento significa maior renda financeira que o distinguirá dos demais em Direitos e deveres.

Estamos na quarta geração dos Direitos sem havermos sequer conseguido cumprir os da primeira, segunda e terceira gerações.

Dentro do inconformismo geral que é gerado a cada ação das comissões humanitárias a impressão que se tem é, das duas uma: ou quem assinou os tratados, os acordos internacionais sobre os Direitos Humanos eram pessoas, dirigentes políticos cuja evolução moral e intelectual estava muito acima da média de seus representados, ou eram irresponsáveis e não mediram as conseqüências futuras no que tange ao não cumprimento do ali existente, apostando no jogo de cena, acreditando ser uma mera formalidade.

As questões sobre o falar e não cumprir para nós é cultural. Já em 1848, Butenval, um diplomata francês ao tentar explicar o Brasil a um seu colega disse: “as palavras são por aqui mais vivas que as ações e, de uma forma geral substituem-nas”.

Uma coisa é certa: alguns desses acordos nos parecem muito acima da compreensão da maioria do povo brasileiro e até de muitos de seus representantes, já que nossos próprios dirigentes não têm visto com naturalidade os relatórios da Anistia Internacional, por exemplo, considerando-os como ingerência nos assuntos internos.

Os acordos internacionais, é bom que se saiba, são aprovados pelos legislativos dos países signatários justamente para dar a eles a legitimidade, a legalidade necessária, ficando eles com mais força do que a própria Constituição. Após a assinatura não basta o Estado não concordar, o judiciário se posicionar contrário e a parcela formadora de opinião que é contrária à ingerência dos organismos internacionais virem a público exporem suas indignações. Os acordos têm mais força e não recuam em suas manifestações.

Leis muito avançadas ou sociedade retrógrada? Leis muito avançadas ou sociedade despreparada? Direitos desnecessários ou saudade da ditadura?

Nossos dirigentes estão preparados para colocar em prática ou para fazer colocar em prática tudo aquilo que foi assinado, convencionado, mas acima de tudo, aprovado pelo Legislativo? Salvo alguns exageros nas minúcias das leis, será que não estamos mesmo, com vontade de afrontar tudo o que está aí e colocar uma venda nos olhos da comunidade internacional, para fazer valer a tese de Butenval?

Internamente, em nossas leis, podem-se fazer alguns ajustes, mas internacionalmente os ajustes que temos a fazer são os de comportamentos relacionados ao tratamento que temos dispensado ao nosso povo, aos nossos cidadãos. A globalização está mudando a relação entre nações, entre países, derrubando as fronteiras, provocando aberturas econômicas, fa-

zendo os governos reverem as posições até então radicais de soberania e isto não tem mais volta. Teremos de ser inteligentes na adequação do país aos novos tempos, aos tempos de Direitos Humanos pleno, interna e externamente.

Os Direitos humanos é uma grande evolução, embora esses direitos, muitas vezes nos sejam impostos por aqueles que não tem a menor preocupação em cumpri-los dentro de suas fronteiras, exercendo o papel de palmatória do mundo. Ainda assim, é melhor avançarmos no tratamento inter-pessoal, entre Estado e cidadão, entre representantes e representados, com todos sabendo exatamente o que lhes compete em direitos e deveres.

Os organismos internacionais estão aí para nos dar a exata noção de a quantas andam nossa evolução dentro dos tratados, acordos e convenções. Eles devem nos servir de indicadores e ao invés de questioná-los devemos nos questionar.

Entendo que precisamos crescer enquanto sociedade, e neste caso fazendo valer leis que estão ainda distantes de nosso alcance de compreensão, para suscitar discussões, para levantar questões, para evoluirmos no contraditório.

Neste caso, em específico, coaduno com a frase de Goethe: “se nos limitarmos a pensar o ser humano tal qual ele é, nós o pioramos; mas se avançarmos a pensá-lo tal como deve ser, podemos redimi-lo”.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros.

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

TRINDADE, A. A. Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

Rosimeire Ravazi AYER

Advogada

Mestre em Direito Público

Pós-graduada em Direito Processual Civil

Docente no Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O direito constitucional encontra sua base no próprio conceito de soberania, que, como expressão de força, assegura à sociedade civil o poder de estabelecer normas de sua existência política, organizar o seu governo, determinar os direitos e deveres dos cidadãos. Dessa forma, Constituição pode ser definida como uma coleção de normas pelas quais as relações entre o governo e os governados são determinadas, e em concordância com as quais os poderes da soberania são habitualmente manifestados. A temática deste trabalho liga-se à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da segurança jurídica, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos, inseridos na Constituição. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Palavras-chave: soberania, direitos e deveres do cidadão, sucessão de leis no tempo, segurança jurídica.

De fato, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro. Seu limite temporal pode ser nela mesma demarcado ou não. Seu texto, às vezes, delimita o tempo durante o qual ela regerá a situação fática prevista. Outras vezes ela é feita para regular situações transitórias, decorrida a qual perde vigência e, conseqüentemente, a eficácia.

O mais comum, contudo, é que uma lei, uma norma, só perca o vigor quando outra a revogue expressa ou tacitamente. Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou situações jurídicas subjetivas, que poderá ser um simples interesse, gerando uma expectativa de direito, um direito condicionado, ou um direito subjetivo. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa.

A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado direito subjetivo, não raro fica na dependência da vontade do seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não fora exercido. Se vem lei nova, revogando aquela sob cujo império se formara o direito subjetivo, cogitar-se-á de saber que efeitos surtirá sobre ele. Prevalece a situação subjetiva constituída sob o império da lei velha, ou ao contrário, fica ela subordinada aos ditames da lei nova? É nessa colidência de normas no tempo que entra o tema da proteção dos direitos subjetivos que a Constituição consagra no art. 5º, XXXVI, sob o enunciado de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

É na lei de Introdução ao Código Civil que encontramos sua definição. “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem”. (art. 6º, § 2º).

Observação que precisa ser feita é a seguinte: só se fala em direito adquirido quando o direito subjetivo exercitável ainda não foi exercido. De fato, o direito subjetivo consiste no poder de o seu titular fazê-lo valer segundo seu interesse, ressalvados os problemas de caducidade, perempção, decadência ou prescrição, bem como condições previstas. É nesse contexto que poderá surgir o direito adquirido, que é precisamente, como dissemos, o direito subjetivo integrado no patrimônio do titular, mas não exercido, a respeito do qual é que milita a garantia constante do art. 5º XXXVI, da Constituição Federal, que assegura o seu exercício nos termos da lei sob a qual ele se constituiu, ainda que revogada por lei superveniente. Dá-se, aí, uma espécie de ultratividade da lei, que consiste na projeção dos efeitos da lei para além de sua vigência, para resguardar o direito adquirido sob sua vigência. Com ele não se confunde o direito subjetivo já exercido,

ou seja, se o direito subjetivo já tiver sido exercido quando a lei nova entrou em vigor, não cabe mais falar em direito adquirido, porque já não é meramente adquirido, porque passou a ser situação jurídica subjetiva consumada, direito consumado, que se assemelha ao ato jurídico perfeito, transmudando-se em novo tipo de relação jurídica, que, para desfazer-se, demanda a composição de novos requisitos legais com efeitos específicos. Assim, por exemplo, como, se se tem o direito subjetivo de casar, e se casa, consumou-se a situação jurídica subjetiva; não se colocará mais essa situação à vista da superveniência de nova lei sobre o casamento, como certamente se colocaria no caso de o casamento já estar marcado, com proclamas lavrados, afixados e devidamente publicados etc., mais ainda não efetivado.

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando lhe conviesse. A lei nova não pode prejudicá-lo só pelo fato de o titular não o ter exercido antes.

Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse juridicamente simples, mera expectativa de direito, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas subjetivas no seu iter, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide.

O princípio da irretroatividade decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam, resguardando os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, evidentemente. Porém, as normas de ordem pública, por vincularem propósitos estatais cogentes, devem ser aplicadas de imediato, inovando o conteúdo de que tratam a fim de que os objetivos almejados sejam alcançados em benefício geral de seus destinatários, mesmo que violem o direito adquirido, por sua natureza e finalidade.

Quando se cogita de fixar os efeitos de uma situação jurídica já constituída, a lei antiga governa os efeitos já produzidos durante sua vigência, enquanto que a lei moderna determinará os efeitos que se vierem a produzir após sua entrada em vigor, mas não pode atingir os efeitos jurídicos anteriores, ainda que pretendesse modificá-los, quer para restringi-los, quer para ampliá-los.

Acresce, ainda, que a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada e à impossibilidade de que a retroatividade tem, no Brasil, ampla proteção constituindo-se mesmo em cerne fixo na CF, ex vi dos art. 5º, XXXVI e 60, § 4º, inc. IV.

Direito adquirido e direito público: cumpre fazer uma observação final a respeito da relação entre direito adquirido e direito público. Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é que não ocorre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. Porém, a Constituição não faz distinção.

QUANTO A NORMA DE ORDEM PÚBLICA

A nosso ver, diante do que se acaba de expor, e, sobretudo à face dos elementos de ordem histórica, reveladores da índole do nosso Direito, em relação à matéria, parece não ser possível optar por qualquer orientação à caráter agudo.

O legislador à face do assunto em que tenha de equacionar interesses particulares e de ordem pública, ora propenda para o lado do Direito Adquirido em prejuízo da retroatividade, e ora se veja na contingência de fazer o contrário.

A dois perigos fundamentais - é certo - está constantemente sujeito: ao do desmando e do arbítrio, a pretexto de salvaguarda do interesse público; e ao do desarvoramento à face das dificuldades do assunto.

Cumpre fazer a consideração de que, ainda que se cuide de matéria ligada aos mais altos interesses públicos, não pode haver retroatividade se a lei respectiva não for expressa, considerando a possibilidade de que não gere desequilíbrio social e jurídico

A partir do exposto, justifica-se que consideremos a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um conjunto de regras e princípios harmônicos entre si, segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir, numa outra oportunidade, o argumento da proporcionalidade.

Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nossos constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Constituição de 1998. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL. **Código Civil. Da Introdução à Lei n.º 3.071 de 1 jan. 1916**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. Ed. Coimbra: Almeida, 1992.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

ADEQUAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO AS MUDANÇAS JURÍDICAS

Márcia da SILVA

Madalena Divina Silva GRECO

Wilson Yukio TAKAHASHI

Alunos do 9º período do Curso de Direito da UNILAGO

Ana Paula Polachini de OLIVEIRA

Especialista e Mestranda em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Emerson Rodrigo CARBINATTO

Mestre em Direito das Obrigações

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Gésus GRECCO

Mestre e Especialista em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Marcel BRITTO

Mestre em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: Refletir sobre a necessidade de flexibilização do profissional do Direito visando a integração às exigências do mundo jurídico. Para que possamos alcançar esse objetivo, precisamos estar dispostos a nos adequarmos, observando a importância da flexibilização do profissional de direito às novas mudanças.

Palavras-chave: mudanças, flexibilização, adequação, controlar e inovar.

Louis Josserand assim disse: “os juristas devem viver com sua época, se não querem que esta viva sem eles”.

Demonstrou o jusfilósofo, com a célebre frase, sua percepção de que a sociedade muda e com ela deve mudar o Direito, porque não se pode pretender impor a determinada sociedade um Direito lastreado em valores que nela já não mais existem (SANTOS, 2002, p. 84).

O Direito na atual sociedade massificada tem de ser entendido como algo que admita a mudança constante e cada vez mais rápida de valores, ou seja, deve-se permitir a verificação de que aquilo que foi justo tempos atrás, por não mais se amoldar aos valores vigentes, poderá ser considerado injusto nos tempos atuais. E o fenômeno da massificação das relações sociais e a conseqüente despersonalização das relações humanas foi um grande divisor de águas, nesse sentido.

Num planeta com 6 bilhões de habitantes, não se conhece quem mora no apartamento da frente; o dono do mercado não mora na cidade e visita o estabelecimento uma vez por ano; o caixa do banco é uma máquina e o automóvel é comprado pela Internet. O Direito pensando nos tempos em que o conceito de vizinho significava proximidade humana não é o mesmo da era digital (SANTOS, 2002, p. 101).

E todas essas afirmações a respeito “da mudança da sociedade, da economia e da política não teriam a menor validade se não se entendesse o Direito como um sistema aberto, em constante transformação” (SANTOS, 2002, p. 83). Em razão disso, o Direito atual requer um paradigma legislativo aberto, em que as hipóteses legais sejam formuladas em termos intencionalmente imprecisos e indeterminados, permitindo maior discricionariedade dos juristas em cada caso, assim como a possibilidade de buscar a precisão e a determinação requeridas em conceitos extrajurídicos, fornecidos pela Economia, pela Ecologia, pela Sociologia, pelas Ciências Biológicas, pela Engenharia e por todas aquelas ciências ou áreas de estudo que possam colaborar para uma decisão mais justa do caso concreto (SANTOS, 2002, p. 87).

Tem este trabalho por objetivo, “Refletir sobre a necessidade de flexibilização do profissional do direito visando a integração às exigências do mundo jurídico”. Para que possamos alcançar esse objetivo, precisamos estar dispostos a nos adequarmos, observando a importância da flexibilização do profissional de direito a novas mudanças.

É dinâmica a carreira jurídica. Estaremos sempre enfrentando e convivendo com novas Leis e Normas.

Quando as pessoas se vêem diante de situações novas, ambíguas e ameaçadoras, elas tem reações emocionais que compreensivamente se relaciona com interesses próprios.

A reação do indivíduo será sempre pessoal, arredia as mudanças.

Não basta o conhecimento técnico, mas saber integrá-los às pessoas, buscando melhores resultados.

A flexibilidade é conviver o tempo todo entre o CONTROLE E A INOVAÇÃO. Ser flexível não é sempre dizer sim para tudo, porque cada situação é única, e merece uma resposta singular.

Controlar é fazer construir e manter o funcionamento. As normas são fontes de eficácia, as estruturas são definidas e estáveis. As mudanças atrapalham.

Inovar é melhorar, é evoluir. As mudanças sempre ajudam, as normas não são bloqueios, mas sim, fontes de conhecimentos.

São tópicos que devem ser estudados para que possamos alcançar esses objetivos:

A - Integração e adequação das normas jurídicas das normas judiciais às pessoas. **O Novo Código Civil brasileiro**, por exemplo, traz inovações nos métodos de contração.

A utilização de princípios e cláusulas gerais constituem ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis numa sociedade em mudanças e que busca a realização das finalidades da justiça social e o tratamento adequado do fenômeno avassalador da massificação das relações contratuais e da parte contratante vulnerável. Designa-se cláusula geral, por exemplo, a forma de legislar por tipos vagos, como é o exemplo do art. 422 e 423 do atual Código Civil que remete à função social do contrato e à boa fé objetiva, respectivamente. Elas exprimem a técnica de redação de preceitos legais por meio de formas vagas e de vários significados, que abrangem variada gama de hipóteses, em contraposição ao método casuístico, que abrange, ao contrário, casos específicos e determinados.

Conclui-se, portanto, que a maior virtude do novo Código Civil brasileiro está na adoção de um sistema aberto de Direito que permite aos aplicadores da lei e também aos juristas em geral, através da adoção de cláusulas gerais (princípio da função social do contrato e princípio da boa fé objetiva) acompanhar as mudanças sociais sem a necessidade da edição de novas normas que regulem as novas situações que o progresso e o avanço científico e tecnológico criam a cada dia. Dessa maneira, o novo Código Civil brasileiro espelha a preocupação de Jossierand e se adequa às reais necessidades de uma sociedade em constante mudança e exige do intérprete do Direito uma atitude flexível e desafiadora na busca de soluções mais justas nas decisões e nas negociações contratuais.

B - *Adequação às exigências e mudanças do mundo jurídico.* No Direito

do trabalho, uma das grandes mudanças ocorreu com a emenda 45/2004, que alterou e redimensionou a competência da justiça do trabalho em diversos aspectos do direito sindical e coletivo do trabalho, por exemplo: o deslocamento da competência da justiça comum estadual para a justiça especializada de primeira instância.

- **Flexibilização**
- **Medida**
- **Objetivos**
- **Contratual**

1. Cooperativa profissional ou de prestação de serviços. (Lei 8949/94);

Cria cooperativas de prestação de serviço, sem caracterização de vínculo empregatício (sem os direitos trabalhista da CLT)

2. Contrato por tempo determinado. (lei 9601/98);

Reduz critérios de rescisão contratual e as contribuições sociais;

3. Contrato por jornada parcial. (MP 1709/98);

Estabelece jornada de até 25 horas semanais, com salário e os demais direitos proporcionais e sem participação do sindicato na negociação.

4. Suspensão do Contrato de Trabalho. (MP 1726/98);

Suspende o contrato de trabalho, por prazo de 2 a 5 meses, associado à qualificação profissional, por meio de negociação entre as partes;

5. Denúncia da Convenção 158 da OIT. (decreto 2100/96);

Elimina mecanismos de inibição da demissão imotivada e reafirma a possibilidade de demissão sem justa causa;

6. Setor público: demissão (Lei 9801/99 e lei complementar 96/99);

Define limites de despesas com pessoal, regulamenta e estabelece o prazo de 2 anos para as demissões por excesso de pessoal, regulamentando a demissão de servidores públicos estáveis por excesso de pessoal;

7. Trabalho temporário (Portaria 2, 29/06/96);

Redefine a lei 6.019/74 de contrato temporário, estimulando o contrato de trabalho precário;

8. Contrato para micro e pequenas empresas (Lei do Simples 9517/96);

Estabelece a unificação de impostos e contribuições e a redução de parte do custo de contratação do trabalho;

9. Terceirização (Portaria TEM de 1995 e Enunciado 331 do TST)

Favorece a terceirização do emprego e das cooperativas de trabalho.

Tempo de Trabalho

1. Banco de Horas (Lei 9061/1998 e MP 1709/98);

Define jornada organizada no ano para atender flutuações dos negócios

e prazo de até 1 ano para sua compensação, através de acordo ou convenção coletiva;

2. Liberação do Trabalho aos domingos (MP 1878-64/99)

Define o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, sem necessidade de negociação coletiva.

Salarial

1. Participação nos lucros e Resultados (MP 1029/94 e Lei 10.10/2000);

Define a participação nos lucros e resultados (PLR) da empresa através da negociação coletiva de trabalho;

2. Política Salarial (Plano Real - MP 1053/94);

Induz a “livre negociação”, através da eliminação da política de reajuste salarial do Estado e proíbe as cláusulas de reajuste automático de salários;

3. Salário Mínimo (MP 1906/97).

Fim da correção do salário mínimo, sendo seu valor definido pelo Poder Executivo e introduz o piso salarial regional.

Organização do Trabalho

1. Fim do Juiz classista (PEC 33-A/99);

2. Limitação da ação sindical no setor público (Decreto 2066/96);

3. Ultratividade acordo/convenção (MP 1620/98);

4. Substituição de grevistas no setor público (MP 10/2001).

1. Acaba com o juiz classista na Justiça do Trabalho;

2. Estabelece punição para servidores grevistas e limita o número de dirigentes sindicais;

3. Inibe a validade de acordos e convenções até que novos sejam re-negociados entre as partes;

4. Define a contratação temporária de até 3 meses, renováveis, em caso de greve de funcionários públicos por mais de 10 dias.

Demissão

1. Comissão de conciliação prévia - CCP (Lei 8959/2000)

Estabelece condições de julgamento em primeira instância dos dissídios individuais, funcionando de forma paritária, mas sem estabilidade para seus membros;

2. Rito Sumaríssimo (Lei 9957/2000);

Define procedimento sumaríssimo para dissídio individual com valor abaixo de 40 vezes o valor do s.m.;

3. Fiscalização do TEM (Portaria 865/95).

Restringe a autuação no caso de conflito da legislação com acordo/

convenção e desincentiva a aplicação de multa trabalhista em caso de ilegalidade trabalhista.

No direito empresarial pelo Decreto lei 7661/45, falava-se em falido e concordatário, no caso em que por iniciativa da empresa era possível, no máximo em 2 anos parcelar os créditos quirografários, hoje com a Lei 11.101/05, tendo desaparecido a concordata e surgido a recuperação extrajudicial e judicial da empresa, pela qual a empresa apresenta aos credores exceto fiscal e trabalhistas, proposta de plano de recuperação. Na recuperação judicial o plano é formulado no juízo com a participação de todos e determinação da ordem de pagamento. Contempla condições especiais de pagamento (cisão, incorporação, fusão, etc), e com cumprimento do plano os credores não pode requerer a falência. No Decreto Lei 7661/45 a impontualidade do comerciante poderá ensejar o pedido de falência por parte dos credores, independentemente do valor, enquanto que na Lei 11101/05 “Lei de Falências” artigo 94, I, só dívidas superior a 40 salários mínimos podem embasar o requerimento de falência.

No antigo Decreto Lei 7661/45 os créditos são assim classificados: Dívidas trabalhistas e acidentes de trabalhos sem limite de valor, dívidas fiscais e parafiscais, dívidas com garantia real, encargos e dívidas da massa, dívida com privilégio especial, dívida com privilégio geral e créditos quirografários, enquanto que na Lei 11.101/95 a ordem de preferência dos créditos mudou para: créditos trabalhistas até 150 salários mínimos e decorrentes de acidente de trabalho, créditos com garantia real até limite do valor do bem, créditos tributários, crédito com privilégio especial, crédito com privilégio geral, quirografários, multas, crédito subordinados.

Era ato de falência a tentativa de composição do comerciante e seus credores, o hoje pela solução de mercado, para a crise da empresa, ou seja, através da recuperação extrajudicial.

No direito penal:

- Lei nº 8.072/90 Regulamenta o art. 5º III, CF; tratamento mais severo para os crimes hediondos.
- Lei nº 11.106/05 Modifica alguns artigos do CP; acrescentou o artigo 231 (Tráfico interno de pessoas); Revoga o artigo 240 (adulterio).
- Lei nº 9.099/95 e Lei 10.259/01 Regulamentam crimes de menor potencial ofensivo; condições de transação penal (pena até 2 anos).

C - Flexibilização: Para que possamos entender a flexibilização do papel do profissional do direito. Primeiramente precisamos definir o que é papel: “Papel é um espaço de atuação que permite que o impulso se reali-

ze com consentimento da censuras conscientes e inconscientes. É o espaço entre a ação e o resultado”. Por isso, o papel do profissional de direito não pode ser rígido, precisa ser flexível. Estará sempre defrontando com situações mais diversas e precisa estar aberto a aceitação e adequação às exigências das mudanças no mundo jurídico. Este é um novo perfil. O profissional do direito precisa estar preparado para enfrentar diariamente as novas mudanças que lhe são apresentadas. O seu papel não pode ser rígido. A rigidez do papel profissional é uma barreira para o conhecimento e seu desempenho.

No dia a dia, vivemos uma grande variedade de papéis. Alguns, altamente gratificantes. Enriquecem a personalidade.

Outros nos aprisionam em rotinas vazias, trazendo sentimentos de inutilidade e fracasso. Um papel social inadequado pode levar ao empobrecimento progressivo do Eu. Mas, quando o papel é propício à capacidade criadora do indivíduo, haverá espaço para que ele desempenhe seu papel com dignidade. Vigora o sentimento de realização pessoal e multiplica-se, visivelmente, a produtividade.

No mundo jurídico e na vida pessoal, precisamos saber reconhecer e incentivar os papéis mais adequados a cada um de nós. Portanto, precisamos estar sempre abertos a adequação aos nossos papéis.

Será preciso mudar não exatamente de rumo, mas um mergulho para dentro de si em busca da própria essência. Esse é o desafio que os aguarda.

Saber lidar com normas, sensações e sentimentos, não que a lógica e o raciocínio fiquem revogados, mas terão que saber harmonizá-las.

Lidar com gente requer uso de instrumentos adequados, qualquer deslize, pode gerar efeitos contrários ao que se pretende.

Os especialistas que sabem, a exaustão, tudo sobre um único aspecto (expert), está sendo substituído pela era dos ecléticos. Especialistas em Leis e Normas precisam saber transitar em diferentes mundos. Conhecer as Leis e saber aplicá-las às pessoas. Especialistas em direitos precisam estar preparados para o conhecimento integrado. O perfil das pessoas do mundo jurídico serão substituídos pelo perfil diferenciado, não basta a igualdade, o importante é ser o diferencial.

Para que possamos alcançar este perfil há necessidade de alguns requisitos:

- FALAR idiomas;
- Estar apto a trabalhar com pessoas;
- SABER formular quesitos;
- TRABALHAR o afetivo;
- TER credibilidade profissional e pessoal;
- NÃO ser WORKAHOLIC;

- Ter atividades paralelas (esporte, música, leitura, artes)
- DESENVOLVER habilidade para desigualdades;
- BUSCAR auto conhecimento;
- PREDISPOR-SE a abertura;
- DIPÔR-SE ao aprendizado constante;
- ACREDITAR no senso de humor;
- RECICLAGEM.

Conforme estatística da OAB de São José do Rio Preto, estão cadastrados mais ou menos de 3.800 a 4.000 advogados, foram oferecidos 17 cursos e palestras no período de janeiro a setembro de 2005, com uma média de 50 a 60 participantes com percentual 0.0157%, demonstrando o baixo interesse a reciclagem por estes profissionais.

Atualmente a palavra “globalização” passou a ser cada vez mais freqüente no vocabulário cotidiano. É a preocupação número um para sobreviver aos novos tempos. No mundo jurídico também.

Só haverá espaço para aqueles que souberem adequar as mudanças. Sobreviverão aqueles que vislumbrar o mundo jurídico.

O espaço para atuação, está cada dia mais competitivo e precisamos encontrar alternativas. Os requisitos apresentados fazem com que os profissionais a ele adequado estejam mais preparados.

Este é o grande diferencial. Buscar auto-conhecimento, dispor-se ao aprendizado constantes, estar aberto as mudanças, trabalhar as desigualdades, saber formular quesitos, falar mais de um idioma, trabalhar o afetivo, estar aberto ao feedback.

São habilidades requeridas pelos profissionais que só podem ser adquiridas quando soubermos lidar com o medo de falar francamente saber ouvir. Precisamos estar preparados para o auto conhecimento com ajuda do outro. Não estamos preparados para ouvir manifestações contrárias aos nossos pensamentos.

Lidar com o feedback é uma tarefa extremamente complicada. Por medo as pessoas se comportam como se fossem bonzinhos, como se tudo estivesse correndo sem problemas, nunca dizendo as claras o que acontece. Você terá de ser capaz de aceitar opiniões sobre seu próprio estilo de trabalho e comunicação. Na verdade, você deve estar continuamente tentando saber qual a impressão que transmite. A disposição de aceitar feedback pessoal é um elemento crítico para o seu aperfeiçoamento. É preciso estar aberto e ajustar o seu comportamento pessoal. As mudanças podem obrigá-los a hábitos arraigados.

Poderíamos fazer um volumoso catálogo com as desculpas verdadeiras mais usadas na vida profissional. Desculpa verdadeira na área jurídica a gente tem aos montes: justiça lenta, falta de equipamentos de informáti-

ca, Leis ineficientes, concorrência desleal, morosidade da justiça, falta de pessoal, falta de perspectiva de carreira...

O fato de alguém estar sendo esmagado ou desqualificado em seu papel profissional é a pior desculpa do mundo para não estar produzindo direito, porque geralmente é uma desculpa verdadeira.

Tudo isso é verdade. Só que, baseados nisso, muitos profissionais se acomodam e, no que se acomodam, deixam de ser competentes. Ninguém discorda que estes fatores interferem na motivação profissional. Eles precisam ser considerados. Mas não podem ser transformados em justificativas para a passividade.

FEEDBACK: O AFETO PROFISSIONAL

Quando eu estava no terceiro ano de medicina, um pequeno acontecimento começou a me mostrar com clareza o que é realmente um valor afetivo.

Nesta altura iniciam-se os plantões e frequência às clínicas, com o aprendizado prático. Nesta minha fase, durante um plantão do pronto-socorro de cirurgias, chegou um sujeito enorme, forte, que estava dobrado de dor. Tinha um furúnculo complicado nas costas, com mais de dez cabeças chamado antraz.

Diferentemente dos outros furúnculos, que são uma loja de pus, este é septado, com dezenas de lojas. O médico residente tinha saído um pouco, e comecei a fazer compressas, para ir amolecendo o furúnculo. Até que chegou o residente. Enquanto conversava comigo, começou a amarrar as mãos e os pés do cara na maca. O paciente foi ficando desconfiadíssimo, e eu, sem saber o que ia acontecer, continuei com minhas compressas. Aí o residente passou o bisturi, enfiando a tesoura e abrindo todo o furúnculo.

“ [...] panos quentes não resolvem problemas”.

E eu aprendi uma lição sobre amor. Aquilo que no início parecia uma maldade, era uma atitude afetiva. A atitude que eu estava tomando antes era uma forma de corrupção. Com aquelas compressas, eu nunca ia curar aquele cara. Meu bondoso tratamento ia mantê-lo um tempão doente. A atitude dura que o médico tomou foi curativa.

Felizmente aprendi isso, e hoje minha vida profissional me leva a enfiar muita tesoura em furúnculo emocionais. São ocasiões em que preciso dizer algumas coisas exatas, duras, afiadas. E dói. Quando falo coisas desse tipo com algumas pessoas, sei que ficam doente. Mas faço isso por um motivo só, porque gosto delas.

Claro que há formas diferentes de dizer. Conheço a estória de um rei que queria saber o futuro. Chamou um adivinho que lhe disse:

O rei desgraçado, todos os teus filhos vão morrer e cair como doen-

tes podres da tua boca!

O rei mandou matar o adivinho e chamar outro. O outro chegou e disse:

Ó rei bondoso, nenhum dos teus descendentes vai chorar a tua morte.

Ou seja, disse exatamente a mesma coisa, mas de outra forma...

...Autoconhecimento com ajuda do outro

porque as pessoas procuram um terapeuta? Porque seus decretos secretos fazem com que elas tenham atitudes inadequadas. **Como são raríssimos os amigos que lhe dizem o que é inadequado, eles tem que pagar um especialista para dizer isso.**

...O salário afetivo

A maior manifestação de afetividade na área jurídica chama-se feedback.

...O feedback na área jurídica, pode ser um valioso mecanismo corretivo para atitudes inadequadas que o indivíduo não está percebendo.

...Mas, além de corretivo, o feedback é um poderoso estimulante das atitudes positivas. Quando fazemos uma coisa, certa, bem feita, de alguma forma sempre desejamos uma premiação pelo que fizemos:

O salário mais importante no papel profissional é o afetivo.

É muito fácil e extremamente produtivo, chegar e dizer: **excelente trabalho, você se dedicou mesmo, parabéns!** Mostra assim que estamos na direção correta.

...Acontece que instituir o feedback na área jurídica é uma tarefa extremamente complicada. Por medo, a tendência é que todos se comportem como se fossem bonzinhos, como se tudo estivesse correndo sem problemas, ninguém diz à claras o que acontece, e só fala por trás. São conhecidos os instrumentos da fofoca na área jurídica: **a rádio peão, a rádio corredor. Energia desperdiçada** que poderia ser aproveitada produtivamente através do feedback.

Referência Bibliográfica

SANTOS, Eduardo Sens. **O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato.** Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 364, nov.-dez./2002, p. 83-102.

Normas para a apresentação de originais

A Revista Pensar o Direito é uma publicação anual de artigos jurídicos produzidos por professores e alunos do curso de Direito da Unilago. Tem por objetivo a disseminação do conhecimento e o estímulo à pesquisa e produção em ciências jurídicas, de modo a contribuir para o desenvolvimento regional.

Os interessados em publicar os seus artigos neste periódico deverão elaborar um texto entre 08 e 12 páginas, respeitada a seguinte formatação:

- a) formato A 5 ;
- b) margens: superior 2,5cm; inferior 1,5cm; esquerda 2cm, e direita 1cm ;
- c) fonte Times New Roman ;
- d) corpo 10 ;
- e) espaçamento normal, ou seja, 1,5.

O texto do artigo deverá seguir a seguinte estrutura: título centralizado e nome(s) do(s) autor(es) alinhados à direita, com os seus principais títulos acadêmicos. O resumo poderá ter um máximo de 15 linhas e as palavras-chave, de três a seis vocábulos. A seguir, deve constar a introdução, o desenvolvimento do conteúdo e as conclusões. Ao final, eventuais notas e as referências, conforme as normas atuais da ABNT. As notas devem constar após as conclusões e antes das referências, ou seja, as citações não deverão ser registradas em rodapé.

Satisfeitas estas exigências, os artigos poderão ser encaminhados à respectiva Coordenação do Curso, em texto impresso e em mensagem eletrônica, para a avaliação do Conselho Editorial. Na mensagem o autor do artigo deverá autorizar a publicação de seu texto, de acordo com a linha editorial da Unilago. Serão preferidos os trabalhos sobre temas atuais, inéditos e relacionados aos problemas regionais, conforme a ordem cronológica de apresentação.