

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Procurador-Geral da República

CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

LINDÔRA MARIA ARAUJO

Procuradora-Geral do Trabalho

SANDRA LIA SIMÓN

Procuradora-Geral da Justiça Militar

MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ

CONSELHO ADMINISTRATIVO

Titulares

Ministério Público Federal: ODIM BRANDÃO FERREIRA – Procurador Regional da República

Ministério Público do Trabalho: RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA – Procurador Regional do Trabalho

Ministério Público Militar: ADRIANA LORANDI – Subprocuradora-Geral da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: JOÃO ALBERTO RAMOS – Procurador de Justiça

Suplentes

Ministério Público Federal: ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS – Procurador Regional da República

Ministério Público do Trabalho: ANTONIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar: ROBERTO COUTINHO – Subprocurador-Geral da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: JOSEMIAS COSTA – Procurador de Justiça

COORDENADORES DE ENSINO

Titulares

Ministério Público Federal: HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS – Procurador Regional da República

Ministério Público do Trabalho: DANIELA RIBEIRO MENDES – Procuradora do Trabalho

Ministério Público Militar: RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS – Promotor da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE – Promotor de Justiça

Suplentes

Ministério Público Federal: RAQUEL BRANQUINHO P. M. NASCIMENTO – Procuradora da República

Ministério Público do Trabalho: JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES – Procurador do Trabalho

Ministério Público Militar: CLAUDIA ROCHA LAMAS – Procuradora da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: LUÍSA DE MARILLAC XAVIER DOS PASSOS PANTOJA
– Promotora de Justiça

CONSELHO EDITORIAL

Ministério Público Federal: MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República; GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor

Ministério Público do Trabalho: REGINA FÁTIMA BELLO BUTRUS (Vice-Coodenadora) – Procuradora Regional do Trabalho; JORGE LUIS SOUTO MAIOR – Professor Doutor

Ministério Público Militar: ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: PAULO JOSÉ LEITE FARIAS – Promotor de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO III – NÚMERO 13 – OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2004

BRASÍLIA/DF

BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, sala 318

CEP 70200-901 – Brasília/DF

Tel.: (61) 313-5111 – 313-5114 – 313-5116 – Fax: (61) 313-5185

Home Page: <<http://www.esmpu.gov.br>>

E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright 2004. Todos os direitos autorais reservados.*

Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa

HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND P. D. FILHO – Procurador Regional da República

Setor de Apoio

Adriana Ribeiro Tosta

Setor de Documentação e Editoração:

Cecília S. Fujita dos Reis

Diagramação, fotolitos e impressão:

Dupligráfica Editora Ltda. – SIG/Sul Quadra 08 n. 2396 – CEP 70610-400 – Brasília/DF

Tel.: (61) 344-1918 – Fax: (61) 344-1924 – E-mail: <dupligráfica@zaz.com.br>

Capa:

Artchip Editora – (11) 5044-7679 – 5041-8899

Tiragem: 3.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília: ESMPU, Ano III, n. 13, out./dez., 2004

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

APRESENTAÇÃO

Caro leitor,

Este volume publica, à semelhança de seus precedentes, contribuições valiosas sobre diversas especialidades jurídicas. A ênfase nos assuntos de interesse do Ministério Público da União parece, uma vez mais, conviver harmoniosamente com o interesse geral nos temas aqui abordados.

A presente edição encerra o ciclo do projeto gráfico inicial do *Boletim*. O próximo número terá não apenas nova aparência, mas também nova estrutura, dividida em seções temáticas. Almeja-se que essas alterações de forma e fundo, futuramente pormenorizadas, contribuam para o aprimoramento da tradição do nosso periódico, cuja vida já ultrapassa três anos.

Sobretudo num país de publicações efêmeras, há que se registrar a qualidade e a regularidade do trabalho realizado pelos integrantes do primeiro Conselho Editorial, composto por: Roberto Carlos Batista, do MPDFT, seu primeiro coordenador, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, do MPM, que o sucedeu no encargo, André de Carvalho Ramos e Walter Claudius Rothenburg, do MPF, e Gustavo Ernani Cavalcanti Dantas, do MPT.

Desejo-lhe uma boa leitura.

Lindôra Maria Araujo

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

SUMÁRIO

Artigos

Vinculação de subsídios: Procuradores de Justiça e Procurador-Geral da República. Inconstitucionalidade

André Terrigno Barbeitas 9

Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo 19

Principais mudanças na legislação falimentar

Celso Marcelo de Oliveira 37

A competência do Supremo Tribunal Federal à luz de sua Súmula n. 623

Estanislau Tallon Bózi 57

O princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho

Fábio de Assis F. Fernandes 77

O Poder Constituinte e a separação dos Poderes na Reforma do Judiciário

Fabício Caser 103

O fetiche das leis

Giovani Clark 111

Patentes de segundo uso médico

Maria Thereza Wolff e Paulo de Bessa Antunes 115

Lançamento de livros de integrantes do MPU

Água: Bem jurídico econômico ou ecológico?

Paulo José Leite Farias 133

Dano moral coletivo

Xisto Tiago de Medeiros Neto 133

VINCULAÇÃO DE SUBSÍDIOS: PROCURADORES DE JUSTIÇA E PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE

*André Terrigno Barbeitas**

A Lei Estadual n. 4.432/2004, de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, recentemente sancionada pela Governadora do Estado do Rio de Janeiro e publicada no *Diário Oficial* desse Estado, dispõe sobre o *subsídio mensal dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, estabelecendo *vinculação* entre o *subsídio mensal dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* e o *subsídio mensal percebido pelo Procurador-Geral da República*, verbis:

Art. 1º O subsídio mensal dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro corresponderá a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal percebido pelo Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. Será sempre observada, dentro da carreira do Ministério Público, a gradação remuneratória das classes, conforme o disposto na legislação específica.

Art. 2º O subsídio fixado no art. 1º desta Lei somente poderá ser alterado por Lei específica de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça.

Art. 3º Enquanto não for fixado o subsídio do Procurador-Geral da República, o percentual previsto no art. 1º desta Lei incidirá sobre a soma do vencimento básico e da verba de representação a ele atribuídos por Lei, para fim de cálculo dos vencimentos dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, observando-se o que sobre eles dispõe a legislação específica.

Art. 4º As despesas com a execução desta Lei correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, as quais, se necessário, serão suplementadas.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Prima facie, diga-se que a despeito da novel regra constitucional disposta no art. 37, inciso XI (redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003), ter-se referido ao idêntico percentual de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento utilizado pelo supratranscrito art. 1º, *caput*, da Lei n. 4.432/2004, é estreme de dúvida que são inconfundíveis o limite de teto remuneratório para os membros do Ministério Público

* André Terrigno Barbeitas é Procurador Regional da República no Rio de Janeiro (2ª Região); Mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

com a vedada vinculação remuneratória fixada na Carta Maior para os subsídios e vencimentos dos servidores públicos, *ex vi* do art. 37, XIII, da Constituição Federal, regra constitucional esta flagrantemente violada pelos dispositivos ora impugnados da Lei n. 4.432/2004. Às claras que pretendeu o legislador estadual servir-se do percentual relativo ao teto de vencimentos para estabelecer uma espúria e indevida vinculação entre os subsídios dos integrantes da carreira do Ministério Público estadual com os subsídios do chefe do Ministério Público da União, em total contrariedade aos ditames da Constituição Federal.

Nesse sentido, basta a simples leitura do art. 37, XIII, da Constituição Federal para se verificar a contrariedade da Lei Estadual n. 4.432/2004 ao Texto Constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

[...]

XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; [*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

[...]

Dessa forma, ao estabelecer a vinculação expressa entre os subsídios mensais dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o subsídio mensal do Procurador-Geral da República, incorre a Lei Estadual referida em violação expressa ao comando constitucional do art. 37, XIII, supratranscrito, que veda a vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

Certo que a vedação constitucional de vinculação entre vencimentos ou subsídios de servidores públicos visa a coibir acréscimos desmedidos de despesas públicas com pagamento de pessoal, originados pelos reajustes automáticos decorrentes da vinculação entre vencimentos de carreiras díspares que apresentam responsabilidades diferentes, em desrespeito aos limites orçamentários previstos no art. 169 da Carta Maior. Outra não é opinião da doutrina pátria, aqui representada pela administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:

[...] O inciso XIII do artigo 37 repete norma que já constava da Constituição anterior e que veda a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior (*nota benne*: inciso XII – teto) e no artigo 39, §1º (nota: ressalvas já excluídas pela EC 19/98). A ressalva tem por efeito excluir da vedação hipóteses de vinculação estabelecidas pela própria Constituição. O que se visa impedir, com esse dispositivo, são os reajustes automáticos de vencimentos, o que ocorreria se, para fins de remuneração, um cargo ficasse vinculado ao outro, de modo que qualquer acréscimo concedido a um beneficiária a ambos automaticamente; isso também ocorreria se os reajustes de salários fossem

vinculados a determinados índices, como o de aumento do salário mínimo, o de aumento da arrecadação, o de títulos da dívida pública ou qualquer outro [...] (DI PIETRO, 1992, p. 318).

E, também, em uma edição mais recente da referida obra da mesma autora, complementando o raciocínio ora em destaque:

[...] A justificativa para a proibição é clara, pois a Administração Pública, para pagar seus servidores, além de depender da existência de recursos orçamentários, sofre limitações, em especial a do artigo 169, em conformidade com a qual “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar” [...] (DI PIETRO, 2002, p. 448).

Em igual diapasão, a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, estabelecendo, ainda, a distinção entre a regra do inciso XIII do art. 37 (vedação de equiparação ou vinculação) e a do inciso XI do mesmo artigo (fixação de teto remuneratório), *verbis*:

[...] Vinculação e teto

Repetindo mandamento anterior, a Constituição em vigor proibiu a vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito da remuneração de pessoal no serviço público (art. 37, XIII). A regra, como é fácil notar, procura evitar os denominados aumentos em cascata, que ocorrem quando, aumentada a retribuição de uma classe de servidores, outras classes se beneficiam por estarem atreladas àquela. Significa que o aumento de um significaria o aumento de milhares, com grande prejuízo ao erário e aos próprios servidores, neste caso porque o Estado não se arriscaria a conceder aumentos específicos a esta ou àquela classe, sabedor que a seu reboque milhares de outros cargos se beneficiariam do aumento.

A regra do teto remuneratório é a do art. 37, XII, da CF, estabelecendo-se que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não podem ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo. A norma, que atribui ao Executivo a qualidade de paradigma dos vencimentos dos cargos dos demais Poderes, já era prevista na Constituição anterior (art. 98) e seu objetivo é o de fixar um limite para os vencimentos, permitindo a implantação gradual do princípio da isonomia anteriormente previsto no art. 39, § 2º, da CF. Assim como a regra da isonomia, a do teto remuneratório também nunca foi corretamente aplicada [...] (CARVALHO FILHO, 2001, p. 535-536).

Dissertando sobre o regime remuneratório dos servidores públicos, o autor Nagib Slaib Filho também não deixa dúvidas acerca da vedação de equiparação ou vinculação entre os vencimentos/subsídios dos agentes públicos, *verbis*:

[...] Impõe-se a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo,

Legislativo e Judiciário, em cada nível federativo, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou local do trabalho (art. 39, § 1º), não podendo os vencimentos dos cargos de um Poder ser superiores ao de outro (art. 39, XII). Fora tal isonomia, é vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração de pessoal do serviço público (art. 37, XIII) [...] (SLAIB FILHO, 1992, p. 310).

Tal vedação constante do inciso XIII do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é de antiga tradição no nosso sistema jurídico-constitucional. Ela tem a sua origem histórica em norma constitucional inscrita no texto da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC n. 01, de 1969, que expressava o seguinte teor:

[...] Art. 98. Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.

Parágrafo único. Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público.[...]

Ademais, a Lei estadual em foco também incorre em violação aos postulados constitucionais do art. 39, §1º, e incisos, bem como aos arts. 169 c/c 127, § 2º, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

§1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: [*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; [*Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

II – os requisitos para a investidura; [*Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

III – as peculiaridades dos cargos. [*Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

[...]

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

[...]

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: [*Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; [*Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. [*Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998*]

De fato, não há como conciliar a regra do art. 169, §1º, I, da CF/88 ora transcrita com a vinculação estabelecida pelo art. 1º, *caput*, da Lei Estadual n. 4.432/2004-RJ, sendo certo que a vinculação da despesa com o pagamento de pessoal do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro com a de outro órgão componente de esfera federativa distinta fere a necessidade de prévia programação da execução orçamentária e previsão de despesas e o texto expresso do art. 127, *caput* e §2º, da Carta Maior, que remete a política remuneratória do *parquet* à estrita obediência do preceito do art. 169 da Constituição Federal.

No mesmo diapasão, ou seja, da relevância do orçamento e dos princípios orçamentários, confira-se, também, a lição do autor Kiyoshi Harada, em sua obra *Direito financeiro e tributário*, *verbis*:

[...] A questão, como assinala com acerto Aliomar Baleeiro, não é de equilibrar o orçamento, pois este não pode ser entendido como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de progresso de uma nação. Sua função é equilibrar a economia nacional. Sua tarefa é afastar as inflações e deflações, mantendo sempre estável a economia, de sorte que os investimentos absorvam toda a poupança, sem excedê-la nem ficarem abaixo dela. O pensamento atual exige a “humanização” do orçamento.

O orçamento atua, ainda, como instrumento de redistribuição da renda nacional. Corrige a desigualdade de patrimônio e rendas das pessoas, quer pela tributação, quer pela realização de despesas. É a teoria do filtro, segundo a qual o orçamento age como sistema hidráulico que aspira parte das rendas e capitais dos particulares e devolve-os numa distribuição diferente. [...]

E segue o referido autor esmiuçando o princípio da programação de despesas, o referido art. 169 da CF e a necessidade de respeito ao princípio da legalidade, *verbis*:

[...] Todo orçamento moderno está ligado ao plano de ação governamental. Assim, ele deve ter conteúdo e forma de programação. [...]

Por força dos princípios da programação e da unidade, acham-se recepcionados os arts. 47 a 50 da Lei n. 4.320/64, que cuidam da programação da execução orçamentária. O art. 47 determina que, logo após a promulgação da lei de orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar. Com isso, o Executivo incumbe a cada unidade a responsabilidade pela aplicação dos créditos orçamentários na execução de programas a seu cargo. Nada poderá ser liberado sem prévia programação de despesas, a qual tem por finalidade não só assegurar às unidades orçamentárias os recursos financeiros necessários à boa execução de seu programa de trabalho, como também manter o possível equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de sorte a evitar, ao máximo, as situações de insuficiências de caixa (art. 48).

[...]

O princípio da legalidade

Tem o mesmo sentido do princípio da legalidade em geral, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Em matéria orçamentária, esse princípio significa que a Administração Pública subordina-se às prescrições legais.

[...]

De se lembrar, também, o princípio inserto no art. 169, que veda a realização de despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios além dos limites estabelecidos em lei complementar.

[...]

Assim, o controle da legitimidade deve recair sobre a legalidade e a economicidade da execução orçamentária e financeira, levando em conta o aspecto da justiça e a relação custo-benefício, de sorte a propiciar ao cidadão a efetiva contrapartida por sua sujeição permanente ao poder tributário do Estado [...] (HARADA, 1998, p. 65-71).

Dessa forma, conforme já mencionado nas primeiras linhas deste artigo, transcrevendo a lição de Maria Sylvia Di Pietro,

[...] a Administração Pública, para pagar seus servidores, além de depender da existência de recursos orçamentários, sofre limitações, em especial a do artigo 169, em conformidade com a qual “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar” [...] (DI PIETRO, p. 448),

proibição esta que se conecta com a regra constitucional da vedação de vinculação de subsídios/vencimentos (art. 37, XIII) e com a própria regra específica do art. 127, §2º, da CF/88, de modo que se evite a excessiva oneração dos cofres públicos pelos aumentos automáticos desmedidos oriundos da adoção de tal mecanismo.

Saliente-se a contrariedade da Lei n. 4.432/2004-RJ à Constituição Federal, consoante a exegese do Supremo Tribunal Federal a respeito da norma constante do art. 37, XIII, da CF/88, além daquela prevista no texto do art. 169 da Carta Maior. Nos dizeres do próprio ex-ministro da Suprema Corte Ilmar Galvão,

[...] esta Corte tem reiteradamente declarado a inconstitucionalidade de normas legais que vinculam o reajuste de seus servidores a índices federais, tendo em vista a autonomia dos Estados. Nesse sentido, entre outros precedentes, a ADIMC 377, Rel. Min. Célio Borja; a ADIMC 2.050, Rel. Min. Maurício Corrêa; e as AOs 280, Rel. Min. Maurício Corrêa; e 288, Rel. Octavio Gallotti [...] (STF, ADI 1.438-2/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 5.9.2002, *DJ* de 8 nov. 2002, p. 21, Pleno).

A ementa do acórdão referido encontra-se assim disposta:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 1.007/96, DO DISTRITO FEDERAL. *VINCULAÇÃO DO REAJUSTE DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES DISTRITAIS AOS PERCENTUAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO*. ALEGADA VIOLAÇÃO AO INCISO XIII DO ART. 37 E À ALÍNEA A DO INCISO II DO § 1.º DO ART. 61, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Diploma legal que, tendo resultado de projeto de lei de autoria de parlamentar, viola a iniciativa privativa do Chefe do Executivo para leis que disponham sobre aumento de remuneração de servidores, em vício de inconstitucionalidade formal não convalidado pela sanção, não mais sendo aplicável a Súmula 5 desta Corte. Precedentes. Ação julgada procedente [*grifo nosso*].

Confiram-se, ainda, os demais julgados do Supremo Tribunal Federal relativos ao tema, nos quais se afere o entendimento uniforme e contínuo da Corte Suprema acerca da vedação de equiparação ou vinculação de vencimentos/subsídios entre servidores públicos, notadamente no caso em tela pertencentes a esferas federativas diversas (Ministério Público Estadual do RJ e Ministério Público da União), *verbis*:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Arts. 11 e 12, I, “a” a “f”, §1º, ns. 1 e 2, da Lei n. 11.313, de 12.9.1990, do Estado de Goiás. 3. *Vedação à vinculação ou à equiparação de vencimentos de servidores públicos*. 4. Dispositivos que, embasados em artigo declarado inconstitucional na ADIN 464 (§10 do art. 100 da Constituição do Estado de Goiás), padecem, igualmente, do vício da inconstitucionalidade. Precedentes. 5. Ação julgada procedente (STF, ADI 752/GO – Goiás, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Gilmar

Mendes, Julg. em 4.3.2004, Tribunal Pleno, *DJ* 16 abr. 2004, p. 00052, *Ement.*, v. 02147-01, p. 00068) [*grifo nosso*].

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 106/2003. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”. PRERROGATIVAS DA MAGISTRATURA. EXTENSÃO AOS MEMBROS DO “PARQUET”. IMPRESCINDÍVEL A OBSERVÂNCIA DO MODELO FEDERAL. EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À JUSTIÇA ELEITORAL. GRATIFICAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE DESPESA AO ÓRGÃO DO JUDICIÁRIO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA E DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA. BENS DO PODER JUDICIÁRIO. INGERÊNCIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. 1. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Pertinência temática. Legitimidade ativa. Preenchidos os requisitos para o conhecimento da ação, uma vez que os textos impugnados promovem equiparação de vencimentos e prerrogativas entre o Ministério Público e a Magistratura e, por outro lado, sendo o “Parquet” órgão essencial à atuação do Poder Judiciário, a defesa de seu regular funcionamento está inserida nas atribuições funcionais da requerente. 2. Prerrogativas da Magistratura. Extensão aos membros do “Parquet”. Reprodução pela norma estadual de legislação federal de observância obrigatória. É da competência do Estado disciplinar, mediante lei complementar, a organização, as atribuições e o estatuto do “Parquet” local, sendo lícito o estabelecimento de condições de igualdade de tratamento entre os membros das carreiras. Não há que se cogitar de afronta ao postulado da isonomia. 3. Poder Judiciário. Princípio da autonomia. Viola a autonomia do Poder Judiciário lei estadual que autorize o livre acesso e trânsito a qualquer local privativo dos juízes aos membros do Ministério Público, sem nexo algum com suas estritas funções. 4. Vencimentos. Equiparação. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que é inconstitucional a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do serviço público, exceto algumas situações previstas no próprio Texto Constitucional. 5. Justiça Eleitoral. Prestação de serviços. Contraria os postulados de independência e autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário norma local que imponha ao Tribunal Regional Eleitoral o dever de efetuar pagamento, fixando despesa para o órgão do Poder Judiciário Federal, pela prestação de serviços à Justiça Eleitoral. 8. Poder Judiciário. Administração dos bens. É competência reservada ao Poder Judiciário a administração e disposição de seus bens. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, deferida (STF, ADI 2831 MC/RJ – Rio de Janeiro, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Maurício Corrêa, Julg. em 11.3.2004, Tribunal Pleno, *DJ* 28 maio 2004, p. 00004, *Ement.*, v. 02153-03, p. -00433) [*grifos nossos*].*

CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA RESERVADA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO: OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS E PELO DISTRITO FEDERAL: CF, art. 61, § 1º, II, *a* e *c*. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO: VEDAÇÃO. CF,

art. 37, XIII. I. – Matéria de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo: CF, art. 61, § 1º, II, a e c, de observância obrigatória pelos Estados-Membros e pelo Distrito Federal. Precedentes do STF. II. – Vinculação ou equiparação de remuneração de pessoal do serviço público: vedação: CF, art. 37, XIII. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (STF, ADI 549/ DF – Distrito Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. em 6.5.1999, Tribunal Pleno, DJ 11 jun. 1999, p. 00008, Ement., v. 01954-01, p. 00001) [grifo nosso].

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Arts. 11 e 12, I, a a f, § 1º, ns. 1 e 2, da Lei n. 11.313, de 12.9.1990, do Estado de Goiás. 3. Vedação à vinculação ou à equiparação de vencimentos de servidores públicos. 4. Dispositivos que, embasados em artigo declarado inconstitucional na ADIN 464 (§ 10 do art. 100 da Constituição do Estado de Goiás), padecem, igualmente, do vício da inconstitucionalidade. Precedentes. 5. Ação julgada procedente (STF, ADI 752/GO – Goiás, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julg. em 4.3.2004, Tribunal Pleno, DJ 16 abr. 2004, p. 00052, Ement., v. 02147-01, p. 00068) [grifo nosso].

Aduza-se, por fim, que esta não é a primeira tentativa que o legislador estadual do Rio de Janeiro faz no sentido de proceder a equiparações indevidas de vencimentos em benefício de integrantes do Ministério Público local. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN n. 2831-6, suspendeu a eficácia do art. 86 e seu parágrafo único da Lei Complementar estadual n. 106/2003, que estabelecia equivalência entre os vencimentos do Procurador-Geral de Justiça e os dos Desembargadores do Tribunal de Justiça.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. ———. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992.

UMA REFLEXÃO ACERCA DOS PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

*Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos e garantias e sua distinção. 3 A natureza jurídica dos pactos e convenções internacionais. 4 Momento a partir do qual produz seus efeitos. 5 Pactos internacionais que exercem ingerência no processo penal brasileiro.

1 Introdução

Com o avanço da globalização e das ideologias calcadas em interesses econômico-financeiros, tendentes à expansão agressiva por novos mercados consumidores, o Direito moderno se vê diante da contingência de se adaptar a esses fatores reais de poder¹, rompendo, por conta desses mesmos fatores, não só com vetustos institutos jurídicos, mas também impondo uma modificação na interpretação de outros tantos (serve de exemplo a revisão do conceito de soberania por parte dos países participantes dos grandes mercados comuns). Além disso, tais agentes metajurídicos acabam por criar novos conceitos e figuras jurídicas (tome-se como exemplo a criação de um Tribunal Europeu para julgamento de algumas espécies de crimes, como é o caso dos crimes de guerra), desempenhando, assim, um verdadeiro papel de força propulsora do Direito.

É dentro desse contexto mundial que o Brasil, hoje já integrante do Mercosul (bloco econômico, na atualidade, em franca decadência) e assediado por outros grandes conglomerados comerciais (Mercado Comum Europeu e Nafta, havendo, por parte desse último, uma grande pressão internacional para formar a Alca – Área de Livre Comércio entre as Américas), vê-se compelido a participar (ou, pelo menos, a sofrer as conseqüências de sua omissão) das grandes decisões mundiais e, por esse mesmo motivo, cada vez mais, da realização e assinatura (por parte do chefe do Poder Executivo – CF, art. 84, VIII) de novos tratados e convenções, bem como assumindo, na mesma proporção, o compromisso de ratificá-los (CF, art. 49, I), para que possam adquirir, assim, força coercitiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, demonstrar ao mundo, com tal comportamento, a seriedade com que é tratada a matéria pelo país.

Foi tendo em conta essa nova moldura das relações mundiais que o legislador constituinte de 1988 salientou, de maneira expressa, a questão relativa ao ingresso no

* Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo é Analista Previdenciário do INSS junto à Procuradoria Federal da referida autarquia; Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências (Fabac); Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Católica do Salvador (UCSal); Professor de Processo Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia (Fesmip); Professor da Escola dos Magistrados da Bahia (Emab); Pós-Graduando em Ciências Criminais na Fundação Faculdade de Direito vinculada à Universidade Federal da Bahia (UFBA).

¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

ordenamento jurídico pátrio dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, dedicando, dada a relevância da matéria, artigo específico (CF, art. 5º, § 2º) ao tema, o qual se encontra, dessa forma, positivado: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou *dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” [grifo nosso].

Pois bem, diante dessa situação, cabe aos estudiosos e operadores do direito não só analisar todas as conseqüências que essa série de acontecimentos irá ocasionar em nosso ordenamento, mas também observar criteriosamente as interferências que irá gerar em torno dos direitos e garantias expressos na Constituição Federal, assunto que dada a sua relevância e conteúdo marcadamente liberal diz respeito, mais diretamente, aos ramos dos direitos penal e processual penal (servem de exemplo o Pacto de San José de Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) e que demanda, por parte do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*), uma atuação diligente, tendo em vista a natureza eminentemente constitucional que rodeia o tema (como, por exemplo, a natureza jurídica das normas de gênese alienígena e a maneira como a Constituição disciplina a sua entrada em nosso ordenamento).

Contudo, ao se proceder a tal análise, deve-se ter em conta que esses dois últimos institutos, quais sejam, os direitos e garantias, não são expressões sinônimas, sendo necessário, portanto, estabelecer as suas distinções, para que, destarte, se possa ter a real noção da interferência desses tratados internacionais nos direitos e garantias contemplados em nosso ordenamento jurídico. Passemos, então, a essa diferenciação.

2 Direitos e garantias e sua distinção

Tomado em seu significado autônomo e quase que desvinculado de toda acepção política, o termo garantia tem por escopo estabelecer uma posição que assevera a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade. Vale dizer, existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar.

Entrementes, surgem as primeiras dificuldades em precisar o significado desse termo quando ele é transladado para a esfera política e jurídica, possuindo, a partir de então, um sentido não-técnico, uma dimensão conceitual, de cunho axiológico, por estar vinculado aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção.

A garantia, vista como um meio de defesa, coloca-se, então, diante do direito, mas com este não se deve confundir. Esse equívoco de tratar de forma semelhante os direitos e garantias, de utilizar as duas expressões como se fossem sinônimas, tem sido reprovado pela doutrina mais abalizada², a qual separa, com a devida precisão, os dois institutos.

Com efeito, esse engano ocorre sempre que a garantia é colocada numa acepção em conexão direta com o instrumento de organização do Estado, que é a Constituição.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 481-485.

Além disso, se admitida fosse essa confusão, nunca se lograria um conceito exato e útil do que seja, realmente, uma garantia constitucional. Ademais, uma vez adotado esse caminho ideológico, cair-se-ia no obscurecimento de uma das noções mais importantes para a compreensão da progressão valorativa do Estado Liberal para o Estado Social, ou seja, acabar-se-ia por ignorar um dos pontos mais relevantes da história da evolução das garantias fundamentais nas Constituições.

Convém ressaltar, desde já, que existem dois pontos ao redor dos quais giram as garantias, as declarações e os direitos, desde a sua origem mais remota, quais sejam, o indivíduo e a liberdade. No decorrer do século XX, um terceiro ponto foi acrescentado: a instituição. E diga-se, desde logo, que o advento desse terceiro ponto marca, com cores definitivas, uma ruptura da linha clássica e tradicional no entendimento das garantias, que antes eram entendidas apenas como garantias individuais.

Tendo em vista a proximidade dos direitos com as garantias e considerando a finalidade destas, que é tornar eficaz a liberdade tutelada pelos poderes públicos e destacada nas conhecidas declarações de direitos, a doutrina latino-americana tem procurado estabelecer um critério de distinção entre ambos os institutos, sabendo-se, contudo, que, feita uma rigorosa observância dele, a preservação de tal critério distintivo se faz de todo inexequível, pois casos raros e excepcionais sempre irão existir.

Para Carlos Sánchez Viamonte³, a expressão garantia abrange apenas “a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia”. E nessa esteira do raciocínio, o mesmo autor, em outra obra, sustentando a distinção entre garantia e direito, estabelece que “garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política”⁴.

Outro estudioso argentino, Rafael Bielsa, citado por Paulo Bonavides, também preocupado em estabelecer uma nítida distinção entre os dois institutos sobre comento, pontua que “as garantias são normas positivas, e, portanto, expressas na Constituição ou nas leis, que asseguram e protegem um determinado direito”⁵.

Considerando a latitude do presente instituto, Bielsa afirma que “a garantia pode referir-se a um direito em sentido subjetivo, em defesa do interesse individual, ou a um direito em sentido objetivo, em defesa do interesse coletivo”⁶.

Releva notar, ainda, que, nesse passo, grande também foi a contribuição de Juan Carlos Rébora, também citado por Paulo Bonavides, o qual consigna que “as garantias funcionam em caso de desconhecimento ou violação do direito e que o fracasso das garantias não significa a inexistência do direito; suspensão de garantias não pode significar supressão de direitos”⁷.

³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Manual de derecho constitucional*. 4. ed. Buenos Aires, 1959. p. 123.

⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El habeas corpus, la libertad y su garantía*: doctrina, jurisprudencia y legislación comparada. Buenos Aires: V. Abeledo, 1927. p. 1.

⁵ BIELSA, Rafael, apud BONAVIDES, op. cit., p. 483.

⁶ Idem, ibidem, p. 483.

⁷ RÉBORA, Juan Carlos, apud BONAVIDES, op. cit., p. 483.

Não é demais, ainda, lembrar a lição de Rui Barbosa acerca da matéria, o qual assim pondera:

a confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir a interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos, ao passo que a garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrências mais ou menos fácil⁸.

Todavia, o mais recente contraste entre os direitos e garantias é lembrado pelo constitucionalista português Jorge Miranda, que a respeito do tema escreve:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direito e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado.

Os direitos representam por si sós certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na aceção juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se⁹.

Entretanto, ao tratar do direito de liberdade, exemplo maior de conquista do Estado Liberal, Jorge Miranda tece uma discriminação ainda mais contundente e clara, a saber:

As liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa; as liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias modos de organização ou de atuação do Estado; as liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado¹⁰.

Por outro lado, para José Joaquim Gomes Canotilho, “tomadas a rigor, as clássicas garantias também são direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”¹¹. Consideradas nesse último aspecto, as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.

⁸ BARBOSA, Rui. *A Constituição e os atos inconstitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro, [s/d], p. 193-194.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4 – Direitos Fundamentais, p. 88-89.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 89.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 520.

Contudo, convém ressaltar que a distinção até aqui estabelecida entre direitos, como *normas meramente declaratórias*, e garantias, como *normas essencialmente assecuratórias*, não é decisiva, em face do Texto Constitucional, porque, a rigor, as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, declaram-se os direitos usando forma assecuratória.

De fato, a Constituição não estabelece regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias, o que se constata no Título II e Capítulo I deste, nos quais não foram estabelecidas pelo legislador constituinte quaisquer espécies de organização e sistematização acerca desses desiguais institutos¹².

Diga-se, ainda, por oportuno que é, que as garantias não se confundem com os remédios constitucionais¹³. As garantias são de conteúdo mais abrangente, incluindo todas as disposições assecuratórias de direitos previstos na Constituição.

No mais, convém assinalar que alguns dispositivos constitucionais contêm direitos e garantias no mesmo enunciado. É o que se vê no inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Diante de tudo quanto até aqui foi dito, nota-se que a premente necessidade de afirmar e proteger a liberdade perante o Estado foi, como se percebe a olho nu, o marco jurídico dessa elaboração conceitual, a qual é produto dos pensamentos e constatações de juristas liberais, que acrescentaram na terminologia do antigo, mofado e ditatorial direito público as locuções de direitos individuais, garantias individuais e, por derradeiro, mas com imenso êxito e eficácia de expressão, as denominadas garantias constitucionais.

Nesse passo, cumpre salientar que tais garantias constitucionais podem ser encontradas na doutrina com quatro sentidos diferentes.

No primeiro deles, a garantia constitucional aparece, conforme anota José Afonso da Silva¹⁴, como reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, “que não provêm de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano”; parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estatalidade dos direitos fundamentais.

Tomada num segundo aspecto, as garantias constitucionais significam as “prescrições que vedam determinadas ações do poder público, ou seja, formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual”¹⁵.

Apreciada sob um terceiro enfoque, as garantias constitucionais consistem na “proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia”¹⁶ ou “recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura”¹⁷.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 183-184.

¹³ MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

¹⁴ Op. cit., p. 184.

¹⁵ BAZDRESCH, Luiz. *Curso elemental de garantías constitucionales*. México: Editorial Jus, 1977.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹⁷ BASCUÑÁN, Alejandro Silva. *Tratado de derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1963.

Há, ainda, uma quarta concepção acerca dessas garantias, a qual tem um sentido mais amplo do que as demais e refere-se aos “meios predispostos para assegurar a observância, e, portanto, a conservação, de um determinado ordenamento constitucional”¹⁸. Note-se que essa última concepção aproxima-se dos mecanismos de defesa de dado regime político constitucional, sendo mesmo até contrário, às vezes, aos direitos, porquanto são meios que importam na suspensão destes e de algumas de suas garantias (estado de defesa e estado de sítio).

Estabelecida a distinção entre os direitos e as garantias e demonstrada as dificuldades que marcam o tema, é necessário deixar bem claro que não serão todos os tratados, que venham a ter o Brasil como parte, que poderão ingressar no ordenamento jurídico pátrio, visto que, como impõe uma interpretação sistemática do texto constitucional, somente poderão ter, mais do que validade, existência dentro do ordenamento jurídico nacional, se não forem tendentes a abolir os mencionados direitos e garantias esposadas na Constituição (proteção conferida às mal denominadas *cláusulas pétreas*).

Aliás, essa é a redação do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, que assim disciplina a matéria:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta [...]

§ 4º *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*
[...]

IV – *os direitos e garantias individuais* [grifo nosso].

Logo, como se vê, os tratados internacionais, no que tange aos direitos e garantias contemplados em nosso texto constitucional, não têm um campo de atuação tão amplo como se possa imaginar, pelo contrário, a sua área de desempenho é ainda menor, se considerado que não só não podem abolir, como também não poderão restringir tais direitos e garantias, sejam esses individuais ou institucionais¹⁹.

Poder-se-ia dizer, acerca dessa última inteligência, que ela é despropositada e carecedora de fundamento, uma vez que o texto constitucional utilizou as expressões *abolir*, em vez de *restringir*, e *individual*, sem acrescentar o vocábulo *institucional*. Pois bem, ousamos discordar desse entendimento vinculado à letra “mal compreendida” da lei, pelos motivos que passamos a expor.

Em primeiro plano, cabe lembrar que a função de adequar e encontrar o sentido real e atual do texto legal é exclusiva do hermeneuta, e não do legislador, pois é ele que, em vista das situações concretas, terá que aplicar o texto legal abstrato, geral e impessoal. Vale dizer, será este que irá ponderar o conteúdo fático, o seu valor, e aplicar, tendo em

¹⁸ CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1970.

¹⁹ Quanto aos direitos e garantias institucionais, estes, ao contrário dos individuais, não se referem a pessoas, mas a determinadas instituições (servem de exemplo a maternidade, a família, a liberdade de imprensa, o funcionalismo público, os entes federativos) que possuem sujeito e objeto diferenciados e que são protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais. Para uma visão mais aprofundada acerca do assunto, consulte-se a obra do estudioso português J. J. Gomes Canotilho, intitulada *Direito constitucional* (p. 522).

vista o espírito da lei (*mens legis*), a norma, tendo em conta a natureza tridimensional do direito²⁰.

Portanto, o intérprete não está vinculado ao texto legal, nem muito menos por ele limitado, ao contrário, pode-se valer de um sem-número de métodos de interpretação (histórico, teleológico, sistemático, entre outros) para alcançar o verdadeiro sentido da norma.

Além disso, cabe lembrar, com Carlos Maximiliano²¹, que a interpretação gramatical é a mais desprezível e restrita de todas, só devendo ser utilizada de forma complementar, ou seja, suplementando os outros citados métodos.

Num segundo plano, convém ressaltar que admitir, ainda que em tese, que os direitos e garantias possam ser restringidos por meio de tratado internacional é, a um só tempo, incorrer em dois equívocos, quais sejam, contrariar a própria finalidade para a qual foram constituídos tais direitos e garantias, ou seja, a de declarar e proteger direitos fundamentais ao ser humano e ao seu convívio numa sociedade civilizada, bem como o de tornar regra geral um verdadeiro retrocesso no que concerne à matéria ora sob comento (os direitos e garantias), ainda mais se considerada que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), que tem como seus fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, incisos II e III, respectivamente), e como objetivos fundamentais, entre alguns, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incisos I, III e IV, respectivamente).

O absurdo torna-se ainda maior, se o ponto de partida da interpretação for, isoladamente, os tratados internacionais relativos às matérias penal e processual penal. Isso porque tais ramos do direito constituem, na verdade, a positivação de todas as garantias mínimas do acusado ante o poder desproporcional do Estado (essa é a idéia fundamental da constituição do Estado de Direito). Logo, admitir que as aludidas normas estrangeiras possam restringir os direitos e as garantias do acusado é, não só uma grande tolice, como, a um só tempo, violar o Estado Democrático de Direito e o seu princípio basilar, qual seja, o da legalidade, pois este é concebido para cristalizar direitos e garantias mínimas e não para positivizar absurdos dentro do ordenamento jurídico.

Saliente-se, ainda, que, em tal caso (admitidas com o escopo de restringir direitos e garantias), tais normas estrangeiras, à vista do que dispõe o art. 17 da Lei de Introdução do Código Civil (LICC)²², não produzirão quaisquer efeitos perante o nosso ordenamento, sendo, portanto, nulas absolutamente, uma vez que ofendem, de forma clara e incontestada, a ordem pública.

²⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

²² LICC, art. 17: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

E, em terceiro e último plano, faz-se mister adicionar aos direitos e garantias individuais os direitos fundamentais e garantias institucionais, pois, de outra forma, acabar-se-á por viabilizar a ofensa e até a abolição dos primeiros, uma vez que esses, considerados indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais. Exemplificando: violado restará o direito fundamental do menor recém-nascido de ser amamentado por sua mãe, mesmo encontrando-se esta presa (CF, art. 5º, inciso L), se restarem violadas as instituições da maternidade e da família (CF, Título VIII, Capítulo VII).

Em suma: tendo-se em vista tudo quanto até aqui exposto, os tratados internacionais só poderão ingressar no ordenamento jurídico nacional se objetivarem ampliar ou, pelo menos, não restringir, direitos fundamentais e garantias (individuais e institucionais).

3 A natureza jurídica dos pactos e convenções internacionais

Convém ressaltar, agora, sob qual feição normativa os tratados, pactos e convenções internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico. Vale dizer, se como normas constitucionais, como normas infraconstitucionais ordinárias, ou como normas infraconstitucionais especiais.

Como se vê, trata-se de matéria deveras espinhosa, visto que dá margem a várias exegeses por parte da doutrina e dos tribunais, as quais, basicamente, como já se adiantou acima, resumem-se em três posicionamentos doutrinários, a saber:

O primeiro deles, que encontra apoio na maioria da doutrina²³ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴, tribunal esse que tem como incumbência constitucional a guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*), sustenta que as normas estrangeiras ingressam em nosso ordenamento como normas infraconstitucionais ordinárias. O que equivale a dizer que para essa linha de pensamento (concepção dualista²⁵) os tratados internacionais situam-se, dentro da pirâmide kelseniana²⁶, na mesma posição das leis ordinárias.

²³ Luiz David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, dentre outros, em seu manual de direito constitucional defendem tal posicionamento. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tratando do tema, destaca: “É pacífico no direito brasileiro que as normas internacionais convencionais têm força hierárquica de lei ordinária. Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos ‘fundamentais’, estes terão força de lei ordinária” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99).

²⁴ STF, Pleno, ADIn 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, transcrito no HC 78.375-2 – *Informativo STF*, n. 135, de 7 a 11 dez. 1998: “[...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes”.

Medida Liminar, decisão do ministro Celso de Mello, *DJ*, 10 fev. 1999, p. 23, e CR 8.279-4, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 14 maio 1998, p. 35-36.

²⁵A doutrina lembra que, em contraposição à concepção dualista, existe a concepção monista acerca da natureza jurídica dos tratados.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Os defensores dessa corrente ideológica sustentam esse posicionamento, sob o fundamento de que as normas estrangeiras não podem ser equiparadas às normas constitucionais, pois tal procedimento afrontaria, em última análise, a soberania nacional e, quando menos, a ordem pública e os bons costumes praticados no Brasil (LICC, art. 17).

Além disso, argumentam que um tratado internacional, referendado que é por decreto legislativo aprovado por maioria simples, não pode se equiparar a uma norma constitucional, nem muito menos revogá-la, visto que esta exige maioria qualificada de 3/5 (três quintos) para ser modificada (CF, art. 60, § 2º). O que acabaria por proporcionar, segundo esses, um abalo na rigidez da Constituição.

Não fosse isso suficiente, os estudiosos que defendem tal linha de pensamento lembram ainda que outra demonstração de que as normas dos tratados internacionais são equivalentes às normas ordinárias encontra-se na própria Constituição, em seu art. 105, inciso III, alínea *a*²⁷, ao conferir tratamento igual a ambas as espécies de normas no que tange à interposição de recurso especial apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer, se a Constituição quisesse atribuir feição diferenciada aos tipos de normas *sub examine*, teria deixado à apreciação do Supremo Tribunal Federal as normas internacionais.

Com efeito, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, na expressão do ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Marco Aurélio de Mello, revela apenas propósito “simplesmente pedagógico [do constituinte]”²⁸.

Nesse sentido, também, é a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco²⁹, que, defendendo tal posicionamento, afirma:

O acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra precedentes em que se discute se o Pacto de S. José da Costa Rica, em vigor no Brasil a partir da década de 90 e que proíbe a prisão civil, ressalvando apenas o caso de dívida alimentícia, teria inviabilizado a prisão do depositário infiel, admitida pela Constituição, no art. 5º, LXVII. Em diversas ocasiões, o STF confirmou a legitimidade dessas prisões, a começar pela decisão do Plenário, de 23.11.95, no HC 72.131, a que se seguiram diversas outras, como o RE 206.086, *DJ* 7.2.97, o HC 75.925-1/SP, *DJ* 12.12.97, e o HC 77.387-7/SP, *DJ* 23.10.98.

Nesse passo, por oportuno que é, convém transcrever um trecho do voto do ministro Moreira Alves, quando da decisão do HC 77.387-7/SP, *DJ* de 23 out. 1998:

Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão

²⁷ “Art.105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida: a) *contrariar tratado ou lei federal*, ou negar-lhes vigência; [...]” [grifo nosso].

²⁸ Em voto vogal, quando do julgamento, em 22.11.1995, no STF, do HC 72.131-1/RJ.

²⁹ GONET BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 164.

do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

Por fim, mas não menos importante, os defensores dessa primeira linha de pensamento aduzem, ainda, a título de argumento, a circunstância de que, se os tratados internacionais forem considerados normas infraconstitucionais ordinárias, possível será estabelecer um controle de constitucionalidade deles, seja quanto ao seu sentido expresso (ou formal), seja quanto ao seu significado essencial (ou material). O que, em contrapartida, ainda segundo aqueles, não será possível caso se admita a equivalência dos tratados às normas constitucionais, por não poder haver normas constitucionais inconstitucionais.

No que concerne à segunda forma de entendimento acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais, estes são equivalentes às normas infraconstitucionais especiais. Logo, ao contrário dos defensores da primeira corrente, os quais sustentam que entre os tratados internacionais e as leis ordinárias deve-se observar o princípio de que a norma posterior revoga a anterior, para estes (defensores do segundo posicionamento) deve prevalecer outro princípio, qual seja, o de que a lei especial revoga a geral.

Dessa forma, nota-se, desde já, o primeiro dos pontos de divergência entre a primeira e a segunda linha de pensamento, qual seja, enquanto para o primeiro entendimento prevalece a regra temporal em caso de conflito entre os tratados internacionais e a lei ordinária, para o segundo, impõe-se a regra de aplicação da norma especial em caso de conflito, desconsiderando-se, portanto, o fator tempo.

Os defensores³⁰ dessa segunda corrente ideológica, que tem em Kelsen³¹ um de seus maiores expoentes, sustentam que os tratados se equivalem às leis especiais, por se tratar de norma que, além de aprovada pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I), resulta de acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional³². Ou seja, enquanto as leis ordinárias são fruto apenas da inteligência do Congresso Nacional (CF, art. 61 *usque* 69), os tratados são produto de um pacto internacional que, para entrarem vigor em nosso ordenamento jurídico, ainda terão que ser ratificados pelo Congresso Nacional, após a assinatura do chefe de Estado (CF, art. 84, VIII).

Mas esse não é o único motivo que fundamenta tal posicionamento; merece ainda destaque o fato de que, por se tratar a convenção do resultado de um acordo internacional entre diferentes Estados, esta não pode, simplesmente, ser revogada por leis ordinárias nacionais posteriores, pois, de outra forma, além de se retirarem a eficácia e a importância dessas normas internacionais, admitida será, também, a responsabilização do Estado na Ordem Internacional, maculando não só a imagem do país transgressor no cenário mundial,

³⁰ Filiam-se a esse entendimento José Carlos de Magalhães (O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, 61-69:53, 1975-79, p. 56), Celso Albuquerque de Mello (*Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 344), Haroldo Valladão (*Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 3, p. 93 e s.), Luciano Amaro (*Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169-171), entre outros.

³¹ Op. cit., p. 437 e s. e, especialmente, p. 442-447.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 21.

como também se criando uma crise de credibilidade, em torno deste, nas futuras convenções e relações internacionais. Em uma só palavra, acabaria por se instalar uma situação de mal-estar, com repercussão internacional.

Convém ressaltar, nesse passo, o entendimento da Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer proferido em 31 de julho de 1930, afirmando a natureza especial dos tratados e a sua superioridade perante as leis ordinárias, o qual é lembrado por Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos: “É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, *as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre a de um tratado*” [grifo nosso]³³.

Os estudiosos que sustentam tal modo de entender aduzem, ainda, que o próprio ordenamento jurídico nacional dá, em diversas oportunidades, mostras de ser esse o melhor entendimento³⁴. Aliás, outro não é o espírito do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), que em seu art. 98 (tal artigo deve ser entendido com certas reservas, segundo Luciano Amaro³⁵) dispõe: “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, *e serão observados pela que lhes sobrevenha*” [grifo nosso].

Outros são os exemplos identificados no ordenamento jurídico no mesmo sentido: a) os casos de extradição, nos quais se considera que a lei interna (Lei n. 6.815/80), que é geral, cede vez ao tratado, que é regra especial³⁶; b) a situação prevista no art. 178 da Constituição Federal (alterado pela Emenda n. 7/95), o qual trata da ordenação dos transportes internacionais³⁷.

Entretanto, para a maioria dos juristas, dentre os quais pode-se citar, a título de exemplo, os nomes de Luís Roberto Barroso³⁸ e Jacob Dolinger³⁹, esses casos são apenas exceções, que, como tais, apenas confirmam a regra geral, isto é, de que os tratados equivalem-se às leis ordinárias.

Todavia, os defensores desse segundo modo de entender a natureza jurídica das convenções internacionais aduzem que outra razão fundamental para que os tratados internacionais sejam equiparados a leis especiais é o fato de que se constituem, essencialmente, em acordos internacionais firmados entre determinados Estados acerca de uma dada matéria,

³³ Op. cit., p. 16.

³⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Tributação no Mercosul. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, Nova Série, n. 3, p. 87.

³⁵ Op. cit., p. 171.

³⁶ A propósito, convém assinalar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca da matéria, nesse mesmo sentido: “No sistema brasileiro, ratificado e promulgado, o tratado bilateral de extradição se incorpora, com força de lei especial, ao ordenamento jurídico interno, de tal modo que a cláusula que limita a prisão do extraditando ou determina a sua libertação, ao termo de certo prazo (45 dias, contados do pedido de prisão preventiva), cria direito individual em seu favor, contra o qual não é oponível disposição mais rigorosa da lei geral (90 dias, contados da data em que efetivada a prisão – art. 82, §§ 2º e 3º, da Lei n. 6.815/80)” (RTJ, 162:822, 1997, Extr. 194–República Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

³⁷ CF, art. 178: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

³⁸ Op. cit., p. 19-20.

³⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*; parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 102.

o que implica dizer que só devem reger as relações entre os Estados assinantes do tratado, não se referindo, portanto, aos outros Estados não-participantes. Logo, são leis especiais, porque regulam especificamente as relações entre tais Estados e não toda e qualquer relação mantida entre diferentes Estados.

De outra forma, ainda segundo os defensores desse posicionamento, os tratados equivaler-se-iam a leis ordinárias e seriam revogados ou poderiam revogar estas, qualquer que fosse a situação em exame, o que traria sérias inconveniências, pois não só estabeleceria igual tratamento com todos os Estados, fossem ou não assinantes de determinado tratado, como também tornaria totalmente inútil a celebração de futuros tratados, já que o tratamento conferido seria uniforme, além do que criaria uma instabilidade no ordenamento jurídico interno, no que concerne às relações entre as pessoas físicas e jurídicas do país, uma vez que estas teriam seus negócios, bens, direitos, garantias e liberdades pessoais ora regulados por tratados, ora disciplinados por leis ordinárias.

Por fim, merece ser também trazido à baila o terceiro entendimento acerca da natureza jurídica dos tratados, ao qual acima nos referimos rapidamente e que sustenta a equivalência dos tratados⁴⁰ às normas constitucionais.

Os defensores dessa última linha ideológica argumentam que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal dá ensejo a que se assevere que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição.

Nesse sentido, então, é legítimo cogitar, como sustenta José Afonso da Silva⁴¹, de direitos fundamentais expressos, direitos fundamentais implícitos e direitos fundamentais decorrentes do regime e de tratados internacionais. Vale dizer, de direitos fundamentais previstos, expressa ou implicitamente, no catálogo da *Lex Legum* e direitos materialmente fundamentais que estão fora do catálogo. Direitos que, apesar de não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição, podem ser como tais considerados, em razão da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição de 1988.

Essa sua fundamentalidade decorre diretamente da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana (CF, art. 1º, III), que, por sua importância, não podem ser deixadas à disponibilidade absoluta do legislador ordinário⁴². Isso porque os direitos fundamentais não são a sobre de tudo o que o homem não pode fazer, mas o núcleo mínimo resistente no qual estão cristalizados os direitos essenciais à dignidade de qualquer pessoa humana.

⁴⁰ Note-se, entretanto, que, segundo os defensores desse último entendimento, não será todo e qualquer tratado que possuirá tal natureza jurídica, mas, tão-somente, aqueles que regulam, exclusivamente, direitos fundamentais e garantias individuais e institucionais, ou seja, normas internacionais fundamentais, emanadas dos princípios gerais do direito e dos costumes dos povos civilizados. Nesse sentido, confira-se o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

⁴¹ Op. cit., p. 178.

⁴² Paulo Gustavo Gonet Branco lembra que a Constituição de 1969, em seu art. 153, § 36, já dava azo a deduzir-se a existência de outros direitos fundamentais além dos expressamente previstos no texto constitucional.

Entendidos assim, os direitos fundamentais previstos nos tratados assinados e ratificados pelo Brasil gozam, não apenas da condição de normas constitucionais fundamentais, como também integram o rol das matérias constitucionais imodificáveis por emenda constitucional (ou seja, das erroneamente designadas cláusulas pétreas – CF, art. 60, § 4º, IV). Nesse sentido são os entendimentos de Antônio Augusto Cançado Trindade⁴³, Flávia Piovesan⁴⁴ e Ada Pellegrini Grinover⁴⁵.

Os que advogam esse entendimento ressaltam, ainda, que o texto do § 2º do art. 5º é bastante claro nesse sentido, uma vez que, após afirmar a existência dos direitos e garantias expressos na Constituição, deixa claro que estes não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Aliás, nesse passo, releva notar que tal entendimento restou cristalizado com a edição da Emenda Constitucional n. 45 (no contexto da chamada “Reforma do Poder Judiciário”), que acrescentou ao art. 5º um § 3º⁴⁶. Note-se que, mesmo antes da edição da citada emenda, este já era o entendimento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁷.

Esse último entendimento ganha, ainda, maior relevância, quando se tomam em consideração os tratados que estão a disciplinar direitos e garantias relativas aos direitos penal e processual penal.

Por derradeiro, não se diga que esse último entendimento não pode prosperar por criar a inconveniente possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais, como se destacou linhas atrás, uma vez que os tratados, além de poderem ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, III, b), poderiam determinar a inconstitucionalidade de regras, já previstas na Constituição, antes havidas como constitucionais.

A presente argumentação, segundo os causídicos dessa linha de pensamento, não merece prosperar, pois, como assinala Otto Bachof⁴⁸, é possível, sim, haver normas constitucionais inconstitucionais, não havendo nisso nenhum absurdo⁴⁹.

⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. p. 133-134.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 94 e 98.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴⁶ CR, art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁴⁷ STJ: cf. *DJU*, 11 mar. 1996, RHC 4.849-PR, p. 6664, Rel. Min. Adhemar Maciel; e *DJU*, 19 mar. 1997, RHC 5507-PR, Rel. Min. Anselmo Santiago.

⁴⁸ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

⁴⁹ É o que ocorre, por exemplo, com as normas constitucionais (assim consideradas porque se encontram no texto da Constituição) que apresentam algum vício formal na sua elaboração, sendo, portanto, inconstitucionais. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, em artigo publicado na *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 17, 1999, p. 112-126, informa que o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, que trata do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, teve sua redação modificada durante a confecção da redação definitiva do dispositivo sem ter sido, como impõe a lei, submetida à apreciação da Assembléia Constituinte.

Ademais, como os tratados internacionais só se prestarão a não abolir (como também a não restringir, no nosso entender) os direitos e garantias, não há por que não admiti-los como normas constitucionais. Vale dizer, se é certo que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente⁵⁰, também é certo que as normas garantidoras devem ser interpretadas extensivamente.

Além disso, se os tratados internacionais versam sobre direitos fundamentais e garantias individuais (e institucionais, no nosso entender), definindo-os, estes, na qualidade de normas constitucionais, têm aplicação imediata, consoante dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Em síntese bem apertada de tudo quanto até aqui foi exposto, podemos, segundo o nosso entender, acentuar que os tratados internacionais, conforme a matéria e os princípios que os norteiam, são, no que concerne às matérias em geral (direito civil, comercial e outras), equiparados às leis ordinárias; no que se refere ao direito tributário, aos transportes internacionais (CF, art. 178) e a algumas legislações especiais (Lei n. 6.815/80), equiparados às leis especiais e, quanto aos direitos fundamentais, às garantias (individuais e institucionais) e alguns ramos do direito (como, por exemplo, os direitos penal e processual penal), equivalentes às normas constitucionais.

4 Momento a partir do qual produz seus efeitos

O momento em que o tratado internacional passa a possuir eficácia deve ser estudado cindindo-se-o em duas partes: a) o momento da assinatura do tratado e b) o momento da ratificação do tratado.

O primeiro momento, o da assinatura (ou celebração) do tratado, como ato de soberania que é, requer, segundo dispõe a Constituição Federal, que seja praticado, privativamente, pelo chefe de Estado, ou seja, pelo Presidente da República, na qualidade de representante da República Federativa do Brasil nas questões relativas à seara internacional.

Aliás, esse é o comando contido no art. 84, inciso VIII, da Magna Carta, que assim dispõe:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Convém assinalar, entretanto, que apreciado, ainda nesse momento, o tratado ou convenção internacional não obriga o país assinante a observá-lo e cumpri-lo perante as relações jurídicas que forem travadas dentro do seu foro interno, ou seja, ainda não se encontra vigente e integrado ao ordenamento jurídico interno, obrigando apenas o país, no

⁵⁰ MAXIMILIANO, op. cit., p. 45.

que concerne às relações internacionais que venha a manter com os outros países assinantes⁵¹.

Sendo assim, para que os tratados possam obter vigência e produzir todos os seus efeitos no ordenamento jurídico interno, mister se faz que sejam referendados (ou ratificados) pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I)⁵², por meio de decreto legislativo.

Mas não é só isso. Após a aprovação pelo Congresso Nacional, a eficácia depende, ainda, da futura edição de decreto do Presidente da República.

Como se vê, trata-se de ato complexo, sujeito à conjugação de vontades do Congresso Nacional, que resolve definitivamente mediante a aprovação por decreto legislativo, e do Presidente da República, que celebra o acordo como chefe de Estado para promulgá-lo após o referendo do Parlamento (STF, CR 8.279-4, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 14 maio 1998, p. 35-36).

Vê-se, por conseguinte, que é a conjugação dos Poderes Legislativo e Executivo, independentes e harmônicos entre si (CF, art. 2º), que permite aos tratados produzirem seus efeitos. E, nisso, eles se assemelham às leis ordinárias, uma vez que obedecem a processo de aprovação muito semelhante ao processo legislativo daquelas (CF, art. 61 *usque* 69).

5 Pactos internacionais que exercem ingerência no processo penal brasileiro

Como se sabe, o Brasil é assinante de diversos pactos, tratados e convenções internacionais. Contudo, interessa-nos, no momento, ressaltar dois dos mais importantes no que tange à sua influência no processo penal brasileiro, quais sejam, o Pacto de São José de Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ou Pacto de Nova York).

O primeiro foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 1992 (*DO* de 28 maio 1992), e promulgado pelo Decreto n. 678, de 1992. Tal pacto proporciona sensíveis avanços garantistas⁵³ para os direitos penal e processual penal brasileiro, permitindo não só uma leitura mais constitucional desses ramos do direito, como também uma visão mais humanista deles. Isso, aliás, é o que se constata a partir da leitura dos arts. 4º a 9º, além dos arts. 11, 12, 13, 22, 24, 25, 27, 74, 75, 76, 77 e 78.

O mesmo se diga acerca do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 1991 (*DO* de 13 dez. 1991), e promulgado pelo Decreto n. 592, de 1992 – que, a exemplo de seu art. 9º, proporciona a proteção e extensão dos direitos e garantias da pessoa humana.

⁵¹ Conforme dispõe o art. 2º do Pacto de São José da Costa Rica: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art.1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

⁵² CF, art. 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARBOSA, Rui. *A Constituição e os atos inconstitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro, [s/d].
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASCUÑÁN, Alejandro Silva. *Tratado de derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- BAZDRESCH, Luiz. *Curso elemental de garantías constitucionales*. México: Editorial Jus, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1970.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- . *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GONET BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. Tributação no Mercosul. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, Nova Série, n. 3, p. 87.

- MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, 61-69:53, 1975-79.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MELLO, Celso Albuquerque de. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4 – Direitos fundamentais.
- MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El habeas corpus, la libertad y su garantía: doctrina, jurisprudencia y legislación comparada*. Buenos Aires: V. Abeledo, 1927.
- . *Manual de derecho constitucional*. 4. ed. Buenos Aires, 1959.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 3.

PRINCIPAIS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

*Celso Marcelo de Oliveira**

SUMÁRIO: 1 Antecedentes. 2 Evolução histórica do Direito Falimentar. 3 Direito Falimentar brasileiro. 4 Direito Comparado Falimentar. 5 Diretrizes do novo Direito Falimentar brasileiro. 6 Principais mudanças na legislação falimentar. 7 Lei Falimentar e alterações no Código Tributário Nacional. 8 Conclusão.

1 Antecedentes

O Presidente da República sancionou a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. A nova legislação falimentar encontra-se dividida de forma pragmática: Disposições Preliminares e Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência; Da Verificação e da Habilitação de Créditos; Do Administrador Judicial e do Comitê de Credores; Da Assembléia-Geral de Credores; Da Recuperação Judicial (que envolve desde o pedido e o processamento jurídico até o plano de recuperação judicial e especial de recuperação para microempresas e empresas de pequeno porte); Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência; Da Falência (que envolve a classificação dos créditos e o pedido de restituição, o procedimento para decretação de falência, a inabilitação empresarial, os direitos e deveres do falido, a falência requerida pelo próprio devedor, a arrecadação e custódia dos bens, os efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor, a ineficácia e a revogação de atos praticados antes da falência, a realização do ativo, o pagamento aos credores, o encerramento da falência e a extinção das obrigações do falido), Da Recuperação Extrajudicial até as Disposições Penais, os Crimes Falimentares e o Procedimento Penal.

A nova Lei de Falências abrirá a possibilidade de reestruturação às empresas economicamente viáveis que passem por dificuldades momentâneas, mantendo os empregos e os pagamentos aos credores. Um dos grandes méritos apontados da nova legislação falimentar é a prioridade dada à manutenção da empresa e dos seus recursos produtivos. Ao acabar com a concordata e criar as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, a nova lei aumenta a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas, mediante o desenho de alternativas para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora.

* Celso Marcelo de Oliveira é Consultor Empresarial. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial, do Instituto Brasileiro de Direito Bancário, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, do Instituto Brasileiro de Direito Societário e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Academia Brasileira de Direito Processual e da Associação Portuguesa de Direito do Consumo.

Importante expor que, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Gestão e Turnaround (IBGT), se a nova Lei de Falências já tivesse sido aprovada, 90% das empresas que fecharam as portas no ano de 2002 em São Paulo teriam chances reais de sobrevivência. A Lei de Falências foi amplamente reformulada, transformando-se na nova Legislação de Recuperação Judicial, da Falência e da Recuperação Extrajudicial do Empresário e da Sociedade Empresária.

2 Evolução histórica do Direito Falimentar

No Direito Romano, a obrigação era essencialmente pessoal, isto é, na falta de cumprimento, o devedor respondia com o seu próprio corpo e não com o patrimônio. Não se exigia a intervenção do Estado, todo problema era resolvido pelas próprias mãos dos credores. A fase mais primitiva do Direito Romano foi o direito quiritário, época essa em que a pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado. Sob esse aspecto temos o parecer de Amador Paes de Almeida¹: O direito quiritário (período mais primitivo do direito romano) admitia a adjudicação do devedor insolvente que, por sessenta dias, permanecia em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito, podia vendê-lo como escravo no estrangeiro (Trans Tiberim), e até mesmo matá-lo.

A partir da Lei das XII Tábuas se delinearam a execução singular e a execução coletiva, sendo essa fase de grande contribuição do Direito Romano ao nosso instituto. No ano de 428 ou 441 a.C. surgiu a *Lex Poetelia Papiria*², na qual os bens do devedor, e não mais o seu corpo, passam a constituir garantia dos credores.

Nelson Abrão³ destaca dois importantes efeitos da *Lex Poetelia Papiria*. Em suas palavras: “A *missio in possessio*⁴ nem foi precedida pela *Lex Poetelia Papiria*, do ano 428 ou 441 de Roma, com dois importantes efeitos, suprimiu do processo de execução a vindita⁵ corpórea consubstanciada na *manus injectio* e deu maior conotação pública ao procedimento, acrescentando a ingerência do magistrado”.

Essa modificação no sistema de execução coletiva das dívidas, por meio da *cessio bonorum*, inspirou o legislador medieval a criar o instituto da moratória e o da concordata preventiva da falência, que, a sua vez, perduraram também por muitos séculos, chegando aos nossos dias. A moratória e a concordata preventiva da falência fizeram surgir uma situação inusitada no processo de insolvência, pois não mais se buscava apenas a satisfação dos credores, mas a composição entre devedor e seus credores.

Depois da lei *Aebutia* (643), que fez substituir o processo das *legis actiones*, pelo processo formular, o pretor Rutilio Roffo, conforme descreve José Cândido de Lacerda⁶, à

¹ ALMEIDA, A. P. *Curso de falência e concordata*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

² *Lex Poetelia Papiria*: Lei que extinguiu o instituto do *nexum*, ou escravidão do devedor insolvente. Marca ela o divisor das concepções obrigacionais, antiga, ou perseguição do corpo do devedor e só por extensão o patrimônio, e moderna, perseguição dos bens do devedor e só por extensão o corpo.

³ ABRÃO, N. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1997.

⁴ *Missio in possessio*: Direito romano. Autorizações que eram dadas pelo juiz para que alguém tomasse posse de um patrimônio (*missio in bona*) ou de coisa singularizada (*missio in rem*).

⁵ Vindita: Ato ou efeito de vingança; desforra.

⁶ LACERDA, J. C. S. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

vista da *bonorum sectio*, instituiu a *missio in bona* ou *missio possessionem*, que consistia no desapossamento dos bens do devedor, a pedido do credor e por ordem do magistrado. Perdia, assim, o devedor a administração de seus bens, que passavam ao *curator*, nomeado pelo magistrado. O credor dava, então, publicidade à *missio (bonorum prescriptio)* para que os outros credores pudessem vir a concorrer, dentro de trinta dias. Se passado esse prazo o devedor não solvesse seus compromissos, o *curator* alienava (*bonorum venditio*) ao melhor ofertante (*bonorum emptor*) o patrimônio do devedor, que o sucedia a título universal, respondendo, conseqüentemente, pelas obrigações assumidas pelo devedor, pagando proporcionalmente, caso o ativo fosse insuficiente para a satisfação completa de todos, e obedecendo à mais perfeita igualdade. Se o devedor preferisse, podia usar da *cessio bonorum*, isto é, fazer cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente por intermédio do curador (*bonorum distractio*) a fim de pagar, em rateio, aos demais credores.

No ano de 737, foi criada a *cessio bonorum* pela *Lex Iulia*, a qual alguns autores consideram o embrião da falência. Escreve sobre esse aspecto Waldemar Ferreira: “Não poucos romanistas divisam na *Lex Julia* o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e a *par conductio creditorum*”⁷. Com a *cessio bonorum*, o credor passa a tomar a iniciativa da execução em seu benefício e também dos demais credores, surgindo, assim, o conceito de massa falida.

A Idade Média teve como base o Direito Romano e o Direito Canônico formando seu direito comum. Nessa fase, o processo de execução se aperfeiçoa em decorrência do crescimento da autoridade estatal, que procurou coibir os abusos de caráter privado, mas isso não fez abolir a repressão penal, sendo esta traço característico do instituto falimentar daquela época. Depois de instaurada a falência os credores instituía, por meio de assembleias, um administrador para os bens do falido, sendo dado prazo de um ano para saldar suas dívidas. Caso não o fizesse, certos estatutos, como o Estatuto de Bolonha, excluía-no de todo e qualquer benefício; outros o privavam do direito de cidadania, lembrando também que se estendia toda a conseqüência dessa dívida aos seus filhos e herdeiros⁸.

Nos tempos chamados de modernos tivemos um marco importante, que foi a criação do Código Napoleônico. Pode-se notar, também, que nova mentalidade começou a influenciar o direito falimentar, devido às idéias individualistas e utilitaristas sobre a economia liberal. Napoleão, criador do código vigente, demonstrou, por meio dele, que não compreendia as distinções que havia entre os falidos; achava que o falido deveria ser julgado independentemente de sua culpa ou dolo, pois a falência poderia ser usada para criar fortuna, sem fazer perder a honra. No entanto, tomou medidas para impedir que isso acontecesse, criando a pena de detenção com efeitos de correção. Foi relevante, nesse período, a distinção feita entre os devedores honestos e os desonestos, facultando aos que

⁷ Apud ALMEIDA, A. P. *Curso de falência e concordata*, cit.

⁸ LACERDA, op. cit..

estavam de boa-fé os benefícios da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata. Com o passar do tempo, foram surgindo novas leis, como a de 28 de maio de 1838, a de 4 de março de 1889, a de 22 de maio de 1955 e a de julho de 1967, estabelecendo à falência um caráter econômico-social, até chegar nos dias atuais em que ela é reconhecida como uma instituição social. O Código Comercial francês, de 1807, na elaboração do qual Napoleão Bonaparte teve preponderante atuação, conquanto impondo severas restrições ao falido, constitui-se em inegável evolução do instituto, restrito, na legislação francesa, ao devedor comerciante. Gradativamente abrandam-se os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social⁹.

3 Direito Falimentar brasileiro

O Brasil, como colônia de Portugal, naturalmente teve a aplicação do direito consubstanciado nas Ordenações do Reino. A primeira ordenação foi a Afonsina; mais tarde esta foi revista por dom Manoel, passando a ser chamada de Ordenações Manoelinas, nas quais predominavam os princípios do Direito Romano, reproduzindo, por meio da falência, o direito estatutário italiano, que submetia o devedor a rigor excessivo.

Sobre esse momento, Rubens Requião¹⁰ escreve: “As Ordenações Afonsinas, revistas por ordem Del Rei D. Manuel, em 1521, passando a se denominar Ordenações Manoelinas, regulavam também o concurso de credores, que ocorria quando o patrimônio do devedor não bastava para solver todos os seus débitos. Prevalecia, entretanto, ainda, o princípio do primeiro exeqüente, dada a influência do antigo direito visigótico”.

No ano de 1603, surgiram as Ordenações Filipinas¹¹, que abrangiam a Espanha e Portugal, submetido ao Reino de Castela, e tiveram maior influência no Brasil, devido ao florescimento da Colônia e de suas atividades mercantis. Nessa fase, se o devedor fosse condenado por sentença que transitasse em julgado, era automaticamente executado, sendo penhorados os seus bens. Caso não achassem os bens, ele seria recolhido a cárcere privado, até que pagasse. Cabia ao devedor optar por fazer a cessão de seus bens, sendo, assim, libertado.

O mestre Amador Paes de Almeida¹² escreveu que eram impostas ao devedor culposas penas que variavam do degredo até a pena de morte, mas, para os credores que não agiram com culpa, era dado tratamento diferente. Em suas palavras: “E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra, em seus tratos e comércio lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma

⁹ ALMEIDA, A. P. *Manual das sociedades comerciais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁰ REQUIÃO, R. *Curso de direito falimentar: concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.

¹¹ Ordenações Filipinas: corpo de leis editado em 1603 por Felipe II, de Espanha, e I de Portugal, que vigeu no Brasil-Colônia e após a Independência, somente definitivamente afastado em 1917, com promulgação do Código Civil brasileiro.

¹² ALMEIDA, A. P. *Curso de falência e concordata*, cit.

crime. E nesse caso serão os autos remetidos ao Prior Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu regimento jurídico”.

Na vigência das Ordenações Filipinas, inúmeros alvarás¹³ foram expedidos, sobressaindo-se o editado pelo Marquês de Pombal. Foi desse alvará de 13 de novembro de 1756, que tivemos um originalíssimo e autêntico processo de falência, em face do comércio mercantil, considerado o ponto de partida da instituição falimentar do direito pátrio, pois não só regulava a punição penal do crime falimentar, como também a falência culposa e a inocente.

Por outro lado, a lei de falências recebida de Portugal só passou a vigorar no Brasil após a independência, conforme imposto pela Lei de 30 de outubro de 1823, por meio de notória observância do Alvará expedido em 18 de agosto de 1769, o qual aplicava a lei das nações civilizadas, como também do Código Napoleônico de 1807.

No ano de 1850, período designado imperial, foi promulgado o Código Comercial brasileiro. O mestre José Cândido Sampaio de Lacerda¹⁴ escreveu sobre essa época, destacando os principais aspectos:

Em 1850, promulgado o Código Comercial, dedicou ele a sua terceira parte à falência, intitulando-a “Das Quebras”, tendo o Decreto n. 738, de 1850, estabelecido o processo para as falências (arts. 102 a 187). Com a publicação do Código inaugura-se a primeira fase histórica do instituto do direito brasileiro, fase essa que se estenderia até o advento do regime republicano. Nesse período, o que caracteriza a falência é a cessação de pagamentos (art. 797). Alegava-se, contra o sistema do Código, ser lento, complicado, dispendioso, prejudicando, há um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ultimização do processo da quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação da massa.

Rubens Requião¹⁵ também trata desse assunto:

Consoante o art. 898, somente poderia obtê-la o comerciante que provasse que a impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas decorria de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior. Ao mesmo tempo o devedor estaria obrigado a apresentar um balanço exato e documentado, demonstrando a existência de fundos suficientes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante apenas alguma espera. Esse prazo de pagamento não poderia ultrapassar 3 (três) anos. A moratória, ao contrário da concordata suspensiva da falência, era concedida pelo tribunal.

¹³ Alvará: instrumento expedido em favor de alguém, por autoridade administrativa ou judiciária, autorizando ou ordenando a prática de determinado ato.

¹⁴ LACERDA, J.C.S. *Manual de direito falimentar*, cit.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

Nesse período era vista, claramente, a impotência desse regime em coibir as fraudes. Como exemplo dessa falha no sistema, tivemos em 1864 a famosa falência da Casa Bancária Vieira Souto, que deflagrou séria crise financeira na praça do Rio de Janeiro. Por fim, com o surgimento do Decreto-Legislativo n. 3.065, que introduziu a concordata preventiva no nosso sistema, houve a reforma da Terceira Parte do Código Comercial.

No período republicano, o Governo Provisório optou por revogar, inteiramente, as disposições sobre falências do Código Comercial, por meio do Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890. Essa nova legislação trouxe as esperanças de conter a fraude, sendo considerada um marco para o andamento em matéria de falência. Caracterizou o estado de falência por atos ou fatos previstos na lei e pela impontualidade do pagamento da obrigação mercantil líquida e certa, tendo instituído, como meios preventivos à moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva. Mas, mesmo fazendo algumas mudanças importantes para o sistema, esse decreto não foi isento de críticas, sendo reformado pela Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, regulamentada pelo Decreto n. 4.855, de 2 de junho de 1903. Promulgou-se, então, a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908.

A Lei n. 2.024 é de autoria do mestre Carvalho de Mendonça e foi de grande importância para o desenvolvimento do Direito Falimentar brasileiro. Fora muito bem elaborada em todos os seus preceitos, sendo por muito tempo a lei da República para disciplinar a falência.

Nelson Abrão, ao analisar a referida lei, afirma que ela

apresentou como características essenciais: a impontualidade como caracterizadora da falência; a enumeração das obrigações cujo inadimplemento denota a falência; alinhou os chamados atos falimentares, a exemplo do Direito inglês; suprimiu a concordata amigável, admitida só a judicial; conceituou os crimes falimentares e estabeleceu que o procedimento penal correria em autos apartados e, a partir do recebimento da denúncia (àquela época pronúncia) perante o juiz criminal; determinou a escolha de um até três síndicos, conforme o valor da massa, entre os maiores credores¹⁶.

Em 21 de outubro de 1943, novo anteprojeto é apresentado, agora elaborado por uma comissão coordenada pelo Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho, e se transformou na lei que vigorou até recentemente, isto é, no Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Esse decreto teve como novidade a extinção da figura do liquidatário e, também, o fato de a concessão da concordata preventiva não ficar mais à mercê dos credores. Instaurou-se, também, a marcha paralela do processo falimentar com o processo criminal. Nas hipóteses de crime falimentar, trazia, no entanto, um tratamento severo ou tolerante ao falido, na esfera civil. O Decreto-Lei n. 7.661 sofreu, posteriormente, muitas alterações, principalmente no que concerne às concordatas e à classificação dos créditos e recursos cabíveis.

¹⁶ ABRÃO, op. cit.

Devemos expor que o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei n. 4.376-A e substitutivos da nova Lei de Falências, originado de mensagem do Poder Executivo e que veio regular a nova legislação falimentar, a liquidação judicial e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas Leis.

Na Câmara dos Deputados, foi proposto em 1993 o Projeto de Lei n. 4.376, originado de mensagem do Poder Executivo sobre a nova Lei de Falências¹⁷. O Projeto de Lei n. 4.376-A, segundo o seu art. 1º, “destina-se a regular a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica”. Portanto, o Projeto mantém a falência no ordenamento jurídico brasileiro, conserva também o instituto da concordata preventiva, abole a concordata suspensiva e introduz essa nova ferramenta chamada “recuperação das empresas”.

Finalmente, em 9 de fevereiro de 2005, o Presidente da República sancionou a Lei n. 11.101, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

4 Direito comparado falimentar

A imperiosa necessidade de se repensar o novo Direito Falimentar brasileiro não era proclamada apenas por estudiosos brasileiros, mas sentida por juristas de todos os países do Ocidente, o que provocou uma ampla discussão sobre o conceito, a estrutura e a função de antigos e novos institutos e suscitou um movimento revisionista na Alemanha, Áustria, Espanha, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália e Portugal¹⁸.

Fundamentalmente, os Estados Unidos da América (EUA) cuidam de reorganizar a empresa permitindo ao devedor manter todos os poderes de gestão e representação da empresa. Nos EUA as Cortes federais têm a jurisdição exclusiva para o julgamento de

¹⁷ O Poder Executivo, por intermédio da Mensagem n. 1.014, de 21/12/1993, enviou ao Congresso Nacional texto do Projeto de Lei, acompanhado da Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, Dr. Maurício Corrêa, elaborado pelas Comissões constituídas pelas Portarias n. 233, publicada no *DOU* de 9 maio 1991, e 552 MJ. Participaram da primeira Comissão, coordenada pelo Dr. Raul Bernardo Nelson de Senna, os Drs. Leon Frejda Szklarowsky (secretário), Geraldo de Camargo Vidigal, assessorado pelos Drs. Geraldo Facó Vidigal, Marcos da Costa e Fernando D' Almeida e Souza Júnior, Solange Nascimento Velloso, Carlos Alberto de São Tiago Hagstrom, Danilo José Loureiro, Maria Luíza Grossi Franco Neto e Marília Pinheiro de Abreu Miranda (texto e Nota Explicativa publicados no *DOU* de 27 maio 1992); e da segunda, presidida pelo Dr. Alfredo Bumachar Filho, os Drs. Fran Martins, Rubens Requião, Werter R. Faria, José Fernando Mandel, João Raimundo Cysneiros Vianna e Leon Frejda Szklarowsky (texto publicado, no *DOU* de 29 jul. 1993).

¹⁸ A Áustria, com a Lei de 1º/7/1982, os Estados Unidos da América, com a reforma do *The Bankruptcy*, em 1978, 1984 e 1985, a Inglaterra, com o *Insolvency Act*, de 1986, a França, com a Lei n. 84-148, de 1984 (denominada prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades), e a Lei n. 85-98 (denominada saneamento e liquidação das empresas), a Itália, com o Decreto-Lei n. 602, de 1978, e a Lei n. 95, de 1979 (denominada administração extraordinária das grandes empresas), e Portugal, com o Decreto-Lei n. 11/66, empenharam-se na criação de regras jurídicas objetivando a preservação da empresa econômica e financeiramente viável. Do mesmo modo, o Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha, elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz e entregue ao Ministério da Justiça em 27/6/1983 – que teve por finalidade a conservação da empresa produtiva –, o Projeto do professor Piero Pajardi, da Reforma da Lei de Falências da Itália, e o Trabalho da Comissão de Juristas da Alemanha, que se encerrou em 1985.

bankruptcy, que em sentido mais amplo corresponderia a nosso instituto de falências e concordatas. A legislação pertinente é encontrada no Título 11 do “United States Code”. A lei americana prevê cinco tipos diferentes de proteção ao devedor, dependendo se o objetivo será de reorganizar as dívidas pessoais, da empresa (sendo diferente no caso de produtor rural), ou de entidade pública ou se tratar de simples liquidação dos bens e das dívidas, no caso dos ativos não permitirem a recuperação do devedor.

No mesmo sentido, a Alemanha experimentou a Lei do Acordo, de 1935, e a Espanha reconhece situações distintas entre a empresa que não paga, por dificuldades financeiras de momento, contornáveis, e a que simplesmente deixa de pagar. A França, na vanguarda, tem em vista a salvaguarda da empresa, a manutenção das atividades empresariais e o emprego. Roger Houin enriquece o relatório elaborado por uma comissão de juristas franceses, com um memorável comunicado, com reflexos não só no Direito Comercial francês, mas também no direito comparado, pois defende a permanência da empresa dentro da falência, já que ela interessa não apenas aos assalariados, mas também aos sócios, especialmente aos acionistas e à própria economia do país. O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência de Portugal constituiu um momento importante na regulamentação legal dos problemas do saneamento e da falência de empresas que se encontrem insolventes ou em situação econômica difícil. Eliminando a distinção, nessa sede, entre insolvência de comerciantes e não-comerciantes, retirando do Código de Processo Civil a regulamentação processual e substantiva da falência, e conjugando num mesmo diploma, de forma inovadora, essa matéria com a da recuperação da empresa, a par de outras inovações de menor alcance, obtiveram-se com aquele diploma significativos avanços tanto do ponto de vista do aperfeiçoamento técnico-jurídico como da bondade das soluções respeitantes à insolvência de empresas e consumidores.

5 Diretrizes do novo Direito Falimentar brasileiro

A nova Lei de Falências abrirá a possibilidade de reestruturação às empresas economicamente viáveis que passem por dificuldades momentâneas, mantendo os empregos e os pagamentos aos credores. Um dos grandes méritos apontados da nova legislação falimentar é a prioridade dada à manutenção da empresa e dos seus recursos produtivos.

Ao acabar com a concordata e criar as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, a nova lei aumenta a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas, mediante o desenho de alternativas para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora.

Devemos, inicialmente, fazer um comparativo entre a exposição dos títulos e capítulos do Decreto-Lei n. 7.661/45 com a Lei n. 11.101/2005:

QUADRO COMPARATIVO LEGISLATIVO FALIMENTAR

Decreto-Lei n. 7.661/1945	Lei n. 11.101/2005
TÍTULO I Da Caracterização e Declaração da Falência Seção Primeira Da caracterização da falência Seção Segunda Da declaração judicial da falência	CAPÍTULO I Disposições Preliminares CAPÍTULO II Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência Seção I Disposições gerais Seção II Da verificação da habilitação de créditos
TÍTULO II Dos Efeitos Jurídicos da Sentença Declaratória da Falência Seção Primeira Dos efeitos quanto aos direitos dos credores Seção Segunda Dos efeitos quanto à pessoa do falido Seção Terceira Dos efeitos quanto aos bens do falido Seção Quarta Dos efeitos quanto aos contratos do falido Seção Quinta Da revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência	Seção III Do administrador judicial e do comitê de credores Seção IV Da assembléia-geral de credores CAPÍTULO III Da Recuperação Judicial Seção I Disposições gerais Seção II Do pedido e do processamento da recuperação judicial
TÍTULO III Da Administração da Falência Seção Primeira Do síndico Seção Segunda Dos deveres e atribuições do síndico	Seção III Do plano de recuperação judicial Seção IV Do procedimento de recuperação judicial Seção V Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte
TÍTULO IV Da Arrecadação e Guarda dos Bens, Livros e Documentos do Falido	CAPÍTULO IV Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência
TÍTULO V Do Pedido de Restituição e dos Embargos de Terceiro	CAPÍTULO V Da Falência Seção I Disposições gerais Seção II Da classificação dos créditos Seção III Do pedido de restituição Seção IV Do procedimento para a decretação da falência Seção V Da inabilitação empresarial, dos direitos e deveres do falido
TÍTULO VI Da Verificação e Classificação dos Créditos Seção Primeira Da verificação dos créditos Seção Segunda Da classificação dos créditos	Seção VI Da falência requerida pelo próprio devedor Seção VII Da arrecadação e da custódia dos bens Seção VIII Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor
TÍTULO VII Do Inquérito Judicial	
TÍTULO VIII Da Liquidação Seção Primeira Da realização do ativo Seção Segunda Do pagamento aos credores da massa Seção Terceira Do pagamento aos credores da falência	

Decreto-Lei n. 7.661/1945	Lei n. 11.101/2005
TÍTULO IX Da Extinção das Obrigações	Seção IX Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência
TÍTULO X Das Concordatas	Seção X Da realização do ativo
Seção Primeira Disposições gerais	Seção XI Do pagamento aos credores
Seção Segunda Da concordata preventiva	Seção XII Do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido
Seção Terceira Da concordata suspensiva	CAPÍTULO VI Da Recuperação Extrajudicial
TÍTULO XI Dos Crimes Falimentares	CAPÍTULO VII Disposições Penais
TÍTULO XII Das Disposições Especiais	Seção I Dos crimes em espécie – Fraude a credores
TÍTULO XIII Das Disposições Gerais	Seção II Disposições comuns
TÍTULO XIV Das Disposições Transitórias	Seção III Do procedimento penal
	CAPÍTULO VIII Disposições Finais e Transitórias

Em termos, o ilustre Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Doutor Jorge Lobo, expôs de forma magnífica que, se as dificuldades das empresas fossem sempre as mesmas, as soluções não seriam difíceis, pois, diagnosticadas as causas, bastava combatê-las com remédios jurídicos específicos, constituindo erro crasso considerar a impontualidade ou a cessação de pagamentos ou a insolvência as causas das crises das empresas, pois essas não são mais do que efeitos de causas mais variadas e complexas, porquanto as verdadeiras causas das crises das empresas são de várias ordens, podendo-se classificá-las *a grosso modo* em: a) causas externas: aperto da liquidez dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado; b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalque pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não-qualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento em novos equipamentos; c) causas acidentais: bloqueio de papel moeda no Bacen; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais¹⁹.

¹⁹ Correção monetária dos créditos quirografários na concordata preventiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

E concluiu que

Diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-Lei n. 7.661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise? Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se em 1945 era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar, pois em desacordo com a finalidade precípua do moderno Direito Concursal²⁰.

6 Principais mudanças na legislação falimentar

Resumidamente, a nova legislação falimentar brasileira teve as seguintes alterações:

1. Serão abrangidos pela Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, o empresário e a sociedade empresária, com exceção da empresa pública e da sociedade de economia mista, da instituição financeira pública ou privada, da cooperativa de crédito, do consórcio, da entidade de previdência complementar, da sociedade operadora de plano de assistência à saúde, da sociedade seguradora, da sociedade de capitalização e de outras entidades legalmente equiparadas.

2. O Ministério Público somente poderá intervir facultativamente no processo. O art. 4º foi vetado por ato do Presidente da República, retirando os amplos poderes do *parquet* nos processos falimentares.

3. O administrador judicial da recuperação ou da falência será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa, contador ou pessoa jurídica especializada.

4. O comitê de credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral e será composto de um representante indicado pela classe de credores trabalhistas, de um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais e por um representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais. Na recuperação judicial e na falência, o comitê de credores deverá fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador, zelar pelo andamento processual, comunicar ao juiz casos de violação dos direitos ou de prejuízos aos interesses dos credores, apurar e emitir parecer sobre reclamações e requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores.

5. A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, traz como novidade a assembléia-geral de credores, que deverá deliberar, na recuperação judicial, sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, sobre a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição, sobre o pedido de desistência do devedor e sobre o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor, ou qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores. Na falência, sobre a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição e sobre a adoção de outras modalidades de realização do ativo.

²⁰ Idem, *ibidem*.

6. Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados, titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia. Para exercer a prerrogativa, o sindicato deverá: apresentar ao administrador judicial, até 10 dias antes da assembléia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 horas antes da assembléia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembléia por nenhum deles.

7. Outra novidade trazida pela Lei n. 11.101/2005 é o instituto da recuperação judicial, que tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

8. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos. E o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente-vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

9. De acordo com a nova legislação, os meios de recuperação judicial poderão ser: concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; alteração do controle societário; cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações; substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto; aumento do capital social; trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; constituição de sociedade de credores; venda parcial dos bens; equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural; usufruto da empresa; administração compartilhada; emissão de valores mobiliários e constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

10. O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processo, salvo se obtiver aprovação da assembléia-geral de credores.

11. O devedor apresentará plano de recuperação judicial ao juiz, que receberá objeções ou impugnações dos credores no prazo de 60 dias e deverá conter: discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados; demonstração de sua viabilidade econômica; e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

12. O devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano, que vencerem em até dois anos. O devedor que preencher os requisitos necessários para pedir recuperação judicial poderá também requerer recuperação extrajudicial, negociada com os credores, vedado o pagamento antecipado de dívidas e o tratamento desfavorável aos credores que não estejam sujeitos a ele.

13. O plano de recuperação judicial não se aplica aos créditos tributários, da legislação do trabalho, de acidentes de trabalho e a credores proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis, entre outros casos.

14. A recuperação das micro e pequena empresas abrangerá apenas os chamados créditos quirografários, que poderão ser parcelados em até 36 meses, mas corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% ao ano. A primeira parcela deverá ser paga no prazo máximo de 180 dias contados da distribuição do pedido de recuperação judicial. O pedido de recuperação judicial com base nesse plano especial não implica a suspensão da prescrição das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

15. Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador não excederá 5% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência. Serão reservados 40% do montante devido ao administrador para pagamento após a prestação de contas e o relatório final de falência.

16. O juiz decretará a falência, durante o processo de recuperação judicial, por deliberação da assembléia-geral de credores; pela não-apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação; quando houver sido rejeitado o plano de recuperação e por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano.

17. A classificação dos créditos na falência obedecerá à seguinte ordem: I – créditos trabalhistas, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, exceto as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, como os assim definidos em outras leis civis e comerciais e aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; V – créditos com privilégio geral, como os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, considerados extraconcursais, e os assim definidos em outras leis civis e comerciais; VI – créditos quirografários, dentre os quais os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento e os dos créditos derivados da legislação do trabalho

que excederem 150 salários mínimos; VII – multas contratuais e penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive multas tributárias; VIII – créditos subordinados, como os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

18. A restituição em dinheiro deverá ser procedida se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado. Haverá também a restituição em dinheiro da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, § 3º e § 4º, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965²¹, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente, bem como dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé, na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato.

19. A Lei n. 11.101/2005 dispõe que o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, mas não estipula prazo para seu encerramento.

20. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

21. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; alienação dos bens individualmente considerados.

22. A nova lei falimentar traz ainda uma outra novidade – a recuperação *extrajudicial* (art. 161), em que o devedor que preencher os requisitos exigidos para requerer a recuperação judicial poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de três quintos de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos. Entretanto, se o plano de recuperação extrajudicial homologado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização.

23. No capítulo das disposições penais (arts. 168 a 178), a Lei n. 11.101/2005 estabelece as seguintes sanções: I – reclusão de três a seis anos e multa por praticar ato fraudulento que prejudique credores com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem; II – reclusão de dois a quatro anos e multa, por violar, explorar ou divulgar, sem justa

²¹ Art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.728, de 14/7/1965: “[...] § 3º No caso de falência ou concordata (recuperação judicial), o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior. § 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas, na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil”.

causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira; III – reclusão de dois a cinco anos e multa, por praticar ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais; IV – reclusão de dois a quatro anos e multa, por apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio de outra pessoa.

24. Segundo o disposto no art. 194 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, o produto da realização das garantias prestadas pelo participante das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação financeira submetidos aos regimes de que ela trata, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros de seus ativos objetos de compensação ou liquidação, serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços.

25. Temos, finalmente, que os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação da nova Lei de Falências ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial (art. 198). E, ainda, na recuperação judicial e na falência das sociedades, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes (art. 199, parágrafo único).

7 Lei Falimentar e alterações no Código Tributário Nacional

A Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Embora a referida lei complementar traga regras que têm por objetivo adequar o Código Tributário Nacional (CTN) à Lei n. 11.101/2005, existem as possibilidades de penalizações decorrentes de alterações na legislação tributária.

Dentre as principais alterações na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, destaca-se o acréscimo do art. 185-A:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Trata-se, portanto, da modalidade de penhora *on line*, já conhecida no âmbito da Justiça do Trabalho.

8 Conclusão

Desse modo, a nova Legislação Falimentar brasileira é um grande avanço para o nosso Direito e para a Economia Empresarial, pois amplia o instituto falimentar e gera dois novos mecanismos jurídicos: a recuperação judicial e a extrajudicial.

Assim, como já observou Alfredo Rocco²², pela “lei da concatenação do crédito, repercute em uma série de economias privadas, originando, às vezes, crises de extrema gravidade”, daí a importância de que se reveste este estudo sobre o Direito Falimentar e a recuperação empresarial.

Referências

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 15. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. *Manual das sociedades comerciais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

ALVAREZ, Rodolfo Mezzera. *Curso de derecho comercial*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

ANDRADE, Jorge Pereira. *Manual de falências e concordatas*. São Paulo: Atlas, 1992.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Direito comercial: falências e concordatas*. São Paulo: LED, 1997.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BATALHA, Wilson de Souza Campos et al. *Falências e concordatas: comentários à lei de falências – doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Des contracts aléat, du mandat du caution*. Paris: L. Larose, 1900.

BEDRAN, Elias. *Falências e concordatas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Alba 1962.

BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995.

²² ROCCO, Alfredo. *Il concordato nel fallimento*. Torino, Italia: Fratelli, 1898.

- BOLAFFIO, Leone. *Materia di commercio e usi mercantili*. Legislazione commerciale, persone nell'esercizio del commercio, atti singoli di commercio oggettivi, obbligazioni commerciali in genere, diritto cambiario, depósitos comerciais, fallimento. 2. ed. Verona: Casa Editrice Donato Tedeschi e Figlio, 1902.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. São Paulo: Forense, 1964.
- BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948. v. 1.
- BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones de proceso civil*. 2. ed. Buenos Aires: EJE, 1973. v. 1.
- CARVALHO, Gabriel Marques de. *Falência e concordata: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DE CUPIS, Adriano. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1978. v. 3.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Noções práticas de direito comercial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960.
- FARHAT, Alfredo. *Curso de direito comercial: falências, concordatas e crimes falenciais*. São Paulo: Universitária de Direito, 1982.
- FERRARA JR., Francesco; BORGIOI, Alessandro. *Il fallimento*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1995.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 3.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982. v. 13

- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. 7. ed. Bogotá: Temis, 1987. t. 1.
- GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*. 3. ed. Firenze: Cammelli, 1936. v. 2.
- LACERDA, José Cândido Sampaio. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- LOBO, Jorge. *Correção monetária dos créditos quirografários na concordata preventiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990.
- MAGALHÃES, José Hamilton de. *Direito falimentar brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Prática do processo falencial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1957. v. 1.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- MIRANDA JUNIOR, Darcy Arruda. *Repertório de jurisprudência falimentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- MOTTA, Walter Ramos. *Falência, concordata e insolvência: sucesso na prática forense*. São Paulo: Icone, 1995.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial*. Campinas: Bookseller, 1999.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Direito empresarial no novo Código Civil brasileiro*. Campinas: LZN Editora, 2003.
- . *Sociedades limitadas*. Campinas: LZN Editora, 2003.
- . *Títulos de créditos*. Campinas: LZN Editora, 2003.
- . *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: LZN Editora, 2004. 3 v.
- . *Comentários à nova Lei de Falências*. São Paulo: Editora IOB, 2005.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PAES, P. R. Tavares. *Fraude contra credores*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PEREIRA, Aristeu. *Falências e concordatas*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1979.
- PROVINCIALI, Renzo. *Lezioni di diritto fallimentare*. Padova: CEDAM, 1966.

- RAITANI, Francisco. *Falência e concordata*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.
- REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1
- . *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.
- . *Curso de direito falimentar: concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.
- RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: LGDJ, 1996. t. 2.
- ROCCO, Alfredo. *Il concordato nel fallimento*. Torino: Fratelli, 1898.
- . *Principios de derecho comercial*. Torino: Fratelli, 1903.
- ROQUE, Sebastião José. *Direito falimentar*. São Paulo: Icone, 1995.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *Concordata*. São Paulo: Paumape, 1989.
- SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- SCIALOJA, Antonio. Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale. *Rivista delle Società per Azioni*. Poi trasformata. Perugia: Ulrico Hoepli, p. 121, 1907.
- THALLER, E. *Traité élémentaire de droit commercial*. Paris: LGDJ, 1898.
- TZIRULNICK, Luiz. *Direito falimentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VALLE, Christino Almeida do. *Teoria e prática das falências e concordatas*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v. 1.
- VELASCO, Adolfo Ruiz. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Deusto, 1978.
- VITRAL, Waldir. *Curso de falências e concordatas*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DE SUA SÚMULA N. 623

*Estanislau Tallon Bózi**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 1.1 Considerações iniciais. 1.2 Súmula: etimologia, conceituação e origem. 1.3 Os prejudgados. 1.4 Jurisprudência e obrigatoriedade. 1.5 Direito comparado. 2 A Súmula 623 do Supremo Tribunal Federal. 2.1 Os novos enunciados. 2.2 O texto. 2.3 A Norma Constitucional. 2.4 Os precedentes. 2.4.1 Promoção de magistrado: mandado de segurança e competência. 2.4.2 Processo administrativo disciplinar contra magistrado: mandado de segurança, exceção de suspeição e competência. 2.4.3 Processo disciplinar contra magistrados: natureza administrativa e incompetência do Supremo Tribunal Federal. 2.4.4 Registro de candidatura: impedimento de mais da metade dos membros do Tribunal Regional Eleitoral – Competência do Tribunal Superior Eleitoral. 3 Súmulas relacionadas. 4 Outras decisões relacionadas. 5 Conclusões.

1 Introdução

1.1 Considerações iniciais

É de todos sabida a clássica tripartição do poder preconizada por Montesquieu nas funções executiva, legislativa e judicial.

Paulo Bonavides, analisando a teoria kantiana, refere-se à existência de três poderes, decompostos da *vontade geral una*, que na visão do famoso filósofo são:

[...] o Poder Soberano (soberania), que é o do legislador, o Poder Executivo, o do governante (de acordo com a lei), e o Poder Judiciário (como reconhecimento, segundo a lei, do que pertence a cada um), que é o poder do juiz (*potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*)¹.

Nesse aspecto, o sistema jurídico-político brasileiro adota aludida tripartição do poder, competindo ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a guarda do Texto Constitucional, consoante dispõe o art. 102, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Contudo, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos dá-se de duas formas: concentrada ou difusa. Na primeira modalidade estão as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, previstas na alínea *a* do inciso

* Estanislau Tallon Bózi é Procurador do Trabalho; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Mestrando em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais.

¹ KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Band. 42. Der Philosophischen Bibliothek, Verlag von Felix Meiner in Hamburg, 1954. p. 136, apud BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

I do mesmo dispositivo, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelecida no § 1º do art. 102 constitucional.

Pelo sistema difuso de controle de constitucionalidade, qualquer juízo poderá deixar de aplicar lei ou ato normativo, no todo ou em parte, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o exame da constitucionalidade quando da apreciação de recursos interpostos das decisões de outros tribunais (art. 102, II e III, da CRFB).

Há, ainda, previsão constitucional de julgamento pela Corte Suprema de ações originárias, que lhe são atribuídas, em regra, em razão da pessoa, isto é, do cargo ocupado (art. 102, I, *b, c, d, i e q*, da CRFB) ou de sua natureza (art. 102, I, *e a h*, da CRFB), entre outras hipóteses.

A reiteração de julgamentos, ou melhor, a repetição da fundamentação dos julgados em ações e recursos símiles dá origem às súmulas.

1.2 Súmula: etimologia, conceituação e origem

Súmula, do latim *summūla*², “é o resumo da jurisprudência predominante e firme da nossa mais alta Corte de Justiça, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão nos precedentes na mesma relacionados”³.

Ou, em outras, palavras,

[...] é a essência estratificada do consenso reinante num tribunal acerca da interpretação de determinada situação jurídica. É o reflexo da uniformidade de pontos de vista a que chegaram os juízes, tornando-se manso e pacífico o entendimento sobre a questão até então por vezes controvertida⁴.

A origem das súmulas é atribuída ao ministro Vítor Nunes Leal, para quem o Supremo Tribunal Federal, ao contrário da Suprema Corte norte-americana, não tinha (e não tem)

[...] a prerrogativa de escolher os casos de relevância jurídica, mas poderíamos alcançar, indiretamente, resultados comparáveis. Bastaria simplificar o exame dos processos rotineiros não mediante vaga alusão à jurisprudência, mas com precisa indicação dos precedentes em que a matéria foi mais amplamente apreciada [...]⁵.

² Vocábulo introduzido no idioma português no século XVII, no sentido de breve resumo, conforme registro em CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2. ed., 6. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p. 734.

Na página de notícias *on line* do Supremo Tribunal Federal, há a seguinte explicação: “Súmula, do latim *summula*, tem o sentido de sumário ou índice de alguma coisa. Assim, a súmula de jurisprudência é o resumo ou a condensação de vários acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de matéria jurídica, com caráter persuasivo”. (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=68312&tip=UM>>. Acesso em: 8 nov. 2003.)

³ Conforme NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984. p. 823.

⁴ SANTOS, Celso Roque. *Manual de súmulas: índice alfabético por assuntos: STF, STJ, TRF*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997. Nota do Autor, p. 7.

⁵ CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 42.

Assim, a partir de 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal passou a editar sua súmula jurisprudencial.

A mesma origem é apontada por Evanna Soares:

A idéia de súmula no Brasil é creditada ao Ministro Victor Nunes Leal, por volta de 1963 – como testemunha Evandro Lins e Silva. Consistia de pequenos enunciados que definiam as decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal sobre determinadas matérias. Com sede regimental, destinava-se a divulgar o pensamento da Corte a juízes e advogados, servindo, também, para racionalizar e agilizar os próprios julgamentos do Tribunal. Quando de sua implantação, não versava temas processuais nem se cogitava de lhe dar outro efeito que não a mera sugestão para desfecho dos processos examinados.

A súmula da jurisprudência do STF ganhou prestígio entre os advogados como valioso fundamento, bem assim junto a tribunais e juízes inferiores, sendo utilizada em larga escala, com verdadeiro *status* de fonte do direito, ao lado da lei, para escorar suas decisões⁶.

O processo de elaboração da súmula é semelhante ao processo legislativo. A súmula pode ser revogada ou alterada, conforme seja o entendimento predominante no órgão julgador em dado momento, ou mesmo por disposição legal em sentido contrário.

1.3 Os prejulgados

O Código de Processo Civil de 1939 previa e disciplinava o prejulgado, que era o pronunciamento prévio dos Tribunais acerca de interpretação de norma jurídica passível de divergência de interpretação:

Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou Turma Julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas.

No processo trabalhista, o prejulgado, previsto no art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, perdurou por mais tempo, isto é, até o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que tal dispositivo não havia sido recepcionado pela Carta Política de 1946, quando, então, foram, em sua maioria, convertidos nos enunciados de súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

O prejulgado trabalhista, estabelecido pelo Tribunal Superior do Trabalho, era de observância obrigatória pelos Tribunais Regionais do Trabalho, Juntas de Conciliação e Julgamento e Juízes de Direito investidos na jurisdição trabalhista, nos exatos termos do § 1º do dispositivo legal aludido. Essa era a diferença substancial entre os prejulgados disciplinados na legislação processual civil e na norma laboral.

⁶ A súmula e admissibilidade dos recursos cíveis. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3222>>. Acesso em: 8 dez. 2003.

1.4 *Jurisprudência e obrigatoriedade*

Tendo em vista a força pujante da jurisprudência, especialmente daquela predominante, consolidada ou reiterada, dita assim “sumulada”, já se fala em “direito sumular”, que vem a ser “o reflexo emanado de súmulas de um tribunal”⁷.

O tema sempre vem à tona quando se menciona a “reforma do Judiciário”, assunto há algum tempo em voga, com opiniões favoráveis e contrárias à adoção de súmulas vinculantes, ou seja, obrigatórias para juízos de grau hierárquico inferior.

Aliás, de há muito em voga:

A jurisprudência dominante não tem poder vinculatório sobre os juízes e nem o têm as “súmulas” do Supremo Tribunal Federal. As súmulas são, inclusive, suscetíveis de revisão pelo próprio STF.

O juiz é autônomo na interpretação e aplicação da lei, escravo apenas da própria consciência.

A fim de contribuir para o progresso do Direito e a realização da Justiça, rechaçará o juiz a jurisprudência dominante e até mesmo súmula do Supremo Tribunal⁸.

Vale lembrar que o efeito vinculante de decisão judicial já reside na própria Constituição brasileira, que o prevê para “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, com eficácia contra todos, às quais se submeterão os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo, consoante o § 2º do art. 102.

Fala-se, também, de súmula impeditiva de recurso: a impossibilidade de interposição – ou, ao menos, de admissão – de recurso contrário a entendimento sumulado.

A importância crescente da súmula ou do direito sumular é evidente. Veja-se, por exemplo, a novel redação do art. 557 do Código de Processo Civil, que permite ao Relator negar seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal.

Nessa mão de direção, a súmula torna-se verdadeira fonte de direito, muita vez de observância obrigatória.

1.5 *Direito comparado*

A interpretação uniforme é almejada até mesmo no Direito transnacional. Tal já é realidade no Direito Regional Europeu, uma vez que o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias tem por missão

⁷ ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 8.

⁸ HERKENHOFF, João Baptista. *1.000 perguntas: introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1982. p. 220.

[...] garantir a interpretação e aplicação uniformes da legislação da UE (tecnicamente conhecida por “direito comunitário”) em todos os Estados-Membros. Por outras palavras, garantir que a legislação seja idêntica para todas as partes e em todas as circunstâncias⁹.

Para esse mister, foi previsto um tipo específico de recurso:

Os tribunais nacionais são responsáveis pelo respeito do direito comunitário em cada país da UE. Existe, no entanto, um risco de que os tribunais de alguns países interpretem o direito da UE de forma divergente.

Para que tal não aconteça, existe o “processo de reenvio prejudicial”. Assim, os tribunais nacionais, caso tenham uma dúvida quanto à interpretação ou a validade de uma disposição do direito da UE, podem e, por vezes, devem, solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie. A opinião do Tribunal é dada sob a forma de “decisão a título prejudicial”¹⁰.

Mas, também no exterior, encontram-se críticas à prática de socorrer-se da jurisprudência predominante:

[...] entre las nuevas técnicas que hace bastante referencia, hoy día la mayor parte de los nuevos profesionales del derecho es: acudir a la jurisprudencia, y eso, sí que sea la reciente, sino puede ser ya *caducada*. Y como secuela de ello, aparecen nuevos dogmas – *ficticios* – en el lenguaje jurídico en los escritos presentados diariamente ante los tribunales como *jurisprudencia reiterada*, *jurisprudencia autorizada* y llegan hasta los extremos en calificar por *jurisprudencia aislada*¹¹.

Samer al Nasir, em sua análise crítica, entende que o Poder Judiciário, especialmente o Tribunal Constitucional Espanhol, tem usurpado competência que, por força constitucional, pertence ao Poder Legislativo, levando em conta que, na tradição romano-germânica (ou continental, se o preferirem), a lei é a fonte do Direito por excelência. Ao revés, no direito anglo-saxão, conhecido por sistema da *common law*, vigora o sistema de precedentes judiciais, em que o magistrado constrói a norma: *judge made law*¹².

⁹ COMISSÃO EUROPÉIA. *Como funciona a União Européia*: um guia sobre as instituições da União Européia. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2003. (Documentação Européia), p. 25.

¹⁰ Op. cit., p. 26.

¹¹ NASIR, Samer al. *La producción normativo-constitucional en la americanización del ordenamiento jurídico español*. Disponível em: <<http://iraqgate.net/lawgate/same12033.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2003. p. 3. Tradução nossa: “[...] entre as novas técnicas a que faz bastante referência, hoje em dia, a maior parte dos novos profissionais do direito é: acudir à jurisprudência, e isso, sim que seja a recente, porém pode ser já *caducada*. E como seqüela disso, aparecem novos dogmas – *ficticios* – na linguagem jurídica nos escritos apresentados diariamente perante os tribunais como *jurisprudência reiterada*, *jurisprudência autorizada* e chegam até aos extremos de qualificar por *jurisprudência isolada*”.

¹² Op. cit., p. 4. Para esse autor: “La única fuente del derecho – dice Troper – es la ley, que es la expresión de la voluntad general, porque es la emanada del pueblo o de sus representantes, un juez que produce derecho será una institución antidemocrática” (op. cit., p. 5-6. Tradução nossa: “A única fonte do direito – diz Troper – é a lei, que é a expressão da vontade geral, porque é a emanada do povo ou de seus representantes, um juiz que produz direito será uma instituição antidemocrática”).

Assim,

El arbitrio de calificación doctrinal no podrá seguir oscuro, pues el tribunal deberá establecer claramente las condiciones de consolidación doctrinal, cuando esta siendo como *quasi* fórmula de legislar. Pues [...] la doctrina consolidada es irrevocable; contra ella es inadmisibles ninguna fórmula de recurso; por ello debería haber una fórmula clara de formación de esta consolidación doctrinal, sino se convertiría el tribunal en legislador constitucional, y su consolidada doctrina en *corpus* legal vinculado a la constitución en segundo plano, o quizás en primero incluso¹³.

Ocorre, porém, que, na Espanha, ao que noticia o eminente doutrinador hispano-árabe, o Tribunal Constitucional não indica os precedentes que fundamentam a decisão, referindo-se tão-só à expressão “jurisprudência consolidada” ou “reiterada” ou “predominante”.

Não obstante, no Brasil, todos os enunciados são acompanhados de seus pertinentes precedentes, inclusive com a indicação de toda a identificação do processo, especialmente a data de publicação do acórdão na Imprensa Oficial ou no repositório jurisprudencial próprio.

Pietro Perlingieri, por sua vez, aduz que “o princípio da legalidade [...] exige que o juiz seja submetido ‘somente à lei’ (art. 101 Const.), e a decisão do juiz, a sentença, não é ‘lei’. Daí a crítica às tendências que acentuam o especial papel das decisões jurisprudenciais”¹⁴.

Mas, adverte Sérgio Ferraz,

Nem o processo romano, nem o germânico, consignam remédios para a divergência jurisprudencial. Essa preocupação só veio a adquirir estatura de diretriz de política judicial muitos séculos mais tarde, a partir da consagração da teoria da separação dos poderes¹⁵.

E mais: “Kelsen entiende la función *vigiladora* del bloque de constitucionalidad como legislador pasivo, es decir, un legislador que bloquea la voluntad general, nada más que anulándola por potestad de discrepar la conformidad de estas con la constituyente jerárquica. Cuando cualquiera tiene autoridad absoluta de interpretar las leyes orales o escritas – dice Lambert – es él en realidad el legislador a todo grado y a todos los efectos, y no es la persona quien redacta inicialmente los textos ni el que los anuncia” (idem, p. 6. Tradução nossa: “Kelsen entende a função *vigiladora* do bloqueio de constitucionalidade como legislador passivo, isto é, um legislador que bloqueia a vontade geral, nada mais que a anulando por potestade de discrepar a conformidade destas com a constituinte hierárquica. Quando alguém tem autoridade absoluta de interpretar as leis orais ou escritas – diz Lambert – é ele em realidade o legislador a todo grau e a todos os efeitos, e não é a pessoa que redige inicialmente os textos nem a que os anuncia”).

¹³ Op. cit., p. 21. Tradução nossa: “O arbítrio de qualificação doutrinal não poderá seguir obscuro, pois o tribunal deverá estabelecer claramente as condições de consolidação doutrinal, quando esta sendo como *quasi* fórmula de legislar. Pois [...] a doutrina consolidada é irrevogável; contra ela é inadmissível qualquer forma de recurso; por isso deveria haver uma regra clara de formação dessa consolidação doutrinal, senão se converteria o tribunal em legislador constitucional, e sua consolidada doutrina em *corpus* legal vinculado à constituição em segundo plano, ou talvez em primeiro inclusive”.

¹⁴ *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 20.

¹⁵ FERRAZ, Sérgio. O prejudicado trabalhista em face da Constituição. In: _____. *Três estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 61.

O Direito lusitano previa a instituição de assentos: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral” (art. 2º do Código Civil, revogado pelo Decreto-Lei n. 329-A, de 12 de dezembro de 1995).

Feitas essas digressões iniciais, passemos à análise do verbete sumular proposto!

2 A Súmula 623 do Supremo Tribunal Federal

2.1 Os novos enunciados

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 24 de setembro de 2003, na forma regimental, aprovou o Adendo n. 7 às Súmulas de sua Jurisprudência Predominante.

O Regimento Interno da Corte disciplina a matéria com as seguintes disposições:

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na *Súmula do Supremo Tribunal Federal*.

§ 1º A inclusão de enunciados na *Súmula*, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

§ 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

§ 3º Os adendos e emendas à *Súmula*, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no *Diário da Justiça*.

Foram editados os enunciados de números 622 a 721 – uma centena de novos verbetes!

2.2 O texto

O enunciado em comento encontra-se vazado nestas letras:

Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, *n*, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.

2.3 A Norma Constitucional

A única norma legal genetriz do verbete sumular é de natureza constitucional, com o seguinte teor:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.

Tal disposição não foi objeto de modificação redacional nas sucessivas emendas constitucionais aprovadas pelo poder constituinte derivado.

2.4 Os precedentes

O enunciado em tela possui a indicação de quatro precedentes, como se verá a seguir.

2.4.1 Promoção de magistrado: mandado de segurança e competência

O primeiro deles – e também o mais extenso – decorre de decisão em mandado de segurança impetrado por Juízes do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul em virtude de ato perpetrado pelo Presidente do Tribunal de Justiça da mesma unidade federativa, consistente na promoção de magistrado para o cargo de desembargador, sem a observância da ordem de antigüidade registrada na lista pertinente¹⁶.

O eminente Relator, ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, entendeu que a impetração não devia tramitar perante o Supremo Tribunal Federal, pois impugnava ato de natureza administrativa da Corte gaúcha e, bem assim, porque o interesse de índole corporativa não tem o condão de atrair a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal. Dessa decisão foi interposto agravo regimental.

Em seu voto, há destaque para a distinção entre o interesse individual, que ensejaria o impedimento, e o interesse direto ou indireto, de ordem coletiva, que não dá lugar ao impedimento e, *ipso facto*, prescinde do prévio reconhecimento pelos julgadores interessados.

¹⁶ Em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu o seguinte acerca da questão agora posta em juízo:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Assento n. 04/88, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Contrariedade à Lei Maior. Ação acolhida. Magistratura. Acesso ao Tribunal de Justiça. Quinto constitucional: advogados e membros do Ministério Público. Componentes do Tribunal de Alçada. Promoção. Exegese dos artigos 93, III, e 94 da Constituição Federal de 1988. – Os integrantes do Tribunal de Alçada, como juízes que são, concorrem às vagas destinadas, no Tribunal de Justiça, à promoção de magistrados. – Os campos de incidência dos artigos 93 e 94 da Constituição são autônomos e o que um manda não desautoriza o que o outro impõe. Assim, enquanto os dispositivos do citado art. 93, II e III, aplicam-se exclusivamente a magistrados, o art. 94 regula o ingresso de advogados e membros do Ministério Público no quinto da composição dos Tribunais. – A utilidade de ressalva – “de acordo com o inciso II é a classe de origem” (CF, art. 93, III) – em dispositivo que manda recrutar os desembargadores entre os juízes do Tribunal de Alçada, por antigüidade e merecimento, justifica-se para assegurar a igualdade de tratamento, assim aos provenientes da advocacia e do Ministério Público, como da magistratura. – Exegese que respeita a proporcionalidade fixada na Constituição Federal para a composição dos Tribunais: os juízes do quinto constitucional, uma vez ingressados na magistratura, são magistrados exclusiva e integralmente e não há porque considerá-los, para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça, como juízes híbridos. ADIn julgada procedente (ADIn n. 27-6-PR, DJU, 22 jun. 1990).

Os embargos infringentes opostos dessa decisão foram rejeitados, mantendo-se o julgado *in extenso*.

Ademais, o próprio tribunal é competente para processar e julgar os mandados de segurança impetrados contra seus atos administrativos.

Assim, o interesse que dá causa ao deslocamento da competência do Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal há de ser, ao menos, indireto ou potencial de toda a magistratura, decorrente de um “vínculo-base” à condição funcional de magistrado, de modo a se “conferir transcendência e projeção meta-individual aos direitos e interesses dos impetrantes”, que, por serem de índole institucional, pertencem a toda a magistratura, compreendida em seu conjunto nacional.

O interesse direto, na visão do ministro Sepúlveda Pertence, citado pelo Relator, é “interesse jurídico e constitui o caso extremo que, se atinente a toda a magistratura competente, desloca a causa para o âmbito da jurisdição extraordinária do Supremo”¹⁷.

E tal situação, com a novel ordem constitucional, já não se pode nominar de impossível ou meramente hipotética, considerando-se os novos instrumentos de defesa coletiva de interesses (como, *verbi gratia*, o mandado de segurança coletivo) e a legitimação extraordinária conferida às associações para a substituição processual de toda a corporação, classe ou categoria.

O interesse indireto, por sua vez, “seria, em conseqüência, um conceito negativo, residual, obtido por exclusão, a partir da noção positiva do interesse direto. Em tese, portanto, sua extensão seria desmedida, quase infinita”¹⁸.

Ainda sobre os contornos do interesse indireto, o ministro Moreira Alves assentou que:

[...] com relação a interesse indireto, teremos todos os interesses mediatos certos ou mediatos incertos como, entre estes, por exemplo, promoção por merecimento. Nesse último caso, há interesse imediato com relação ao instituto da promoção, porque, mesmo para os que não possam ser promovidos de imediato, há a possibilidade de o serem posteriormente [...]”¹⁹.

Destaca Sua Excelência a distinção entre ambos os tipos de interesse, *in verbis*:

[...] com referência a vantagens que só são obteníveis depois do decurso de certo período, como, por exemplo, a sexta parte para os que ainda não fazem jus a ela. Aqui, também há interesse indireto, pois é *interesse presente*, embora não obtível de imediato, ao contrário do que ocorre com o interesse direto, como é o relativo a vencimentos, a URP, a imposto de renda”²⁰.

Desse modo, conforme assinala o ministro Néri da Silveira, em decisão citada no voto proferido no *mandamus* em análise, “a só circunstância de se discutir, na demanda, a exegese de preceitos constitucionais concernentes à Magistratura não basta a enquadrar a causa no art. 102, I, letra ‘n’, da Constituição”²¹.

¹⁷ Ação Originária n. 36-0-SP, DJU, 1º fev. 1990, p. 267.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁹ Mandado de Segurança n. 21.016-MT, citado no voto do julgamento do precedente analisado.

²⁰ *Idem, ibidem*.

²¹ Ação Originária n. 36-0-SP, DJU, 1º fev. 1990, p. 267.

Para aferição da competência originária do Supremo Tribunal Federal, há que se analisar o caso concreto e, com essa apreciação casuística, perquirir o alcance e a extensão dos interesses envolvidos, que não se encontram desenhados em contornos perceptíveis no ordenamento jurídico nacional.

Logo, a expectativa de promoção do cargo de juiz de Tribunal de Alçada para o cargo de desembargador não atinge aos componentes do respectivo Tribunal de Justiça, pois já implementaram as condições para tanto, não havendo que se falar em interesse direto ou indireto desses julgadores, que, não sendo mais concorrentes à promoção aos cargos que já ocupam, somente serão imparciais se houver suspeição ou impedimento subjetivamente considerados em relação a cada desembargador de per si, que deverá manifestar-se expressamente sobre a objeção, acatando-a ou refutando-a. Nesse sentido é o voto convergente do ministro Sepúlveda Pertence: “[...] aqui, nem um interesse hipotético e eventual pode ser atribuído aos desembargadores porque se trata de decidir sobre os critérios de acesso, que já tiveram, ao Tribunal de Justiça”.

No presente julgamento, afirmou-se, igualmente, que as situações jurídicas decorrentes de atos de natureza administrativa ainda não submetidos ao controle jurisdicional não se prestam ao desaforamento da competência original do colegiado de onde o ato é emanado. Mesmo que para a prática do ato haja concorrido boa parte ou a totalidade dos integrantes da Corte.

Nessa mão de direção, o ministro Sidney Sanches consignou que

[...] a Constituição atual – assim como a anterior – não atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para o processo e julgamento de mandado de segurança contra ato administrativo de qualquer Tribunal, e mesmo na hipótese do art. 102, I, “n”, da CF de 1988, pressupõe que o processo jurisdicional tenha origem noutro Tribunal, hipótese que aqui não ocorre²².

A fim de deslocar-se a competência para o Supremo Tribunal Federal, mister a existência de uma lide, uma causa, um procedimento qualquer de caráter jurisdicional.

Para além, a simples possibilidade de decisão desfavorável ao interessado não conduz ao aludido deslocamento de competência jurisdicional, pois a parte não pode subtrair-se de seu juízo natural, nem suprimir, em seu interesse, o percurso da pretensão pelos diversos graus de jurisdição previstos na legislação processual, de observância obrigatória.

Mesmo quando haja fundado receio de imparcialidade do órgão julgador originário, o interessado deverá opor a exceção apropriada na instância competente para julgar originariamente a pretensão.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, estatuída na alínea *n* do inciso I do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, é entendida como de natureza excepcional e, *ipso facto*, interpretada restritivamente.

²² Mandado de Segurança n. 20.937-DF, citado no voto do ministro Celso de Mello.

Como o critério de aferição da competência é definido pelo *status* funcional da autoridade coatora, o Texto Constitucional há de ser previamente analisado, “para a verificação da existência de foro privilegiado (competência originária dos Tribunais) para o processamento do mandado de segurança”, conforme lição do professor Cássio Scarpinella Bueno²³.

A Corte Suprema, nesse caso, deu parcial provimento ao agravo regimental, deferindo tão-somente a remessa dos autos ao órgão jurisdicional originariamente competente para julgamento da impetração, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2.4.2 *Processo administrativo disciplinar contra magistrado: mandado de segurança, exceção de suspeição e competência*

No agravo regimental interposto de decisão que indeferiu medida liminar requerida em mandado de segurança, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, essa colenda Corte, por sua Primeira Turma, assentou que:

Compete a cada tribunal julgar mandado de segurança contra seus próprios atos administrativos, incluídos os de instauração de processo disciplinar e suspensão cautelar de magistrados sujeitos à sua jurisdição.

Para que esta competência se desloque para o STF (art. 102, I, n), não basta que o interessado haja argüido a suspeição da maioria dos membros do Órgão Especial do Tribunal competente.

Oposta a exceção, se os exceptos reconhecem a suspeição, aí, sim, a competência do STF se firma de logo; se a recusam, porém, ao STF incumbe julgar originariamente a própria exceção e, somente quando acolhida essa, o mandado de segurança²⁴.

²³ *Mandado de segurança*: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

A competência dos juízos e tribunais encontra-se na própria Constituição Federal, sendo que, conforme Hely Lopes Meirelles, a competência dos Tribunais Superiores deve ser interpretada restritivamente (*Mandado de segurança...*, cit., p. 68, nota n. 2).

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece, em seu art. 21, VI, a competência dos Tribunais para “julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções”.

Silente a Lei Maior ou não havendo estipulação em normas especiais, a competência será “do juízo federal de primeira instância em que a autoridade coatora exerce sua função pública (CF, art. 109, VIII)”, se se tratar de ato praticado por autoridade federal (BUENO, op. et loc. cit.), nos limites de suas jurisdições territoriais, sendo cabível recurso para o Tribunal Regional Federal respectivo (MEIRELLES, op. et loc. cit.).

Para a fixação da competência dos mandados de segurança impetrados contra atos de autoridades estaduais, municipais e distritais, “o exame deve iniciar-se pelas Constituições dos Estados, passando às leis de organizações judiciárias locais, incluindo o Regimento Interno dos Tribunais de Justiça” (BUENO, op. et loc. cit.).

Não gozando de foro privilegiado a autoridade coatora, a competência para processar e julgar o mandado de segurança é do juízo comum estadual de primeira instância (conforme BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, p. 226-277, apud BUENO, op. cit., p. 35).

Para a fixação da competência em mandado de segurança, não importa a natureza do ato impugnado; o que interessa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional.

²⁴ Ação Originária (AgRg) n. 146-3, ementa. O andamento do *writ* foi suspenso e o julgamento convertido em diligência, a fim de serem obtidas informações acerca da exceção de suspeição oposta pelo impetrante no órgão julgador de origem.

O simples e só fato de estarem sendo discutidas garantias constitucionais da magistratura não é suficiente para fixar a competência originária da Corte Constitucional.

Para além, como consigna o relator, ministro Sepúlveda Pertence, não se transferem para o Supremo Tribunal Federal as atribuições meramente administrativas, mas apenas as competências jurisdicionais.

Não obstante, no que concerne ao mandado de segurança, em havendo a suspeição da maioria ou da totalidade dos julgadores integrantes do colegiado julgador, a competência é, por expressa dicção constitucional, pertencente ao Supremo Tribunal Federal, não se admitindo a convocação de substitutos para a composição do *quorum*.

Invocando voto proferido em outra ação originária²⁵, assim se manifesta o insigne relator:

...a parte não pode, por ato exclusivamente seu, subtrair-se ao juízo natural das suas questões: se a lei, mal ou bem, atribui ao TRE a competência para decidir da suspeição dos seus próprios juízes [...], não pode a parte deslocá-la para o Supremo Tribunal Federal pelo mecanismo da argüição conjunta da suspeição da maioria ou da totalidade dos membros do Tribunal competente.

Destarte, somente se a maioria ou a totalidade dos magistrados rejeitar a exceção de suspeição – já que um não poderá julgar a parcialidade do outro julgador, dada a comunhão do fundamento da argüição – ou se os exceptos – todos ou em quantidade tal que componham a maioria do colegiado – reconhecerem espontaneamente a suspeição é que se deslocará a competência para o Supremo Tribunal Federal com arrimo na alínea *n* do inciso I do art. 102 da Lei Fundamental.

Se, ao revés, for recusada a exceção oposta, o Supremo Tribunal Federal será competente para apreciar e julgar a argüição de suspeição, que, se acolhida, fixará sua competência também para o julgamento do mandado de segurança respectivo.

2.4.3 Processo disciplinar contra magistrados: natureza administrativa e incompetência do Supremo Tribunal Federal

Em outra decisão referente a processo administrativo disciplinar, desta feita em questão de ordem suscitada pelo ministro Moreira Alves, relator²⁶, o Plenário da Corte Suprema deixou assente que a competência prevista na alínea *n* do inciso I do art. 102 da Carta Magna, por ser excepcional, deverá ser interpretada restritivamente, de sorte que o vocábulo “ação” inserto no dispositivo refere-se tão-somente à ação judicial, excluindo, portanto, as atribuições de natureza administrativa.

A competência excepcional do Supremo Tribunal Federal, não prevista na *Lex Fundamentalis*, apenas será reconhecida se não puder ser atribuída a outra corte, ainda que por “construção constitucional”.

²⁵ Ação Originária n. 58. Decisão de 4 out. 1990, *RTJ*, v. 133, p. 507.

²⁶ Questão de Ordem na Petição n. 1.193-7-DF.

A decisão é lastreada no parecer do Ministério Público Federal, que refuta a exegese “ampliativa, analógica ou atualista” conferida à norma constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, quando da apreciação de processo disciplinar instaurado contra cinco dos oito juízes integrantes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, no sentido de remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal para julgamento. O Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, em aludido opinativo, aduziu que o deslocamento excepcional de feitos para a Corte Suprema, além do interesse geral dos magistrados ou do impedimento ou suspeição da maioria dos membros do tribunal de origem, pressupõe “a existência de uma causa, de uma lide, em que se busque uma prestação jurisdicional, não se adequando o dispositivo em foco [...] às situações jurídicas de caráter administrativo disciplinar”, estas sempre passíveis de sujeição a controle jurisdicional.

O resultado foi a devolução dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho diante da incompetência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento administrativos referidos.

2.4.4 Registro de candidatura: impedimento de mais da metade dos membros do Tribunal Regional Eleitoral – competência do Tribunal Superior Eleitoral

Havendo assentado que o pedido de registro de candidatura é de natureza administrativa, não jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não se configura, *in casu*, a hipótese de sua competência originária nos moldes preconizados na Lei Maior (art. 102, I, *n*).

A jurisdicionalização da questão somente ocorrerá se houver impugnação ao candidato que pretende o registro eleitoral.

Esse o teor da questão de ordem do relator, ministro Marco Aurélio, acatada pela Corte Suprema.

O ministro Sepúlveda Pertence, em voto convergente, aduz que a natureza da atividade institucional da Justiça Eleitoral é tipicamente administrativa. Contudo, como em toda atividade administrativa, pode sujeitar-se a controle jurisdicional, que será exercido pela própria Justiça Eleitoral.

Daí decorre certa confusão, pois a Justiça Eleitoral exerce o controle jurisdicional de seus próprios atos administrativos.

Assim, no registro de candidaturas, não há qualquer litigiosidade, sendo a atividade meramente administrativa. Uma vez surgido o conflito e instaurado o processo contencioso da impugnação, ter-se-á, então, o exercício da jurisdição.

Por similitude à decisão precedente do Supremo Tribunal Federal, que determinou a remessa de processo administrativo disciplinar ao Tribunal Superior do Trabalho, o insigne ministro entendeu que a competência deverá deslocar-se para o órgão superior da Justiça Eleitoral, *id est*, para o Tribunal Superior Eleitoral.

O ministro Néri da Silveira, por seu turno, consignou que o registro de candidatura não-impugnado resulta em coisa julgada, oponível durante todo o processo eleitoral, de

modo que a competência, verificado o impedimento ou a suspeição da maioria dos membros da Corte Regional, há de ser fixada em favor do Tribunal Superior Eleitoral.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, resolvendo a questão de ordem suscitada pelo ministro relator, “julgou-se *incompetente* para apreciar, em sede originária, com fundamento no art. 102, I, *n*, da Constituição, pedido *não-impugnado* de registro de candidatura, determinando a remessa dos autos ao Tribunal Superior Eleitoral”.

É o que se vê no extrato da ata de julgamento.

3 Súmulas relacionadas

Guardam pertinência com a súmula comentada, pelo menos, outros três enunciados:

Súmula n. 624: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais”.

Súmula n. 627: “No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento”.

Súmula n. 731: “Para fim da competência originária do Supremo Tribunal Federal, é de interesse geral da magistratura a questão de saber se, em face da Loman, os juízes têm direito à licença-prêmio”.

Tais verbetes refletem a orientação do Supremo Tribunal Federal acerca de sua competência originária.

No primeiro verbete, repercute norma constitucional expressa, como se deduz do primeiro precedente relacionado, cuja síntese está assim redigida:

Mandado de segurança contra ato de Tribunais Superiores. Não é o Supremo Tribunal Federal competente para dele conhecer, cabendo apenas o julgamento, em recurso ordinário, de decisões em mandados de segurança proferidas por essas cortes, se denegatória a decisão (artigo 102, II, *a*, da Constituição). Mandado de segurança não-conhecido²⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil determina de forma clara a competência de alguns tribunais: art. 102, inciso I, alínea *d*, *in fine*, para o Supremo Tribunal Federal; art. 105, inciso I, alínea *b*, *in fine*, para o Superior Tribunal de Justiça; e, art. 108, inciso I, alínea *c*, para os Tribunais Regionais Federais.

O primeiro precedente arrolado após o enunciado da Súmula n. 627 tem a ementa com o seguinte teor:

²⁷ MS 20938-DF – Relator: Ministro Carlos Madeira – Julgamento: 31/5/1989 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: *DJ Data*, 30 jun. 1989, p. 11647, Ement., v. 01548-01, p. 00114.

I. Mandado de segurança: decreto de promoção de magistrado, por merecimento, com alegação de infração do disposto no artigo 93, II, *b*, da Constituição: legitimação do Presidente da República para responder ao pedido como autoridade coatora.

II. Poder Judiciário: promoção compulsória do magistrado incluído por três vezes consecutivas em lista de merecimento (CF, artigo 93, II, *b*): não-ocorrência, quando as duas listas anteriores se destinaram a composição de TRT diverso, criado por desmembramento da área territorial de jurisdição daquele a que se destina a terceira²⁸.

Por sua vez, a Súmula n. 731 representa caso típico de verificação de interesse geral da magistratura, considerada em seu conjunto, pelo simples e só fato de investidura em cargo integrante da carreira de magistrado, o que se vê claramente nos dois primeiros arestos selecionados para a consolidação desse entendimento jurisprudencial:

Recurso extraordinário interposto, antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça, contra decisão de Tribunal estadual, denegatória de mandado de segurança, em instância única.

Conversão em recurso ordinário, porém da competência do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a letra *n* do art. 102, I, da Constituição de 1988, por se tratar de causa pertinente ao interesse de todos os membros da magistratura (subsistência do direito à licença “prêmio” ou “especial” perante o regime da Lei Complementar n. 35/79-Loman)²⁹

e,

I. Mandado de segurança dirigido originariamente ao STF que, invocando o art. 102, I, *n*, da Constituição, requer avocação de outra impetração de segurança em curso no Tribunal de Justiça; conversão em reclamação, dado o verdadeiro objeto do pedido.

II. Plausibilidade da alegação de competência originária do STF para julgar o mandado de segurança requerido ao Tribunal de Justiça: embora o impetrante, Juiz de Direito, postule licença-prêmio com base na legislação local e o ato coator lhe resista à pretensão, por se tratar de magistrado em disponibilidade, a solução da lide passa pela questão prejudicial de saber, em face da Loman, se os juízes, em tese, têm direito à licença especial, matéria esta, que o STF já entendeu de interesse geral da magistratura, de modo a induzir à sua competência originária excepcional (AgRg Ag 130.513, 6.11.89, Galotti, *RTJ*, v. 130, p. 1285)³⁰.

²⁸ Mandado de Segurança n. 21.571-2, 29 abr. 1993, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 13 jun. 1997.

²⁹ Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 130.513-SE, 6 nov. 1989, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *DJ*, 15 dez. 1989.

³⁰ Questão de Ordem no Agravo Regimental em Ação Originária n. 153-6-RS, 7 maio 1992, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 7 ago. 1992.

Apenas com essa breve seleção dos acórdãos paradigmas, pode-se perceber a interpretação sistemática do ordenamento jurídico-constitucional, com a correlação das súmulas indicadas.

4 Outras decisões relacionadas

Além dos verbetes sumulares e seus precedentes jurisprudenciais referidos no item anterior, outras decisões do Supremo Tribunal Federal corroboram o teor do entendimento cristalizado no enunciado ora em análise:

Ação originária. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar incidente de arguição de inconstitucionalidade ocorrido em apelação cível e em remessa necessária (arts. 480 e 481 do CPC): impedimento de mais da metade dos membros do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (CF, art. 102, I, n, 2ª parte). Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado, vinculado mensalmente ao Coeficiente de Crescimento Nominal da arrecadação do ICMS (art. 2ª da Lei n. 7.588/89) e semestralmente a indexador federal – IPC (arts. 10 e 12 da Lei n. 7.802/89). Vício de iniciativa.

1. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar apelação interposta para Tribunal Estadual quando a maioria dos juízes efetivos do órgão competente para a causa está impedida. Precedentes [...]³¹.

Em outro acórdão, a Colenda Corte Constitucional deixou assente que não é possível a convocação de juízes para substituição dos membros do tribunal suspeitos ou impedidos³².

5 Conclusões

Na Modernidade, com a adoção pela maioria dos Estados da tripartição do poder, ganhou especial relevo e importância a consolidação jurisprudencial, que tende a ser guarnecida de força obrigatória.

Tal tendência à compulsoriedade do entendimento sumulado já se vê na legislação ordinária brasileira³³ e, de igual modo, encontra abrigo em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas³⁴.

³¹ Ação Originária n. 280-0-SC, 20 set. 1995, Relator: Ministro Maurício Corrêa, *DJ*, 24 nov. 1995.

³² Reclamação n. 1.004-0-AM, 25 nov. 1999, Relator: Ministro Ilmar Galvão, *DJ*, 4 fev. 2000:

Reclamação. Alegada usurpação da competência do STF prevista na alínea n do inc. I do art. 102 da Constituição Federal. Impedimento da maioria dos membros do tribunal de origem. Impossibilidade da convocação de juízes de direito.

Não havendo maioria desimpedida dos membros do tribunal de origem para julgar o mandado de segurança, não é de se admitir a substituição dos suspeitos ou impedidos mediante convocação de juízes de direito de segunda entrância, mas sim de deslocar-se a competência para o Supremo Tribunal Federal, na forma da alínea n do inc. I do art. 102 da Constituição Federal.

Procedência da reclamação.

³³ Como exemplo: art. 557 do Código de Processo Civil e art. 896, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁴ Constituição da República Portuguesa, arts. 119º, 1, g, e 205º, 2 e 3; Constituição da República Democrática de Timor-Leste, art. 118º, 3.

A força normativa das decisões judiciais é objeto de aceso debate em diversos países.

A Lei Fundamental Brasileira já determina o efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, no caso das decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade³⁵.

No ordenamento jurídico nacional vigorou o sistema de prejulgados previsto no art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, de observância obrigatória pelos órgãos judiciais trabalhistas, inclusive juízes de Direito investidos de jurisdição laboral. No entanto, conforme declarou o próprio Supremo Tribunal Federal, essa disposição não foi recepcionada pela Carta de 1946.

A relevância do tema é percebida pela recente edição, pela Suprema Corte brasileira, de mais de uma centena de novos verbetes sumulares, no último quadrimestre de 2003.

A Súmula n. 623, interpretando Texto Constitucional (art. 102, I, *n*), cristalizou o entendimento no sentido de que não se desloca para o Supremo Tribunal Federal a competência para julgar mandado de segurança impetrado contra deliberação administrativa de que haja tomado parte a maioria ou a totalidade dos membros de tribunal.

Da leitura das decisões precedentes, que justificaram a edição do enunciado, em número de quatro, pode-se concluir que:

1) a competência prevista no art. 102, I, *n*, da Constituição da República Federativa do Brasil é de natureza excepcional e, *ipso facto*, deve ser interpretada restritivamente;

2) procedimentos administrativos, ainda que a maioria ou a totalidade dos integrantes da Corte tenha participado da elaboração do ato, não dão ensejo ao deslocamento da competência do colegiado de origem para o Supremo Tribunal Federal, mas apenas ações *stricto sensu* (“procedimentos judicializados”);

3) a verificação de interesse individual do julgador conduz à sua suspeição ou ao seu impedimento;

4) o interesse geral, direto ou indireto, prescinde do prévio reconhecimento pelos membros do tribunal;

5) para o desaforamento do feito, com lastro no art. 102, I, *n*, da Carta Magna, deve existir interesse, ao menos indireto ou potencial, de toda a magistratura, vinculado à condição funcional, para a se “conferir transcendência e projeção meta-individual” a tal interesse, que, por seu caráter institucional, é pertencente a toda a magistratura, considerada em seu conjunto;

6) a discussão de dispositivos constitucionais atinentes à magistratura, por si só, não desloca a competência para o Supremo Tribunal Federal;

7) somente com a análise de cada caso concreto é que se poderá fixar a competência para seu julgamento;

8) a competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato administrativo de tribunal é, em regra, do próprio tribunal;

³⁵ Art. 102, § 2º.

9) a exceção de impedimento ou de suspeição da maioria ou da totalidade dos membros do órgão julgador somente deslocará a competência para o Supremo Tribunal Federal se acolhida;

10) recusada a exceção, caberá à Corte Suprema o julgamento da própria exceção e, se acolhida, da lide que lhe é genetriz;

11) para a composição de quórum, não se admite a convocação de substitutos para os impedidos ou suspeitos; e,

12) os procedimentos administrativos devem ser atribuídos aos Tribunais Superiores quando a maioria ou a totalidade dos membros do Tribunal Regional se encontrar impedida ou suspeita.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 31. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção Saraiva de Legislação).

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 0213370/160. José Maria Rosa Tesheiner e outros e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: José Celso de Mello Filho. 17 set. 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 mar. 1992.

_____. Acórdão. Agravo Regimental na Ação Originária n. 146-3. Fernando Licínio Pereira e Souza e Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: José Paulo Sepúlveda Pertence. 25 fev. 1992. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 mar. 1992.

_____. Acórdão. Questão de Ordem na Petição n. 1.193-7-DF. Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: José Carlos Moreira Alves. 28 maio 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 jun. 1997.

_____. Acórdão. Questão de Ordem na Ação Originária n. 510-9. Hildebrando Pascoal Nogueira Neto e Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Acre. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 26 ago. 1998. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 maio 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Mandado de Segurança n. 20938-DF. Município de Caldas Novas e Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Carlos Alberto Madeira. 31 maio 1989. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 jun. 1989, p. 11647.

_____. Acórdão. Mandado de Segurança n. 21.571-2. Débora Barreto Povoá e Presidente da República. Relator: José Paulo Sepúlveda Pertence. 29 abr. 1993. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 jun. 1997.

_____. Acórdão. Questão de Ordem no Agravo Regimental em Ação Originária n. 153-6-RS. Estado do Rio Grande do Sul e Luiz Francisco Correa Barbosa. Relator: José Paulo Sepúlveda Pertence. 7 maio 1992. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 ago. 1992.

_____. Acórdão. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 130.513-SE. Luiz Carlos Fontes de Alencar e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relator: Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti. 6 nov. 1989. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 dez. 1989.

_____. Acórdão. Ação Originária n. 280-0-SC. Amarildo de Farias e outros e Estado de Santa Catarina. Relator: Maurício José Corrêa. 20 set. 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 nov. 1995.

_____. Acórdão. Reclamação n. 1.004-0-AM. Abdalla Isaac Sahdo Júnior e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Relator: Ilmar Nascimento Galvão. 25 nov. 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 fev. 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mandado de segurança coletivo: em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe (doutrina, jurisprudência e legislação)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Constituição Federal anotada*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CLT ACADÊMICA. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Como funciona a União Européia: um guia sobre as instituições da União Européia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2003. (Documentação Européia).

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2. ed., 6. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ENTRAM EM VIGOR MAIS 15 NOVAS SÚMULAS DO STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=76731&tip=UN>>. Acesso em: 12 dez. 2003.

FDV (Faculdades de Vitória). *Manual de normalização de trabalhos científicos*. Vitória: FDV, 2001.

FERRAZ, Sérgio. O prejulgado trabalhista em face da Constituição. In: _____. *Três estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 55-101.

_____. *Mandado de segurança: individual e coletivo: aspectos polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.

HERKENHOFF, João Baptista. *1.000 perguntas: introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Band. 42. Der Philosophischen Bibliothek, Verlag von Felix Meiner in Hamburg, 1954. Apud BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 26. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NASIR, Samer al. *La producción normativo-constitucional en la americanización del ordenamiento jurídico español*. Disponível em: <<http://iraqgate.net/lawgate/same12033.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2003.

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984.

NOVAS SÚMULAS DO STF PUBLICADAS NO DIÁRIO DA JUSTIÇA (REPUBLICADA). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=68312&tip=UM>>. Acesso em: 8 nov. 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/Cr01.htm>>. Acesso em: 26 maio 2003.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Celso Roque. *Manual de súmulas: índice alfabético por assuntos: STF, STJ, TRF*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SIDOU, José M. Othon. *“Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOARES, Evanna. A súmula e admissibilidade dos recursos cíveis. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3222>>. Acesso em: 8 dez. 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

TIMOR-LESTE. Constituição (2002). *Constituição da República Democrática de Timor-Leste*. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net/legislação/comparado/timor_constituicao.html>. Acesso em: 8 dez. 2003.

O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO¹

*Fábio de Assis F. Fernandes**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Meio ambiente: conceito doutrinário e legal. 3 Direito à vida, à saúde e ao trabalho. 4 Do desenvolvimento sustentável. 5 Direito Ambiental e Direito do Trabalho. 6 A atuação extrajudicial do Ministério Público do Trabalho. 6.1 O inquérito civil público e o procedimento investigatório. 7 O princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho. A CIPA e os programas preventivos obrigatórios. Normas regulamentadoras. 7.1 O princípio da prevenção na Consolidação das Leis do Trabalho. CLT e normas regulamentadoras (NR's). 8 O Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Audiência pública. Termo de Ajuste de Conduta. Participação do MPT. 9 Considerações finais. 10 Conclusão. Proposição final.

1 Introdução

A atual Constituição Federal, de 1988, refletindo as preocupações da sociedade internacional com a viabilidade da vida no planeta, alçou o meio ambiente, como bem essencial à sadia qualidade de vida, a direito fundamental, tanto para as presentes como para as futuras gerações, nos termos do art. 225, *caput*, vazado nos seguintes termos:

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

Diante da abrangência da assertiva constitucional contida no artigo citado, evidente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alcança todos os aspectos que o compõem, nele se incluindo o meio ambiente do trabalho.

Com efeito, dado o caráter extenso de incidência do termo “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, a classificação que dele se faça atende mais a critérios didáticos e de utilidade prática para a rápida identificação do bem ambiental degradado.

¹ O presente artigo foi objeto de defesa, aprovação em Banca e publicação no caderno de teses dos seguintes eventos: V Congresso Brasileiro de Medicina e Segurança do Trabalho da LTr, realizado nos dias 22 e 23 de junho de 2004, em São Paulo; VIII Congresso Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, realizado nos dias 11 a 14 de agosto de 2004, em Foz do Iguaçu-PR; e II Congresso Brasileiro da Magistratura e do Ministério Público do Meio Ambiente, realizado de 1^o a 3 de setembro de 2004, em Araxá-MG.

* Fábio de Assis F. Fernandes é Procurador do Trabalho, lotado na PRT da 2^a Região/SP. Aluno do curso de Especialização em Direito do Trabalho na PUC/SP e de Direito Ambiental Constitucional na Escola Superior de Direito Constitucional/SP.

Nesse sentido, Norma Sueli Padilha² afirma resultar

[...] claro que, quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em meio ambiente ecologicamente equilibrado, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma sadia qualidade de vida necessita viver nesse ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o trabalho.

Não obstante o caráter unitário do conceito de meio ambiente, uma vez que se rege por princípios e diretrizes comuns, torna-se imperioso conferir maior efetividade às normas e princípios do direito ambiental ao meio ambiente do trabalho, pois se, por um lado, a conscientização da sociedade na preservação principalmente do meio ambiente natural – ar, água, solo, fauna, flora, incluindo os ecossistemas –, artificial e cultural atingiu um nível elevado nos últimos anos, o mesmo não se pode dizer em relação à proteção do meio ambiente do trabalho. Com efeito, mesmo entre os operadores do direito, vê-se certa incompreensão e até antipatia com as normas de medicina e segurança do trabalho, relegando-se a tais normas uma importância menor em comparação com as que compõem o ordenamento jurídico trabalhista, ligadas à obtenção de conquistas no plano material.

É como se a divisão dos aspectos que compõem o meio ambiente deixasse de ser, como aludimos acima, apenas uma estratégia de facilitação do estudo para a melhor compreensão do fenômeno, e passasse a ter “vida própria”, com um distanciamento cada vez maior da parte em relação ao todo, atingindo, dessa forma, uma dimensão que não se coaduna com o seu propósito inicial, de cunho meramente didático-elucidativo. Observe-se que a própria denominação “aspectos” está a revelar peculiaridades dentro do uno.

Nesse diapasão tem-se revelado extremamente nefasto o tratamento compartimentalizado entre os “meios ambientes”, cujo emprego de denominações diferenciadas – “macroambiente”, para designar o meio ambiente natural por excelência, e “microambiente”, para designar o meio ambiente do trabalho – deixa de lado, ainda que de forma alegórica, aspectos que fazem parte de uma mesma realidade ontológica e que, por isso mesmo, necessitam de tratamento igualitário visando à proteção sistêmica e integrada do ambiente.

No momento em que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) afirma estatisticamente que nada menos que 95% dos danos ambientais causados aos mais diversos ecossistemas naturais se originam no microambiente do trabalho, faz-se necessário, o mais rápido possível, dar-se plena eficácia ao princípio da prevenção, de maneira que a variável ambiental trabalhista também seja levada em conta nos estudos de viabilidade dos empreendimentos e nas ações estratégicas do setor público e privado que impliquem interferências no meio ambiente como um todo, sob pena de não estarmos a imprimir sua defesa eficaz.

Conforme relembra Júlio César de Sá da Rocha³, já em 1988 a OIT, na sua tradicional Conferência em Genebra, “se dice que el medio ambiente de trabajo forma

² PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 32.

³ ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997. p. 30.

parte integrante e importante del medio ambiente considerado em su totalidad y que las mejoras del medio ambiente de trabajo elevaron la calidad del medio ambiente en general”.

Em discurso proferido em 21 de março de 1987, na Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, na qualidade de Presidente do Grupo de Trabalho denominado *Seguridad en el Medio Ambiente de Trabajo*, na cidade de Genebra, após declarar que

o direito à segurança e à higiene no trabalho é também, num sentido amplo, um direito humano, tal como prevê o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, pois corresponde ao direito à vida e à integridade física das pessoas,

asseverou com habitual maestria Arnaldo Süssekind o seguinte:

Assim como repercutem no local de trabalho condições adversas do ambiente de trabalho imediato, também os efeitos de inadequados sistemas de produção e, por vezes, de certos sinistros ocorridos em estabelecimentos industriais podem alcançar áreas muito distantes. Em Three-Mile Island, Chernobil, Bhopal e Sandoz os riscos foram muito além do ambiente do trabalho, atraindo a atenção universal por terem invadido o meio ambiente geral.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que, no mundo, anualmente, entre 1,9 e 2,3 milhões de pessoas perdem suas vidas enquanto trabalham. São 5.500 mortes diárias – três a cada minuto –, em razão de acidentes de trabalho; um milhão e seiscentos mil em razão de doenças relacionadas ao trabalho, dos quais doze mil são crianças.

Segundo a Fundação Jorge Duprat Figueiredo (Fundacentro), isso representa mais que o dobro das mortes ocorridas em razão de guerras e epidemias como a AIDS/SIDA. A exposição a agentes cancerígenos presentes em pesticidas e em outros produtos, por exemplo, está na origem de várias doenças que levam à morte após longo tempo de incubação.

No Brasil, mesmo com a deficiência das estatísticas oficiais, que incluem apenas os trabalhadores registrados em carteira, os números são assustadores. Somente em 2002 foram registrados oficialmente 387.905 casos de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, dos quais 2.898 resultaram na morte do trabalhador e 15.029, em casos de incapacidade permanente. Cumpre registrar, para a nossa decepção e tristeza, que diante do incremento considerável ocorrido no ano de 2002, interrompeu-se um processo de queda dos infortúnios profissionais que vinha desde 1999, como nos informa Arnaldo Süssekind⁴: nesse ano (1999) os acidentes mataram 3.896 trabalhadores; em 2000, 3.094; e em 2001, 2.257; enquanto a estatística de acidentes do trabalho em geral passou de 387.000 em 1999, para 363.000 em 2000 e 339.000 em 2001. É lastimável que, em conformidade com os dados acima citados, 2.898 (duas mil oitocentas e noventa e oito) vidas de trabalhadores

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituição de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 2, p. 919.

tenham sido ceifadas, justamente no local de trabalho, cuja existência, diz o adágio popular, é para o empregado ganhar a vida, não para encontrar a morte.

Além do incalculável prejuízo social, esses números significam uma perda econômica da ordem de 2,3 do PIB brasileiro anual. Segundo a Fundacentro, podem chegar a 4, se considerarmos os acidentes e doenças que não são registrados pelas estatísticas oficiais, como ocorre com os casos envolvendo os trabalhadores do setor informal da economia, do setor público, da área rural e os cooperados e autônomos.

Com este estudo visamos enfatizar a conveniência da participação do Ministério Público do Trabalho no processo de licenciamento ambiental, especificamente nas atividades que requeiram o Estudo Prévio e o Relatório de Impacto Ambiental, fazendo-se presente nas audiências públicas e demais eventos que compõem o procedimento citado, com o objetivo de aferir e caracterizar os impactos do empreendimento sobre o meio ambiente do trabalho.

Com isso, possibilita-se a verificação *ab initio* das medidas de controle e segurança, visando dotar o empreendimento dos padrões mínimos de Segurança e Saúde do Trabalho previstos nas Normas Regulamentadoras (NR's) do Ministério do Trabalho e Emprego, que compõem, por assim dizer, o Meio Ambiente do Trabalho, inclusive com a possibilidade, em determinadas circunstâncias, da assinatura de Termo de Ajuste de Conduta, expediente que em tudo se coaduna com a necessária prevenção dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho.

2 Meio ambiente: conceito doutrinário e legal

Não obstante a expressão “meio ambiente” seja pleonástica, já que meio é precisamente aquilo que envolve, ou seja, o “ambiente”, trata-se de expressão consagrada, inclusive constitucionalmente, razão pela qual com ela permaneceremos.

Norma Sueli Padilha⁵, após firmar seu entendimento sobre a natureza abrangente e interdisciplinar do conceito de meio ambiente, cita os eminentes juristas Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery, que também denotam a amplitude aludida, afirmando que

[...] o conceito de meio ambiente é amplíssimo, na exata medida em que se associa à expressão “sadia qualidade de vida”. Trata-se, pois, de um conceito jurídico indeterminado, que, propositadamente colocado pelo legislador, visa criar um espaço positivo de incidência da norma, ou seja, ao revés, se houvesse uma definição precisa do que seja meio ambiente, numerosas situações, que normalmente seriam inseridas na órbita do conceito atual de meio ambiente, poderiam deixar de sê-lo, pela eventual criação de um espaço negativo inerente a qualquer definição.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 21.

O grande mestre Paulo Afonso Leme Machado⁶ afirma:

Na medida em que o ambiente é a expressão de uma visão global das intenções e das relações dos seres vivos entre eles e com seu meio, não é surpreendente que o Direito do Ambiente seja um direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito (Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Internacional), e um Direito de interações, que se encontra disperso nas várias regulamentações. Mais do que um novo ramo do Direito com seu próprio corpo de regras, o Direito do Ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para os orientar num sentido ambientalista.

O consagrado constitucionalista e ex-secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, José Afonso da Silva⁷, posiciona-se favoravelmente à utilização da expressão “meio ambiente” ao em vez da palavra “ambiente”. Argumenta o mestre que a primeira expressão se apresenta mais rica de sentido, ao indicar conexão de valores, do que a simples palavra “ambiente”, pois enquanto esta última exprime o conjunto de elementos, aquela expressa o resultado da interação desses elementos. Assim, nas palavras do autor em tela,

[...] o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho⁸, “ambiente” traduz-se como *ambiance*, ou seja, como um “mundo humanamente construído e conformado” consistente em tudo o que está presente na natureza, seja ou não decorrente da ação humana.

Sobre o tema, vale colher ainda a lição de Édis Milaré⁹:

A visão holística do meio ambiente leva-nos à consideração de seu caráter social, uma vez definido constitucionalmente como bem de uso comum do povo, caráter ao mesmo tempo histórico, porquanto o ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo. Essa visão faz-nos incluir no conceito de ambiente, além dos ecossistemas naturais, as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas

⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 139.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 20.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. *RLJ*, ano 123, n. 3799, p. 290, 1991.

⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 201.

obras. Por isso, as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens de seu entorno.

Em sede legal, o conceito de meio ambiente é dado pelo inciso I do art. 3º da Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

E meio ambiente do trabalho, o que vem a ser?

Na concepção de Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁰, meio ambiente do trabalho é o

[...] local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).

Cabe apenas ressaltar que a tutela processual do meio ambiente do trabalho de servidores públicos estatutários – não-admitidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – contra a pessoa jurídica de direito público, bem como os eventuais e os autônomos não poderá ser buscada perante a Justiça do Trabalho, uma vez que tais demandas não se inserem na competência material da Justiça Especializada, nos termos do art. 114 da Constituição Federal e em consonância com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, por meio de sua 2ª Turma, no julgamento do RE 206.220-1 MG, de 16 de março de 1999, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio.

Segundo José Afonso da Silva¹¹

[...] merece referência em separado o meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer que uma das atribuições do Sistema Único de Saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho. O ambiente do trabalho é protegido por uma série de normas constitucionais e legais destinadas a garantir-lhe condições de salubridade e de segurança.

Mais adiante diz que “o ambiente do trabalho é um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o freqüentam”.

¹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22-23.

¹¹ Op. cit., p. 23.

Sebastião Geraldo de Oliveira¹², por seu turno, afirma:

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Como assevera José Afonso da Silva, “o problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, senão a própria sobrevivência do ser humano”.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹³ define meio ambiente do trabalho como o

[...] *habitat* laboral, isto é, tudo que envolve e condiciona, direta e indiretamente, o local onde o homem obtém os meios para prover o quanto necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento, em equilíbrio com o ecossistema. A *contrario sensu*, portanto, quando aquele *habitat* se revele inidôneo a assegurar as condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, aí se terá uma lesão ao meio ambiente do trabalho.

O Procurador Regional do Trabalho Raimundo Simão de Melo adverte que o

[...] meio ambiente de trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca a agressão a toda a sociedade, que no final das contas é quem custeia a previdência social [...] ¹⁴.

Traz-se a lume, agora, o entendimento de Júlio Cesar de Sá da Rocha¹⁵ para quem

[...] o meio ambiente do trabalho é a ambiência na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano. Não se limita ao empregado; todo trabalhador que cede a sua mão-de-obra exerce sua atividade em um ambiente de trabalho. Diante das modificações por que passa o trabalho, o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa, mas se estende ao próprio local de moradia ou ao ambiente urbano.

João José Sady¹⁶ propõe a adaptação da definição legal de meio ambiente contida no art. 3º, I, da Lei n. 6.939/81, acima citada, vinculando-a ao mundo do trabalho, para

¹² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 129.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, LTr, ano VI, n. 12, set. 1996.

¹⁴ MELO, Raimundo Simão de. Meio ambiente de trabalho: prevenção e reparação – juízo competente. *Repertório IOB Jurisprudência*, n. 13/97, caderno 2, p. 250; *Justiça do Trabalho – Revista de Jurisprudência Trabalhista*, Porto Alegre, RS, v. 204, p. 12-18, 2000; *RDT – Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, DF, v. 10, p. 3-5, 2000.

¹⁵ Op. cit., p. 30.

¹⁶ SADY, João José. *Direito do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 22.

então extrair que o “meio ambiente do trabalho é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida das pessoas nas relações de trabalho”.

Para o professor Amauri Mascaro Nascimento, meio ambiente do trabalho é o complexo máquina–trabalho:

as edificações do estabelecimento, EPI, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalho, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho, etc.¹⁷

O meio ambiente de trabalho é, na verdade, o local de trabalho do trabalhador, podendo ocorrer em um meio ambiente artificial ou construído, ou mesmo em um ambiente natural, embora sua ocorrência seja menos freqüente, haja vista a existência de alguma intervenção humana que possibilite a sua fruição.

A própria CF/88 trata do assunto no art. 200, VIII, inserido no Título VIII, dedicado à Ordem Social, e Seção II – Da Saúde, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Vale frisar, ainda, no plano do Direito Internacional do Trabalho, a Convenção 155 da Organização do Trabalho, que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Composta por 22 artigos, utiliza 9 (nove) vezes a expressão “meio ambiente do trabalho” e 4 (quatro) vezes o termo “local de trabalho”, demonstrando com isso, a plena incorporação do conceito em nível internacional.

Referido diploma internacional, com vigência em nosso país a partir de 18 de maio de 1993, estabelece em seu art. 3, alínea c, que “a expressão ‘local de trabalho’ abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem comparecer ou onde têm que comparecer, e que estejam sob controle, direto ou indireto, do empregador”.

Arnaldo Süssekind ao tratar sobre o tema da Ação Prática e Normativa da Organização Internacional do Trabalho pontifica o seguinte:

[...] Dos estudos realizados pelo PIACT resultou a Convenção n. 155, complementada pela Recomendação n. 164, ambas de 1981, que ampliou o

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica. *Revista LTr*, São Paulo, ano 63, n. 05, p. 583-587, maio 1999.

conceito de ambiente de trabalho para fins de segurança e saúde dos trabalhadores. Hoje é necessário considerar tanto a agressão que o local de trabalho pode sofrer, oriunda do meio ambiente circunvizinho, quanto a poluição, por vezes imensurável, que pode ser gerada no estabelecimento industrial.

PIACT é abreviatura para Programa Internacional para Melhorar as Condições de Trabalho e Meio Ambiente de Trabalho.

Importante ressaltar, como faz o jurista, professor e procurador do Estado, Guilherme José Purvin de Figueiredo, que referida Convenção 155 assegura ao “empregado o direito à interrupção de atividades que representem perigo iminente e grave, sem que tal interrupção implique imputação de qualquer responsabilidade”.

Com a permissão do ilustre professor, cabe uma pequena correção à afirmação do consagrado jurista, na medida em que o termo utilizado pela Norma Internacional é *trabalhador* e não *empregado*. Apesar de se tratar apenas de uma palavra, ela tem repercussões relevantes no raio de incidência da norma, porquanto, como é sabido, se todo empregado é um trabalhador, nem todo trabalhador será empregado. A diferenciação dimana da espécie de vínculo que se forma entre as partes contratantes: se o contrato celebrado o for por uma pessoa física com outra física ou jurídica e no plano fático existirem a subordinação, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e alteridade – realização de trabalho em proveito de outrem – estar-se-á diante de um típico contrato de trabalho subordinado, restando configurada o que se denomina relação de emprego, cujos sujeitos são o empregado e o empregador. Caso tais elementos configuradores da relação contratual *stricto sensu* não se encontrem presentes, ter-se-á a ocorrência de uma relação de trabalho que não dispensará a existência de um contrato de trabalho, aqui tomada em sua acepção ampla, que não se confunde com o contrato de trabalho subordinado. É o caso dos trabalhadores autônomos, dos avulsos e dos eventuais etc.

Fora da órbita de incidência das normas atinentes à relação de emprego, os servidores admitidos pelo regime estatutário-administrativo não deixam de ser destinatários das normas de saúde e segurança do trabalho, como trabalhadores que inegavelmente são.

Diante disso, mantém-se a orientação abrangente emanada do termo “trabalhador” a significar a proteção do meio ambiente do trabalho a toda pessoa que execute serviços no estabelecimento do tomador ou no domicílio do trabalhador.

3 Direito à vida, à saúde e ao trabalho

Cumpre-nos dizer que, para que se torne efetivo o direito fundamental à vida, assegurado no art. 5º, *caput*, do Texto Constitucional, faz-se mister que se assegure e viabilize o exercício, com a mesma densidade normativa, de outros dois direitos tidos como pressupostos para sua existência, que são a saúde e o trabalho, sob pena de inviabilizar-se o exercício daquele, dito fundamental, porquanto suporte, por óbvio, de todos os demais.

A garantia constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado tem por finalidade tutelar a vida humana. Não qualquer tipo de vida ou sobrevida, mas a vida

vivida, ou, para citarmos o texto na forma vazada, “sadia qualidade de vida”, para cuja concretização torna-se imprescindível estar presente essa qualidade, também no local onde ocorre uma das principais manifestações do homem com o seu meio, dando-se eficácia aos ditames constitucionais que fixam como direito fundamental a vida (arts. 1º, III, e 5º) e como direitos sociais fundamentais a saúde e o trabalho (art. 6º).

No art. 196 da Constituição Federal tem-se o disciplinamento do direito social à saúde fixado como “[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Dois aspectos importantes podem ser extraídos desse dispositivo constitucional: primeiro, o caráter difuso do direito à saúde, à semelhança do direito ao meio ambiente equilibrado; segundo, o caráter preventivo que deve informar a atuação estatal.

Não é por outro motivo que a nossa Constituição Federal, logo no seu pórtico, enuncia que a República Federativa do Brasil constitui-se Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos viscerais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

4 Do desenvolvimento sustentável

Aduz-se que a compatibilização dos princípios do trabalho digno e da livre iniciativa deve sofrer a influência do princípio de extraordinária importância para a manutenção da viabilidade da vida em todas as suas formas no planeta. Trata-se do princípio do desenvolvimento sustentável, cujo delineamento surgiu na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo na Suécia, em 1972, e cuja Declaração a ele se referiu da seguinte forma: “Princípio 5: Os recursos não-renováveis do globo devem ser explorados de tal modo que não haja risco de serem exauridos e que as vantagens extraídas de sua utilização sejam partilhadas a toda a humanidade”.

Posteriormente, mais precisamente vinte anos depois, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento voltou a reunir os líderes mundiais e a sociedade civil organizada de diversas partes do mundo, desta feita no Rio de Janeiro, em 1992, e também tratou da questão em tela no seu Princípio n. 1 que assim enuncia: “Princípio 1: Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.

Como afirma Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁸, o art. 225 da nossa Constituição Federal também acolhe o princípio em comento ao dispor que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o *dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*” [grifo nosso].

A livre iniciativa, acrescenta o autor ora citado, passou a ser compreendida de forma mais restrita:

¹⁸ Op. cit., p. 25.

[...] que significa dizer que não existe a liberdade, a livre iniciativa voltada à disposição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este deve ser o objetivo. Busca-se, na verdade, a coexistência de ambos sem que a ordem econômica inviabilize um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sem que este obste o desenvolvimento econômico.

Nesse sentido é que a ordem econômica na Constituição Federal (Título VII), embora fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, sofre também o contemperamento da defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI), devendo ser levada a efeito sob os auspícios da justiça social, com o fim de assegurar a todos existência digna (art. 1º, III).

Por isso, afirma Fiorillo¹⁹, “[...] delimita-se o princípio do desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que atenda às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações”, citando expressamente o Princípio n. 3 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que diz: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras”.

A tutela jurídica do meio ambiente do trabalho possui duas dimensões: uma mediata ou geral, que está contida no art. 225 da Constituição Federal, e outra, dita imediata ou específica, prevista no art. 196, *caput*, *usque* 200, principalmente o inciso VIII, complementado pelos incisos XIII e XIV (limite de jornada), XV (descanso semanal remunerado), XVII (férias), XVIII (licença-gestante), XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança) e XXXIII (proteção ao trabalho do menor), os quais procuram concretizar o direito à saúde no meio ambiente do trabalho.

Torna-se importante asseverar, como o faz Norma Sueli Padilha, que: “Para o legislador constitucional, portanto, uma das interfaces do meio ambiente do trabalho é a saúde pública”.

E saúde, conforme conceito emanado da Organização Mundial da Saúde (OMS), “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade”.

Nesse sentido, tem-se a Lei n. 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, cujo art. 3º enuncia o seguinte:

“A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, *o meio ambiente, o trabalho*, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país” [*grifo nosso*].

Por outro lado, constitui objetivo do Sistema Único de Saúde, conforme previsão contida no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, a assistência às pessoas por intermédio

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 27.

de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas, estando incluída no campo de atuação do SUS a execução de ações de saúde do trabalhador, *ex vi*, do disposto na alínea *c* do inciso I do art. 6º do referido Diploma legal.

5 Direito Ambiental e Direito do Trabalho

Por tudo o que aqui já foi exposto, constata-se claramente que o meio ambiente do trabalho sofre incursões tanto do Direito do Trabalho como do Direito Ambiental.

Para melhor análise e compreensão do assunto, faremos uma breve digressão para, ao final, expor nossa opinião sobre delicada questão.

A Revolução Industrial desencadeada na Europa no final do século XVIII, caracterizada pela passagem da manufatura à indústria mecânica, é sempre citada como marco de significativa importância nas modificações que advieram na sociedade moderna, pois, como o próprio nome está a indicar, produziu uma ampla modificação nos métodos e relações de trabalho. Enfim, foi um processo histórico de radical transformação econômica e social.

Naquela época, os empresários impuseram condições desumanas e degradantes de trabalho aos operários, para aumentar a produção e garantir uma margem de lucro crescente. Não havia a fixação de uma contraprestação mínima. A falta de iluminação, a má circulação de ar e as jornadas diárias de trabalhos que ultrapassavam 15 horas, inclusive de mulheres e crianças, gerou inúmeros acidentes. Somem-se a isso, as já deploráveis condições de vida nas cidades naquela época, com epidemias generalizadas, ausência de condições mínimas de higiene e segurança nas habitações.

Guilherme José Purvin de Figueiredo²⁰ diz que o

modelo econômico inaugurado com a Revolução Industrial desencadeou tanto o surgimento do proletariado como o início do processo de degradação do meio ambiente natural e humano numa escala nunca antes vista. Para a nova classe social que nascia, essa degradação ambiental significava sujeição a doenças ocupacionais e a acidentes de trabalho. Em outras palavras, verificava-se um súbito e violento decréscimo na qualidade de vida da população.

Em passagem anterior da mesma obra, o citado autor afirma que a

busca da qualidade de vida é objeto de dois diferentes ramos do direito: o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho. Todavia, a despeito de tal coincidência de objetos, motivos de ordem histórica ensejaram a evolução do Direito do Trabalho com muito maior rapidez do que a do Direito Ambiental. *Isso se deve, quiçá, ao fato de que as lesões à saúde e os riscos para a vida dos trabalhadores sempre foram muito mais intensos e flagrantes* do que os

²⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2002. p. 21.

similares riscos e lesões ambientais que o restante da população viria a sofrer mais século e meio após o advento da Revolução Industrial – ou seja, quando os recursos naturais (ar e água puros, por exemplo) passaram a escassear [*grifo nosso*].

No volume n. 15, ano III, set./out. 2002, da *Revista de Direitos Difusos* do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, o mesmo autor, em artigo intitulado “O papel dos trabalhadores na construção de uma sociedade economicamente sustentável”, elucida-nos mais ainda a questão ao afirmar que

[...] Conquanto não seja de todo evidente, a relação entre o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho é histórica. A vertente do Direito Ambiental voltada ao controle da poluição física, química e biológica origina-se da legislação trabalhista, já que foi na época da Revolução Industrial que se verificou a aceleração do processo de degradação do meio ambiente natural e humano. Todavia, a ideologia dominante desde então procedeu a uma distinção entre direitos do *trabalhador* e direitos *dos demais cidadãos*. Assim, os primeiros passos do legislador no sentido de procurar controlar a poluição no ambiente laboral foram classificados como mero aspecto do Direito do Trabalho. Durante mais de um século, a proteção da saúde do trabalhador será regulada quase que exclusivamente por normas incomodamente inseridas no campo do Direito do Trabalho. São bastante evidentes os contrastes principiológicos entre o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho.

Em duas notas de rodapé do corpo do texto, o autor citado justifica as afirmações da seguinte maneira: na primeira, diz que a utilização do termo incomodante é porque, enquanto o Direito do Trabalho se insere na esfera das relações contratuais próprias do Direito Privado, as normas ambientais chamadas de segurança e higiene do trabalho, como de resto todo o Direito Ambiental, situam-se claramente no âmbito do Direito Público; na segunda nota, referindo-se aos contrastes dos princípios reinantes no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental, cita o fato de que a tarifação das lesões à saúde por adicionais e aposentadorias especiais nunca foi contestada pelo Direito do Trabalho.

Norma Sueli Padilha²¹ tem a seguinte opinião sobre o assunto:

[...] o meio ambiente do trabalho embora se encontre numa seara comum ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental, distintos serão os bens juridicamente tutelados por ambos, uma vez que, enquanto o primeiro se ocupa preponderantemente das relações jurídicas havidas entre empregado e empregador, nos limites de uma relação contratual privatística, o Direito Ambiental, por sua vez, irá buscar a proteção do ser humano trabalhador contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa.

²¹ Op. cit., p. 46.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues²² entendem que

o direito a uma situação de trabalho (art. 6º – direito ao trabalho – direito social) não possui o mesmo objeto de tutela que o meio ambiente do trabalho. Neste, o objeto jurídico tutelado é a saúde e segurança do trabalhador, qual seja da sua vida, na medida em que ele, integrante do povo, titular do direito ao meio ambiente, possui direito à sadia qualidade de vida. O que se procura salvaguardar é, pois, o homem trabalhador, enquanto ser vivo, das formas de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce o seu labuto, que é essencial à sua qualidade de vida. Trata-se, pois, de um direito difuso.

Não obstante seja inegavelmente difuso o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, isso não impedirá, em absoluto, a tutela individual visando a reparação singularmente verificada pelo indivíduo, mesmo porque, como já vimos anteriormente, o direito a um meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, além de constar do art. 225 da Constituição Federal, também consta do Capítulo II, que cuida dos Direitos Sociais.

Como já tivemos oportunidade de nos manifestar em Seminário sobre Ação Civil Pública na Defesa do Meio Ambiente, realizado na PUC/SP, no curso de especialização em Direito do Trabalho,

ocorrida a emissão de poluentes na atmosfera, podemos ter uma ação civil pública para que a empresa adquira e instale os filtros necessários ao resguardo da saúde da população em geral, bem como uma ou mais ações de reparação pelos danos causados à saúde de pessoas singularmente consideradas em função dos poluentes emitidos pela referida empresa. Todavia, não poderá haver a duplicidade de reparações a título individual, possuindo o Código de Defesa do Consumidor regras específicas sobre a coisa julgada em relação às ações individuais e coletivas, constantes dos artigos 103 e 104, aplicáveis à Ação Civil Pública, nos termos do artigo 21 da Lei n. 7.347/85.

Em outra passagem dissemos:

o direito do consumidor, por exemplo, pode ser difuso, como pode também ser coletivo ou individual homogêneo, dependendo da espécie de tutela que se queira buscar. Assim, se se busca de forma preventiva que certo fornecedor retire determinada mercadoria posta no mercado com violação do direito de informação dos consumidores, estar-se-á diante de um direito difuso; porém, se referido a um certo número de consumidores, o interesse aí já será coletivo *stricto sensu* e poderá ser manejado pelo órgão de defesa do consumidor. E, finalmente, se o que se busca é a reparação pelos danos concretamente causados à saúde de certas pessoas, fala-se de interesses individuais homogêneos.

²² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 66.

Assim, nessa questão, preferimos cerrar fileira com os ilustres professores Guilherme José Purvin de Figueiredo e João José Sady.

O primeiro afirma o seguinte ao comentar a conclusão do eminente jurista Celso Antonio Pacheco Fiorillo acima transcrita:

Aqui fazemos apenas um reparo, na medida em que entendemos que o direito a um meio ambiente de trabalho saudável também é um direito social, como o é o direito à saúde e, portanto, não faz sentido excluí-lo do rol dos direitos elencados no art. 6º da Constituição da República²³.

João José Sady, por sua vez, de forma clara e precisa, afirma o seguinte:

Muito bem. O direito à preservação do meio ambiente (inclusive o do trabalho) é de caráter difuso. A reparação do prejuízo causado pelo dano, todavia, não se esgota na indenizabilidade do dano causado ao ambiente propriamente dito, mas inclui a reparação do prejuízo infligido ao terceiro vitimado pelo mesmo fato.

A verdade é que o simples caráter metaindividual que dá o perfil fundamental do direito ambiental não exclui o reflexo do dano geral no patrimônio deste ou daquele indivíduo.

Mais adiante, afirma o mesmo autor de forma lapidar:

Parece-nos que a diferenciação estudada por Fiorillo e Rodrigues é extremamente perspicaz, mas não deve ser mal interpretada para induzir à conclusão de que essas nuances venham a excluir o entrelaçamento dessa proteção à qualidade de vida do prestador de serviços subordinados como parte do campo do Direito do Trabalho.

Ao contrário, os grandes problemas do enlace entre Direito do Trabalho e Direito Ambiental podem ser resolvidos a partir de outros raciocínios. O caráter difuso do direito envolvido não exclui a potencialização dos interesses individuais nele envolvidos.

E conclui o autor em comento, com uma afirmação muito propícia e com a qual comungamos integralmente:

Fundamental é perceber que esse é um ponto de encontro onde o Direito do Trabalho se redescobre em face de um problema de grande monta que tem remanescido submerso. Não se fala mais em mero conjunto de normas regulamentares, mas em um campo do Direito onde diversos ramos da ciência se encontram para enfrentar uma das maiores problemáticas trazidas com a Revolução Industrial.

²³ Op. cit., p. 205.

6 A atuação extrajudicial do Ministério Público do Trabalho

Segundo a concepção tradicional, a tutela jurisdicional deveria alcançar somente direitos e interesses individuais, porém, a reboque das enormes transformações ocorridas no mundo capitalista, que reina como opção única após a crise do socialismo²⁴, esse cenário vem mudando drasticamente em função do fenômeno da massificação. Com efeito, se temos a massificação da notícia, da produção, do consumo, enfim, das relações sociais, necessária a existência de instrumentos legais que viabilizem a tutela desses interesses metaindividuais.

Tem-se, assim, ao lado do processo judicial tradicional, em que se discutem interesses individuais, um outro tipo de processo que busca solucionar novas formas de conflito: os oriundos dos interesses coletivos *lato sensu*.

Momento importante na viabilização desses interesses deu-se com a recepção, pelo ordenamento jurídico pátrio, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica, bem como a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, isso após a inclusão do inciso IV ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, pela Lei n. 8.078/90.

Não obstante a existência desse instrumento legal, a atuação do Ministério Público continuou a ocorrer, com mais ênfase, na área criminal, sendo sua incursão na área civil e trabalhista de menor intensidade e expressão, até mesmo em decorrência do entendimento consolidado de que o bem jurídico tutelado penalmente é do interesse primário da sociedade e só de modo reflexo do sujeito passivo da ação delituosa.

Foi com a Constituição Federal de 1988, porém, alçando à esfera constitucional referido instrumento e, principalmente, possibilitando, por meio do inciso III do art. 129, a defesa pelo Ministério Público de qualquer interesse difuso ou coletivo, que o *Parquet* laboral ganhou fôlego para a utilização desse instrumento legal na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que sói ocorrer na seara trabalhista.

Nesse sentido, avulta em importância a investigação pré-processual de denúncias de macrolesões a esses interesses, inclusive os que envolvam o meio ambiente do trabalho.

Como já disse o ex-subprocurador-geral do Trabalho, hoje ministro do C. TST, doutor Ives Gandra da Silva Martins Filho²⁵, o Ministério Público, de órgão apêndice do Poder Executivo, passou, em razão das novas e relevantes atribuições cometidas ao órgão pela CRFB/88, a situar-se como órgão extrapoderes, de controle dos demais poderes e colocado como função essencial à Justiça.

É, assim, o Ministério Público, segundo a dicção do art. 127 da Carta Magna, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

²⁴ Não ousamos dizer que as idéias socialistas morreram, até porque muitos dos avanços e conquistas adotados estrategicamente pelo capitalismo são bandeiras históricas daquele regime.

²⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 116.

E como quem quer o fim precisa oferecer os meios, dentre as funções institucionais da entidade houve por bem o legislador elevar, a nível constitucional, de forma ampliada, a legitimidade do *Parquet* para o ajuizamento da Ação Civil Pública já prevista de forma mais restrita na Lei n. 7.347/85, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal.

A Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993, Lei Orgânica do Ministério Público da União, do qual é ramo o Ministério Público do Trabalho, em sintonia com o comando constitucional citado, dispôs sobre a instauração do inquérito civil e de outros procedimentos administrativos para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º, I, e 84, II).

6.1 O inquérito civil público e o procedimento investigatório

Sabe-se que, ao lado da sua atuação judicial, o Ministério Público do Trabalho (MPT) vem desenvolvendo, por intermédio das Coordenadorias de Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos (Codin), existentes em todas as 24 (vinte e quatro) Procuradorias Regionais, relevantes serviços à sociedade e à própria Justiça por meio da chamada atuação extrajudicial, utilizando-se do inquérito civil previsto constitucionalmente no art. 129, III, na Lei n. 7.347/85 e na Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75/93, arts. 7º, I, e 84, *caput* e inciso II.

Com efeito, a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico, à ordem econômica, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, dispõe em seu art. 5º, § 6º, *verbis*:

Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominação que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Segundo noticia Francisco Antônio de Oliveira²⁶, o inquérito civil público, como instrumento de investigação, foi concebido, pela primeira vez, em palestra denominada “A tutela jurisdicional dos interesses difusos e o Ministério Público como operador social”, proferida em 21 de junho de 1980 pelo então promotor de Justiça, José Fernando da Silva Lopes, que assim declarou:

²⁶ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 174.

Como órgão do Estado, o Ministério Público, a exemplo do que ocorre com o trabalho desenvolvido pela polícia judiciária através do inquérito policial, poderá valer-se dos organismos da administração para realizar atividades investigatórias preparatórias – inquérito civil – muitas vezes indispensáveis para recolher suficientes elementos de prova.

O inquérito civil público, pois, nada mais é do que um procedimento administrativo inquisitorial que visa recolher provas que possam subsidiar a formação do convencimento do membro do *Parquet*, podendo resultar no ajuizamento, ou não, de ação, entre as quais a própria Ação Civil Pública, caso não haja a composição administrativa do conflito.

7 O princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho. A CIPA e os programas preventivos obrigatórios. Normas regulamentadoras

O princípio da prevenção, que consta do art. 225 da Constituição Federal, pode ser assim resumido: quando uma atividade representa ameaça de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente. Esse princípio decorre da irreversibilidade do dano ambiental na grande maioria dos casos, isto é, estamos a tratar de um dano que uma vez ocorrido não comporta o retorno ao *statu quo ante*, procurando adotar-se, em razão disso, e em se tratando de empreendimentos que se utilizam de recursos ambientais, cujas atividades possam causar efetiva ou potencialmente degradação ambiental, uma postura essencialmente cautelosa e preventiva.

No meio ambiente do trabalho as coisas não se passam de forma diferente, uma vez que a existência de condições inadequadas causa danos irreparáveis à saúde do trabalhador, sem prejuízo de reflexos ambientais externos, a quem não é parte na relação de trabalho.

Bem por isso, e com um pionerismo louvável, a vetusta Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e posteriormente o Ministério do Trabalho e Emprego, utilizando a competência que lhe é atribuída pelo art. 200 da CLT, ao regulamentar a matéria de Saúde e Segurança do Trabalho, adota uma postura fundamentalmente de prevenção e controle dos riscos ambientais.

Com efeito, o Capítulo V do Título II da CLT, intitulado “Da Segurança e Saúde do Trabalho”, foi concebido segundo essa concepção preventiva, assim como as Normas Regulamentadoras aprovadas pela Portaria n. 3.214/78, em especial as NR 02, 03, 04, 05, 07 e 09 que cuida do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), utilizada, neste estudo, como paradigma do Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

7.1 O princípio da prevenção na Consolidação das Leis do Trabalho. CLT e normas regulamentadoras (NR's)

Apesar de tão criticada, a CLT, a partir de 1977, vem acompanhando a evolução legislativa que trata da proteção do meio ambiente, de forma eminentemente preventiva, envolvendo a conscientização e a educação ambiental.

Esse caráter pró-ativo verifica-se da simples leitura dos artigos abaixo citados, que compõem o Capítulo V do Título II, intitulado “Da Segurança e Saúde do Trabalho”, leia-se, Meio Ambiente do Trabalho.

O art. 157, incisos I e II, diz que cabe às empresas “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” e “*instruir* os empregados, através de ordens de serviço, quanto às *precauções* a tomar no sentido de *evitar* acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais” [*grifo nosso*].

No art. 158, por sua vez, incisos I e II, fixa-se como obrigação dos empregados, “observar as normas de segurança e medicina do trabalho” e “colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste capítulo”.

Os arts. 160 e 161 da Consolidação tratam da inspeção prévia e do embargo ou interdição em dispositivos vazados da seguinte forma:

Art. 160. Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador.

§ 1º Nova inspeção deverá ser feita quando ocorrer modificação substancial nas instalações, inclusive equipamentos, que a empresa fica obrigada a comunicar, prontamente, à Delegacia Regional do Trabalho.

§ 2º É facultado às empresas solicitar prévia aprovação, pela Delegacia Regional do Trabalho, dos projetos de construção e respectivas instalações.

[...]

Art. 161. O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.

A semelhança do comando contido no art. 160 com o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) é muito grande, podendo-se afirmar que o objetivo de ambos é a prevenção da degradação ambiental, haja vista possibilitarem “identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade” (art. 5º, II, da Resolução Conama 01/86).

O art. 161 citado, caso efetivamente aplicado, constituiria um instrumento fantástico para a eficaz prevenção do meio ambiente do trabalho.

O § 4º do art. 161 prevê a responsabilização inclusive penal de quem, após determinada a interdição ou embargo, ordenar ou permitir o funcionamento do estabelecimento ou de algum de seus setores, se, em conseqüência, resultarem danos a terceiros. A previsão de responsabilização apenas no caso da ocorrência de dano a terceiros revela-se tímida em relação à gravidade da infração, razão pela qual pode o Ministério Público do Trabalho, mediante Termo de Ajuste de Conduta, reforçar essa obrigação com a previsão de multa vigorosa pelo seu descumprimento.

Tratando especificamente sobre Inspeção Prévia, temos a Norma Regulamentadora 01, que após reafirmar a obrigatoriedade contida no art. 160, dispõe sobre o Certificado de Aprovação de Instalações (CAI), que será emitido pelo Órgão Regional do Ministério do Trabalho e Emprego após a realização da Inspeção Prévia.

O item 2.4 da referida NR diz que “a empresa deverá comunicar e solicitar a aprovação do Órgão Regional do MTb, quando ocorrerem modificações substanciais nas instalações e/ou nos equipamentos de seu(s) estabelecimento(s)”. Trata-se de um estímulo à atuação pró-ativa do empreendedor, mormente em épocas de grandes inovações tecnológicas.

Por fim, o item 2.6 afirma que

a inspeção prévia e a declaração de instalações, referidas nos itens 2.1 e 2.3, constituem os elementos capazes de assegurar que o novo estabelecimento inicie suas atividades livre de riscos de acidentes e/ou doenças do trabalho, razão pela qual o estabelecimento que não atender ao disposto naqueles itens fica sujeito ao impedimento de seu funcionamento, conforme estabelece o artigo 160 da CLT, até que seja cumprida a exigência deste artigo.

O art. 162 prevê a obrigação das empresas em manterem Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SEESMT), cuja finalidade é promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho, com a eliminação dos riscos físicos, químicos, biológicos ou ergonômicos.

O disciplinamento do SEESMT é previsto na Norma Regulamentadora (NR) 04. Dessa, gostaríamos de destacar as alíneas *f*, *g* e *j* do item 4.12, cuja dicção encontra-se abaixo:

4.12. Compete aos profissionais integrantes dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho:

[...]

f) promover a realização de atividades de *conscientização, educação e orientação dos trabalhadores* para a *prevenção* de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, tanto através de campanhas quanto de programas de duração permanente; [*grifo nosso*]

g) esclarecer e conscientizar os empregadores sobre acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, estimulando-os em favor da *prevenção*; [*grifo nosso*]

[...]

j) as atividades dos profissionais integrantes dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho são *essencialmente preventivistas*, embora não seja vedado o atendimento de emergência, quando tornar-se necessário. Entretanto, a elaboração de planos de controle de efeitos de catástrofes, de disponibilidade de meios que visem ao combate a incêndios e ao salvamento e de imediata atenção à vítima deste ou de qualquer outro tipo de acidente estão incluídos em suas atividades [*grifo nosso*].

A alínea 4.13 da NR 04 dispõe que os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho deverão manter entrosamento permanente com a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), dela valendo-se como agente multiplicador.

Os arts. 163 *usque* 165 da CLT tratam da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), tendo por objetivo, segundo o item 5.2 da NR 05 que cuida do assunto

observar e relatar condições de risco nos ambientes de trabalho e solicitar medidas para reduzir até eliminar os riscos existentes, discutir os acidentes ocorridos, encaminhando aos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho e ao empregador o resultado da discussão, solicitando medidas que previnam acidentes semelhantes e, ainda, orientar os demais trabalhadores quanto à prevenção de acidentes.

A efetiva implantação e funcionamento da CIPA, não obstante a estabilidade conferida ao representante do empregado, depende da disposição do empregador, pois, como vimos da leitura do item 5.2 da NR, ela não tem poder de mando, apenas sugere, relata e solicita.

Importante atribuição da CIPA foi a exigência introduzida pela Portaria MTA/DSST n. 5, de 17 de agosto de 1992, com alterações pela Portaria MTb/SSST n. 25, de 29 de dezembro de 1994. Trata-se da instituição do chamado “Mapa de Riscos Ambientais”, que a CIPA deverá elaborar, em colaboração com o SEESMT, após ouvir os trabalhadores, identificando todos os riscos existentes no ambiente do trabalho.

Prosseguindo, tem-se o art. 168 da CLT, que fixa a obrigatoriedade da realização de exames médicos na admissão, na demissão e periodicamente, cuja natureza dependerá da atividade empreendedora, na forma das instruções do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

A propósito, tem-se a Norma Regulamentadora 07 que trata do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), cujo objeto é a promoção e preservação da saúde do trabalhador. Referido programa é parte integrante do conjunto mais amplo da empresa no campo da saúde dos trabalhadores, devendo estar articulado com o disposto nas demais Normas Regulamentadoras.

Importante disposição encontra-se na alínea 7.2.3. da NR 07, ao estabelecer:

O PCMSO deverá ter caráter de *prevenção, rastreamento e diagnóstico* precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores [*grifo nosso*].

Entre outras obrigações, incluem-se a realização de exames admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissional.

Finalizando esse estudo das medidas preventivas contidas tanto na CLT quanto nas Normas Regulamentadoras, faremos menção à NR 09, que trata do Programa de

Prevenção de Riscos Ambientais, o qual, segundo a alínea 9.1.1, visa a preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, por meio da *antecipação, reconhecimento, avaliação e controle* da ocorrência de riscos ambientais de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

Repete disposição contida também no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), dizendo que o PPRA é parte integrante de um conjunto amplo de iniciativas da empresa na preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, devendo estar articulado com o disposto nas demais Normas Regulamentadoras, especialmente com o PCMSO da NR 7.

O Programa de Prevenção de Riscos Ambientais deverá conter planejamento anual com estabelecimento de metas, prioridades e cronograma, além de estratégia e metodologia de ação, observando-se uma forma específica de registro, manutenção e divulgação dos dados. Deve prever também a periodicidade e forma de avaliação do desenvolvimento do PPRA.

A alínea 9.2.2.1 da NR 09 traz importante disposição ao prever que o documento-base do Programa, suas alterações e complementações deverão ser apresentados e discutidos na CIPA, sendo sua cópia anexada ao livro de atas dessa Comissão.

Além disso, a CLT ainda fala, nos arts. 170 a 201, em edificações, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, movimentação, armazenamento e manuseio de materiais, máquinas e equipamentos, caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, atividades insalubres ou perigosas e prevenção à fadiga, tudo a demonstrar a existência de várias normas que protegem a saúde e a integridade do homem trabalhador. Falta, a nosso ver, dar-se maior efetividade a esse conjunto de normas.

8 O Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Audiência pública. Termo de Ajuste de Conduta. Participação do MPT

Pode-se dizer que o licenciamento ambiental é o instrumento de gestão ambiental previsto na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938/81, que visa compatibilizar os princípios do desenvolvimento sustentável e o da preservação do meio ambiente. Definição completa do instituto pode ser consultada na Resolução 237 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental nada mais é do que um estudo realizado por equipe multidisciplinar nos empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio, para aferir-se a sua viabilidade, conferindo-lhe, ao final, a licença ambiental.

O Relatório de Impacto Ambiental, por seu turno, é o próprio EIA redigido de forma compreensível para o público, porquanto esse é elaborado segundo critério técnicos, conferindo-se eficácia ao princípio da informação ambiental.

Importante constatar que o EIA/RIMA, a exemplo do que acontece com a Inspeção Prévia, o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO) e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), constituem instrumentos que visam garantir a

proteção do meio ambiente e o controle da poluição, compreendendo-se nessa a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou que afetem as condições sanitárias do meio ambiente, conforme definição contida no art. 3º, III, alíneas *a* e *d*, da Lei n. 6.938/81. Pode-se dizer, assim, que o EIA/RIMA está para o licenciamento ambiental, assim como a Inspeção Prévia está para o licenciamento trabalhista previsto no art. 160 da CLT e disciplinado na Norma Regulamentadora 02 do Ministério do Trabalho e Emprego.

A audiência pública tem por finalidade expor aos interessados – leia-se sociedade em geral – a matéria contida no Relatório de Impacto Ambiental, recolhendo críticas e sugestão com relação à instalação do empreendimento.

9 Considerações finais

Como vimos, todo o arcabouço doutrinário e legal relativo à proteção jurídica do meio ambiente assenta-se no princípio da prevenção.

Por outro lado, e de igual forma, procede-se com relação à tutela ambiental trabalhista, cujo foco, em última análise, é a saúde do trabalhador.

Faz-se mister conferir maior eficácia e o devido valor à postura preventiva constante das normas previstas na CLT e nas Normas Regulamentadoras.

Dar eficácia ao princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho significa zelar pela saúde e segurança direta do homem-trabalhador e também assegurar a tutela do meio ambiente “externo”, haja vista que a grande maioria dos danos ambientais originam-se no meio ambiente do trabalho.

Entendemos que a presença do Ministério Público do Trabalho nas etapas que compõem o licenciamento ambiental contribuirá para tornar mais eficaz o princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho, utilizando-se da valiosa colaboração do Ministério do Trabalho e Emprego, de maneira que ele assuma a função de Órgão Licenciador na Área Trabalhista como prevê a legislação.

10 Conclusão. Proposição final

Considerando a legitimidade do MPT para a tomada de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante assinatura de termo de compromisso pelo investigado ou inquirido, com base no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, que possibilita de forma imediata o restabelecimento da ordem jurídica trabalhista, com força de título executivo extrajudicial, conforme dispõe o art. 876 da CLT, preconizamos a presença do MPT no processo de licenciamento ambiental para que se obtenha o controle da higidez do meio ambiente do trabalho já no nascedouro do empreendimento, com o que se confere efetividade ao princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho. Apontam-se ainda, como justificativa para a atuação do *Parquet* laboral ora proposta, as seguintes vantagens:

- Diminuir o fosso existente entre o chamado “macroambiente” e o “microambiente”, aquele consistente no meio ambiente natural e este formado, entre outros,

pelo meio ambiente do trabalho, dando-se eficácia ao princípio da prevenção no direito ambiental do trabalho.

- Possibilidade de proteção do meio ambiente do trabalho na fase inicial do empreendimento, inclusive com a colheita de prova e a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta, servindo como um desestímulo à degradação ou ao descuido da questão ambiental.
- Propagador da educação ambiental na área trabalhista, com o que se procura mais uma vez dar-se efetividade ao princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho (art. 225, VI, da Constituição Federal).
- Maior interação com outros órgãos, cuja articulação se mostra profícua e até mesmo, pode-se dizer, como condição de eficácia da atuação dos órgãos estatais. Em uma palavra, PARCERIA para se ter EFICÁCIA.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. *RLJ*, ano 123, n. 3799, p. 290, 1991.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, LTr, ano VI, n. 12, set. 1996.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 116.

MELO, Raimundo Simão de. Meio ambiente de trabalho: prevenção e reparação – juízo competente. *Repertório IOB Jurisprudência*, n. 13/97, caderno 2, p. 250; *Justiça do Trabalho – Revista de Jurisprudência Trabalhista*, Porto Alegre, RS, v. 204, p. 12-18, 2000; *RDT – Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, DF, v. 10, p. 3-5, 2000.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica. *Revista LTr*, São Paulo, ano 63, n. 05, p. 583-587, maio 1999.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997.

SADY, João José. *Direito do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituição de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

O PODER CONSTITUINTE E A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA REFORMA DO JUDICIÁRIO

*Fabrício Caser**

SUMÁRIO: 1 Breve noção à teoria da tripartição de Poderes. 2 Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. 3. Poder Judiciário como salvaguarda do Estado Democrático de Direito. 4 Reforma da Constituição e seus limites. 5 Particularidade do órgão legislativo ordinário como titular do poder de revisão. 6 Inconstitucionalidade da Reforma do Poder Judiciário: a) por ausência de previsão de iniciativa ao Poder Judiciário para emendar a Constituição; b) por impossibilidade de o Poder Constituinte derivado reformar os Poderes constitucionais.

1 Breve noção à teoria da tripartição de Poderes

A teoria da tripartição de Poderes, ou melhor, tripartição de funções, concebida por Aristóteles e aperfeiçoada por Montesquieu, tem como base fundamental a criação de órgãos distintos e independentes uns dos outros para o exercício de certas e determinadas atividades.

A importância da doutrina de Montesquieu está na proposta de um *sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do Poder*. É o sistema de independência entre os órgãos do Poder e de *inter-relacionamento* de suas atividades, denominado de *freios e contrapesos*, a que alude a doutrina americana¹.

Assim, *cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função e, secundariamente, as duas outras*. Da preponderância advém a tipicidade da função e da secundariedade, a atipicidade. *As funções típicas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário são, em razão da preponderância, legislar, executar e julgar, respectivamente*.

A independência entre os Poderes tem como significado o fato de cada um deles haurir suas competências no texto constitucional. Nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram estipuladas pelo constituinte².

Uma conseqüência da independência dos Poderes é a *indelegabilidade de atribuições*. A independência supõe a separação, sendo ilógico supor que as funções atribuídas a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembléia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam ser, a critério desses órgãos, delegadas de uns para outros³.

Para J. J. Canotilho⁴, a constitucionalística mais recente salienta que o *princípio da separação de Poderes* transporta duas dimensões complementares: a) a separação como

* Fabrício Caser é Procurador da República no Rio de Janeiro.

¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 119.

² Idem, *ibidem*, p. 121.

³ Idem, *ibidem*, p. 124.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 244.

divisão, controle e limite do poder – dimensão negativa; b) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas.

Para haver independência dos Poderes é essencial⁵:

- a) não serem nunca os órgãos de Poder confiados às mesmas pessoas;
- b) não ficar nenhum membro de qualquer dos Poderes à mercê de outro Poder;
- c) não poder nenhum órgão anular ou alterar as deliberações dos outros, em matéria de sua competência privativa.

2 Tripartição de Poderes na Constituição de 1988

O Constituinte brasileiro de 1988 adotou toda essa estrutura teórica desenvolvida ao longo dos séculos, consagrando em seu art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

E foram estabelecidas em diversos artigos dispersos no texto constitucional formas de inter-relacionamento e de contenção de Poderes, como, por exemplo, a nomeação pelo Presidente da República dos membros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, sob prévia aprovação do Senado Federal; o julgamento pelo Senado Federal dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República.

Verifica-se, pois, em um estudo do texto constitucional, a instituição de uma tripartição de Poderes com todas as características presentes na doutrina, com base na fórmula *checks and balances*.

3 Poder Judiciário como salvaguarda do Estado Democrático de Direito

Em uma análise da tripartição de Poderes, verificamos que compete por naturalidade ao Poder Judiciário coibir abusos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo.

O Poder Judiciário tem precipuamente a função de julgar conflitos ou mesmo leis em tese no caso do controle concentrado de constitucionalidade. Desse modo, o Judiciário julga questões originadas por atos produzidos pelos outros Poderes, não se vislumbrando, inicialmente, um ato produzido diretamente pelo Poder Judiciário no exercício de sua função julgadora capaz de provocar danos a particulares ou mesmo possíveis abusos.

Assim, o Poder Judiciário, como instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito, deve sofrer a menor interferência possível dos Poderes Executivo e Legislativo, quanto a sua estrutura e funcionamento.

4 Reforma da Constituição e seus limites

O Poder Constituinte significa o poder de elaborar uma Constituição, compreendendo: o originário, que tem caráter inicial, porque produz originariamente o

⁵ DÓRIA, Sampaio. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953. t. 1, p. 271.

ordenamento jurídico; e o derivado, que é instituído na Constituição para o fim de proceder à sua reforma⁶.

A produção originária da ordem jurídica dá-se na hipótese de formação de um novo Estado (primeira Constituição), ou no caso de modificação revolucionária da ordem jurídica. A reforma normal, ao invés, dá-se na conformidade do processo previsto na Constituição e, por isso, apresenta uma continuidade ou desdobramento natural da vida jurídica do Estado⁷.

Assim, o Poder Constituinte derivado é uma competência regulada pelo direito positivo do Estado e o seu titular é um órgão estatal.

Na Constituição de 1988 foi adotado o sistema de revisão da Constituição em que é órgão revisor o legislativo ordinário, qual seja, o Congresso Nacional.

Para Paulo Bonavides⁸, o legislativo ordinário como órgão revisor eleva ao mais alto grau a adequação do Poder Constituinte ao sistema representativo, significando do mesmo passo uma quebra ou declínio da rigidez constitucional e da distinção entre o Poder Constituinte e Poderes constituídos.

Um dos aspectos de atuação do Poder Constituinte derivado é a Reforma da Constituição, que é processo técnico de mudança constitucional⁹. Trata-se de criação do Poder Constituinte originário, do qual o poder de reforma recebeu a incumbência de introduzir alterações na Constituição para afeiçoá-las às exigências do tempo. A reforma da Constituição decorre do Poder Constituinte derivado ou instituído, ocupando posição diversa do Poder Constituinte originário e do Poder Legislativo ordinário. Não dispõe da plenitude criadora do Poder Constituinte originário e se sobrepõe ao legislador ordinário.

Segundo Joaquim Canotilho¹⁰, citando K. Loewenstein, a fim de se evitar que o legislador ordinário tenha a Constituição à sua completa disposição, estabelecem-se requisitos tendentes a impedir que as maiorias parlamentares no Poder assumam poderes de revisão para moldar a Constituição de acordo com os seus interesses. Alguns desses requisitos, que são pertinentes ao presente tema, são os limites materiais.

As normas de revisão são qualificadas por J. J. Canotilho¹¹ como normas superconstitucionais, pois elas atestariam a superioridade do legislador constituinte, e a sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria *garantia* da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um ato constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional.

Para Raul Machado Horta¹², o desconhecimento da natureza limitada do Poder Constituinte derivado, ou a prática da revisão total, quando ela não for expressamente prevista na Constituição, conduzirá ao que se denominou de “fraude à Constituição”.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 29.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 29.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 183.

⁹ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 107.

¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 941.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 945.

¹² HORTA, op. cit., p. 108.

Uma distinção posta em relevo por H. Nef, citado por J. J. Canotilho¹³, é saber se uma lei de revisão poderá inserir na Constituição qualquer matéria e se poderão ser objeto de revisão todas as normas da Constituição.

Com relação ao primeiro problema, os limites inferiores, Canotilho esclarece que se deve considerar a talhante distinção entre matéria constitucional e matéria não-constitucional, sendo que a inexistência de uma reserva de matéria constitucional valerá também em sede de poder de revisão.

Já no que tange ao segundo ponto, os limites superiores, Canotilho¹⁴ afirma que existem, efetivamente, limites ao poder de revisão, pois algumas normas da Constituição não podem ser objeto de revisão. A determinação das normas constitucionais que, por constituírem o *cerne da Constituição*, não podem, por exemplo, ser objeto de revisão.

J. J. Canotilho¹⁵ propõe uma diferenciação entre os limites do poder de revisão, considerando como *limites expressos ou textuais* aqueles limites previstos no próprio texto constitucional. Existem, porém, limites não-articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em *limites textuais implícitos*, deduzidos do próprio texto constitucional, e *limites tácitos* imanentes numa ordem de valores prepositiva, vinculativa da ordem constitucional concreta.

A imposição desses limites, segundo J. J. Canotilho¹⁶, visa assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo, implicando, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total*, mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. E se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do Poder Constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão.

As considerações acerca dos limites do poder de revisão pressupõem, segundo J. J. Canotilho¹⁷, a idéia de um sistema jurídico dotado de Constituição na qual existe um *núcleo constitutivo de identidade*. Assim, a identidade da Constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, surgindo, desse modo, o conceito de *desenvolvimento constitucional* para significar o conjunto de formas de evolução da Constituição e para exprimir aquilo que se poderá chamar a *garantia de identidade reflexiva*.

5 Particularidade do órgão legislativo ordinário como titular do poder de revisão

J. J. Gomes Canotilho¹⁸, ao estabelecer os limites quanto ao titular do poder de revisão, propõe a existência de três tipos, quais sejam:

- a) o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário;
- b) o órgão de revisão é o órgão legislativo, mas a revisão exige a participação direta do povo;
- c) o órgão de revisão é um órgão especial, eleito especialmente para o efeito.

¹³ CANOTILHO, op. cit., p. 942.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 942.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 942.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 943.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 949.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 939.

Como vimos, o Poder Constituinte originário de 1988 outorgou ao Congresso Nacional, órgão legislativo ordinário, a titularização do poder de revisão.

Para impedir que o Congresso Nacional, ao atuar na condição de titular do poder de revisão como Poder Constituinte derivado, se sobrepusesse em relação aos Poderes Judiciário e Executivo, ferindo a separação dos Poderes na vedação de que nenhum órgão pudesse anular ou alterar as deliberações dos outros, em matéria de sua competência privativa, o Constituinte originário estabeleceu a separação dos Poderes como cláusula pétrea.

Nesse sentido, deve-se interpretar a cláusula pétrea da separação dos Poderes como uma limitação ao Congresso Nacional de mesmo na condição de Poder Constituinte derivado não se sobrepor aos outros Poderes.

6 Inconstitucionalidade da Reforma do Poder Judiciário

a) por ausência de previsão de iniciativa ao Poder Judiciário para emendar a Constituição

A Constituição Federal, pelo Poder Constituinte originário, outorgou prerrogativas de iniciativa legislativa ao Poder Judiciário no que concerne aos diversos aspectos da sua estrutura, nos seguintes dispositivos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

[...]

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

[...]

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, ressalvado o disposto no art. 48, XV;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

[...].

Observa-se, pois, que o Poder Constituinte originário fixou expressamente diversos princípios a serem estabelecidos no Estatuto da Magistratura, além de outorgar ao Poder Judiciário a iniciativa de propostas no que tange a sua estrutura funcional.

Assim, por meio de leis ordinárias e complementares, o Poder Judiciário pode alterar a sua estrutura e seu funcionamento dentro dos critérios estabelecidos na Constituição Federal.

Então, somente com a participação do Poder Judiciário é que o Poder Legislativo pode elaborar leis que tratem sobre matérias afetas ao Poder Judiciário.

Tal procedimento adotado pela Constituição Federal visa a preservar a cláusula da separação dos Poderes, independentes e harmônicos, consagrada no art. 2º da Constituição Federal.

No que tange, porém, à elaboração de emendas constitucionais, a Constituição Federal, em seu art. 60, estabeleceu que o processo legislativo tem seu início somente por proposta dos Poderes Legislativos, Federal e Estadual, e do Poder Executivo Federal, com a votação em cada Casa do Congresso Nacional, sendo promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Verifica-se, pois, no processo legislativo de emenda à Constituição, a inexistência de possibilidade de iniciativa do Poder Judiciário e a ausência de participação do Presidente da República na promulgação, bem como da possibilidade de veto.

Desse modo, a participação do Poder Judiciário no processo legislativo somente ocorre pela iniciativa das leis complementares e ordinárias, conforme preceituado no art. 61 da Constituição Federal.

Assim, observa-se que a Constituição Federal, ao não conferir a participação do Poder Judiciário na elaboração de emendas constitucionais, veio a consagrar, por um raciocínio lógico, que não se pode mudar a estrutura do Poder Judiciário estabelecida na Constituição Federal.

Isso porque, ao não permitir a possibilidade de o Poder Judiciário participar do processo de emenda à Constituição, o Poder Constituinte originário não consagrou a mesma harmonia prevista para a separação dos Poderes, estipulada na previsão do Poder Judiciário de participar na elaboração de leis ordinárias e complementares para definir o seu estatuto e estrutura em observância às normas constitucionais.

Pois presume-se que, adotando a Constituição Brasileira a cláusula da separação dos Poderes, independentes e harmônicos entre si, somente se poderia alterar a estrutura do Poder Judiciário prevista na Constituição com a participação do próprio Poder Judiciário no processo legislativo da emenda à Constituição, tal como ocorre com a elaboração das leis ordinárias e complementares que podem alterar a estrutura do Poder Judiciário com observância das normas constitucionais.

Desse modo, ao omitir tal participação do Poder Judiciário no processo legislativo de emenda à Constituição, implicitamente o Poder Constituinte originário vedou que pudesse o próprio Poder Judiciário propor qualquer alteração constitucional na sua estrutura, e conseqüentemente menos autorização teria ainda o Poder Legislativo em fazê-lo sem a participação do Poder Judiciário, tendo em vista que mesmo em leis infraconstitucionais reguladoras do Poder Judiciário a Constituição determinou a participação desse na

elaboração das leis, como forma de observância da harmonização entre os Poderes, consagrada pela cláusula da separação dos Poderes.

Assim, não outorgando ao Judiciário a possibilidade de iniciativa de emenda à Constituição, o Poder Constituinte originário vedou que o próprio Poder Judiciário pudesse propor modificações em sua estrutura constitucional, proibindo de forma absoluta a alteração dos artigos da Constituição que tratam do Poder Judiciário.

E, se nem mesmo o Poder Judiciário pode propor mudanças em sua própria estrutura constitucional, pelo princípio da separação dos Poderes, em razão da harmonia e independência, tampouco o Congresso Nacional pode fazê-lo.

b) por impossibilidade de o Poder Constituinte derivado reformar os Poderes constitucionais

O Poder Constituinte originário fixou no art. 60, § 4º, da Constituição Federal as denominadas cláusulas pétreas, que são matérias que não poderão ser objeto de emenda à Constituição tendente a aboli-las.

E entre as cláusulas pétreas encontra-se a separação dos Poderes.

Inicialmente, deve-se buscar qual o significado, a intenção e o alcance do Poder Constituinte originário em dispor a separação dos Poderes como uma cláusula pétrea.

O alcance da vedação de se abolir a separação de Poderes não se restringe somente pela possível supressão do art. 2º da Constituição Federal, o qual consagra que *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Isso porque tal supressão seria o ápice da quebra da separação dos Poderes, por ser realizado da maneira mais evidente e clara.

Desse modo, a existência da separação dos Poderes como cláusula pétrea visa a proteger não só aquela sua destruição explícita, mas, também, quaisquer outras formas ou atitudes adotadas pelo Poder Constituinte derivado que atinja e vulnerabilize a cláusula fundamental para o Estado Democrático de Direito da separação dos Poderes.

Assim, deve-se questionar a possibilidade de o Congresso Nacional, assumindo a condição de Poder Constituinte derivado, realizar emenda constitucional alterando a estrutura, o funcionamento e o controle dos outros Poderes da República Brasileira.

Pode-se analisar primeiramente sobre o ponto da igualdade de *status* entre os Poderes, no sentido de que nenhum dos três Poderes é superior aos demais, pelo que não poderia um alterar os outros sem o consentimento destes. Porém, pode-se contra-argumentar com base no fato de que o Poder Legislativo, ao emendar à Constituição, não estaria atuando como um dos Poderes do Estado, mas sim como manifestação do Poder Constituinte derivado.

Mas, mesmo estando diante de um Poder Legislativo atuando como Poder Constituinte derivado, ao autorizá-lo a alterar a estrutura dos Poderes Executivo e Judiciário estaríamos alçando-o ao nível de Poder Constituinte originário, o que ele não é, tendo em vista que temos a visão de que a definição e a estrutura dos Poderes e o inter-relacionamento entre eles, incluindo a forma de controle, somente pode ser realizada pelo Poder Constituinte originário.

Não se pode pensar em atribuir ao Poder Constituinte derivado a estipulação de um aspecto central da existência de um Estado Democrático de Direito, sobre o qual se fundamenta a Constituição Brasileira de 1988.

A estrutura dos Poderes e seus inter-relacionamentos estabelecidos na Constituição Brasileira conferem a ela um *núcleo constitutivo de identidade*, na expressão utilizada por J. J. Canotilho. E esse núcleo constitutivo de identidade só pode ser estipulado pelo Poder Constituinte originário, restando ao Poder Constituinte derivado, a partir desse núcleo, realizar o *desenvolvimento constitucional*, e não descaracterizar o próprio núcleo constitutivo de identidade.

Não foi por menos, então, que o próprio Poder Constituinte originário, com plena consciência disso, estipulou a separação de Poderes como cláusula pétrea, para fim de impedir qualquer discussão a respeito da possibilidade de o Congresso Nacional, como Poder Constituinte derivado, alterar as estruturas dos outros Poderes estabelecidos na Constituição.

Assim, qualquer emenda à Constituição realizada com a finalidade de alterar a estrutura do Poder Judiciário esbarra na cláusula pétrea da separação dos Poderes, que não se restringe apenas à vedação da possibilidade de se excluir o art. 2º da Constituição Federal, mas, sim, tem-se uma abrangência ampla e profunda, no sentido de impedir qualquer mudança constitucional sobre o Poder Judiciário.

E pode-se destacar que somente ao Poder Constituinte originário caberia definir a extensão e abrangência de como realizar a separação dos Poderes no Estado Brasileiro, não cabendo nem mesmo ao Poder Judiciário julgar, caso a caso, que alteração feriria ou não a cláusula da separação dos Poderes. Pois a forma definida da separação dos Poderes pelo Poder originário, como já mencionado, é o núcleo central da existência e funcionamento do Estado Brasileiro. Alterando-a, estar-se-ia modificando, conseqüentemente, a própria estrutura do país. E quem tivesse esse poder de alterá-la estaria atuando como se fosse um novo Poder Constituinte originário.

Pelo que, vale a pena novamente mencionar a impossibilidade de se atribuir ao Poder Constituinte decorrente a alteração de qualquer artigo na Constituição referente aos Poderes Executivo e Judiciário, devendo o Poder Judiciário julgar inconstitucional qualquer emenda à Constituição sobre tais alterações, ficando vedada a possibilidade de o Judiciário, assumindo um papel de Poder Constituinte originário, fixar o que afetaria ou não a separação dos Poderes.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DÓRIA, Sampaio. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953. t. 1.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 1.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

O FETICHE DAS LEIS

*Giovani Clark**

A classe dominante brasileira e os governos nacionais, durante os anos, vêm embalando os sonhos do nosso oceano de miseráveis e das dilaceradas classes média e trabalhadora, por meio de seus aparelhos de divulgação, propagando a miragem de uma sociedade justa, bem como do desenvolvimento econômico. Para tanto, em regra, basta ativar, assiduamente, a milagrosa fórmula de mutação ou de criação de leis, a fim de que a magia da transformação socioeconômica se realize no futuro. Cinicamente, “sugere-se” que um dos grandes vilões da caótica realidade brasileira seja, supostamente, a legislação existente.

A fantasia da alteração das estruturas sociais seria executada por intermédio da revogação total ou parcial das normas legais, seja criando novas, seja dando roupagem jurídica a matérias ainda não versadas por aquelas. Também não é pouco freqüente a produção de novas normas jurídicas sem a ab-rogação ou derrogação das anteriores, estabelecendo-se o convívio anárquico e complementar entre elas. Contudo, em um passo de mágica, a nova legislação, como a antiga, cai no descrédito popular, invariavelmente, por não se tornar eficaz em virtude dos interesses dos “donos do poder” (FAORO, 2000).

Os fenômenos de elevação crescente do número de leis em sociedade, chamado pelo jurista italiano Francesco Carnellutti de “inflação legislativa” (2001), e da mobilidade da lei (SOUZA, 2001), ou seja, a contínua mudança da legislação, são de ordem mundial. Todavia, foram agravados nos solos das nações em desenvolvimento, causando instabilidade jurídica e o fetiche social de mudança.

Falávamos de floresta. A jurídica é exuberante. Somente em nosso País, estima-se haver aproximadamente meio milhão de normas escritas, entre leis, decretos e regulamentos federais, estaduais e municipais, número tão elevado para os padrões mundiais que dá ao nosso ordenamento a feição de uma enorme babel jurídica, em que podem viver, lado a lado, leis inconstitucionais, contraditórias ou supérfluas, resultando num enorme entulho jurídico que, vez por outra, infunde nos doutores da lei o desejo de uma grande faxina (COSTA NETO, 1999, p. 147).

Somos um ardente defensor do Poder Legislativo e de suas prerrogativas de produtor das leis e de fiscalizador do Executivo, funções essenciais em uma sociedade que se propõe a conquistar uma real democracia social, política e econômica. Ao Legislativo, juntamente com o Judiciário, compete a difícil missão de inviabilizar a adoção de qualquer “ditadura pós-moderna” (CLARK, 2003), assim como de controlar a magnitude do poderio do Executivo dos dias atuais, motivado, entre outros fatores, pela constitucional intervenção estatal no domínio econômico e social, exercida, em nosso país, pela assídua e abundante criação normativa personificada, em muitos casos, pelas medidas provisórias.

* Giovani Clark é Doutor em Direito Econômico pela UFMG, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da PUC/MG, Membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico (www.fbde.org.br), e autor do livro *O município em face do direito econômico* (Belo Horizonte: Del Rey, 2001).

De qualquer sorte, deve ser registrado que o simples fato de se tornar uma exigência do Estado Social de Direito o cometimento de funções Legislativas ao Executivo não significa o esvaziamento do papel do Legislativo em sede de Direito Econômico. Pelo contrário: avulta a sua função de contrapeso na apreciação do ato normativo justamente para que não seja ele a manifestação de uma vontade unilateral, com o que o governo estatal da vida econômica se traduz pela colaboração entre os dois Poderes, mitigando, destarte, o caráter de consolidador da exclusão desempenhado pelo dogma da separação, consoante assentam tanto os pais da Federação norte-americana quanto os juristas do salazarismo (CAMARGO, 2001, p. 203-204).

A sociedade do século XXI deixa explícita sua pluralidade de interesses, a complexidade de suas relações e o antagonismo das classes. Obviamente, as normas jurídicas devem tratar dessa realidade, sujeitas às mutações tecnológicas, ambientais, culturais. Então, torna-se vital que o Legislativo tenha um destacado papel social, com uma produção legislativa vigorosa, atendendo aos desejos conflituosos do tecido social. Não negamos assim, dialeticamente, a necessidade da alteração das normas jurídicas. Todavia, as leis, principalmente as mais novas, vêm sendo usadas como instrumento de dominação pelas elites.

Os profissionais do Direito não podem apenas acompanhar a marcha da história sem deixar de agir sobre ela, senão sofrerão com as amarguras da omissão. Devemos denunciar e repudiar a prática de mudar as leis ou de criar normas para matéria “aparentemente” não-jurisdicizada, no intuito de não se mudar nada nas chagas da sociedade ou, quando muito, atingir a periferia das questões, ou, até mesmo, reforçar os pilares das desigualdades. Enquanto as “elites políticas” discutem e aprovam as “normas salvadoras”, desvia-se a atenção social e, o pior, desmobiliza-se a minguada parcela da sociedade civil organizada na exigência da eficácia da legislação em vigor. Ensina Paulo Dourado de Gusmão (1998) sobre vigência e eficácia:

[...] no sentido técnico-jurídico vigência é a dimensão temporal e espacial da obrigatoriedade do direito, determinável, começando da data em que for publicada a lei no Diário Oficial, ou da data nela prevista, terminando na data de sua revogação total ou parcial, expressa ou tácita, quando lei posterior dispuser em sentido contrário. Vigente, assim, a lei sancionada e publicada no Diário Oficial, enquanto não revogada, ou o tratado internacional, aprovado por decreto legislativo, enquanto não denunciado (p. 58).

A eficácia (*Getung*) do direito depende do fato de sua observância no meio social no qual é vigente. Eficaz é o direito efetivamente observado e que atinge a sua finalidade. É, assim, um fato, consistindo na observância efetiva da norma por parte de seus destinatários e, no caso de inobservância, na sua aplicação compulsória pelos órgãos com competência para aplicá-la (Judiciário, Administração Pública, Polícia etc.). Significa, com palavras de Kelsen, direito que é “realmente aplicado e obedecido” (p. 59).

A ação acima citada é mais uma hábil técnica de dominação que resulta no retrocesso das lutas sociais dos grupos explorados, já que, em vez de se exigir a eficácia das leis, mediante a criação de condições adequadas para sua implementação (fixação de

verbas condizentes para os serviços públicos nas leis de orçamento), retrocede-se, restabelecendo-se os palcos de disputas anteriores, ou seja, das lutas das forças sociais no plano legislativo em torno da produção das normas jurídicas.

Sendo a elaboração e efetivação das normas de Direito um processo de disputa social, seja antes, durante ou após a sua criação, a fantasia absurda de modificação daquelas para transformar as bases genocidas de uma sociedade majoritariamente de excluídos é um engodo social e leva os explorados a caminharem vários passos em sentido oposto de seus objetivos.

A Constituição Brasileira de 1988, com pouco mais de 15 anos, sofreu mais de 40 Emendas Constitucionais, até então, em nome da conquista do “paraíso liberal”. Contudo, estamos em um desconfortável 65º lugar no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da ONU de 2003 e seguramos os primeiros lugares em relação à concentração de renda no planeta Terra.

Mudamos a nossa Carta Magna em prol das “maravilhas econômicas e sociais” a serem propiciadas pelo Estado Mínimo, quando esse sairia de cena, no âmbito econômico e social, para implantação da famigerada globalização, digo, para renovação do pacto colonial em bases pós-modernas. A propaganda foi enganosa. O Estado ficou frágil para desempenhar as suas múltiplas funções e os horrores da colonização imperialista persistiram, transformaram-se em “tecnocolonialismo” (SILVA FILHO, 2003, p. 317).

Em nome dessa fantasia, somente no capítulo constitucional da Ordem Econômica e Financeira, a chamada Constituição Econômica (arts. 170 a 192 da CF), quebramos o monopólio estatal do petróleo; acabamos com a distinção de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional; possibilitamos privatização de serviços públicos e a criação das agências de regulação; e revogamos, lamentavelmente, o comando da Carta Magna que determinava a remuneração do capital, os famosos juros reais, em no máximo 12%. Para o universo da sociedade, tudo em vão, já que o desenvolvimento sustentável não chegou, nem muito menos a conseqüente melhoria da qualidade de vida e o fim da miséria.

Praticamente em todos os campos das relações sociais em que temos de intervir, legislativamente, para contribuir na transformação de nosso calamitoso quadro socioeconômico, possuímos numerosa legislação capaz de “vedar” e “modificar” a selvageria implantada no Brasil desde quando fomos invadidos em 1500. O que realmente necessitamos é de que as leis sejam vividas, ou melhor, tenham eficácia no mundo real do ser, e não continuem no universo do imaginário legal do dever ser.

A título de exemplificação, para reforçar a nossa argumentação, encontramos no plano infraconstitucional inúmeras leis que poderiam, caso a eficácia fosse plena, “remodelar” a nossa realidade e levar o país às trilhas da justiça social e econômica. Dentro do Direito Econômico, temos: para vedar os abusos do poder econômico (cartel, venda casada, divisão do mercado pelos oligopólios) as Leis n. 8.884/94 e 8.137/90; para a repressão das ilicitudes no mercado de consumo, possuímos o famoso e avançado Código de Defesa do Consumidor; já para combater os preços astronômicos e abusivos podemos usar a Lei Delegada n. 04/62. Os exemplos multiplicam-se, nos diversos ramos do Direito, seja ele no penal (efetivar a segurança pública), ambiental (proteção da natureza) ou tributário (combate à sonegação fiscal).

Para reivindicarmos a eficácia da legislação, temos que travar um outro processo de disputa social, seja na mídia, nas OGNs, no Judiciário e em outros espaços possíveis, sem violência, onde os cidadãos individualmente ou organizados atuem e exijam as condições necessárias, sejam humanas, científicas, materiais ou educacionais, naquele intento. Aliás, não é por obra do acaso, que o Movimento dos Sem-Terra (MST) no Brasil não se preocupa com a alteração do ordenamento jurídico, tendo em vista que a legislação atual, iniciando pela Carta Magna, impõe ao Estado o poder/dever de fazer a reforma agrária e determina a função social de todos os tipos de propriedade, inclusive das rurais. Porém, o fim dos latifúndios improdutivos e a execução da reforma agrária continuam apenas letra fria na lei. O referido movimento luta, há décadas, pela eficácia das normas jurídicas.

Não temos uma posição conservadora em relação ao Direito, mais precisamente contra a mudança de seus comandos normativos, inclusive temos a clareza da necessidade de alteração daquele, diante de novas realidades, imposta por múltiplos conflitos de interesses ou em virtude de fatores tecnológicos, ambientais, entre outros. Nessas oportunidades é que a nova legislação deve surgir.

O Direito não é revolucionário por si próprio, ele reflete as relações produtivas, culturais, educacionais, econômicas travadas no tecido social. Se as bases da sociedade são de exploração, segregação e ganância, em nada adianta modificar a lei, já que esta se transformará em fetiche, ou em documento ilusório, usado para legitimar a permanência dos “donos do poder”, visto que as perversas estruturas se perpetuam. As normas legais, isoladamente, não possuem a magia de fazer o milagre da transformação.

Referências

- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Fabris, 2001. 559 p.
- CARNELLUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Lider, 2001. 67 p.
- CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 266 p.
- . A ditadura pós-moderna. *Consulex*, Brasília, n. 121, p. 26-28, jan. 2002.
- COSTA NETO, Antônio Calvacanti. *Direito, mito e metáfora: os lírios não nascem da lei*. São Paulo: LTr, 1999. 232 p.
- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 1975. v. 1. 392 p.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo de direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 441 p.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Cap. 11, p. 279-329.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. 614 p.

PATENTES DE SEGUNDO USO MÉDICO

Maria Thereza Wolff e Paulo de Bessa Antunes***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Peculiaridades da indústria farmacêutica. 3 Patenteabilidade do segundo uso médico. 3.1 Requisitos de patenteabilidade. 4 Patentes para segundo uso médico (Swiss Type Claims). 4.1 Algumas considerações sobre o segundo uso médico. 4.2 O caso da Aspirina. 5 Situação de alguns países em relação ao patenteamento do segundo uso médico. 5.1 Estados Unidos. 5.2 União Européia. 5.3 América Latina. 5.4 Ásia e Oceania. 6. Conclusão.

1 Introdução

A patenteabilidade dos medicamentos é um tema extremamente árduo, polêmico e explosivo em países em via de desenvolvimento. Isso porque a pressão exercida pelo grande número de pessoas doentes é um fator político muito relevante, sobretudo ante a inexistência de políticas sociais consistentes e do combate à causa primária das doenças. Opta-se, portanto, pelo caminho mais simples, que, no curto prazo, pode render melhores dividendos políticos, independentemente das conseqüências de longo prazo para a nação, considerando-se o seu desenvolvimento tecnológico, a qualidade de vida de sua população e os compromissos assumidos internacionalmente.

Recentemente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) trouxe ao conhecimento público *Esclarecimentos sobre pedidos de patentes dos produtos e processos farmacêuticos*^{1 e 2}, nos quais ela afirma:

quanto a pedidos que tenham por reivindicação o “*novo uso*” de substâncias – A Diretoria Colegiada em reunião realizada dia 23 de novembro de 2003 manifestou-se no seguinte sentido: “A Diretoria Colegiada considerou que o instituto é lesivo à saúde pública, ao desenvolvimento científico e tecnológico do país, podendo dificultar o acesso da população aos medicamentos. Neste sentido, decidiu pela não-concessão da anuência prévia a casos de pedidos de patentes de segundo uso”.

Como era de se esperar, uma decisão de tal magnitude não está restrita ao âmbito da própria agência, sendo uma decisão estratégica do governo brasileiro. Segundo Ana Paula Jucá – gerente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – trata-se de “uma determinação do governo³”. A nocividade da concessão de patentes para o segundo

* Maria Thereza Wolff é Agente de Propriedade Intelectual, Química e Engenheira Química.

** Paulo de Bessa Antunes é Procurador Regional da República lotado na Procuradoria Regional da República da 2ª Região.

¹ Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/alertas/2004/250804.htm>>. Acesso em: 6 set. 2004.

² Neste trabalho não enfrentaremos o problema referente à própria legalidade e abrangência da intervenção da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) no processo de concessão de uma patente.

³ Ver: Anvisa quer impedir as patentes de segundo uso. *Valor Econômico*, 31 ago. 2004.

uso para o desenvolvimento científico, dada como um argumento decisivo (ao lado de outros) para a tomada de posição, é expressamente rechaçada por pesquisadores da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp):

Já a coordenadora do Nupi/Unifesp Cristina Assimakopoulos acredita que mudanças na legislação sobre patentes são inviáveis se ficarem restritas ao Brasil. Como produtora de conhecimento científico, a universidade tenta conciliar a lógica de mercado com a visão acadêmica e social. “Queremos patentear nossas descobertas e dar uso social à pesquisa”, diz. Cristina cita o exemplo de um remédio para tratar pedra nos rins que está sendo desenvolvido no Departamento de Nefrologia e cuja patente de novo uso deve ser compartilhada com um laboratório. A Unifesp incluiu no contrato com a empresa farmacêutica que irá produzir a droga uma cláusula prevendo a doação do produto (a quantidade não foi definida) para o Hospital São Paulo. “Procuramos laboratórios idôneos para impedir que outros vendam remédios abusivos e façam mau uso das patentes”⁴.

Entre representantes da indústria farmacêutica nacional, igualmente, existe um desconforto com a orientação da Anvisa, pois as pesquisas para segundo uso são investimentos menos onerosos e mais de acordo com a capacidade econômica das firmas nacionais do ramo⁵.

Infelizmente, a agência governamental não tornou públicas as razões pelas quais adotou a decisão de não conceder a anuência prévia para os pedidos de patentes para segundo uso de medicamentos, visto que a sua justificativa é extremamente “genérica” e se assemelha a uma declaração político-eleitoral, com pouca ou nenhuma consistência. A agência, em nosso entendimento, está totalmente equivocada em sua decisão. Este artigo pretende demonstrar a legalidade da concessão de patentes para segundo uso médico.

2 Peculiaridades da indústria farmacêutica

A indústria farmacêutica, conforme nos relembra Aylward⁶, data do século XIX, e até aquela época a maioria dos remédios derivava diretamente da natureza, especialmente das plantas, sendo óbvio que não havia um investimento sistemático com o objetivo de identificar novos remédios ou produtos. Desde então, tem havido uma variação muito grande entre a pesquisa baseada em estudos sobre plantas e pesquisas com produtos químicos sintéticos. É necessário que se observe, no entanto, que entre o início das pesquisas para um novo produto farmacêutico e a sua efetiva comercialização, o tempo gasto é de,

⁴ Ver: PEREIRA, Alexandra. ONGs querem alterações na lei brasileira sobre patentes. *Jornal da Paulista*, ano 17, n. 90, maio 2004.

⁵ Ver: Anvisa quer impedir as patentes de segundo uso. *Valor Econômico*, 31 ago. 2004.

⁶ Ver: AYLWARD, Bruce. The role of plant screening and plant supply in biodiversity conservation, drug development and health care. In: SWANSON, Timothy M. *Intellectual property rights and biodiversity conservation: an interdisciplinary analysis of the values of medical plants*. Cambridge: Cambridge, 1998. p. 103.

aproximadamente, 14 (quatorze) anos^{7, 8 e 9}, com custos que superam, em muito, a centena de milhões de dólares americanos. O volume de recursos necessários para a produção de um novo medicamento, seja do ponto de vista econômico, seja dos pontos de vista científico e tecnológico (a indústria farmacêutica é uma das indústrias mais *fortemente conhecimento-intensivas*), faz com que somente poucos países possam pertencer a um “clube” muito fechado, pois apenas empresas podem suportar os custos e os riscos de pesquisa que se prolongam por mais de uma década, sem que haja qualquer segurança de que o produto delas resultante será efetivo e seguro e terá aceitação de mercado. Cerca de 90 % (noventa por cento) dos novos produtos farmacêuticos que foram criados nos últimos 30 (trinta) anos têm origem em 10 (dez) países. Alguns países em desenvolvimento têm buscado estabelecer uma indústria farmacêutica autóctone, mas nesses mesmos 30 (trinta) anos, eles foram responsáveis por, apenas, 20 (vinte) novos medicamentos, ou seja, cerca de 1% (um por cento) da produção total¹⁰. Aqui estamos diante de uma *catch 22 situation*, pois os remédios são necessários para todas as pessoas e países, muito embora sejam produzidos por poucos países. *A solução, em nossa opinião, não é criar obstáculos para a produção de novos remédios e pesquisas, enfraquecendo os direitos daqueles que, legitimamente, investem no conhecimento científico – como parece ser a solução que países do Terceiro Mundo vêm preconizando –, mas, ao contrário, fortalecer a proteção da pesquisa, gerando um ambiente que permita um entendimento entre as partes interessadas.*

Do ponto de vista prático, a patente de um medicamento tem a duração de cerca de 6 (seis) anos entre a data de sua concessão e o término de sua validade, período no qual os investimentos devem ser recuperados, sob pena de o produto ser um fracasso comercial, ainda que possa ser excelente, nos aspectos medicinais. Esse curto espaço de tempo é designado como *vida efetiva da patente*¹¹. A manutenção dos mecanismos de proteção da propriedade intelectual, por intermédio das patentes, é extremamente importante *para que os investimentos continuem a ser gerados* e novo medicamento produzido. Qualquer pressão para que os mecanismos de proteção da propriedade intelectual referente aos medicamentos sejam enfraquecidos criará seguramente uma redução de investimentos privados em novos produtos. Nessa altura é imperioso chamar a atenção para o fato de que o mecanismo de proteção à propriedade intelectual, longe de assegurar um “monopólio”, como ingenuamente

⁷ Ver: AYLWARD, op. cit., p. 97.

⁸ Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996: “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”.

⁹ Lei n. 9.787, de 10 de fevereiro de 1999: “Art. 1º A Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 3º [...] XXI – Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI’”.

¹⁰ Ver: AYLWARD, op. cit., p. 97.

¹¹ *Effective Patent Life*.

alguns crêem, serve como um indutor e estímulo para a competição entre os diferentes produtores de medicamentos.

A concorrência entre produtos farmacêuticos, especialmente os remédios, diferentemente da concorrência entre automóveis, ou geladeiras ou quaisquer outros produtos, não se faz – fundamentalmente – com base nos preços. É bem verdade que, mesmo em outras categorias de produtos, os preços são apenas parte da história, pois, muitas vezes, a diferença de preços é relegada a segundo plano, quando considerada a qualidade do produto que desejamos. Em se tratando de remédios, *pouco importa se um produto é mais barato ou mais caro em relação a um outro, se aquele que precisamos é o mais caro*. O preço, certamente, é um fator relevante para o acesso ao produto, não para a escolha entre este ou aquele. O preço só será determinante, no caso de remédios, na hipótese em que vários *remédios iguais* existam no mercado, sob preços diferentes. É o caso típico dos medicamentos genéricos. No ramo farmacêutico, a concorrência está baseada na inovação¹², visto que novos remédios com performance terapêutica superior, deslocam os produtos antigos.

Parker¹³ demonstra que existe uma grande disparidade entre a quantidade de produção científica que é oriunda dos grandes laboratórios industriais, das universidades e hospitais e o número de registro de patentes:

“There is, however, a marked contrast between the source of the intellectual drive behind the ideas and those who actually do the applied research. Industry is responsible for 41 per cent of the ideas and universities 38 per cent, with hospitals and government research labs accounting for 21 per cent. However when it comes to new drug approvals industry dominates, being responsible for 92 per cent, with academia at four per cent, government one per cent and the balance from miscellaneous source”.

É indiscutível que os laboratórios industriais têm se revelado muito mais ativos em dotar de proteção patentária as suas descobertas do que os demais atores do complexo teatro da pesquisa farmacêutica. O fato é que, por um motivo ou por outro, os órgãos governamentais e as instituições de pesquisa universitária têm-se mostrado negligentes em dotar as suas pesquisas com a proteção adequada. Esse é um fenômeno que, em nosso ponto de vista, mereceria ser examinado em profundidade, de forma que se pudesse ampliar a participação das instituições de pesquisa universitária e congêneres no volume total de patentes registradas. Aliás, essa é uma preocupação que tem se ampliado entre as instituições universitárias e científicas que sabem da importância de proteger suas invenções de forma adequada, mediante a correta utilização do mecanismo de patentes.

Questões referentes a orçamentos públicos e diferentes dificuldades orçamentárias têm feito com que os governos privilegiem as simplórias acusações à indústria farmacêutica, bem como o ataque ao regime de proteção legal dos direitos de propriedade intelectual, em

¹² Ver: PARKER, John. Pharmaceutical Second use patents in New Zealand. *Patent World*, may 1999, p. 36.

¹³ Idem, *ibidem*.

vez de estancarem a verdadeira sangria de recursos públicos efetuada pela corrupção, compras mal realizadas, investimentos mal administrados e outras tantas mazelas que são de conhecimento público. A indústria farmacêutica tem se mostrado um *easy target*¹⁴, capaz de se tornar o bode expiatório para o corte de custos com saúde que os governos, seguidamente, realizam, sob os mais diferentes pretextos. E tais dificuldades econômicas e incertezas – aliadas aos baixíssimos investimentos governamentais na pesquisa de novos medicamentos – fazem com que o ritmo de novas descobertas tenha diminuído e que a maioria dos medicamentos que atualmente estão entrando em uso tenham sido descobertos há quase 20 anos¹⁵. Merece, ademais, ser ressaltado que a maior parte dos medicamentos atualmente em uso não possuem mais patentes válidas¹⁶, sendo certo que, em 1995, 94% (noventa e quatro por cento) dos 200 (duzentos) medicamentos mais vendidos nos Estados Unidos já estavam em domínio público¹⁷. É bastante significativo o fato de que os grandes laboratórios farmacêuticos de pesquisa estejam se dedicando ao lançamento de genéricos¹⁸ e que existam grandes laboratórios que só fabricam genéricos, não realizando qualquer pesquisa de base. Há, inclusive, uma forte dúvida sobre o papel que os medicamentos genéricos realmente desempenham no país, uma vez que sua participação no mercado não supera a de produtos falsificados. Afirmo Gabriel Tanus:

O genérico não promoveu o acesso. Apenas a população que comprava um medicamento de marca está comprando um remédio mais barato. Quem não comprava continua não comprando. Hoje, 86% dos medicamentos vendidos no Brasil podem ser transformados em genéricos, mas os genéricos ficam com 10% a 12% do mercado farmacêutico. Eles sofreram com a concorrência inesperada dos medicamentos ilegais¹⁹.

Ao que parece, os pobres continuam no mesmo desamparo.

Em um momento no qual, reconhecidamente, a crise de financiamento do Estado é uma realidade indiscutível, acarretando inclusive o exame da possibilidade de parcerias público-privadas (PPP). Efetivamente, seria o caso de um exame mais minucioso da tributação sobre os remédios, da atração de capital produtivo para a construção de laboratórios de ponta e outras medidas que tornassem, de fato, os medicamentos mais baratos, sem que se gerasse um clima de instabilidade no regime jurídico da propriedade intelectual.

¹⁴ Ver: AYLWARD, op. cit., p. 99.

¹⁵ Ver: AYLWARD, op. cit., p. 98.

¹⁶ Ver: EDELMAN, Margalit. Os beneficiários da propriedade intelectual. *Gazeta Mercantil*, 16, 17 e 18 nov. 2001, p. A-3.

¹⁷ Ver: VELASQUEZ, Germán. Médicaments essentiels et mondialisation. *Revue Internationale de Droit Économique*, p. 41-42. Numéro spécial – *Brevets pharmaceutiques, innovations et santé publique*.

¹⁸ Empresa lança remédios genéricos. *O Estado de S. Paulo*, 14 nov. 2001, p. A-15.

¹⁹ Ver: VIEIRA, André. Interfarma propõe PPP para remédios. *Valor Econômico*, 28 jun. 2004.

3 Patenteabilidade do segundo uso médico

Os requisitos de patenteabilidade, conforme previstos na legislação, não guardam qualquer ligação com os números de usos possíveis para um medicamento. A única condição legal para a concessão de uma patente é o preenchimento, caso a caso, dos requisitos de patenteabilidade²⁰. O segundo uso médico é perfeitamente patenteável, tenha ou não expressa previsão legal. Somente países extremamente atrasados e sem qualquer tradição de pesquisa científica – como será demonstrado – se opõem irracionalmente às patentes pelo segundo uso médico, como se tal oposição fosse, magicamente, se transformar em produtos, investimentos e pesquisas. É curioso que, justamente os países com menor capacidade de investimento é que deveriam ser os mais interessados em tais patentes, pois é muito mais factível que eles realizem pesquisas, a partir de moléculas já existentes, do que façam investimentos em novas moléculas²¹, cujos custos são elevadíssimos, como já foi visto no presente trabalho. Entretanto, como afirmamos acima, o comportamento é irracional e, portanto, não deve causar espanto que assim seja.

3.1 Requisitos de patenteabilidade

Para que possa haver o regime de direitos exclusivos temporários sobre um determinado bem que tenha sido inventado pelo gênio humano, é necessário que ele tenha

²⁰ TRF – Segunda Região. AC – Apelação Cível 56.994/RJ. Quinta Turma. DJU, 20 ago. 2003, p. 204. Relator: Juiz Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “*Direito administrativo. Patente de invenção. Art. 6º, Lei 5.772/71. Presenças dos requisitos de patenteabilidade. 1. A invenção intitulada “lavador mecânico e pré-limpeza para café” é patenteável, não havendo violação do disposto no art. 6º da Lei n. 5.772/71. 2. A invenção não se confunde com o modelo de utilidade, e é representada pelo conjunto conforme relatório descritivo, abrangendo os aspectos de pré-limpeza, conjunto de calhas e duas câmaras num mesmo nível em que se divide o reservatório. A invenção é, portanto, privilegiável. 3. Recurso conhecido e improvido, com a manutenção da sentença”.*

²¹ “Famoso pelo sucesso no tratamento da disfunção erétil, o Viagra (Sildenafil) ocupou as páginas do *Diário* por um motivo diferente nas últimas semanas. A Justiça determinou que o Governo do Estado fornecesse o remédio para pacientes portadores de hipertensão arterial pulmonar tratados no Hospital Universitário Oswaldo Cruz (HUOC). A decisão que despertou a curiosidade de muitos leitores revela, na verdade, uma experiência que vem sendo praticada há cerca de quatro anos em Pernambuco. Foi no Oswaldo Cruz, pela primeira vez na América Latina e segunda em todo o Mundo, que os médicos testaram o uso do remédio em um paciente portador de hipertensão pulmonar. O corretor Ajax Maranhão Caio Pereira, 52 anos, está vivo para contar a história. ‘Quando os sintomas da doença aparecem, a sobrevida do paciente é de, no máximo, três anos’, esclareceu a cardiologista Ângela Maria Pontes Bandeira. Ajax ultrapassou essa barreira e controla a doença há quatro anos. Os sintomas do problema surgiram em novembro de 2000, quando ele permaneceu internado por quase um mês. Metade do período, na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do Hospital Memorial São José. ‘O quadro estava tão complicado que pedi a meu irmão para reservar espaço para meu velório’, confessou. Torcedor doente do Sport, o corretor queria ser velado na sede do clube. O desejo, felizmente, não se concretizou. Isso graças à persistência da cardiologista que, frente à dificuldade em se obter remédios para o tratamento, decidiu com os hepatologistas Michele Godoy e Marcelo Maia investigar outras possibilidades de medicação. A salvação veio pela internet, através da publicação norte-americana *New England Journal of Medicine*. Ela relatava o primeiro tratamento de hipertensão pulmonar com Viagra. ‘Não tive dúvida quando me perguntaram se topava o tratamento’, contou Ajax. A partir daí, o quadro clínico do paciente melhorou progressivamente. Em dois meses, estava com a pressão reduzida pela metade. Detalhe: os médicos chegaram a prescrever seis comprimidos de 50 mg por dia. Hoje são três.” (Disponível em: http://www.interfarma.org.br/ppub/pef.dll?pagina=servscript&QUALS=/interfarma/saiu_det.htm&idRow=655. Acesso em: 9 set. 2004.)

os chamados *requisitos de patenteabilidade*, que, no direito brasileiro, são aqueles definidos pelo art. 8º da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996²². A lei determina três características para que exista uma invenção patenteável, a saber:

- (i) novidade
- (ii) atividade inventiva e,
- (iii) aplicação industrial.

Uma vez patenteada a invenção, ao seu titular é assegurado o direito de impedir que terceiro, sem o seu consentimento, produza, use, coloque à venda, venda ou importe tal produto. Segundo uso médico, conforme será demonstrado, preenche os três requisitos de patenteabilidade.

3.1.1 Brasil

Uma invenção é considerada *nova*, quando não compreendida pelo estado da técnica. Esse é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou quaisquer outros meios, no Brasil ou no exterior.

No Brasil as reivindicações de uso são aceitas e *estão presentes em todas as áreas*, ou seja, não é uma prerrogativa apenas da área de química, e mais especificamente da área médica, a aceitação de reivindicações de uso. O que demonstra, mais claramente, o absurdo da deliberação da Anvisa, pois não é possível dar tratamento diferente para situações iguais, como se depreende da posição adotada pela Agência de Vigilância Sanitária.

No que se refere à aceitação de reivindicações de uso no Brasil, é importante mencionar que desde a Lei da Propriedade Industrial de 1945 *o Brasil adota o sistema chamado genérico de classificação, ou seja, tudo que não está expressamente mencionado na Lei como não-patenteável é passível de proteção*. Assim foi com a Lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945, com a Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971 (Código da Propriedade Industrial), e é assim com a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial – LPI). No antigo Código de Propriedade Industrial de 1945, em seu art.183, há uma menção à “aplicação nova”, na parte que se refere à Ação Penal e Diligências Preliminares, quando ali é dito que “A infração de privilégio que tenha por objeto a invenção de *novos meios* [...] ou *aplicação nova de meios ou processos conhecidos* será verificada por meio de vistoria [...]”. Isso significa que existia àquela época o conceito de patenteabilidade de *aplicação ou uso novo*, já que havia capítulo referente à Ação Penal desses usos.

Verificamos que desde a Lei de 1945 não há nenhuma proibição ao patenteamento de usos ou novos usos para produtos ou processos já existentes. Em particular, as exceções ao patenteamento na atual lei se dão no art. 10 (o que não é considerado invenção) e no art.

²² Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

18 (das invenções não-patenteáveis). E não há, nem de longe, qualquer alusão ao não-patenteamento de usos ou novos usos de produtos e processos já existentes nesses artigos.

Exemplificando, na área de química temos dois formatos típicos de reivindicações de uso:

- a) Uso de um composto de fórmula 1, caracterizado por servir como estabilizante de uma composição de PVC.
- b) Uso de um composto da fórmula Y, caracterizado por servir para combater ervas daninhas em culturas de milho.

Em ambos os casos os compostos mencionados poderiam ser do conhecimento da técnica para outra finalidade e mesmo assim as reivindicações seriam passíveis de serem aceitas. Naturalmente, teríamos evidenciado reivindicações de segundo uso. Ou seja, não só na área médica temos as ditas reivindicações de segundo uso.

Todavia, o mesmo formato de reivindicação acima exemplificado não poderia ser utilizado na área de medicamentos. Ou seja, uma reivindicação com a seguinte redação: Uso do composto X caracterizado por servir para tratar uma doença Y não é passível de ser aceito por recair no processo de tratamento (método terapêutico) de um animal (ser humano ou não), uma vez que os métodos de tratamento não são considerados como invenção (inciso VIII do art. 10 da LPI).

A alternativa encontrada para se promover a proteção desse tipo de invenção nos países onde não se patenteia o método de tratamento (os Estados Unidos da América permitem o patenteamento de métodos de tratamento, os países europeus não) foi a utilização de um formato de reivindicação que se convencionou chamar de fórmula suíça (“*Swiss-type claims*”).

Essa redação teria o seguinte formato: Uso de um composto de fórmula X, caracterizado por servir para preparar um medicamento para tratar a doença Y. Assim, o uso não mais recairia, ou implicaria, no método terapêutico, mas sim no processo de preparação de um medicamento.

Ainda que muitos não considerem que a proteção se dê no processo de preparação, e sim no composto em si, semanticamente temos uma reivindicação de processo. Por isso, no âmbito do Escritório Europeu de Patentes (EPO), que atualmente usa as reivindicações de forma suíça para proteção de invenções referentes ao segundo uso de um composto já conhecido, estão se ultimando as discussões para que essas invenções venham ser reivindicadas em outro formato. Esse formato seria uma reivindicação de produto caracterizado por seu novo uso.

Independentemente da forma como se dê a proteção, é importante que se proteja o esforço intelectual, o tempo de pesquisa e o dispêndio financeiro para colocação de um novo medicamento à disposição da comunidade.

Aqueles que são contra as reivindicações de segundo uso médico alegam que, uma vez que o composto já não é novo, a simples constatação de um novo efeito não conferiria possibilidade de patenteamento a esse novo uso. E incluiriam como simples descoberta! Evidentemente, esquecem que *grande parte dos custos em pesquisas para*

lançamento de um novo medicamento não se dá na obtenção de uma nova molécula, mas sim na verificação do(s) efeito(s) dessa molécula em testes pré-clínicos e clínicos. Novas moléculas podem ser obtidas por modelagem molecular por computador, sem precisar, sequer ir a uma bancada de laboratório.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), em diretriz especificamente voltada para a matéria²³, estabeleceu as condições mediante as quais aquela autarquia poderia conceder uma patente para segundo uso médico.

4 Patentes para segundo uso médico (Swiss Type Claims)

4.1 Algumas considerações sobre o segundo uso médico

A importância da pesquisa sobre outros *usos* de moléculas conhecidas cresce enormemente nestes dias, já que se tornou proibitivamente custosa a busca de moléculas novas para invenções de medicamentos, desde suas pesquisas iniciais até a venda nas prateleiras das farmácias. Assim, os *novos efeitos terapêuticos* passaram a ter importância vital nas pesquisas tecnológicas, e a proteção por patentes é absolutamente necessária como incentivo para os testes clínicos e a Pesquisa e Desenvolvimento (P&D). É relevante assinalar que no desenvolvimento de uma nova molécula existem várias linhas de pesquisa, sendo uma principal e as demais secundárias. A concessão de patentes para o segundo uso

²³ Diretrizes para o Exame de Pedidos de Patente nas Áreas de Biotecnologia e Farmacêutica Depositados após 31/12/1994 (RPI, 6 ago. 2002): “2.39 *Invenções de segundo uso*. 2.39.1 Invenções desta natureza podem ser de dois tipos: (i) um novo uso, como medicamento, de um produto já conhecido com utilização fora do campo médico (primeiro uso médico); (ii) um novo uso médico de um produto já conhecido como medicamento (segundo uso médico). 2.39.2 Reivindicações típicas desse tipo de invenção seriam: 2.39.2.1 Reivindicações do tipo: a) Produto X caracterizado pelo fato de ser usado como medicamento, b) Produto X caracterizado pelo fato de ser para o tratamento da doença Y, não são concedidas pelo fato de seu objeto não apresentar novidade, pois, conforme definido em (i) acima, trata-se de um produto conhecido, que, obviamente, não é novo no sentido do art. 11. Observe-se que aqui está se tratando de invenções de *segundo uso*, ou seja, pressupõe-se que se trata de produto já conhecido. Nos casos de reivindicações deste gênero, mas que se referirem a produtos novos, isto é, não havendo como se falar em segundo uso, observar o que foi dito com relação às reivindicações de produto. 2.39.2.2 Reivindicações do tipo: c) Composição farmacêutica caracterizada por conter o produto X (eventualmente com outros componentes), d) Composição para o tratamento da doença Y caracterizada por conter o produto X (eventualmente com outros componentes), e) Composição caracterizada por conter o produto X (eventualmente com outros componentes) para uso no tratamento da doença Y, f) Composição na forma de tablete, gel, solução injetável, etc., caracterizada por conter o produto X (eventualmente com outros componentes) para uso no tratamento da doença Y, podem ser concedidas, desde que as composições a que dizem respeito sejam novas e apresentem atividade inventiva. 2.39.2.3 Reivindicações do tipo: g) Uso do produto X caracterizado por ser no tratamento da doença Y, h) Processo de tratar a doença Y caracterizado pela administração do produto X (ou composição contendo o produto X), não são concedidas por se constituírem em um método terapêutico. Aqui cabe uma observação: caso não se trate de ‘tratar a doença Y’, mas, sim, de ‘diagnosticar a doença Y’ (ou algum texto semelhante), deve-se considerar o que foi dito acima com relação aos métodos de diagnóstico. 2.39.2.4 Reivindicações do tipo: i) Uso do produto X caracterizado por ser na preparação de um medicamento para tratar a doença Y, j) Uso do produto X caracterizado por ser na preparação de um medicamento para tratar a doença Y, tratamento este que consiste em tal e tal, são as conhecidas como de ‘fórmula suíça’, e são quase que exclusivamente utilizadas em invenções de segundo uso médico. São privilegiáveis, observando-se quanto às considerações contidas no item 2.23 acima. No caso de reivindicações do tipo (10) se deve exigir a retirada do texto que descreve o tratamento, não porque se estaria protegendo o método terapêutico, mas, sim, porque seria inconsistente com o objeto da proteção”.

médico tem o grande mérito de servir de estímulo para que as linhas secundárias sejam desenvolvidas e, não raras vezes, as linhas secundárias se tornam as principais²⁴.

Estamos falando aqui de novas invenções e não de “descobertas” aleatórias, já que com as invenções de medicamentos conhecidos para o tratamento de outras doenças, têm-se circunstâncias inteiramente diferentes que terão que ser testadas. O novo uso decorre de pesquisas, análises e investimentos e não de um mero acaso, como aqueles que são contrários ao patenteamento do segundo uso querem fazer parecer. Na realidade, não pode existir uma justificativa que discrimine o primeiro ou os demais usos, já que todos representam passos inventivos patenteáveis, muito embora a substância química possa ser a mesma. Protege-se e remunera-se a pesquisa como trabalho inventivo, não óbvio e com evidente utilidade industrial.

A forma como esses *usos* estão reivindicados, esta *sim* poderia ser passível de controvérsias, já que em vários países, inclusive o Brasil, o método ou processo de tratamento de doenças não é considerado como invenção ou não é patenteável. Para contornar essa dificuldade e não criar a idéia de que se reivindica um método de tratamento, os diversos países, entre eles o Brasil, vêm concedendo patentes para segundos ou terceiros usos médicos, desde que inventivos, baseados em uma formulação seguinte: “Uso da substância X em uma composição para preparar um medicamento utilizado para o tratamento da doença Y”. Aqui há uma questão importante que merece ser destacada: o que não estiver na formulação não é abrangido pela patente.

A seguir, demonstraremos, com a exposição do caso da Aspirina, como é que, *na prática*, ocorre o patenteamento do segundo uso médico e como *ele não implica sobrevida para patentes e, muito menos, impede que se façam pesquisas e se desenvolvam novos usos* médicos.

4.2 O caso da Aspirina

A Companhia Bayer foi fundada em 1863 como Friedrich Bayer & Co. e se dedicava à manufatura de corantes. Felix Hoffmann, químico da empresa, cujo pai sofria de reumatismo, pesquisou intensamente em laboratório o composto *ácido acetilsalicílico*, baseando-se em pesquisas feitas na França por Charles Frédéric Gerhard entre 1853 e 1869. O composto, em sua forma pura, foi sintetizado pela primeira vez por Johann Kraut.

O uso da Aspirina, naquela época, era especificamente como medicação antiinflamatória e antitérmica. Somente a partir da metade do século XX, foram inventadas novas aplicações para o composto, que a seguir será denominado AAS (ácido acetilsalicílico). Um dos principais efeitos do AAS identificado pelas pesquisas foi a atuação na prevenção da formação de coágulos na corrente sanguínea. Baseados nas pesquisas realizadas foram então feitos vários e grandes estudos, os quais demonstraram não só seu

²⁴ Veremos no caso do Ketotifeno, mais à frente.

uso na prevenção e no tratamento de infartos do miocárdio como em doenças cerebrovasculares.

Doravante apresentaremos várias patentes que representam uma história viva de como uma pesquisa fundamentada na obtenção de um resultado específico e limitado pode, décadas mais tarde, se estabelecer como forma de tratamento padrão para várias e importantes doenças que afetam a população mundial, todos os dias salvando milhares de vidas e proporcionando maior bem-estar e alívio aos pacientes acometidos por essas doenças. As patentes acima referidas demonstram, cabalmente, que não houve qualquer intenção de prorrogar, artificialmente, o tempo de validade da patente da Aspirina, como vem sendo seguidamente sustentado por pessoas e entidades desavisadas e desconhecedoras do sistema de patentes, ainda que de boa-fé.

1) EP 0 881 901 B1, depositada por Sanofi-Synthelabo em 17 de fevereiro de 1997:

Título: “Novas associações de princípios ativos contendo Clopidogrel e um antitrombolítico”, na qual a reivindicação principal é dirigida à “Composição farmacêutica contendo clopidogrel e Aspirina como ingredientes ativos” e a reivindicação 15 é dirigida ao “Uso de clopidogrel e Aspirina na preparação de um medicamento para o tratamento de uma patologia induzida por agregação de plaquetas”.

2) EP 0 614 354 B1, depositada por Richardson-Vicks, Inc., em 9 de novembro de 1992:

Título: “Uso de ácido salicílico para regular a atrofia da pele”. A reivindicação principal é dirigida ao “Uso de uma quantidade eficiente de ácido salicílico e um veículo em uma composição para o tratamento da pele para regular atrofia”.

3) EP 0 617 623 B1, depositada por LTS Lohmann Therapie-Systeme AG, em 16 de dezembro de 1992:

Título: “Sistema de administração transdérmica contendo ácido acetilsalicílico para terapia antitrombótica”. A reivindicação principal é dirigida ao uso de sais farmacologicamente aceitáveis de ácido acetilsalicílico para a produção de um sistema transdérmico adequado para terapia antitrombótica.

4) EP 0 691 847 B1, depositada por Applied Research Systems ARS Holding N.V. Curaçao, em 24 de dezembro de 1993:

Título: “Uso de Aspirina na preparação de um medicamento para aumentar a perfusão uterina de sangue”. A reivindicação principal é dirigida ao uso de Aspirina para a preparação de um medicamento para aumentar a perfusão de sangue através do útero de um mamífero.

5) EP 0 994 714 B1, depositada por Bristol-Meyers Squibb Company em 25 de junho de 1998:

Título: “Uso de composições contendo a combinação de acetaminofen, Aspirina e cafeína para aliviar dores e sintomas de hemicrânia”. A reivindicação principal é dirigida

ao uso da combinação de aminofen, Aspirina e cafeína na preparação de um medicamento para tratar dores e sintomas de hemicrânia.

6) AU 200035254 B2, depositada por DuPont Pharmaceuticals Company em 11 de março de 1999:

Título: “Tratamento de trombose pelo uso combinado de fator de inibição de XA e Aspirina, ativador de tecido plasminogênico (TPA), antagonista de GP IIb/IIIa, heparina de baixo peso molecular ou heparina”. A reivindicação 6 é dirigida ao uso de uma combinação de fator de inibição de não-peptídeos XA e Aspirina, para a preparação de um medicamento.

5 Situação de alguns países em relação ao patenteamento do segundo uso médico

5.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos não aceitam as reivindicações de uso, no entanto, aceitam as reivindicações de método e processo. Assim, toda vez que se apresenta uma reivindicação de uso elas são rejeitadas e é determinado que sejam transformadas, por exemplo, em reivindicações de método.

5.2 União Européia

As normas específicas da União Européia assim tratam da matéria: EPC – Art. 54(5) referente a novidade diz: “Caso substâncias ou mistura de substâncias pertençam ao estado da técnica, sua patenteabilidade não está excluída, desde que seu uso seja para processo de tratamento cirúrgico ou terapêutico e que esse uso não pertença ao estado da técnica”. Os arts. 52(1), 52(4), 54(5) e 57 estão sujeitos ao Acordo de Viena sobre o Direito dos arts. 4, 31, 32 de “segunda indicação médica”.

A Câmara Suprema de Recursos do escritório europeu de patentes, em 5 de dezembro de 1984, proferiu a seguinte decisão em um caso de interesse da Bayer AG:

1. Uma patente européia não pode ser concedida com reivindicações dirigidas ao uso de uma substância ou mistura de substâncias para o tratamento terapêutico de corpos humanos ou animais.
2. Uma patente européia *pode* ser concedida com reivindicações dirigidas ao uso de uma substância ou mistura de substâncias para a preparação de um medicamento para um determinado uso terapêutico novo e dotado de atividade inventiva.

5.2.1 Alemanha

A Lei alemã de patentes, no que se refere à *novidade*, em seu § 9, item II, 6, dispõe: A patenteabilidade de uma invenção de uso não está excluída quando se emprega

uma substância conhecida. Para uma invenção, que mostre pela primeira vez o uso de substâncias ou de misturas de substâncias conhecidas, como medicamento, o § 3, item 3 PatG, determina claramente que a patente deverá ser concedida. Além dessa proteção patentária para a primeira indicação médica, a legislação permite também o patenteamento de uma reivindicação de uso para uma segunda ou posteriores indicações médicas, ou seja, o uso de um medicamento conhecido para o tratamento de outras doenças (GGH GRUR 1983, 729 Hidropiridina; EPA GRUR Int. 1985, 193, 195 – segunda indicação médica/Bayer)²⁵.

Naturalmente a proteção do produto, em sendo ele já conhecido, é excluída.

5.3 América Latina

5.3.1 Peru

A Lei de Patentes do Peru, de acordo com a Decisão 486 (Pacto Andino), não permite a patenteabilidade de segundos usos médicos, não existindo portanto patentes concedidas sobre essa matéria no Peru.

5.3.2 Colômbia

A Decisão 486 do Acordo de Cartagena, em seu art. 14, diz: “Os países-membros concederão patentes para as invenções, seja de produto seja de processo, em todos os campos da tecnologia, sempre que sejam novas, apresentem nível inventivo e aplicação industrial”. O art. 21 da mesma Decisão diz: “os produtos ou processos já patenteados compreendidos no estado da técnica, de acordo com o art. 16 desta Decisão, não serão objeto de nova patente, pelo simples fato de atribuir-se um uso diferente daquele originalmente compreendido na patente inicial”. Como na lei colombiana não há menção a proteção de uso, o Departamento de Patentes não considera patenteáveis, em sua prática, nem os usos nem os segundos usos.

5.3.3 Chile

Existe um Projeto de Lei tramitando no Congresso, em que a possibilidade de patenteamento de segundo uso é excluída. Até o presente momento é possível ainda obter patente para o segundo uso.

²⁵ A matéria foi julgada pela mais alta Corte alemã em 20 de setembro de 1983, que decidiu que: “não é excluída de patenteabilidade, uma invenção cujo conteúdo seja o uso de uma substância conhecida para tratamento de uma doença”, ou seja, o patenteamento do uso de uma substância conhecida como medicamento para o tratamento com essa substância, de uma doença ainda não conhecida, não é proibido. No caso de Hidropirina, não houve por parte do tribunal alemão, qualquer discussão sobre “descoberta” ou “invenção” no segundo uso médico, tendo sido reconhecido o uso do medicamento para uma nova finalidade, como sendo um procedimento técnico. Em outro caso, Sitosterilglicosídeo (GRUR 1982, 548), foi confirmada a patenteabilidade para o segundo uso médico (lei de patente alemã 1978 e 1981). De acordo com a ATA para Revisão da EPC, a patenteabilidade de um medicamento conhecido para uma nova finalidade específica está expressamente confirmada (2. indicação médica, art. 45, § 4 e 5 EPU) (vide também o relatório sobre a Conferência Diplomática para Revisão da EPC, de 20 a 29 de novembro de 2000, em Munique, de Nack/Phélip, GRUR Int. 2001, 322ff, e § 57 nota 2 de rodapé).

5.3.4 Argentina

As patentes para segundo uso médico não são concedidas. Em 12 de setembro de 2002, pela Circular n. 008/02, do Departamento de Patentes, foi declarado que os segundos usos médicos não seriam considerados como patenteáveis, seja em reivindicações habituais de uso, como as de processo para usar um determinado composto, seja nas de uso para a preparação de um medicamento para uso. Portanto, embora a lei de patentes não contenha artigo expresso que impeça essa patenteabilidade, a Repartição de Patentes da Argentina não aceita reivindicações de segundos usos, devendo o interessado recorrer ao Poder Judiciário para dirimir a controvérsia.

5.4 Ásia e Oceania

5.4.1 Coréia

Na Coréia, o segundo uso médico de um produto farmacêutico recebe ampla proteção legal, desde que ele satisfaça os mesmos requisitos de patenteabilidade normalmente previstos na lei²⁶.

5.4.2 Japão

A revista *Patent World*, de agosto de 1995²⁷, apresenta o estudo do caso do Ketotifeno, que foi a primeira vez que as cortes judiciais japonesas enfrentaram a delicada questão do patenteamento do segundo uso médico. O autor da ação foi o detentor da patente para o segundo uso médico e produzia medicamentos contendo como ingrediente ativo o Ketotifeno. O produto era comercializado sob a marca Zad. O infrator da patente havia conseguido o registro no Ministério da Saúde para a comercialização de um produto feito à base do mesmo composto. A matéria dizia respeito à prevenção de asma alérgica. O importante a ressaltar no presente caso é que o segundo uso médico era mais importante que o original, conforme anota Kawabe²⁸:

After the filing of the patent in suit, clinical trials confirmed the preventive effect of ketotifen on allergic asthma as well as the possibility of oral administration. The pricing of drugs used in Japan medical institutions is decided by the H.M.W. based upon their clinical value. Given the desirable attributes of ketotifen, it is thus not surprising that a high price as granted for these medications. Pharmaceutical products containing ketotifen, such as Zad achieved great commercial success on the Japanese market. In order to share its commercial success, competitors marketed numerous generic drugs such as the challenged products upon the expiration of the first patent for ketotifen.

²⁶ Ver: LEE, Young-pil. Protection for pharmaceuticals in Korea. *IP and the pharmaceutical industry*, p. 25.

²⁷ Ver: KAWABE, Hideo. A study (an analysis) of the Ketotifen case. *Patent World*, august, 1995, p. 2-31.

²⁸ Ver: KAWABE, op. cit., p. 29.

These facts demonstrate that the second medical use invention of the patent provided the primary pharmacological effect of ketotifen and brought about its commercial success.

From the view of the patent law, the invention described in the patent in suit was a second medical use invention. From a clinical perspective, however, that invention was major and was considered the primary clinical use of Ketotifen. In its decision, the court emphasized that “its well known that Zad is commonly used in medical institutions (hospitals, clinics) to prevent allergic asthma”. Therefore, the court adopted a clinically focused analysis when considering the scope of this major medical use.

No caso presente, é possível ver como o segundo uso pode ultrapassar o originalmente pensado para o produto, sendo fundamental a sua proteção, de forma que ele possa ser efetivamente pesquisado.

5.4.3 Nova Zelândia

A Nova Zelândia é bastante ilustrativa para a situação vivida hoje no Brasil, pois naquele país o Comissário de Patentes determinou – em setembro de 1990 – que as patentes de “tipo suíço” não encontravam amparo legal e não deveriam ser deferidas²⁹. Tal decisão perdurou até janeiro de 1997, ocasião na qual a agência de patentes reviu o seu entendimento, determinando que as reivindicações de “tipo suíço” deveriam ser examinadas para deferimento ou indeferimento, conforme o caso concreto. Em junho de 1997, a *Pharmaceutical Management Agency Limited* (Pharmac), órgão similar à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), propôs uma ação judicial perante a Alta Corte do país, a fim de anular a decisão do escritório de patentes. É relevante notar que 25 (vinte e cinco) empresas do ramo farmacêutico se litisconsorciaram com o Comissário de Patentes no pólo passivo. Em dezembro de 1997, o tribunal julgou válido e legal o ato do Comissário de Patentes, admitindo a concessão de patentes do “tipo suíço”³⁰. Houve apelação para a Corte de Apelação que, por decisão unânime, entendeu que a reivindicação de “tipo suíço” era perfeitamente legal sob as leis da Nova Zelândia. O tribunal, ao decidir, baseou-se fortemente em uma decisão proferida pela Alta Corte da Austrália (*NRDC v Commissioner of Patents* [1959] 102 CLR 252).

Sydall³¹ observa que o cerne da decisão está no conceito de novidade e inventividade para o novo uso a ser dado ao medicamento, que foi adotado pela Corte:

Having considered the traditional assessment of novelty in New Zealand, the Court decided that the step necessary to render Swiss-type claims acceptable would be to recognize what is in fact the situation, that the novelty as well as the inventiveness resides in the newly-discovered purpose for which the medicament is to be used.

²⁹ Ver: SYDALL, Tom. New Zealand overturns Swiss claims bar. *Managing Intellectual Property*, march 2000, p. 50.

³⁰ Ver: SYDALL, op. cit., p. 54 (*Pharmac v. Commissioner of Patents* (1999) RPC 752).

³¹ Ver: SYDALL, op. cit., p. 55.

Uma outra questão extremamente importante que emerge da decisão neozelandesa é que o tribunal, de forma muito apropriada, levou em consideração que o chamado segundo uso, ou patente de tipo suíço, efetivamente, é o resultado de pesquisas médicas bastante sérias e custosas e que tais pesquisas devem ser incentivadas, mediante a sua proteção adequada.

6 Conclusão

É indiscutível que, à exceção dos Estados Unidos, os países com nível mais avançado de pesquisa científica na área médica admitem, tranqüilamente, a chamada reivindicação suíça. É igualmente indiscutível que, em todos os países que assim o fazem, o chamado segundo uso médico é considerado como pesquisa científica e, como tal, merece ser protegido da forma mais consistente possível.

A legislação brasileira não proíbe a chamada reivindicação suíça e, como foi visto, ela não é utilizada apenas para a área médica. A deliberação da Anvisa é ilegal e prejudica a pesquisa nacional, devendo ser rechaçada fortemente.

Referências

ANVISA quer impedir as patentes de segundo uso. *Valor Econômico*, 31 ago. 2004.

ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. Estado pioneiro no uso do Viagra em doença pulmonar. Disponível em: <http://www.interfarma.org.br/ppub/pef.dll?pagina=servscript&QUALS=/interfarma/saiu_det.htm&idRow=655>. Acesso em: 9 set. 2004.

AYLWARD, Bruce. The role of plant screening and plant supply in biodiversity conservation, drug development and health care. In: SWANSON, Timothy M. *Intellectual property rights and biodiversity conservation: an interdisciplinary analysis of the values of medical plants*. Cambridge: Cambridge, 1998. p. 103.

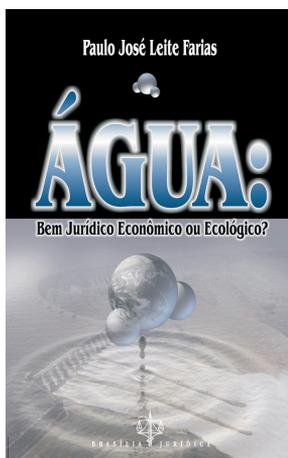
BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Esclarecimentos sobre pedidos de patentes dos produtos e processos farmacêuticos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/alertas/2004/250804.htm>>. Acesso em: 6 set. 2004.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Diretrizes para o exame de pedidos de patente nas áreas de biotecnologia e farmacêutica depositados após 31/12/1994. *Revista da Propriedade Industrial*, 6 ago. 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 2. Apelação Cível 56.994/RJ, Quinta Turma. Relator: Juiz Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *DJU*, 20 ago. 2003, p. 204.

- EDELMAN, Margalit. Os beneficiários da propriedade intelectual. *Gazeta Mercantil*, 16, 17 e 18 nov. 2001, p. A-3.
- EMPRESA lança remédios genéricos. *O Estado de S. Paulo*, 14 nov. 2001, p. A-15.
- KAWABE, Hideo. A study (an analysis) of the Ketotifen case. *Patent World*, august, 195, p. 2-31.
- LEE, Young-pil. Protection for pharmaceuticals in Korea. *IP and the pharmaceutical industry*, p. 25.
- PARKER, John. Pharmaceutical Second use patents in New Zealand. *Patent World*, may 1999, p. 36.
- PEREIRA, Alexandra. ONGs querem alterações na lei brasileira sobre patentes. *Jornal da Paulista*, ano 17, n. 90, maio 2004.
- SYDALL, Tom. New Zeland overturns Swiss claims bar. *Managing Intellectual Property*, march 2000, p. 50.
- VIEIRA, André. Interfarma propõe PPP para remédios. *Valor Econômico*, 28 jun. 2004.
- VELASQUEZ, Germán. Médicaments essentiels et mondialisation. *Revue Internationale de Droit Économique*, p. 41-42. Numéro spécial – *Brevets pharmaceutiques, innovations et santé publique*.

LANÇAMENTO DE LIVROS DE INTEGRANTES DO MPU



ÁGUA: BEM JURÍDICO ECONÔMICO OU ECOLÓGICO

Editora Brasília Jurídica – 2004 – 534 p. (ISBN 85-746-9251-4)

Paulo José Leite Farias – Promotor de Justiça do MPDFT

Como o próprio nome sugere, o presente livro, tese de doutorado defendida na UFPE, objetiva dar uma visão global da normatividade do direito das águas no Brasil, a partir da inserção da água, como bem ecológico, econômico e social. Trata-se de assunto de relevante interesse, haja vista a estreita relação do Homem e da Natureza com a água. Didaticamente, foi dividido em quatro partes: 1) dimensão ético-ecológica do meio ambiente (visão ecocêntrica); 2) dimensão econômica do meio ambiente (visão antropocêntrica); 3) papel do Estado e do Direito de superação e síntese dos aspectos éticos e econômicos do meio ambiente (visão político-social); 4) mecanismos normativos da cobrança pelo uso de água (visão jurídica). Com visão multidisciplinar do objeto da pesquisa, a presente obra, de forma pioneira e sistêmica, busca resolver os conflitos pelo uso da água (bem de domínio público, econômico e ecológico), por meio de ética pluralista e racional, à luz do ordenamento jurídico-brasileiro e do direito comparado.



DANO MORAL COLETIVO

Editora LTr – 2004 – 288 p. (ISBN 85-361-0555-0)

Xisto Tiago de Medeiros Neto – Procurador Regional do Trabalho

Trata-se de obra de indiscutível atualidade e relevância no campo da responsabilidade civil, abordando com profundidade os fundamentos, as características, a incidência e o sistema processual de reparação do **dano moral coletivo**.

O mérito do estudo é notável, principalmente diante da importância evidente e da imprescindibilidade, na sociedade contemporânea, da reparação de lesões a interesses jurídicos de natureza extrapatrimonial, titularizados pela coletividade, especialmente nas esferas das relações de trabalho, dos consumidores e do meio ambiente.

NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de pequenos artigos, de autoria, preferencialmente, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira, com no máximo vinte laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (*Rich Text Format*), por meio eletrônico, para o endereço < editoracao@esmpu.gov.br >.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.6. O Setor de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelos telefones (61) 313-5114, 313-5111.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

