



REVISTA DA fesp

periódico de diálogos científicos

ISSN 1982-0895



Abril de 2009 - Ano III

5ª Edição

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.
v. 1, n. 5, (abr. 2009). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da
Paraíba, 2008

ISSN 1982-0895

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU: 34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. *Título do artigo*. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2009, vol. 3, p. 00-00. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

EXPEDIENTE

Diretora Presidente: Maria Goretti de Assis Laier

Diretor Administrativo-pedagógico: Luiz Henrique Barbosa

Diretor Financeiro: Fábio Santiago Chaves

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Eduardo Cavalcanti

Coordenação de Prática Jurídica: Débora Alessandra Peter

Coordenação de Monitoria e Estágio: Fernando Monteiro

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Lucrécio Araújo de Sá Júnior

Direção Editorial

Lucrécio Araújo de Sá Júnior

Valéria Fernandes Pereira

Comitê Editorial Interno:

Antonio Carlos Iranlei *FESP*

Fernando Porto *FESP*

Fernando Monteiro *FESP*

Goretti de Assis Laier *FESP*

Luciana Vilar de Assis *FESP*

Lucrécio Araújo de Sá Júnior *FESP*

Raissa de Sena Xavier *FESP*

Socorro Menezes *FESP*

Wladimir Alcebíades *FESP*

Comitê Editorial Externo:

Alexandre Cavalcanti Belo – UFPB

Ana Rute Pinto Brandão - UFAL

Edísio Ferreira de Farias Júnior - UEPB

Gustavo Henrique C.Galvão de Souza – FAVIP/PE

Marco Antônio Martins – UFSC

Maríla Marques – UFCG

Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas – FAVIP/PE

Sônia Barreto – UFSE

Sorainy de Oliveira Manguiera - UFAM

Sueli Arnoud – UFPB

Comitê Editorial Científico Discente:

Carlos Fernando *FESP*

Fábio Matos *FESP*

Valéria Fernandes Pereira *FESP*

Design Gráfico:

Valéria Fernandes Pereira *FESP*

Sumário

Considerações críticas sobre o Princípio de Proteção ao Trabalhador <i>Eduardo de Araújo Cavalcanti</i>	7
Reflexões sobre a globalização e a garantia contra a dispensa imotivada: em busca de uma maior proteção para o trabalhador <i>Lara Sanábria Viana</i>	7
Assédio moral nas relações de trabalho <i>Julian Nogueira de Queiroz</i>	36
A Constitucionalização dos fatores reais de poder <i>Ivandro Pinto de Menezes</i>	47
Decisões do CADE e princípios constitucionais na ordem econômica <i>Catarina Mota de Figueiredo Porto</i>	59
A dinâmica do protocolo de Quioto e o mecanismo de desenvolvimento limpo <i>Eloízio Henrique de Medeiros Dantas, Débora Alessandra Peter</i>	70
A queda de Wall Street, a crise financeira e a regulação dos mercados <i>Anne Augusta Alencar Leite Reinaldo, Duina Porto Belo</i>	81
Contratos públicos: uma abordagem necessária <i>Maria Marconiete Fernandes Pereira</i>	91
O filosofar na Grécia antiga e a origem da ética <i>Lucrécio Araújo de Sá Júnior</i>	100
Os percalços da migração: memória e identidade na trilogia de Antônio Torres <i>Ana Clara Teixeira Leão Almeida, Roberto Henrique Seidel</i>	110
NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS	122

EDITORIAL

É por estimular a criação, assim como o desenvolvimento do pensamento reflexivo e do espírito científico que a *Revista da Fesp: Periódico de diálogos científicos* chega a sua 5ª. Edição. Desde sua fundação a FESP Faculdades incentiva o trabalho de pesquisa e investigação científica, promovendo a divulgação de conhecimentos que constituem patrimônio do saber. Esta revista constitui uma obra de consulta e uma ferramenta para aprender a pensar e a refletir sobre temas que fazem parte da vida cotidiana, como o trabalho, a justiça, o meio ambiente, a memória e a identidade. Por fazerem parte de projetos de pesquisa estas páginas se estabelecem a partir da capacidade especulativa e crítica dos autores que têm como foco principal estimular e fazer perguntas que abrem portas para o debate acadêmico entre teorias e reflexões. Alguns temas são inovadores, outros nem tanto, mas à medida que o leitor avançará a leitura descobrirá que em cada um dos textos há tantas dúvidas quanto perguntas novas que não de surgir. Essa observação não deve de forma alguma provocar desinteresse por essa revista. Muito pelo contrário, deve motivar a leitura. Porque aqui se apresentam textos escritos por profissionais, professores e estudantes, que quebram com o mistério da escrita como prática acadêmica. Aqui se encontram discursos e idéias, relatos e percursos que dão seguimento à produção científica. De fato, seria interessante meditar, depois da leitura desta revista, se existe algum tema que se encontra fora do interesse humano, seja no campo jurídico, político, social e até mesmo numa dimensão subjetivada da existência. Embora alguns já tenham idéia da resposta, seria interessante o leitor aceitar o desafio de submeter-se às perguntas que a revista coloca ou descobri-las ele mesmo por meio da leitura dos artigos apresentados. As limitações desta revista podem dar impressão de superficialidade. Nada mais distante da realidade. Propomos este volume como um recurso simples e prático, que ajudará o leitor a descobrir a importância do mundo da pesquisa acadêmica e da sua divulgação.

Lucrécio Araújo de Sá Júnior
Luis Henrique dos Santos Barbosa

ARTIGOS

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI*

RESUMO: Este estudo faz pontuações sobre o Princípio de Proteção ao Trabalhador como mola propulsora da atividade do intérprete. Analisa o fundamento e os limites de aplicação do referido princípio, bem como, trata do Princípio Penal do *in dubio pro reo* como gênese da proteção ao trabalhador. Ressalta, também, as formas de aplicação do Princípio de Proteção ao Trabalhador: regra do *in dubio pro operari*; regra da norma mais favorável; regra da condição mais benéfica. Por fim, analisa a regra do *in dubio pro operario* na jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Princípio de Proteção ao Trabalhador; Formas de aplicação.

ABSTRACT: This study it makes punctuations on the beginning of Protection you the Worker them to propeller spring of the activity of to interpreter. The Bedding and limits of application of the beginning of Protection you the Worker. Criminal The pro reo Principle of in dubio gênese of the protection you to worker. Forms of application of the beginning of Protection you the Worker: rule of in dubio pro operari; rule of the norm most favorable; rule of the condition most beneficial. Dubio Finally, the rule of in pro laborer in the Brazilian jurisprudence.

Key words: Beginning of Protection to the Worker; Forms of application.

Introdução

O Princípio de Proteção ao Trabalhador como mola propulsora da atividade do intérprete. Pode-se compreender o vocábulo *princípio* levando-se em conta duas acepções: uma vulgar e outra técnica. No primeiro sentido, princípio significa o momento em que algo tem origem. No segundo, de acordo com um conceito mais estrito, princípio é o mandamento nuclear de um sistema, ou, as proposições diretoras de uma ciência¹.

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da UFPB, IESP e FESP. Coordenador do Curso de Direito da FESP Faculdades. Advogado.

¹ Ao discorrer sobre os princípios constitucionais, Bastos faz interessante observação: “Os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, nos que eles perdem em termos de concreção, ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas”, in BASTOS, Celso Ribeiro, *Dicionário de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159.

Já no plano filosófico, princípio é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. Para Reale Jr., “princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”².

Na Ciência do Direito, existem os princípios gerais, verdadeiras normas dotadas de um elevado grau de generalidade, bem como há, também, princípios que informam e orientam os mais variados ramos do Direito, denominados de princípios particulares ou setoriais.

Assim ocorre com os princípios norteadores do Direito Processual, do Direito Constitucional, do Direito Penal, dentre outros.

Com o Direito do Trabalho não é diferente. Princípios como o da Proteção ao Trabalhador, da Continuidade da Relação de Emprego, da Boa-fé, da Primazia da Realidade orientam o operador do Direito na busca da melhor interpretação possível, qual seja, aquela que adeque o caso concreto aos fins do Direito Laboral.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe em seu artigo 8º que “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. Verifica-se que o dispositivo legal confere aos princípios o mister de orientar o perfeito entendimento das normas cujo sentido é obscuro.

Cada vez mais os princípios ganham importância no mundo jurídico. O positivismo exagerado mostrou-se insuficiente para resolver, com justiça, problemas corriqueiros. Os princípios possuem uma dimensão preponderantemente abstrata, exigindo do intérprete uma atividade valorativa que visa a aquilatar sua abrangência.

Para Canotilho, os princípios têm as seguintes características: a) possuem um grau maior de abstração em relação às normas; b) na aplicação do caso concreto exige-se do intérprete um grau de determinabilidade suave e mais vago; c) são fontes do direito e possuem uma função estruturante dentro do sistema jurídico; d) possuem uma maior proximidade da idéia de direito, calcado na exigência de justiça; e) finalmente, os princípios

² REALE JR., Miguel. *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Saraiva: 1988, p. 300.

possuem natureza *normogenética*, são fundamentos das regras, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas³.

Tais caracteres são de extrema importância e aqui serão adotados ao se tratar de um dos mais louváveis princípios que orientam o Direito do Trabalho, a saber, o Princípio de Proteção ao Trabalhador.

Com efeito, o Direito do Trabalho não se baseia na igualdade entre as partes que estão em interação, como ocorre com o Direito Civil, mas seu fundamento se encontra em um critério de proteção ao lado mais fraco da relação de trabalho: o empregado. É o chamado *caráter tutelar* desse ramo do Direito.

Na doutrina⁴, o princípio de proteção ao trabalhador é, muitas vezes, citado com outras denominações e variações, como, por exemplo, princípio da norma mais favorável ao empregado, princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, *in dubio pro operario* etc.

Neste trabalho será adotada a classificação do doutrinador uruguaio Américo Plá Rodriguez, por entendermos a mais completa e abrangente, sem demérito das demais.

Para o citado autor, apesar de o princípio receber denominações genéricas, tais como princípio tutelar, princípio tutelar-protetor, princípio de proteção tutelar, princípio favor ao trabalhador, prefere-se a designação princípio de proteção ao trabalhador porque, sem falar de sua brevidade e peculiaridade, traduz de modo fiel e eloquente a idéia principal que este princípio encerra⁵.

O princípio de proteção ao trabalhador, assim, entendido como uma diretriz que deve guiar o intérprete na tutela do economicamente mais fraco – o hipossuficiente, subdivide-se em três formas de aplicação:

- 1) a regra do *in dubio pro operario*;
- 2) a regra da norma mais favorável;
- 3) a regra da condição mais benéfica.

Cada uma dessas vertentes será analisada detidamente mais adiante, tendo como ponto de partida os ensinamentos do citado mestre uruguaio.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 166-167. Para o professor português, “Princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”, CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 167.

⁴ Ver, a esse respeito, VOGEL NETO, Gustavo Adolpho, *Curso de Direito do Trabalho – em homenagem ao professor Arion Sayão Romita*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 57.

⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá, *Princípios de Direito do Trabalho*, tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1997, p.29.

1. Fundamento e limites de aplicação do Princípio de Proteção ao Trabalhador

O princípio de proteção ao trabalhador está intrinsecamente ligado à própria história do Direito do Trabalho e a sua razão de ser. Na relação empregatícia, de um lado, encontra-se o economicamente mais forte, independente e senhor do vínculo, e, de outro, o hipossuficiente, economicamente mais fraco, que já ingressa no contrato com subordinação e dependência, necessitando, pois, de normas que o protejam e de princípios que determinem essa tutela especial.

A ficção de igualdade existente entre as partes contratuais não pode mais ser mantida pelo legislador, que se inclinou para uma espécie de compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável⁶. Assim, se o ordenamento jurídico mostra-se favorável a um sistema de proteção ao trabalhador, o intérprete deve posicionar-se observando sempre essas diretrizes, ou seja, deve ter como norte, na atividade hermenêutica, princípios e postulados que lhe permitam reconhecer a existência de uma parte economicamente mais vulnerável, e que, por isso mesmo, merece maior tutela.

O princípio orienta que na hipótese de dúvida no caso concreto deve prevalecer sempre a interpretação mais favorável ao trabalhador, credor dessa relação e economicamente mais fraco. Mas não é só. O princípio de proteção deve inspirar também o próprio legislador quando da atividade de sua produção legiferante, para que crie leis justas e condizentes com a realidade social em que está imerso o empregado.

Além da orientação da atividade legislativa, o princípio em tela deve ser observado, também, quando da avaliação do conjunto probatório inserto nos autos, pois em caso de dúvidas, prevalece uma interpretação voltada aos interesses da parte mais fraca.

Plá Rodriguez, citando Rafael Caldera, atesta que o princípio explica-se não somente pelo ponto de vista social, mas também sob a ótica jurídica, pois a intenção do legislador foi a de favorecer os trabalhadores, portanto, é correto aceitar como critério de avaliação tal orientação genérica⁷.

Ora, se o Direito do Trabalho, numa concepção subjetivista, envolve princípios e regras jurídicas aplicáveis a relações individuais e coletivas que nascem entre empregados privados e aqueles que têm o poder direção e controle sobre essa relação⁸, fica evidente que uma das

⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá, *Princípios de Direito do Trabalho*, tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1997, p.30.

⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1997, p.31.

⁸ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, *Curso de Direito do Trabalho*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 152.

partes necessita de maior proteção – a mais fraca e dependente, justificando assim a existência do princípio.

Ocorre que o princípio de proteção não pode ser aplicado abusivamente, de forma tendenciosa, pois em muitos casos pode haver injustiça na utilização desmedida desse princípio. Não é pelo fato de existir um lado economicamente mais fraco que em todas as situações fáticas terá essa parte hipossuficiente razão no que pleiteia⁹.

Somente diante de um caso concreto é que se deverá perquirir qual a solução mais apropriada, não apenas para beneficiar o mais fraco, mas para resolver de forma justa a situação controvertida.

Pode ocorrer que nem sempre o empregado, por ser simplesmente o trabalhador, é aquele que se encontra economicamente no lado mais fraco. A regra é que assim o seja, mas as vicissitudes da vida cotidiana podem levar a situações paradoxais em que o empregado esteja em situação financeira melhor que o patrão¹⁰.

No entanto, feitas essas ressalvas, o que resulta incontestável é que sempre se deve decidir em favor do empregado quando, com fundados motivos, o juiz estiver hesitante diante de duas soluções opostas. E mais, essa dúvida deve resultar da interpretação da lei ou da avaliação crítica da prova¹¹.

2. O Princípio Penal Do *In Dubio pro reo* como gênese da proteção ao trabalhador

Apontam os doutrinadores que o princípio de proteção ao trabalhador teve origem com o já consagrado princípio penal do *in dubio pro reo*¹². Na verdade, como veremos adiante, o princípio do *in dubio pro reo* é umas das formas de aplicação do princípio de proteção ao trabalhador.

⁹ Sobre a aplicação do princípio de proteção, percutiente é a observação de Marques de Lima: “Sua aplicação deve ser comedida, analisada, desapaixonada, racional, ponderada e nunca cegamente. A tendência do Direito, mormente do Direito do Trabalho, é tirar a venda dos olhos da justiça, para esta ver as coisas como estão sendo e não como alguém disse que são. Com base nisso se quer dizer que nem sempre o empregado é a parte mais fraca”, in LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994, p. 81.

¹⁰ Interessante é o exemplo prático fornecido por Marques de Lima ocorrido na Vara Trabalhista de Quixadá, Estado do Ceará, em que o empregado de uma bodega estava em melhores condições financeiras do que seu pobre e endividado patrão. Ver LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994, p. 82.

¹¹ LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994, p. 82.

¹² Ver, por todos, LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994, p. 81; e SAAD, Eduardo Gabriel, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2000, p. 65.

Após um período que pode ser denominado como *Direito Penal do Terror*, que prevaleceu, aproximadamente, até o advento da Revolução Francesa, caracterizado pelo desrespeito às liberdades individuais, pelos julgamentos secretos, pela aplicação de penas na sua grande maioria corporais, pela prática da tortura como meio de obtenção de confissão etc, sedimentou-se, nos Estados Democráticos de Direito, ao lado de princípios outros como o da culpabilidade e da proporcionalidade, a consagração do *in dubio pro reo*.

Com efeito, esse princípio penal, em um conceito amplo, significa que no caso de dúvida em processos criminais a decisão deve sempre favorecer ao réu. O acusado, parte que se encontra prestes a ter um bem jurídico fundamental violado pelo Estado, qual seja, a liberdade – a até mesmo a vida, nos países que adotam a pena de morte, só pode ser penalizado após o devido processo legal, em que se presume sua inocência, bem como quando não haja incerteza sobre sua culpabilidade. As sentenças penais devem fundar-se em provas concludentes que apontem de forma categórica a existência do delito e sua autoria. Na dúvida, decide-se a favor do réu.

A Constituição Federal de 1988 consagra, em vários incisos do artigo 5º, disposições referentes à presunção de inocência e ao devido processo legal, direitos individuais que não podem ser desassociados do *in dubio pro reo*.

Ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a Carta Magna reconhece que há um lado mais fraco na lide penal, justamente aquele que se encontra prestes a perder sua liberdade ou ter um direito restringido pelo Estado. A condenação só ocorrerá se não houver dúvidas: *in dubio pro reo*.

Ora, por ser o direito trabalhista, por definição, o ramo da Ciência do Direito que se ocupa das normas jurídicas que disciplinam a relação laboral, relação esta que envolve dois lados financeiramente distintos, o hiper e o hipossuficiente, justifica-se a transposição do *in dubio pro reo* para a seara trabalhista, pois numa relação jurídica que não se funda simplesmente em interesses patrimoniais, como é o caso das lides penais e trabalhistas, persistindo a dúvida, resolve-se a pendência a favor do mais vulnerável¹³. É princípio da proteção em sua essência.

¹³ Nessa linha de raciocínio: “Sendo o Direito Social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador”, in CESARINO JR, A. F., *Princípios Fundamentais da Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1983, p.47.

É importante frisar que no processo penal somente se aplica o princípio do *in dubio pro reo* naquelas situações em que a dúvida reina, pois se resta evidente nos autos a materialidade e a autoria do delito, a condenação é consequência inexorável.

Da mesma forma, nos litígios trabalhistas, o princípio de proteção, na sua faceta do *in dubio pro operario*, só tem aplicação quando, no cotejo das alegações do empregado e do empregador, o juiz não conseguir dirimir a controvérsia, por ser manifesta a dúvida. Nos casos em que restar plenamente provada a tese do hiperssuficiente, o princípio de proteção ao trabalhador não incidirá.

3. Formas de aplicação do Princípio de Proteção ao Trabalhador.

A aceitação do princípio de proteção ao trabalhador é fato inconteste, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. No entanto, divergências existem com relação à forma de sua aplicação¹⁴. Afinal, como se expressa e se concretiza referido princípio?

Os autores, muitas vezes, fazem uma análise apenas perfunctória da matéria, sem se aprofundarem nas questões relativas à aplicação e consequências práticas.

Para o professor Américo Plá Rodriguez, o princípio se expressa sobre três formas distintas¹⁵:

a) a regra do *in dubio pro operario*, que deve orientar o intérprete a escolher entre os vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que se mostre mais favorável ao obreiro;

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de existência de mais de uma norma aplicável, o intérprete deve optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, ainda que não corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e

c) a regra da condição mais benéfica, estatuinto que a aplicação de uma norma trabalhista não deve servir como instrumento de diminuição das condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador.

Vejamos cada uma das mencionadas formas de aplicação do princípio:

¹⁴ Robusta é a seguinte observação: “A quase uniformidade que existe quanto à aceitação e enunciado deste princípio não se verifica, pelo contrário, no que concerne à descrição de suas formas de aplicação”, in RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1997, p. 42

¹⁵ A classificação é retirada de RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1997, p. 42.

3.1. Regra do *in dubio pro operario*

A doutrina costuma elencar a regra do *in dubio pro operario* como princípio autônomo do Direito do Trabalho¹⁶. Na verdade, seguindo o pensamento de Plá Rodriguez, trata-se de forma de aplicação de um princípio mais abrangente, o da *proteção ao trabalhador*, que possui outras facetas além do *in dubio pro operario*, tais como as regras da norma mais favorável e da condição mais benéfica.

O emprego do *in dubio pro operario* vai ocorrer única e exclusivamente nas hipóteses em que existir dúvida na interpretação de uma norma, ou seja, quando a norma a incidir no caso concreto seja suscetível de várias interpretações. É a *dúvida autêntica*, conforme denominação de Plá Rodriguez. Nesses casos, resolve-se a favor do obreiro.

É importante ressaltar que não se trata de um princípio pró-operário a ser utilizado de modo incondicional e ilimitado, sempre para beneficiar o trabalhador em qualquer situação, mas sim de um preceito a orientar o hermeneuta para que, nos casos de dúvida concreta, resolva-se a favor do trabalhador. E mais, também não é o caso de integração da norma, pois a aplicação da regra só deve ocorrer quando existir uma única norma a comportar várias interpretações possíveis¹⁷.

Marques de Lima, que trata a regra do *in dubio pro operario* como princípio autônomo, entende que o juiz deve decidir em prol do empregado sempre que estiver hesitante entre duas soluções opostas, mesmo que a dúvida resulte da interpretação da lei ou da avaliação crítica da prova¹⁸.

3.2. Regra da norma mais favorável

A segunda forma de aplicação do princípio em tela consiste em que, havendo mais de uma norma a ser aplicada, o intérprete deve escolher aquela que se mostrar mais favorável ao trabalhador, mesmo que, no cotejo das normas, a mais benéfica seja de hierarquia inferior.

¹⁶ A exemplo de LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994, p. 81.

¹⁷ Observação de Rodriguez: "Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto", in RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1997, p. 45.

¹⁸ LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994, p. 82.

Observe-se que não se trata de dúvida quanto aos possíveis sentidos de uma norma apenas, mas de hipótese de existência de várias normas, devendo-se escolher, pois, a mais favorável.

As normas de hierarquia superior devem sempre prevalecer sobre as de patamar inferior. Assim, um dispositivo constitucional prepondera sobre a legislação ordinária. No entanto, face ao caráter peculiar do Direito do Trabalho, o princípio de proteção permite que se escolha, no caso concreto, a norma mais benéfica, mesmo que esta seja de hierarquia menor¹⁹.

Tal situação ocorre porque no Direito do Trabalho cada uma de suas normas estabelece níveis mínimos de proteção ao obreiro, não constituindo óbice que acima desses níveis mínimos sejam fixados outros pontos que beneficiem o trabalhador. Dessa forma, no caso concreto, é plenamente possível a aplicação da presente regra. É o caráter social de proteção desse ramo do direito que justifica o entendimento aqui defendido.

3.3. Regra da condição mais benéfica

Por fim, tem-se a regra da condição mais benéfica também como forma de aplicação do princípio de proteção ao trabalhador. Para a aplicação dessa regra, necessário se faz que exista, previamente, uma situação concreta mais benéfica ao trabalhador do que a prevista na nova regra que se pretende incidir, ou seja, a norma não pode trazer para o obreiro uma situação mais gravosa do que a que existia anteriormente. Nessa hipótese, prevalece a condição mais benéfica: a anterior à regra.

Verifica-se que a citada regra assemelha-se à do *in dubio pro operario*. No entanto, difere por ser mais geral e abrangente pelo fato de não existir, no caso, dúvidas relativas a qual interpretação deve ser a escolhida para solucionar o impasse, pois para aplicar a regra da condição mais benéfica é necessário que exista uma situação concreta já definida, e que, em comparação com a situação trazida pela nova norma, mostre-se a primeira como a mais benéfica ao trabalhador.

¹⁹ Esse também é o entendimento de Nascimento: “Ao contrário do direito comum, em nosso direito entre as várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor”, in NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 254.

A regra da condição mais benéfica também se distingue da regra da norma mais favorável, pois, dessa vez, a aplicação da condição mais benéfica faz-se diante de um caso concreto, enquanto que o emprego da norma mais favorável é feito mediante uma análise no plano meramente normativo.

Dão suporte à regra as seguintes justificativas: a) a modificação das normas trabalhistas não pode operar *in pejus*; e b) o rebaixamento da condição do trabalhador fere o direito adquirido, protegido pela Constituição Federal²⁰.

4. A Regra do *In Dubio Pro Operario* na Jurisprudência Brasileira

É inegável a importância e a peculiaridade da regra do *in dubio pro operario* no Direito do Trabalho. A doutrina o aceita por completo, variando apenas o enfoque e o âmbito de sua abrangência e suas formas de aplicação.

Por sua vez, a jurisprudência de nossos tribunais também caminha ao lado da doutrina majoritária. Os julgados demonstram que os Juízes e as Cortes aceitam a regra, aplicando-a em benefício da parte mais vulnerável. Entrementes, existe apenas uma divergência no que diz respeito à utilização do princípio (como querem denominar alguns) em matéria probatória. Vejamos algumas decisões:

“PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO OPERARIO. APLICAÇÃO. Uma das peculiaridades desta Justiça Especial é buscar, apoiada na ratio legis, conferir igualdade aos desiguais, para tanto lançando mão da regra do *in dubio pro operario*. No entanto, o enunciado encerra uma regra hermenêutica, ou seja, em havendo mais de um sentido possível para uma mesma norma, aplica-se a mais favorável ao empregado. Revelam-se desaconselhável seu uso para a apreciação de prova, sob o risco de, invertendo-se a lógica, presumir-se o extraordinário”²¹.

“INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS. O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO MISERO. Nada há de especial no processo de interpretação e aplicação, pelo Juiz, das leis de proteção ao trabalho. Não é verdadeiro que, na dúvida, deva sempre a interpretá-las em sentido favorável ao trabalhador. Uma norma não se interpreta

²⁰ Conforme LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994, p. 85.

²¹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. Região, 12. Recurso Ordinário 218/99. Recorrente: Empreendimentos Turísticos Moinho do Vale Ltda. Recorrida: Sirlei Maria Fortes. Relator: Gilmar Cavalheri. Florianópolis, 02 de junho de 1999.

isoladamente, mas em função do sistema que integra e do fim social a que se dirige. A valoração sistemática da norma e o propósito a que se destina podem revelar-lhe um sentido contrário à pretensão do empregado, no caso a ser decidido. O que ocorre no Direito do Trabalho, "por seu conteúdo humano, obriga o jurista a ir além das discussões formais e a ver, por detrás dos argumentos jurídicos, a luta dos homens." E como, nessa luta, ocupa o empregado a posição mais vulnerável, a valoração da norma que a disciplina, pelo juiz, tende a lhe ser mais favorável. (Délio Maranhão)" ²².

Em matéria da aplicação da regra no que pertine à apreciação do acervo probatório, encontramos algumas divergências:

"COMISSÕES. ÔNUS DA PROVA. Não havendo documentos que permitam quantificar o valor das comissões, bem como por não serem os depoimentos esclarecedores, inviável a aplicação do princípio *in dubio pro operario* em matéria de prova processual. A regra inserida nesse princípio basilar do Direito Laboral somente se aplica quando, existindo dúvida sobre o alcance de norma legal, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao obreiro" ²³.

"ÔNUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO "*IN DUBIO PRO MISERO*". Em matéria de prova não há lugar para a aplicação do mencionado princípio, a teor do contido nos artigos 818, da CLT e 333 do CPC, pois os fatos ou são provados ou não o são. No caso de as provas serem insuficientes, a sentença será desfavorável para aquela parte a quem incumbia o ônus da prova" ²⁴.

"Ônus da prova. Regra interpretativa. Aplicação do princípio "*in dubio, pro operario*". O chamado "empate" de prova quando as testemunhas arroladas pelas partes confirmam, cada qual, o fato objeto da prova, leva o julgador a busca de meios que o auxiliem na obtenção da verdade. Para a análise e valoração da prova acata-se no processo trabalhista o princípio do "*in dubio, pro operario*", quando notória a inferioridade do empregado perante o empregador, quer seja pela diversidade de situação econômica, quer seja pela desigualdade resultante da subordinação" ²⁵.

"ABANDONO DE EMPREGO - ÔNUS DA PROVA. ALEGADO O ABANDONO DE EMPREGO, CABE AO empregador prová-lo. não o fazendo, presume-se verdadeira a dispensa imotivada, em face da inversão do ônus "*probandi*" e porque milita a favor do obreiro o princípio do **in dubio pro operario**. a colocação do emprego à disposição do empregado não exime

²² BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. Região, 12. Recurso Ordinário 10062/98. Recorrente: Cleusa Marques Córdova. Recorrido: Basílio Budim. Relator: Geraldo José Balbinot. Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

²³ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. Região, 12. Recurso Ordinário 3921/98. Recorrentes: Marcio Couto Ribas e Trirr radial Veículos e Peças Ltda. Recorridos: os mesmos. Relatora: Lourdes Dreyer. Florianópolis, 26 de outubro de 1998.

²⁴ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. Região, 12. Recurso Ordinário 7007/97. Recorrente: Ademir Padilha. Recorrida: Construtora Tucano Ltda. Relatora: Maria Regina Malhadas Lima. Florianópolis, 20 de fevereiro de 1998.

²⁵ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. Região, 03. Recurso Ordinário 3722/94. Relatora: Deoclécia Amorelli Dias. Minas Gerais, 02 de julho de 1994.

o empregador da reparação devida, nem a recusa de aceitação constitui fato abonador de sua responsabilidade, pois a verdade presumida favorece a pretensão do obreiro. revista não provida”²⁶.

Verifica-se, pois, que é pacífica a aceitação da regra em epígrafe pelas nossas Cortes. Mas, em matéria de análise das provas, as decisões não são unânimes, variando os julgados em dois caminhos distintos: pela total aceitação do *in dubio pro operario*, nos casos em que reinar dúvida na apreciação das provas; e pela negativa da incidência da regra, pois deve prevalecer a obrigação de provar para a parte que possui o ônus.

Entendemos que a divergência não deveria existir, uma vez que a aplicação da regra deve nortear o intérprete sempre que pairar dúvidas no caso concreto, quer no cotejo de normas, quer na apreciação do acervo probatório constante dos autos, pois a relação trabalhista possui uma característica peculiar que a diferencia das demais relações jurídicas: a presença de uma parte economicamente mais fraca que merece a tutela do Direito do Trabalho, principalmente quando no processo ocorrer dúvida autêntica, mesmo que pertinente à questão probatória.

Conclusão

O princípio de proteção ao trabalhador serve de norte para orientar o aplicador da lei nas situações reais em que a dúvida apresenta-se de forma manifesta. Dada a característica peculiar do Direito do Trabalho, envolvendo relações jurídicas em que de um lado existe uma parte economicamente auto-suficiente e, de outro, um lado vulnerável financeiramente, o princípio surge mais como um critério de justiça, na medida que protege o hipossuficiente, aquele que se encontra em situação de total dependência, inclusive para sobreviver.

Dessa forma, o ordenamento jurídico aceita como ponto pacífico a existência de um princípio que visa a proteger o trabalhador nos casos em que reinar uma dúvida processual, seja na apreciação de normas, seja na valoração das provas. No entanto, o princípio de proteção não se reveste de caráter absoluto. Sua aplicação só tem lugar nos casos de dúvida

²⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão n. 5628. Relator: Ministro Roberto Della Manna. Brasília, 30 de novembro de 1994.

autêntica, pois quando esta inexistir, a causa deve ser decidida de acordo com o acervo probatório constante dos autos.

O princípio orienta o aplicador da lei, orienta o intérprete. Mas não é só. Seus postulados devem guiar também o legislador no momento da produção legislativa, pois o Direito do Trabalho possui uma finalidade social, acima de tudo.

Aplicado corretamente, sem paixões ou tendências previamente já concebidas, o princípio ajusta-se aos postulados do Direito do Trabalho, mormente no que toca a sua singular acepção de proteção ao hipossuficiente, verdadeira essência da estrutura desse ramo do Direito.

Referências:

- BASTOS, Celso Ribeiro, *Dicionário de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1994.
CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995.
CESARINO JR, A. F., *Princípios Fundamentais da Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1983.
GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, *Curso de Direito do Trabalho*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
LIMA, Fernando Meton Marques, *Princípios do Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1994.
REALE JR., Miguel. *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Saraiva: 1988.
RODRIGUEZ, Américo Plá, *Princípios de Direito do Trabalho*, tradução de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1997.
SAAD, Eduardo Gabriel, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2000.
VOGEL NETO, Gustavo Adolpho, *Curso de Direito do Trabalho – em homenagem ao professor Arion Sayão Romita*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REFLEXÕES SOBRE A GLOBALIZAÇÃO E A GARANTIA CONTRA A DISPENSA IMOTIVADA: EM BUSCA DE UMA MAIOR PROTEÇÃO PARA O TRABALHADOR

LARA SANÁBRIA VIANA*

RESUMO: A sociedade globalizada enfrenta o enfraquecimento dos vínculos de emprego, pois os novos meios e modalidades de trabalho impõem uma maior mobilidade entre os trabalhadores, no entanto, é preciso ter em mira, os instrumentos que visam à proteção desses vínculos como forma de tutelar a pessoa humana do trabalhador. O desemprego estrutural, a redução dos postos de trabalho e a necessidade de submissão às condições indignas de trabalho, desafiam o poder público e a sociedade internacional, ambos lutam para coibir essas práticas.

Palavras-chave: Globalização; Trabalho; Proteção; Desemprego.

ABSTRACT: The company faces a weakening of the global links of employment, because the new means and methods of work make greater mobility among workers, however, we must bear in sight, the instruments of protection aimed at protecting these links as a way to protect human dignity of the worker. Structural unemployment, the reduction of jobs and the need for submission to the disgraceful conditions of work, defying the authorities and the international community, both struggling to curb such practices.

Key-words: Globalization; Work; Protection; Unemployment.

Introdução

Desde os primórdios, a noção ainda insipiente sobre a idéia de sociedade, rege-se pela busca do bem comum, tendo como finalidade a conservação da vida. As sociedades, de um modo geral, segundo Aristóteles, destinam-se ao acúmulo de lucro, tendo em vista o bem estar dos que habitavam a polis. Mais tarde esta idéia de lucro se coaduna com os objetivos estruturados pelo capitalismo.

O papel das transformações do homem ao longo de todo o processo evolutivo sinaliza a busca pelo poder (*macht*).

Para Weber, o poder caracteriza-se pela imposição da própria vontade em uma relação social, desta forma, fica evidente o papel do homem como ser social dotado de uma consciência racional e notavelmente política.

* Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2007). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e mestranda do curso de pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

Assim, os paradigmas da humanidade são construídos através dos mitos, das religiões, das conjunturas políticas, filosóficas, econômicas, sociológicas e históricas, devido ao exercício frenético dessas formas de racionalidade.

Ao longo da convivência social entre os homens, estes vão se aproximando e se integrando, reduzindo as distâncias territoriais entre si, padronizando costumes, provocando conflitos étnicos e mascarando processos de exclusão social por intermédio das ideologias.

A escravidão tem como pressuposto a dialética, superioridade/inferioridade entre os indivíduos, ela foi plenamente justificada pelos gregos. Aristóteles, preconizava a superioridade entre as raças e assim, afirmava que existem entre os homens os quais deteriam sua utilidade no exercício de sua força física, ou seja, o trabalho, pois os homens virtuosos deveriam se dedicar ao funcionamento da polis, apenas voltados para as questões políticas e filosóficas.

Desde o império Romano, considerando a sua diversidade cultural, os anseios sociais começaram a entrar em ebulição, caracterizando uma verdadeira busca pelos direitos sociais e aos poucos não podia mais ser contida, originando uma nova fase na dinâmica de poder instituído. Os plebeus começaram a ganhar mais notoriedade e os estrangeiros passaram a ser regulados por leis específicas.

A ascensão do Cristianismo propiciou uma maior proteção aos indivíduos, pois sua cariz era pautada nos dez mandamentos, no amor de Cristo e influenciou fortemente os Estados Nacionais de formação católica. Não obstante, essa conjuntura registrou grandes violações à pessoa humana, dentre elas a inquisição.

Com advento das Grandes Revoluções, os direitos individuais e sociais são amplamente reclamados. A classe emergente da burguesia não poderia mais ser contida.

Os ideais da Revolução Francesa, desencadeada pela ânsia de mudanças sociais e pelo desejo de liberdade e igualdade frente exercício despótico do poder, se tornou o terreno favorável para uma genuína transformação, levando o mundo a um patamar superior de sublimação que eclodiu nos processos de afirmação dos direitos do homem, originando o Estado de Direito de essência eminentemente liberal.

Verifica-se, que bem antes da Revolução Francesa de 1789, ocorreu a Revolução Inglesa em 1640 e 1688, que possibilitou a formação de uma classe trabalhadora intimamente ligada à ética protestante, ao sabor do liberalismo capitalista.

Na Ideologia Alemã, os instrumentos de produção eram divididos em naturais e civilizados, os naturais estão atrelados aos fenômenos da natureza e a ela estão

subordinados, já os civilizados estão subordinados ao trabalho, neste caso a propriedade privada dará ensejo a grande indústria.

O fenômeno da globalização e a era da pós-modernidade vêm atingindo o convívio social, modificando intensamente as relações trabalhistas tornando cada vez mais apertadas as malhas que formam esse tecido social.

Ao considerar que a sociedade é heterogênea e sectária, os processos de exclusão ficam mais evidentes, até mesmo, porque, o próprio sistema capitalista necessita dessa exclusão para se desenvolver.

Destarte, tem-se como ponto de partida algumas reflexões sobre a globalização e suas implicações na seara trabalhista, principalmente, no que diz respeito, a garantia contra a dispensa imotivada, a fim de que se possa buscar uma maior proteção ao trabalhador para efetivamente salvaguardar o vínculo de emprego, haja vista, o trabalho ser considerado um direito social, que por sua vez, dignifica o homem, pois a partir dele o homem pode obter sua subsistência.

1. A precarização dos vínculos de emprego no mundo globalizado

O fenômeno da globalização preconiza o processo de internacionalização da economia, através da dinâmica exercida sobre as forças produtivas e pelo mercado internacional. A conectividade entre os mercados cambiais, financeiros e de títulos de valores compõem os vetores que regem à economia dos mercados mundiais. Outro fator marcante, é a formação de conglomerados empresariais que passam a dominar o mercado em detrimento de outras empresas de menor magnitude, assim, a competitividade entre ambas é reduzida drasticamente.

L'economia contemporanea si caratterizza nettamente come una "economia globale": in essa i principali fattori di produzione presentano un tasso di interdependenza, di integrazione e di apertura che non ha precedenti nella storia dell'umanità (ZOLO, 2004, p. 27)²⁷

²⁷ Globalization poses a fundamental challenge to each of these traditional assumptions. It is no longer "self-evident that nation-states can be described as "self-sufficient schemes of cooperation for all the essential purposes of human life" in the context of intense deterritorialization and the spread and intensification of social relations across borders. The idea of a bounded community seems suspect given recent shifts in the spatio-temporal contours of human life. Even the most powerful and privileged political units are now subject to increasingly deterritorialized activities (for example, global financial markets) over which they have limited control, and they find themselves nested in webs of social relations whose scope explodes the confines of national borders. (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, 2006): Disponível em :< <http://plato.stanford.edu/entries/globalization/>> Acesso em 26 de Nov. de 2008.

A marca da contemporaneidade se traduz pelo sentimento de insegurança e principalmente pelo risco iminente presente nas operações financeiras, sociais, econômicas e políticas, desta forma, as relações entre a força produtiva ficam de sobremodo afetadas justamente pela efêmera composição destas relações que se desenvolvem em um ritmo cada vez mais frenético.

La realidad social contemporánea presentará rasgos de incertidumbre o de riesgos, sin en consecuencia las visiones unilaterales que parten del determinismo económico puedan garantizar cuál sea la dirección en la que inexorablemente se habrán de desarrollar los acontecimientos sociales. (GRAUS, 1999, p.26).

A revolução informática modificou intensamente as relações entre o trabalho e o capital. Este processo é originário das novas formas de produção exigidas na era da globalização como, por exemplo, os fluxos migratórios de trabalhadores, a precarização dos vínculos empregatícios, objetivando a redução nos custos de produção, especialmente com a mão-de-obra para que os produtos cheguem ao mercado consumidor com preços menores e cada vez mais competitivos ²⁸.

La “rivoluzione informatica”, come abbiamo accentato, ha ampiamente investito la sfera dei rapporti produttivi e finanziari, accelerando il processo di globalizzazione economica. (ZOLO, 2004, p. 50).

A flexibilização das leis trabalhistas alimenta a lógica neoliberal e colabora de maneira determinante para a precariedade das relações de trabalho, pois relativiza alguns direitos trabalhistas, diminuem os número de contribuições ao serviço social e, ademais, faz com que a dispensa do trabalhador seja mais fácil, pois não há efetivamente uma maior proteção. ²⁹ Além desses fatores, faz-se mister, destacar que o efeito reverso desse fenômeno é o aumento do trabalho informal, a remuneração também é outro elemento caracterizador da

²⁸ A mobilidade do capital e da força produtiva é uma *condition sine qua non* para viabilizar a globalização dos mercados mundiais. Em relação ao fluxo migratório de trabalhadores vede: The free movement of goods, persons, services, and capital within the area without being impeded by legal restrictions. This is a basic principle of the European Community, whose treaty insists on the free movement of goods (involving the elimination of customs duties and quantitative restrictions between member states and the setting up of a Common External Tariff) as well as the free movement of services, capital, and persons (including workers and those wishing to establish themselves in professions or to set up companies). (MARTIN, 2003, p. 213). A União Europeia ao implementar esta política do free movement of goods foi mais além, constituindo-a como um direito fundamental. Essa liberdade de movimentação não só foi garantida para os trabalhadores, mas também foi estendida a suas famílias. Ele está consagrado na Convenção Europeia de Direitos Humanos no Protocolo nº 14 art. 2. Esse direito tem como base a não discriminação em razão da nacionalidade. A diretiva econômica existe desde 1990 (Directive 90/364), no entanto, importa enfatizar que elas trouxeram um grande impacto social para a Europa.

²⁹ Para Boaventura de Sousa, a flexibilização da relação salarial constitui uma forma de exclusão social por via do trabalho. (2006, p. 379).

redução de custos com a mão-de-obra terceirizada, é comum observar que os trabalhadores terceirizados recebem uma remuneração bem abaixo do valor de mercado para exercer exatamente a mesma função do trabalhador efetivo.³⁰ A rotatividade nesses casos também colabora para a precarização dos vínculos de emprego, o que pode comprometer até mesmo a saúde e a qualidade de vida do trabalhador, tendo em vista, que em muitos casos ele é obrigado a aumentar a carga de horas trabalhadas. Ao contrário do que se pensava a flexibilização não trouxe a modernização desejada aos mercados.

Os trabalhadores argentinos nos anos 90, amargaram o desemprego e a pobreza, ambas segundo alguns especialistas, existiam em razão da rigidez normativa assim influenciados pelo binômio atraso e rigidez (OLMEDO,2006).³¹ No Brasil, bem como nos países emergentes esse mesmo fenômeno se repetiu com a abertura do mercado ao capital estrangeiro. Esses contingentes empresariais transnacionais e internacionais não absorvem grande parte da mão-de-obra. Geralmente, elas recrutadas pelo pequeno empresariado que, na realidade, é o grande empregador dessa mão-de-obra não- qualificada e excedente. O micro empresário não afigura condições de competitividade frente ao grande empresariado, sendo assim, é de grande importância a intervenção do estado na regulação do mercado para evitar a concorrência desleal e o domínio sobre os mercado, a fim de democratizar a atividade econômica, “repartindo as fatias do mercado consumidor”.

O crescimento do mercado de trabalho informal escapa a noção de trabalho decente, tendo em vista, oferecer condições precárias de trabalho, não está devidamente protegido pelos órgãos de fiscalização do estado.³² Não obstante, aos itens elencados existem também os desdobramentos fiscais e previdenciários que acompanham a instabilidade desse tipo de relação laboral. Esses trabalhadores não gozam de proteção e das garantias legais.

Atualmente, percebe-se, a emergência da descoberta democrática do trabalho como forma de contra-hegemonia. Ela é possível principalmente em nível internacional. É condição

³⁰ As rápidas transformações observadas no plano da concorrência intercapitalista têm levado à mudança dos mercados e das áreas de influências das principais economias centrais, que se reestruturam com a adoção de modelos de produção considerados “ pós-fordistas”, nos quais se insere a terceirização. (BORGES; DRUCK, 1993, p. 9). Percebe-se claramente o declínio dos modelos de produção elaborados no pós-guerra em face da globalização, sendo inegável a necessidade de regulamentação dessas novas situações no campo do Domestic Law, e do Direito Internacional. A OIT tem um papel relevante para estabelecer standards mínimos de proteção para o trabalhador.

³¹ As reformas na América Latina de um modo geral seguiram a tônica do discurso neoliberal, abandonando o assistencialismo típico das Constituições sociais como, por exemplo, a Constituição Mexicana de 1917. O pensamento de Clara Olmedo sobre o governo argentino corrobora essa forte tendência. Claramente, la reforma laboral de los años noventa signifió una ruptura con el paradigma de pleno empleo “ típico”, asociado a un sistema de protección del trabajo y políticas de bienestar, sobre las cuales el rol del estado fue vital. (OLMEDO,2006, p. 27).

³² Segundo a Organização Internacional do Trabalho entende-se por trabalho decente como: um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho. (OIT, 2008). Disponível em< http://www.ilo.org.br/trab_decente_2.php> Acesso em 25 de Nov. de 2008.

sine qua non da reconstrução da economia como forma de sociabilidade democrática (BOAVENTURA, 2006, p. 377).

A partilha do trabalho entre o mundo da natureza e o próprio homem, constitui o grande desafio do Séc. XXI, para que se possa gerar riqueza com desenvolvimento sustentável para a criação de emprego e renda, bem como estabelecer uma congruência entre a cidadania e o trabalho em âmbito internacional. (BOAVENTURA, 2006, p. 378).

2. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos e fundamentais do trabalhador

A origem do mundo, segundo os gregos, é a *physis* (natureza), que está em constante movimento. Por esta razão, necessita de um comando, uma ordem (*arkhé*). Esta ordem pode auferir uma expressão mitológica, divina ou jurídica, pela imposição de um ordenamento. As leis têm o condão de estabelecer, um imperativo, um dever e dever ser que exprimem um determinado comportamento, perfazendo-se como forma de controle social, na medida em que influência diretamente a vida. As leis podem ser de cunho natural, impostas pela própria exigência humana, um dado posto e não construído; leis de caráter absoluto e que não admitem qualquer forma de renúncia, e de leis que fazem parte do mundo construído, ou seja, oriundas de uma criação humana, resultado dos fenômenos sociais conjugados pelos costumes, fatores históricos que modificam intensamente a forma como o homem enxerga o mundo, cria as ciências humanas e, particularmente, o Direito. As leis corporificam, pois, o ordenamento jurídico e conferem validade e eficácia ao seu teor normativo, ou seja, sua força estará sempre albergada pela idéia de imperativo.³³ A noção de sistema nasce com a influência bizantina, desenvolvendo-se na Antiguidade Clássica com a Compilação em 528 d.c. ordenada por Justiniano.³⁴

Em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem como resposta aos horrores praticados pelo fascismo e pelo

³³ A atividade política, no exercício do poder sempre esteve ligada aos processos de elaboração de leis. As leis são elementos constantemente mutáveis; elas se adaptam à tradição política adotada, em um determinado tempo e espaço. No pós-guerra, a sociedade internacional se reorganiza para evitar que haja novamente uma outra ruptura da magnitude ocorrida no Estado Nazista Alemão. É preciso lembrar que a crescente secularização, sistematização e positivação do Direito, conduziu a sua própria erosão nesse período. (LAFER, 2004).

³⁴ Hoje, fala-se em sistemática do direito romano, entendendo a ordem com que os juristas latinos expunham a matéria jurídica: a sistemática pode ser do tipo lógico (modelo gaiano), ou pode inspirar-se nas fontes (reproduzindo a estrutura do Edito perpétuo), ou pode tornar própria a ordem do *corpus* justiniano. (LOSANO, 2008, p.4).

totalitarismo durante a Segunda Guerra Mundial.³⁵ Nesse período houve uma intensa produção de tratados internacionais que versavam sobre direitos humanos entre eles pode-se citar, a criação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que não permite a suspensão da proibição da escravidão, servidão e dos trabalhos forçados.³⁶

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, chancela a Declaração os princípios e direitos fundamentais do trabalhador. Essa Declaração procura estabelecer standards sociais mínimos na ordem internacional, fixando a liberdade de associação e sindical, o reconhecimento do direito de negociação coletiva, a eliminação de todo trabalho forçado ou obrigatório, a erradicação do trabalho infantil, a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Uma das importantes contribuições que a Declaração de 1998, traz como ponto central o reconhecimento desses direitos e princípios fundamentais, obrigando os Estados participantes a adotarem medidas para efetivar esses direitos e garantias no âmbito do Domestic Law, bem como estão sujeitos a sua incorporação nos seus respectivos sistemas jurídicos.³⁷

As cláusulas sociais são um importante instrumento de regulação de caráter internacional. Busca-se, desta forma, equacionar as relações entre o trabalho e o capital com vistas ao processo de redescoberta democrática do trabalho. Essas cláusulas obrigam aos Estados à observância desses standards sociais mínimos e devendo adotar medidas para a sua efetivação.³⁸

Se establece por tanto una conexión directa entre el Comercio Internacional y la garantía de unos estándares mínimos de trabajo, con el añadido de poder utilizar sanciones comerciales contra aquellos países que desconozcan aquellos derechos. (GRAUS, 1999, p. 30).

³⁵ O primeiro artigo da DUDH, tem como pressuposto a dignidade, a liberdade e a igualdade. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (ONU, 2008).

O totalitarismo é uma proposta de organização da sociedade que escapa ao bom senso de qualquer critério razoável de justiça, pois se baseia no pressuposto de que os seres humanos são, e devem ser encarados, como supérfluos. (LAFER, 2004, p. 19).

³⁶ É inegável a relevância desse pacto para a sociedade internacional, no entanto, foram formuladas aproximadamente 160 reservas ou declarações interpretativas foram feitas. (VERDUZCO, 200). Não obstante a estas previsões importantes para a salvaguarda da pessoa humana e do trabalhador várias violações a esses direitos são verificadas tanto no plano internacional, bem como no Brasil, inclusive atualmente está em tramitação a PEC n/ 348/01 contra o trabalho escravo.

³⁷ La Declaración ofrece sin embargo un procedimiento de seguimiento anual de estos compromisos, que habrá de desembocar en ciertas recomendaciones, fundamentalmente de contenido técnico, para hacer efectivas tales principios o derechos fundamentales. (GRAUS, 1999, p. 30).

Os Estados ficam obrigados a apresentarem memoriais ao Conselho de Administração (OIT, 2008).

³⁸ No entanto, o GATT e a OMC não incluíram em seus textos a temática dos direitos sociais fundamentais e a implementação dessas cláusulas sociais ainda constituem-se em um grande desafio para a ordem econômica internacional.

Os Estados Unidos da América em 1916, com o Revenue Act, começaram a disciplinar a prática de dumping. Essa prática de regulação de mercado implementou a política de sistema generalizado de preferências e também instituía sanções e embargos aos produtos de países que não respeitem os direitos sociais³⁹. Essa lei objetiva proteger o mercado interno e estimular a competitividade das empresas Norte Americanas, no entanto, essa lei tem sido muito criticada, pois segundo alguns especialistas, ela se constitui como um entrave na ordem econômica internacional.⁴⁰

A convenção 158 da OIT prevê diretrizes contra a dispensa abairraria ou imotivada, visando proteger o vínculo de emprego. Ela foi criada em 22 de Julho de 1982. Anteriormente, foi realizada a Recomendação 119 de 1963, que abordava sobre a terminação da relação de trabalho. Outra Recomendação de relevo é a 166, ela disciplina o termino da relação laboral por iniciativa do empregador.⁴¹

A Convenção 158 foi ratificada pela Espanha, Portugal, Suíça, Venezuela, Brasil entre outros países. O caso brasileiro é bastante peculiar, pois em 20 de novembro de 1996, denunciou unilateralmente por meio do Dec. 2.100. Essa recusa se deu por eventual inconstitucionalidade formal alegada pelo Brasil.⁴²

A convenção previa um prazo de 10 anos para a sua vigência e dentro desse prazo não poderia ser denunciada. Foi estabelecido um prazo de 12 meses em que o Estado parte poderia denunciá-la. O Brasil ao denunciar a Convenção não observou a data limite e o fez posteriormente. A data estabelecida foi em 23 de novembro de 1995.

³⁹ O sistema generalizado de preferência na sua forma original de 1974, era utilizado para excluir os países que foram comunistas.

⁴⁰ The 1916 Act was enacted by the US Congress under the heading of "Unfair Competition" in Title VIII of the Revenue Act of 1916. It provides in part as follows: "It shall be unlawful for any person importing or assisting in importing any articles from any foreign country into the United States, commonly and systematically to import, sell or cause to be imported or sold such articles within the United States at a price substantially less than the actual market value or wholesale price of such articles, at the time of exportation to the United States, in the principal markets of the country of their production, or of other foreign countries to which they are commonly exported after adding to such market value or wholesale price, freight, duty, and other charges and expenses necessarily incident to the importation and sale thereof in the United States: Provided, That such act or acts be done with the intent of destroying or injuring an industry in the United States, or of preventing the establishment of an industry in the United States, or of restraining or monopolizing any part of trade and commerce in such articles in the United States. (SICE, 2008). Disponível em : < <http://www.sice.oas.org> > . Acesso em 25 de Nov. de 2008. Os Eua não ratificaram a Declaração de 1998, apenas ratificaram a proibição contra o trabalho forçado.

⁴¹ As recomendações de um modo geral não têm o poder de gerar obrigações, no entanto, possuem um caráter diretivo e pode auferir "sanções morais" no plano internacional, mais especificadamente entre os países membro da OIT. As convenções são tratados internacionais e gozam de forma normativa, inclusive após a ratificação passam a integrar o sistema de direito interno por força de um decreto, sendo publicado no Diário oficial da União. Segundo o art.49, I da CF de 1988, compete ao Congresso Nacional resolver sobre tratados. (MELLO, 2002).

⁴² O Brasil, nos anos 90 passou por grandes transformações, dentre elas adotou políticas neoliberais, iniciou inúmeros programas desastrosos de privatização e desestatização.

A Convenção tem um caráter programático, diretivo e incentiva a auto-regulação dos Estados, em acordo com os seus respectivos sistemas jurídicos.⁴³

A essência da Convenção pode ser traduzida pelo dispositivo disposto no art 4 que diz:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. (OIT, 2008).

Objetiva-se, portanto, a evitar o arbítrio do empregador ao dispensar imotivada mente o empregado, este dispositivo se encaixa com a noção de que o trabalho é mesmo um direito social e, por esta razão, deverá ser tutelado principalmente contra medidas injustificadas, discriminações por raça, cor, sexo, nacionalidade e idade. O trabalho é um bem caro para a sociedade, não só pela produção de riqueza que gera, mas também deve ser entendido sobre a perspectiva Habermasiana de instrumentalidade.⁴⁴

Mais adiante, em uma análise pormenorizada, o art.5, traz em seu bojo algumas hipóteses em que o término da relação não poderá ser efetuado, por exemplo, a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho, ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes e a ausência do trabalho durante a licença-maternidade, neste caso a legislação pátria já faz essa previsão.

O art.7 é extremante inovador, na medida em que, estabelece um recurso para o trabalhador que se sentir injustificado com a sua dispensa, a seguir o dispositivo em tela:

O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por

⁴³ Art 1 : Dever-se-á dar efeito às disposições da presente Convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

⁴⁴ Nogueira (2002), entende que Habermas conceitua a categoria do trabalho como essencial para o processo de humanização, sendo indispensável à comunicação e a linguagem. Para ele o paradigma do trabalho está calcado na comunicação, ou seja, na razão comunicativa, pois os seres humanos de um modo geral são animais dotados de uma racionalidade e interação entre si na constância da vida em sociedade. Em Max o paradigma do trabalho está situado no modo de produção.

Fica instituído também o prévio aviso no art.11, devendo ser comunicado em tempo razoável sobre a sua dispensa, caso isso não ocorra deverá ser indenizado, a não ser que tenha cometido falta grave.

O artigo 12, apenas disciplina alguns direitos do trabalhador quando da dispensa, entre eles pode-se citar, a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregados; ou a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos.

A dispensa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, é permitida, muito embora, deverá ser comunicada aos representantes dos trabalhadores interessados. A linha b fomenta a negociação e o diálogo entre a classe dos trabalhadores e os empregadores. A lume o referido artigo:

Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotados para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos. (OIT, 2008).

Destarte, percebe-se que o espírito da Convenção 158 da OIT não escapou a razão comunicativa e não exauriu a possibilidade dos discursos argumentativos. Esse diploma é bastante pertinente para o fortalecimento da atividade sindical, bem como para as negociações coletivas.

Continuando a análise dogmática da Convenção, observa-se, que no art.14, existe a obrigação de prever o termino da relação laboral por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, devendo inclusive notificar às autoridades competentes, conforme o

estabelecido em cada legislação pátria. O dispositivo em questão, é bastante criticado, uma vez que, esses fatores geralmente acompanham uma situação contingente, uma crise financeira de repercussão não apenas nacional, mas também internacional, haja vista, a imensa integração e interdependência dos mercados mundiais, sendo quase impossível a sua previsão.

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos. (OIT, 2008).

3. A inconstitucionalidade formal da Convenção 158 da OIT em face da Constituição Federal de 1988

Existe entre a Convenção 158 e Constituição Federal de 1988 compatibilidade material, tendo em vista, que a matéria disciplinada em ambas são as mesmas e o objeto tutelado é o vínculo empregatício contra a dispensa arbitrária.⁴⁵

A inconstitucionalidade reside no fato de que o dispositivo constitucional do art.7, I da CF só poderá ser alterado por Lei Complementar, por força do processo de incorporação dos tratados internacional, a Convenção ingressa com força de Lei Ordinária. No caso em destaque, prevalece o princípio da supremacia da Constituição.⁴⁶

Verifica-se também, que o art.10 da Convenção contraria a Constituição Federal de 1988, uma vez que, admite a reintegração do trabalhador que foi dispensado imotivadamente. A Constituição apenas confere a reintegração para os trabalhadores provisoriamente estáveis, após findo o processo administrativo restando comprovado que não houve falta grave por parte do empregado. Poderá haver a indenização compensatória, no entanto, ela veda a possibilidade de regresso.

⁴⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. No mesmo sentido tem-se o art.4 da Convenção 158: Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

⁴⁶ Esse foi o entendimento do STF na Adin 1.480/DF, em sede de medida liminar, em 04 de Setembro de 1997, cujo relator foi o Min. Celso de Mello.

Face ao exposto, conclui-se que é preciso vontade política para a elaboração da Lei Complementar para regulamentar o art.7, I da CF DE 1988. A Convenção 158 é um importante instrumento de proteção e deve ser considerada, a inconstitucionalidade formal não afasta as diretrizes matérias compatíveis com a Constituição Federal que poderão ser amplamente aplicadas, basta que para isso haja uma intensa atividade legiferante que busque efetivar o espírito da Convenção 158 no sistema interno brasileiro, contudo, a mobilização da classe trabalhadora poderá ser requerida através dos sindicatos, estes possuem um papel fundamental na conquista de novos direitos.⁴⁷

4. O Ordenamento Jurídico Brasileiro e a dispensa imotivada: breves apontamentos

Os direitos sociais emergem como forma de anseio por melhores condições de trabalho, nascem em meio a Revolução Industrial, transcendem a luta de classe e esbarra no globalismo desenfreado da sociedade da contemporânea.⁴⁸

A República Federativa do Brasil, no seu art. 1, elenca os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como fundamentos basilares de seu Estado, menciona em diversos dispositivos a relevância e o valor social do trabalho, quer seja na ordem econômica e social. É no art.7, I da CF de 1998, que está consagrada a proteção contra a dispensa arbitrária.

A Consolidação das Leis Trabalhistas define no art. 2 e 3 quem de fato é considerado empregador e empregado.⁴⁹

Tendo em vista, a inexistência de Lei Complementar que regule o art.7, I da CF de 1998, aplica-se o art.10, I da ADCT, que diz:

Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição:

⁴⁷ Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização...(BOBBIO, 2004, p. 37).

⁴⁸ Na Consciência de Classe, Thompson relata os anos de luta de Carlili pela liberdade de imprensa, do aumento da força sindical, do crescimento do livre pensamento, da experiência cooperativa e da teoria Owenista. Essa experiência vivida pelos operários ingleses retrata o radicalismo popular insurgido foi derrotado, mesmo assim a semente plantada e após alguns anos deu frutos, dando início uma espécie de politização da classe operária. (THOMPSON, 1987). Os pilares do direito coletivo (e particularmente da liberdade de reunião e associação) são construídos a partir das lutas dos movimentos sociais e da persistência dos trabalhadores, então motivados pelo enfrentamento das deploráveis condições de trabalho nas fábricas da Revolução Industrial (CECATO, 2007, p. 354).

⁴⁹ A CLT foi criada em 1943 no governo de Getúlio Vargas e objetivava a unificação das leis trabalhistas brasileiras.

Art. 2: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art.3: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966;

Essa porcentagem refere-se ao valor depositado no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, instituído pela Lei n.º 5.107/66, sendo revogada posteriormente pela Lei n.º 8.036/90, o percentual de 40% foi mantido, conforme disciplina o art. 18, § 1 da referida Lei.

Destarte, observa-se que a partir desse contexto o empregado perde a estabilidade, muito embora, a CLT f no art. 492, faz a previsão da estabilidade decenal. A estabilidade decenal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, entre tanto, a indenização compensatória que tem por base os 40% foi recepcionada.

Faz-se, mister, a distinção doutrinária entre estabilidade e garantia no emprego. A garantia no emprego, segundo Renato Saraiva (2006), inclui todos os atos e normas criados pelos instrumentos jurídicos vigentes (Constituição Federal, leis infraconstitucionais, Código Civil, Convenções Coletivas etc) que impeçam ou dificultem a dispensa imotivada ou arbitrária do obreiro.. Para o aludido doutrinador a estabilidade é o meio operacional da garantia no emprego, a estabilidade pode ser definitiva ou provisória (SARAIVA, 2006, p. 275). A estabilidade, portanto, é considerada a espécie do gênero garantia de emprego, que se materializa quando o empregador está impedido, temporária ou definitivamente, de dispensar sem justo motivo o laborante (SARAIVA, 2006, p. 275).

A automação, o emprego estrutural também são fatores que estimulam de sobremaneira a dispensa do trabalhador. Em tempo de globalização é preciso fomentar a organização sindical, investir em capacitação em todos os níveis, incluindo a esfera do poder público e a iniciativa privada, sem nos olvidar da sociedade civil devidamente organizada.

No Brasil, existem as seguintes hipóteses que garantem a estabilidade provisória do trabalhador, são elas: o trabalhador vítima de acidente causado durante o exercício da atividade laboral, conforme o art. 118 da Lei 8.213/91,⁵⁰ o dirigente da CIPA, art. 10, II 'A da ADCT.⁵¹ A outra caso é referente ao dirigente sindical, está prevista na Constituição Federal de 1988, art. 8, VIII.⁵²

⁵⁰ Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantido, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

⁵¹ Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição:
II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

Para que se opere a dispensa nesses casos, é indispensável apuração de falta grave contra o empregador através de processo administrativo.⁵³

Caso não seja identificada nenhuma falta grave o trabalhador deverá ser indenizado.

No sistema brasileiro existem dois tipos de dispensa com justa causa e sem justa causa. Na justa causa, alega-se a quebra de confiança, da boa-fé entre outros casos previstos em lei. Para configurar a justa causa deverão ser comprovados alguns requisitos, como, por exemplo, a gravidade da falta, proporcionalidade da pena, conduta dolosa ou culposa. As hipóteses estão elencadas no art.482 da CLT. Já nos casos onde não se verifica justa causa para a dispensa, o art. 477, 479 e 480 da CLT disciplinam a matéria.⁵⁴

A Organização Internacional do Trabalho vem desenvolvendo o conceito de trabalho decente.⁵⁵ A noção de trabalho decente está intimamente ligada à idéia de justiça. Este termo pode ser abordado a partir de uma perspectiva ética e jurídica, admite-se também uma análise sociológica. Sendo assim, o conceito de trabalho decente será definido em conformidade aos parâmetros e paradigmas encontrados na sociedade a que se destina.⁵⁶

Com efeito, a idéia de trabalho decente reforça e amplia a proteção ao trabalhador estabelecendo um novo paradigma, que por sua vez, viabiliza a concretização e efetivação de standards sociais mínimos e direitos humanos inerente ao trabalhador dispostos nas Convenções da OIT. O espírito pujante que envolve a atmosfera do trabalho decente permite

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto da filiação sindical.

⁵² Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

⁵³ Art. 495. Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselháveis, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte

Art. 497. Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão de contrato por prazo indeterminado paga em dobro.

⁵⁴ Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

Art. 479. Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que sem justa causa, despedir o empregado, será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Art. 480. Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultar.

⁵⁵ El trabajo decente es el donde convergen los cuatro objetivos estratégicos, es decir los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social para la OIT el trabajo decente es un concepto organizador que sirve para proporcionar un marco general para las acciones de desarrollo económico y social. (OIT, 2008).

⁵⁶ As novas perspectivas e paradigmas para a sociedade do trabalho percorrem a construção de um nuevo pacto social. La crisis del modelo de orden social anterior y la reivindicación sindical de un empleo seguro, estable y con derechos puede terminar conduciendo a un nuevo pacto social. (RODRIGUÉZ, 2004, p. 6).

a fixação de elementos básico e definidores para a contemporaneidade, sem dúvida oferece instrumentos mais efetivos na busca de uma maior proteção do trabalhador em tempos de globalização não só no que diz respeito a dispensa arbitrária ou imotivada, mas em sua integralidade, pois o trabalhador é uma pessoa humana, dotada de dignidade de um valor intrínseco inestimável e insubstituível. O princípio da dignidade da pessoa humana constituiria o fundamento da moralidade democrática (RABENHORST, 2001, p. 45).

Considerações finais

A luta de classe resultou na conquista de importantes direitos. Esses direitos são provenientes do desrespeito a pessoa humana do trabalhador, dos maus tratos sofridos pelos ambientes insalubres das fábricas, das jornadas de trabalho que duravam aproximadamente de 18 horas de trabalho por dia.

Hoje, busca-se efetivamente evitar as atrocidades cometidas no passado, no entanto, não bastam apenas conceitos novos bem elaborados, retóricas vazias de sentido, mas sim, é necessário desenvolver políticas pública de participação, emancipação dos espaços públicos, fortalecimento dos sindicatos e principalmente promover a cidadania.

Os direitos fundamentais são a condição sine qua non para a promoção da dignidade da pessoa humana e para o desenvolvimento do trabalho decente.

Destarte, o que se pretende é evitar o regresso às fábricas da Revolução Industrial, preservando o trabalhador em sua plenitude. Assim, pode-se trilhar o caminho da redescoberta democrática do trabalho.

Referências

- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BRASIL, Consolidações das Leis de Trabalho. Dec-lei 5.452, de 01.05.1943. Aprovação a consolidação das leis do trabalho. *Lex-Coletânea de Legislação*: edição federal, São Paulo, V7, 1943. Suplemento.
- _____. Constituição federal de 1988. *Lex-Coletânea de Legislação*. São Paulo, 2007.
- BERQUÓ, Anna Taddei Alves Pereira Pinto. *A proteção ao emprego no brasil e a convenção 158 da organização internacional do trabalho*. In. Prim@ Facie: Revista da Pós-graduação em Ciências Jurídicas, : Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídica, João Pessoa, v. 4, n. 7, p.109-124, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on human rights*. Strasbourg: Council Of Europe, 2007.
- BORGES, Ângela; DRUCK, Maria da Graça. *Crise global terceirização e a exclusão no mundo globalizado*. In. Caderno CRH, Salvador, n. 19, p.1-14.1993.
- COUTHBERT, Mike. *European Union law*. Fourth London: Sweet & Maxwell, 2003. (Nutshells).
- FOREING TRADE INFORMATION SYSTEM. *The USA Antidumping Act of 1916*. Disponível em: <http://www.sice.oas.org>>. Acesso em: 25 de Nov. de 2008.
- GODOY, Rosa Maria et al. (Org.). *Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.
- GRAU, Antonio Pedro Baylos. *Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto*. In. Cuaderno de Relaciones Laborales, Madrid, n. 15, p.19-49,1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia Das Letras, 2006.

LOSANO, Mario. *Sistema E Estrutura No Direito: das origens a escola histórica*. São Paulo: Wmf, 2008. 1 v.

MARTIN, Elizabeth (Ed.). *Oxford Dictionary of law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2003

MARX; ENGELS. *A IDEOLOGIA ALEMÃ: Feuerbach- a composição entre as cosmovisões materialista e idealista*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1 v.

ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar as questões atinentes à responsabilidade civil e penal do empregador no que tange às ações envolvendo assédio moral perpetrados no ambiente de trabalho de sua empresa. Busca, em uma abordagem sucinta e precisa, identificar o conceito de assédio moral, bem como sua classificação e sua repercussão na órbita civil e criminal dentro de seu enquadramento no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: responsabilidade, assédio moral, empregador.

ABSTRACT: The present work has the objective of analyzing the questions referent of the civil and criminal responsibility of the employer for the actions enveloping insistence moral inside his company. It intends to identify the concept of insistence moral, as well as its classification and repercussion on civil and criminal orbit, inside of the context of its fitting into the Brazilian law.

Key-words: Administrative contracts. Concession contracts. Partnership contracts

Key-words: responsibility, insistence moral, employer.

Introdução

As questões envolvendo as relações de trabalho, bem como os atritos que, de certa fora, circundaram os personagens que participam destas relações, devem, para um melhor tratamento da matéria acerca do assédio moral, ser analisadas sob uma perspectiva histórica, cujo início leva-nos aos primórdios do instituto do Direito do Trabalho.

A própria expressão “trabalho” surge num contexto social no qual o homem dependia exclusivamente de sua capacidade física e de seu esforço pessoal para sobreviver. Essa relação *esforço-sobrevivência* é evidenciada com maior intensidade durante o período que abrangeu a Idade Média, no bojo da formação dos Estados modernos, nos quais se evidenciou o desenvolvimento dos grandes feudos.

* Pós-graduado *lato sensu* em Ciências Processuais. Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Professor de Direito Econômico do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Professor de Direito Ambiental da Fesp Faculdades. Advogado.

Os feudos consistiam em unidades territoriais sobre os quais se elucidava uma rede de relação hierárquica constituída por soberanos e vassalos, cujo grande proprietário de terras, o senhor feudal, concedia, numa espécie de “arrendamento” primitivo, parte de seus domínios para serem cultivados pelos pequenos camponeses (também conhecidos como servos).

Em troca de proteção às ameaças externas, especialmente dos povos bárbaros, cada camponês tinha de se submeter às precárias condições de trabalho impostas pelo soberano, visto que, do contrário, não haveria o acesso, por parte dos vassalos, às terras do senhor feudal, deixando-os, por conseguinte, desamparados para enfrentar as crises sociais evidenciadas naquele mundo extremamente hostil.

Percebe-se, pois, que desde o século XV se verificou que o homem sempre se sujeitou às condições impostas por outrem, no natural afã de garantir o seu sustento e de sua família, tendo que se submeter às péssimas condições de trabalho (muitas vezes desumanas), com significativo prejuízo à sua integridade física e psíquica.

A queda do feudalismo e o advento, posteriormente, do Estado liberal também não trouxe tamanhas modificações na vida dos nossos trabalhadores. Pelo contrário, os servos, que outrora trabalhavam “pesado” nas terras dos seus senhores feudais, passariam, agora, a submeterem-se a densas jornadas de trabalho dentro das grandes indústrias, enfrentando terríveis condições de labor e sem qualquer auxílio ou apoio por parte do Estado⁵⁷.

Com efeito, as conseqüências da política do *laissez-faire laissez-passez* foram desastrosas no plano social, visto que o homem passou a sofrer imensas violações em seus aspectos físicos e psíquicos, tendo de suportar péssimas condições de trabalho, dentro de um contexto no qual o regime capitalista buscava o lucro acima de todas as coisas.

Esta situação vem a se alterar, deveras, com o advento do chamado Estado social, ou *wellfare state*, no qual os direitos sociais passaram a ganhar especial relevância dentro do contexto histórico pelo qual atravessava a sociedade.

O ápice deste movimento pode ser identificado na inserção dos direitos sociais no corpo dos textos constitucionais das Cartas do México e da República Federativa de Weimar (atual Alemanha), em 1917 e 1919, respectivamente, demonstrando, agora, o compromisso (constitucionalmente assegurado) do Estado em promover e diligenciar a respeito da proteção e efetivação dos chamados direitos fundamentais, entre eles os preceitos inerentes às relações de trabalho.

⁵⁷ TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 203-204.

Surge, então, aqui os chamados “direitos de segunda geração” (ou dimensão), consistentes na observância das normas fundamentais no âmbito das relações sociais, deixando (ao menos em tese) de prevalecer a ótica do *pacta sunt servanda* na esfera das relações de trabalho, para submergir, paradoxalmente, as políticas de proteção ao trabalhador⁵⁸.

Dito Estado social, todavia, vem negligenciando na proteção dos aludidos direitos. Hoje o que se observa, no contexto da sociedade globalizada, é uma integração cada vez mais crescente na econômica mundial, na qual se prima por uma eficiência de produção que, inexoravelmente, resulta em uma situação desumana nas relações de trabalho, tendo-se deixado de lado os aspectos relacionados às necessidades mais essenciais da vida, como o descanso e o lazer.

A competitividade e a busca incansável pelo lucro tornaram o homem um ser “mecanizado”, encaminhando nossa sociedade para um mundo totalmente individualista, no qual o homem passa (ou volta a ser) o lobo do homem, e no qual trabalhadores buscam, sob qualquer pretexto, vencerem e alcançarem, a todo custo, o êxito nos respectivos cargos, mesmo que tal triunfo seja perpetrado em detrimento dos seus “companheiros” de profissão.

É justamente nesse contexto que se destacam as questões referentes aos assédios morais acometidos no âmbito das empresas, com reflexos imensuráveis no desenvolvimento psicológico dos trabalhadores e, conseqüentemente, no seio de toda a sociedade.

Destacar os nefastos aspectos do assédio moral, bem como promover ao apontamento das possíveis soluções para este terrível problema social, vem a ser o objetivo do trabalho vertente, pelo o qual se espera despertar às autoridades públicas, bem como a população como um todo, no afã de se buscar eliminar dita mazela social que desgraçadamente vem tornando corpo e forma de maneira assustadora nas relações de trabalho.

1. Conceito de assédio moral

Não há dúvida de que o assédio moral tem se tornado o grande mal social dos últimos tempos. Mas o que viria a ser o assédio moral? Como se configuraria e quais os tipos por ventura existentes?

⁵⁸ A maior influência destes movimentos foi, sem dúvida, liderada por Karl Marx e seus “ensaio” sobre as relações sociais. Suas idéias foram responsáveis pelo surgimento de verdadeiras revoluções sociais no âmbito das políticas estatais, tendo contribuído, inclusive, para o desenvolvimento de um novo modo de produção, pautada na planificação econômica, que iria, durante alguns anos, contrapor o regime capitalista.

Segundo a professora Margarida Barreto⁵⁹, assédio moral vem a ser

A exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego.

Da análise do conceito trazido pela autora, pode-se concluir que o assédio moral constitui um conjunto de atos, tais como desqualificação ou críticas em público, exploração de fragilidades físicas ou psíquicas, limitação ou proibição de qualquer inovação ou iniciativa do trabalhador, exposição ao ridículo, divulgação pública de detalhes íntimos, etc., que inviabiliza, devido à postergação de sua prática do decurso do tempo, a continuidade e o desempenho de uma relação de trabalho, com o objetivo, principal ou secundário, de promover, na pessoa da vítima, desproporcional temor ou aflição que a leve a desistir do emprego.

Trata-se, consoante se vislumbra, de uma concepção (moderna) que abarca tanto preceitos jurídicos, dado aos efeitos jurídicos que sua prática resulta, como também (e, a nosso sentir, de maneira prevalecente), aspectos psicológicos, em razão da alteração comportamental da vítima, que passa a agir de maneira não usual.

Digna de destaque, igualmente, é o conceito trazido por Marie-France Hirigoyen⁶⁰, para quem o assédio moral é definido como

Qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Um ponto importante que os conceitos acima explicitados trazem diz respeito à necessidade de repetição e perpetuidade dos atos praticados. A insistência no exercício de tais ações resulta no confronto diário pelo qual vivencia o âmago psicológico do indivíduo, que, por necessidade de manter-se no emprego, não vê outra alternativa a não ser submeter a estas torturas mentais.

O ataque ao psicológico do assediado é de tal forma que, em muitos casos, devido à insubsistência gerada pelos abusos constantes e repetitivos, os ataques levam à vítima à aquisição das chamadas “doenças modernas”, tais como a depressão, o estresse, a fadiga

⁵⁹ Palestra proferida em 23 de agosto de 2003, visualizada no sítio <http://www.fan.edu.br/v3/divulgacao2007/margaridabarreto/index.htm>, acesso em 24 de fevereiro de 2009.

⁶⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o Assédio Moral*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 75.

excessiva, ou, até mesmo, o suicídio. Na melhor das hipóteses, a exposição causada pelos ataques psicológicos causados por tais abusos finda por submeter a vítima a longos tratamentos, ocasionados por lesões mentais usualmente irremediáveis.

Os motivos que levam uma pessoa a assediar moralmente outra no âmbito do trabalho são diversos. Ciúmes, contendas, insegurança, cobiça, inveja, etc., tudo se inclui no contexto que faz com que a pessoa se sinta ameaçada pela presença ou pelo sucesso desenvolvido por um companheiro, levando-o a atormentá-lo de modo a inviabilizar a continuidade do trabalho por ele desempenhado.

Interessante observar, nesta seara, que qualquer pessoa encontra-se passível de se tornar um potencial assediador, circunstância esta que pode ser visualizada tanto nas relações entre trabalhadores (assédio horizontal), como também envolvendo chefes e empregados (assédio vertical), que é, sem sombra de dúvida, a forma mais habitual.

1.1. O Assediador

As relações de trabalho viciados pelos vícios causados pelo assédio moral se consubstancia com a presença de dois personagens, de um lado o assediador, e, do outro, a vítima.

De acordo com Mauro Azevedo de Moura, citado por Reginaldo Felker⁶¹, o assediador é

Alguém que não pode existir senão pelo rebaixamento de outros (...) covarde, impulsivo, fala uma 'fala vazia' e não escuta. Não assume responsabilidades, não reconhece suas falhas e não valoriza os demais. É arrogante, desmotivado, amoral, plagia ou se apropria do trabalho de outros.

Configura aquela pessoa que sente prazer em denunciar os defeitos e a falta de qualidade dos outros, que se encanta com o demérito alheio e contribui incessantemente para que tais situações ocorram.

Segundo Jorge Luiz de Oliveira da Silva⁶²,

⁶¹ FELKER, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho – doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 181.

⁶² SILVA, Jorge Luiz de Oliveira. *Assédio moral no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

O assediador é um fraco, um covarde, que não soube ponderar os valores de sua existência e necessita utilizar-se da iniquidade para subjugar aqueles que se encontram em um patamar hierárquico subordinado, nas relações trabalhistas.

Pessoas com alto índice de super-valoração, que necessitam ostentar uma espécie de “poder de autoridade” sobre os demais são, geralmente, as mais tendenciosas a se tornarem assediadoras. Utilizam-se de meios diversos para, a qualquer custo, constranger ou causar embaraços a outrem, com o nítido intuito de demonstrar a sua “superioridade” para os demais membros da equipe.

Desqualificações emanadas em público, críticas infundadas feitas com o único sentido de humilhar a criatividade ou o desempenho profissional de determinada pessoa (vítima), entre outras condutas, são as maneiras mais usuais que estas pessoas utilizam para a perpetração do assédio moral.

Insta ressaltar, todavia, que nem sempre as formas de assédio moral existentes envolvem, necessariamente, uma relação de subordinação entre os personagens. Há, pois, expressões abusivas, configuradoras do assédio moral, também entre os trabalhadores em si, nas relações interpessoais, no âmbito do “coleguismo” do ambiente de trabalho.

Destacam-se, nesse contexto, os tipos de assédio moral, cujos preceitos serão delineados em seguida.

2. Tipos de assédio moral

As duas espécies de assédio moral existentes são o *assédio vertical* e o *assédio horizontal*, sendo esta mais comum que aquela. Urge lembrar, contudo, que outras espécies são igualmente citadas pela doutrina, tais como o assédio moral tácito (que se caracteriza por gestos ou outras formas de movimentos corporais que expressam o repúdio de uma pessoa a outra), e o assédio moral expresso (que se constitui mediante atos materiais ou palavras de cunho pejorativo proferidas pelo agressor).

Entretanto, dada a pouca relevância dispensada a estas duas últimas, limitar-nos-emos a tecer breves observações tão somente acerca das espécies vertical e horizontal.

2.1. Assédio moral vertical

O assédio moral vertical caracteriza-se quando há uma relação de hierarquia ou subordinação envolvendo assediador e assediado. Geralmente um chefe de departamento que, pretendendo livrar-se de determinado funcionário, ou buscando satisfazer os mais nefastos interesses pessoais (ressalvado, evidentemente, os de natureza sexual, que em nada se confunde com assédio moral) utiliza-se de práticas abusivas para constranger ou corromper a harmonia do clima do ambiente de trabalho, em relação a um trabalhador em especial, causando-lhe a indesejável intenção de abandonar o emprego.

Essa prática ocorre de forma mais corriqueira com as pessoas do sexo feminino, que por serem mais maleáveis, ou por serem comumente alvo de desejos relacionados à satisfação da concupiscência de seus empregadores, sofrem com expressões ou gestos que as levam a desenvolver uma vulnerabilidade no seu âmago psicológico ou físico.

Quando tais circunstâncias são evidenciadas, não há dúvida da procedência da responsabilidade do empregador, tanto no âmbito civil, com a reparação dos danos morais comumente devidos em razão dos direitos da personalidade que foram lesados, como também no âmbito penal, consoante se verá adiante.

O problema, contudo, que tangencia a impunidade destes agressores consiste na falta de base para oferecimento de um conjunto probatório preciso, capaz de elucidar os fatos tal como incididos efetivamente. O uso de câmaras de segurança instaladas na estrutura interna da empresa (que, muitas vezes, ficam sob a custódia do empregador), poderia servir como um excelente elemento de prova, atrelado a outras provas de natureza testemunhal.

Todavia, o acesso a tais elementos se configura demasiadamente dificultoso, especialmente quando aludidos acervos probatórios podem ser facilmente manipulados pelos detentores do poder, que certamente não mediriam esforços para corromper os depoimentos de seus subalternos, bem como danificar ou inviabilizar as imagens captadas pelos aparelhos de filmagem.

Outro ponto crucial (e talvez o mais relevante) que interfere na impunidade dos assediadores diz respeito a não promoção da denúncia face ao receio de perder o emprego. Este é o motivo principal que leva milhões de trabalhadores a suportarem as mais terríveis formas de assédio moral, que variam desde pequenos constrangimentos a verdadeiras humilhações públicas, que levam, muitas vezes, a transtornos psicológicos irreversíveis.

Foi visto que desde longas datas no curso da nossa história o homem sempre se submeteu a situações degradantes com a única finalidade de manter a sua fonte de sustento. Essa mesma preocupação do ser humano é evidenciada, nos dias atuais, ainda com mais intensidade, face à extrema competitividade no mercado de trabalho, atrelada à necessidade

de se produzir em demasia, para atender aos interesses capitalistas gerados no contexto de uma economia globalizada.

Deve-se, contudo, ter em mente que a situação que levou o homem a subordinar-se a tais sacrilégios é totalmente distinta do contexto histórico que vivemos hoje. Conquistamos direitos outrora impensáveis, especialmente no âmbito das relações trabalhistas (direito à associação sindical, repouso semanal remunerado, aviso prévio, etc.), não se podendo regredir para aceitar que práticas abusivas, relacionadas ao assédio moral, sejam perpetradas diuturnamente, “em baixo de nossos narizes”.

2.2. Assédio moral horizontal

Ao lado do assédio moral vertical, que envolve uma relação de subordinação, existem também as práticas embaraçadoras provocadas pelos funcionários entre si. Trata-se do assédio moral horizontal, que se caracteriza exatamente pela ausência de hierarquia entre assediador e vítima.

Tais condutas são geralmente realizadas em razão de contendas surgidas ao longo da jornada de trabalho, entre funcionários do mesmo setor. As razões para a perpetração destas ações são de natureza variada, indo desde a necessidade de progredir funcionalmente em detrimento do empenho dos demais colegas, até a simples falta de simpatia entre os trabalhadores antigos, que, por isso, se acham superiores, e os novos contratados.

Um ponto polêmico em relação ao assédio moral na classificação horizontal diz respeito à responsabilidade civil do empregador. Existe, ou não, em casos de assédio moral horizontal, o dever do empregador de indenizar eventual prejuízo de ordem moral ou material pretensiosamente causado à vítima?

Em casos como este, o empregador pode valer-se, como uma espécie de excludente de responsabilidade, da impossibilidade de fiscalizar todos os seus funcionários, bem como suas peculiares atitudes, dentro do vasto campo de ambiente de trabalho de sua empresa.

Pode-se alegar, ainda, que, face à aludida escusa, inexistiria qualquer nexo de causalidade para caracterizar a imputação civil do empregador para indenizar as eventuais perdas e danos, deixando a vítima, deste modo, sem nenhum amparo por parte dos dirigentes das empresas.

Malgrado a relevância de tais argumentações, bem como outras que ocasionalmente possam surgir, devemos ter em mente que, na égide do novo Código Civil, o empregador é

civilmente responsável pelos atos praticados por seus empregados, tendo, inclusive, o novel legislador adotado, para estes casos, a responsabilidade objetiva, ou seja, aquela na qual o elemento subjetivo é prescindível para a apuração da responsabilidade do sujeito⁶³.

Desse modo, o empregador tem o dever de vigilância sobre os atos de seus funcionários, inclusive quando se há circunstâncias fatuais perceptíveis de que esteja havendo, dentro de sua empresa, alguma forma de manifestação de assédio moral, em suas mais variadas formas. Caso haja negligência na prestação deste dever (culpa *in vigilando*), o patrão poderá vir a ser responsabilizado objetivamente pelos danos causados às vítimas do assédio moral horizontal.

3. Consequências do assédio moral

Viu-se, portanto, que tanto o assediador como o empregador são passíveis de sofrerem alguma forma de imposição do dever os danos civis causados em virtude das lesões provocadas pelo assédio moral. Insta, todavia, partirmos para análise da seara penal, a fim de saber se tais condutas podem, concomitantemente ao campo civil, ser enquadradas como fatos típicos.

Na verdade, o Código Penal brasileiro é omissivo em relação à previsão expressa deste tipo penal, não havendo, pois, face ao princípio da legalidade, tipificação penal para este tipo de conduta (ao menos não na modalidade de crime de assédio moral em si, sem prejuízo, evidentemente, de outras modalidades criminosas que possam subsumir nas condutas que estão sendo aqui tratadas).

Existe, porém, um projeto de lei, sob o número 4.742 de 2002, de autoria do Deputado Federal Marcos de Jesus, que estabelece, no estatuto punitivo nacional, o art. 146-A, cuja redação dispõe que constitui crime “desqualificar, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral”.

Nota-se, da análise do referido dispositivo, que a figura do assédio moral nas relações de trabalho terão, caso o projeto venha a ser aprovado sem alterações, seus aspectos materiais mais amplos, visto abordarem, ao lado das relações de emprego de natureza privada, as relações estatutárias nas quais são regidos os servidores públicos.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 152.

Assim, tanto as relações privadas como também as relações de trabalho no âmbito da Administração Pública serão objeto de análise na tutela estatal da proteção aos direitos da personalidade que são fulminados com o assédio moral.

Conclusões

Diante de tudo o que foi exposto, concluímos este trabalho chamando atenção para as questões trazidas a baila por meio desta nova modalidade de “doença social”, usualmente ignorada, que se tem denominado assédio moral.

As conseqüências desta manifestação, como se demonstrou, perpassam a barreira do jurídico, adentrando para áreas mais voltadas à psiquiatria e à medicina, uma vez que os efeitos do assédio moral nem sempre provocam reações efêmeras, mas tornam-se incisivas na mente do assediado, de maneira a comprometer a sua saúde e o seu bem estar dentro do seio social.

Por tais razões, faz-se imprescindível um estudo mais acurado sobre este assunto de tamanha relevância, que, muitas vezes, inobstante sua importância e suas graves conseqüências, vem sendo deixado de lado nos debates, especialmente por grande parte dos empregadores.

Uma atuação mais efetiva pelos sindicatos já está sendo providenciada, consoante se vislumbra em algumas atuações, como também a participação do Poder Público, que tem se empenhado na produção de normas mais voltadas para a proteção do trabalhador face aos abusos ocasionados pelo assédio moral⁶⁴.

Espera-se que este seja o início de um sistema normativo mais promissor, bem como que seja difundida a existência desta mazela social, a fim de que, com o conhecimento e instrução da população, os órgãos competentes possam ser acionados de forma mais dinâmica e os resultados do assédio moral possam ser significativamente reduzidos.

Referências

BARRETO, Margarida. *Assédio moral nas relações de trabalho*. Disponível em: <http://www.fan.edu.br/v3/divulgacao2007/margaridabarreto/index.htm>, acesso em 24 de fevereiro de 2009.

FELKER, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho – doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

⁶⁴ Conforme reportado na palestra proferida por Margarida Barreto em 23 de agosto de 2003, visualizada no sítio <http://www.fan.edu.br/v3/divulgacao2007/margaridabarreto/index.htm>, acesso em 24 de fevereiro de 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o Assédio Moral*. Tradução de Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira. *Assédio moral no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS FATORES REAIS DE PODER

IVANDRO PINTO DE MENEZES*

RESUMO: O artigo consiste numa abordagem da obra de Ferdinand Lassale, *A essência da Constituição*, analisando-a sob uma perspectiva de atualidade de sua teoria, em detrimento da crítica realizada por Konrad Hesse. Percebe e aponta a constitucionalização destes fatores reais de poder e sua incorporação ao ordenamento jurídico posto.

Palavras-chave: Constituição. Ferdinand Lassale. Konrad Hesse. Realidade constitucional.

ABSTRACT: This paper is about Ferdinand Lassale and his concept of constitution, demonstrating the actuality of his ideas. Besides the critic made by Hesse, this ideas are showing the constitution results of many interferences of power and dominating factors from the economic, social and cultural realities. The society changes the constitutional law while it has new values.

Key-words: Constitutional Law. Ferdinand Lassale. Konrad Hesse. Constitutional Reality.

1. A Constituição e os fatores reais de poder

Em 16 de Abril de 1862, o professor Ferdinand Lassalle, proferiu uma conferência acerca da essência constitucional, partindo de uma questão em particular: “*Qual será a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição?*”. Em sua investigação, utiliza-se de um método comparativo, envolvendo de um lado a Constituição, e de outro os conceitos de outros objetos conhecidos⁶⁵.

Partindo do pressuposto de que a Constituição é uma lei especial, uma lei fundamental, passa-se a questionar o que é uma lei fundamental. Assim, percebe que “*A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo*” (1988:28). Assim, a Constituição é essa “força ativa” capaz de tornar as leis no que elas são. No entanto, essa força ativa corresponde aos chamados *fatores reais de poder*.

* Especialista em Direito Constitucional. Professor universitário. Advogado.

65 Acerca de seu método, ensina Lassalle: “(o método) *Baseia-se em compararmos o objeto cujo conceito não sabemos com outro semelhante, esforçando-nos para penetrar clara e nitidamente nas diferenças que afastam um do outro*” (*A Essência da Constituição*, 3. ed., Rio de Janeiro, Líber Júrís, 1988, p. 25).

A Constituição seria, então, “a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação” (1988:37). Desse modo, temos duas Constituições distintas a *real* e a *jurídica*, correspondendo à Constituição real a soma de fatores reais de poder. Enquanto à jurídica corresponde a transposição desses fatores reais de poder para uma folha de papel (documentação).

A Constituição real e efetiva, diferentemente da Constituição jurídica, não é uma “*prerrogativa dos tempos modernos*” (1988: 47), pois assim como para cada Nação há fatores reais de poder também há uma Constituição real e efetiva⁶⁶.

Portanto, a Constituição jurídica não tem qualquer valor, nem qualquer relevância quando se encontrar em desarmonia com a Constituição real e efetiva. E mais, como os fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade podem sofrer alterações, mudanças, a constituição jurídica, ante o fato de ser escrita, padece, portanto, da possibilidade de atualização, pois como é estática, jamais poderia acompanhar o progresso da sociedade. Assim, declara Lassalle (1988, p. 59):

Quando podemos dizer que uma constituição escrita é boa e duradoura? [...] resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando essa constituição escrita corresponder à constituição real tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. [...] a constituição escrita não corresponder à real, inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, *a folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.

A Constituição jurídica, de fato, seria inócua se não visasse aos fatores reais de poder, mas não a entendemos de forma estática, de forma inerte como deixa a entender o citado autor. Uma coisa é certa, não basta estabelecer em um documento escrito que essa ou aquela lei é uma constituição, se o seu conteúdo não for de fato distinto e superior aos das demais leis. Queremos com isso dizer que não basta afirmar a existência de uma Constituição, é imperioso que ela realmente exista. Para exemplificar o que afirmamos, façamos uso das palavras de Ferdinand Lassalle (1988, p. 63):

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira.’ Bastará esse papel para transformar em

66 “Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição *real* e *verdadeira*. A diferença nos tempos modernos – e isto não deve ser esquecido, pois tem muitíssima importância – não são as constituições reais e efetivas, mas sim as *constituições escritas nas folhas de papel*. De fato, na maioria dos Estados modernos, vemos aparecer, num determinado momento de sua história, uma Constituição *escrita*, cuja missão é a de estabelecer *documentalmente*, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente” (A Essência da Constituição, 3. ed., Rio de Janeiro, Liber Jûris, 1988, p. 49).

figueira o que é macieira? Não naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam essa fábula, produzindo maçãs e não figos.

O exemplo acima ilustra bem aquilo que pode acontecer às constituições jurídicas, pois *“De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.”* (1988, p. 64)

Há, ainda, o fato desses fatores reais de poder encontrarem-se concentrados nas mãos da sociedade, mas partilhado pelos seus diversos segmentos, estando mais organizados em alguns e menos em outros desses segmentos. Assim, a Constituição passa a refletir os interesses desses grupos em menor ou maior escala, tudo em conformidade com a sua forma de organização. Decorre, que os governantes ou, em geral, as classes com maior poder, por estar mais organizadas sobrepõem-se aos interesses do povo, que tendo seu poder menos organizado, exerce uma menor influência na formação de uma Constituição.

Desse modo, termina sua obra concluindo que

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos lembrar. (LASSALE, 1988, p. 67)

Entretanto, sua teoria encontrou mais opositores que partícipes. Alguns a renegaram por completo, outros lhe podaram os excessos e extraíram o que de positivo havia em suas idéias.

No mais, surgiram outras concepções de Constituição, dentre as principais podemos citar a de Marx, Carl Schmitt e Hans Kelsen, cada um abordando um determinado aspecto do conceito de Constituição⁶⁷.

67 Acerca dessas concepções, afirma George Salomão: “[...] para Schmitt a Constituição é *deição política*; em Lassale, apresenta-se como *fato social*; por fim, Kelsen nos afirma ser a Constituição *pura norma*. Percebe-se desde logo, o *reducionismo* dessas teorias sobre a definição da constituição.” (*Interpretação constitucional e tópica jurídica*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 9). Em mesmo sentido, José Afonso da Silva: “*Pecam pela unilateralidade as concepções sociológica, política e normativa pura.*” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 31) Mais adiante, o eminente constitucionalista, aponta um conceito total de Constituição, que segundo Pinto Ferreira, só é possível sua formulação “*mediante o qual se processa a integração dialética dos vários conteúdos da vida coletiva, na*

Uma das críticas feitas ao trabalho de Ferdinand Lassalle pode ser encontrada na obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, obra da lavra de José Afonso da Silva (2002:24), da qual destacamos o seguinte trecho:

Os problemas constitucionais – afirma Lassalle – não são, primariamente, problemas de *direito*, mas de *poder*; a verdadeira constituição é a real e efetiva; as constituições escritas não têm valor nem são duráveis, senão na medida em que dão expressão fiel aos fatores de poder imperantes na realidade social. Admite ele, contudo, que a proporção de forças efetivas, que começa sendo mero fato, acaba por converter-se em normas, mas não aceita a acusação, que se lhe fez, de que professava a teoria de que o *Poder* deveria antepor-se ao *Direito*, de que o Poder prevalece sobre o Direito, pois, para ele, o Direito prima sobre o Poder, mas a teoria que estava sustentando não se desenvolvia no plano do *dever-ser*, mas no plano do *real e verdadeiramente é*.

Diante de tal ponto de vista, sua teoria restringe-se ao plano do *ser*, não tendo qualquer relação com o plano do *dever ser*. Isso implica reconhecer que o seu pensamento nega, por completo, que a Constituição possa ser uma norma (seja esta moral ou jurídica), conseqüentemente, nem de Direito, pois, conforme a lição de Miguel Reale (1993, p. 34),

[...] toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ser reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura mister é esclarecer, mesmo porque ela está no cerne da atividade do juiz ou do advogado. [...] todo juízo lógico, cuja expressão verbal se denomina *proposição*, há sempre um sujeito a quem se predica algo. Ora, a união entre sujeito e o predicado pode ser feita pelo verbo copulativo *ser* ou, então, pelo verbo *dever ser*, distinguindo-se, desse modo, os juízos de *realidade de valor*.

Considerando-se tais críticas, parece não haver uma correta compreensão da obra de Lassalle, pois em toda a sua obra não se vê remissão a tais posicionamentos. Em momento algum, o trabalho do renomado professor aponta na direção de que a Constituição não tem a tal falada *força normativa*, citada por Hesse. Em verdade, questiona sobre a eficácia da

Constituição jurídica, pois entende que se não houver uma coincidência entre essa e a Constituição real e efetiva, que é a conhecida e respeitada pelos destinatários da norma, então aquela não passará de uma mera folha de papel.

Sua preocupação é contemporânea, pois era com os conflitos existentes entre a Constituição jurídica (a “folha de papel”) e a Constituição real e efetiva, ou seja, a soma dos fatores reais de poder. Por isso, compreendeu que os problemas constitucionais não se encontravam no âmbito do *dever ser*, pois não se contesta a validade e a vigência da Constituição jurídica, mas apenas a sua eficácia.

Destarte, não está a contestar, portanto, o caráter jurídico da Constituição, mas diante de um documento estático, que é a constituição escrita, como pode atualizar-se? Como pode acompanhar o dinamismo e a velocidade das alterações sociais, das mudanças dos fatores reais de poder?

Assim, para sua teoria, a constituição jurídica só é realmente eficaz, só é aplicável se estiver em plena e total harmonia com a Constituição real e efetiva, portanto, em harmonia com os fatores reais de poder. Para Inocêncio Mártires Coelho, as lições de Lassalle são verdadeiras lições de realismo jurídico, servindo como uma injeção de clareza, para a reflexão dos problemas vividos entre a Constituição e a *realidade constitucional* ⁶⁸.

Desse modo, podemos concluir, em um primeiro momento, que na prática a essência da Constituição não é jurídica, mas política, na medida em que a Constituição é o exato reflexo da vontade dos detentores do poder.

2. A Constitucionalização dos Fatores Reais de Poder

Parece-nos que a atualidade só encarou as idéias de Lassalle como aplicáveis à doutrina do poder constituinte originário, pois encaram que os fatores reais de poder, em seus aspectos, conjunta ou isoladamente, interferem no processo constituinte, ou seja, influenciam na formulação de uma Constituição ⁶⁹.

68 Diz o professor: “[...] *tem-se a impressão de que os fatores reais de poder - independentemente das crenças dos seus moradores - perambulam como fantasmas por todos os cômodos do edifício constitucional.*

Como os inquilinos desse hipotético edifício a todo instante se vêem a braços com o problema das tensões, melhor diríamos dos conflitos, entre Constituição e realidade constitucional, as idéias de Fernando Lassalle se impõem naturalmente à sua reflexão.” (Konrad Hesse/Peter Häberle: *um retorno aos fatores reais de poder*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de março de 2003).

69 Para Pinto Ferreira, segundo comentário de José Afonso da Silva, em sua *Aplicabilidade das normas constitucionais*, “é evidente a atuação da realidade social (econômica e cultural) sobre os textos constitucionais e que o ideal de constituição está condicionado historicamente, mediante a pressão de fatores sócio-culturais e espirituais, como também da infra-

Ao definir, didaticamente, Constituição afirmou o professor André Tavares: “A Constituição é o produto pelo qual podemos reconhecer que houve a manifestação do denominado poder constituinte genuíno” (2002, p. 57). Ao fazê-lo, teríamos uma reafirmação da idéia de Lassalle, ou seja, a idéia de que a Constituição resulta dos fatores reais de poder?

Cremos que certamente assim entendem, porque tentar negar o que ora afirmamos, é partilhar de uma visão ingênua e desapropriada da própria realidade jurídica em sua totalidade.

A questão fundamental das críticas suscitadas acerca do trabalho de Lassalle não repousa nesta questão, mas nos conflitos entre a *Constituição real e efetiva* e a *Constituição jurídica*, pois, como dito anteriormente, esta última sucumbe quando em desarmonia com a primeira.

Entre os seus mais conhecidos e duros críticos, temos, certamente o constitucionalista alemão, Konrad Hesse, quem, em sua obra *A Força Normativa da Constituição*, adota expressamente posição contrária.

Para Hesse (1991, p. 11),

A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negativa da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição.

Destarte,

Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se sua conversão numa simples ciência do ser. [...] se justificada a negação do Direito Constitucional, e a conseqüente negação do próprio valor da Teoria Geral do Estado enquanto ciência, se a Constituição jurídica expressa, efetivamente, uma momentânea constelação de poder. Ao contrário, essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição.

estrutura econômica das sociedades, e acha que os ‘textos legislativos constitucionais são uma fotografia em miniatura da paisagem social’. Decalque rigoroso das contradições dialéticas da sociedade, que se consubstanciam numa fórmula de compromisso e harmonia da sociedade, que é a constituição” (Op. cit., p.25).

Desse modo, diante da força normativa da constituição, passa a Hesse (1991, p. 12) a formular os seguintes questionamentos:

Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes?

Então, como forma de responder a tais questões, Hesse (1991, p. 13) entende que há três momentos para a resolução de tais questões, quais sejam: a) o reconhecimento de um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social: *“Devem ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica”*; b) a investigação dos pressupostos de eficácia da Constituição.

Assim, entende que a Constituição jurídica e a efetiva condicionam-se reciprocamente, não sendo, entretanto, integralmente dependentes uma da outra. No entanto, a constituição jurídica não é desprovida de força, pois vincula a sociedade.

Então,

A radical separação, no plano constitucional entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo (HESSE, 1991, p. 14).

Tem-se, então, que *“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”* (HESSE, 1991, p. 14), a essa pretensão deu-se o nome de *pretensão de eficácia*, entendendo que esta

[...] não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p. 15).

Ressalte-se, que

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser” (HESSE, 1991, p. 15).

Portanto, ao admitir que a pretensão de efetividade não se encontra desvinculada da realidade constitucional, não estaria Hesse a admitir que os fatores reais de poder são condições *sine qua non* para a efetivação da própria *força normativa da Constituição*?

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, Hesse promoveu a constitucionalização dos fatores reais de poder, através “*do reconhecimento explícito de que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e que, por isso, a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização*” (2001, p. 02). E mais, entende que Hesse apenas traz uma solução moderna as questões suscitadas por Lassalle.

De fato, a força normativa da Constituição não pode ser inerente à própria constituição, como deixa bem claro o autor ao mencionar a “vontade de Constituição”, pois como percebe o eminente constitucionalista (1991, p. 21):

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Assim o é, pois segundo o próprio autor não se pode impor uma constituição, esta tem de ser aceita, de ser recepcionada pela consciência social⁷⁰, entendendo-se a vontade de Constituição como o desejo dos seus destinatários em cumpri-la. Isto posto, não seria a vontade de Constituição os velhos fatores reais de poder?

Em verdade, ao afirmar que a Constituição torna-se mais eficaz na medida em que maior é a vontade de Constituição, Hesse está colocando sua tese no mesmo patamar da tese de Lassalle, haja vista não negar a normatividade da Constituição jurídica, mas perceber que esta só é eficaz na medida em que corresponde aos fatores reais de poder, ou seja, apenas enquanto corresponde a consciência social, sem a qual, conseqüentemente não há vontade de constituição.

Essa discussão remete-nos a velha Teoria Tridimensional do Direito, desenvolvida por Miguel Reale, a qual para uma compreensão preciso recorreremos às colocações feitas pelo eloqüente, apaixonado e apaixonante professor paraibano, Antônio Cavalcante da Costa Neto (1999, p. 64ss), *in verbis*:

[...] direito não nasce nem cresce no vácuo, mas é fruto de fatores sociais, políticos, econômicos, geográficos, demográficos, dentre tantos outros que envolvem a vida dos homens em sociedade. [...] Mas, como esses fatores convertem-se em normas jurídicas? Como é possível um fato transformar-se em direito? [...] Afirma Miguel Reale razoável supor [...] que primitivamente o homem viveu o direito apenas como uma experiência social, sem atribuir a essa vivência prática qualquer significação jurídica, pois não tinha consciência da juridicidade de seus atos. No princípio, portanto, o direito era fato. [...] A bem da verdade, não era somente fato, mas fado, como assinala Reale, isso porque, germinalmente, o direito era tido como a sina a que cada homem deveria submeter-se, governado que era pelas inexoráveis leis do destino, haja vista que o fenômeno jurídico se revestia de um forte traço religioso. [...] Sucede que, gradativamente, o homem foi abstraindo imagens do mundo em que vivia, e com isso os fatos começaram a ter um significado que podia ser apreendido a nível da consciência humana. Nesse momento, o direito deixou de ser apenas um fato, por assim dizer, em estado bruto, e passou a ser impregnado por valores. Estes, em princípio, eram “hipostasiados, o que quer dizer projetados para fora do homem e transformados em entidades por si bastantes”, a exemplo da justiça, que não apenas representava –

70 Diz Hesse, citando Humboldt: “As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuarem previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las” (*op.cit.*, p.17).

aliás ainda representa – o grande valor do mundo jurídico, mas era ao mesmo tempo uma divindade venerada pelos homens. [...] Todavia, o direito não poderia deixar-se ficar na especulação abstrata da justiça. Precisava ir mais além. E a questão que se colocava era a seguinte: como seria possível medir-se o valor do *justo* no plano da experiência concreta? Seria preciso uma régua, um peso, uma medida a ser utilizada para mensurar concretamente a justiça. O direito, então, tornou-se *norma*, que significa mesmo uma *régua*, uma *medida*, um padrão destinado a, na prática, pesar os atos humanos na balança da justiça.

Demonstra-se, pois que o Direito é, a um só tempo, fato valor e norma. Ainda, segundo o próprio Reale, “*fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, se reflete também no momento em o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou uma regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhe aplicação*” (1993, p. 67). Acrescenta o mestre:

Desde a sua origem, isto é, desde o aparecimento da norma jurídica, — que é síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores, — até ao momento final de sua aplicação, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendando. Nós dizemos que esse processo do Direito obedece a uma forma especial de dialética que denominamos “dialética de implicação-polaridade”, que não se confunde com a dialética hegeliana ou marxista dos opostos. [...] Segundo a dialética de implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o *fato* e o *valor* nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura *normativa* como momento de realização do Direito. Por isso é denominada também “dialética de complementaridade”.

Não se objetiva com essas linhas sobre a tridimensionalidade jurídica⁷¹ afirmar que Hesse desconsidera esses elementos essenciais do Direito, mas apenas demonstrar que não

71 Acerca da tridimensionalidade do Direito, afirma Maria Helena Diniz: “Para Miguel Reale, a ciência do direito é uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida, enquanto esta normatividade se desenvolve em função de fatos e valores, para realização ordenada da convivência humana.”

há Constituição eficaz e efetiva se não condiz com a realidade constitucional. Se os valores encampados na carta constitucional não são os mesmos exigidos pela vontade social, não há que se falar em eficácia constitucional.

A Constituição jurídica possui sua força normativa, mas esta está condicionada aos valores defendidos pela sociedade, apenas assim pode-se afirmar haver vontade de constituição, ou seja, o interesse em fazê-la cumprir. Portanto, a força normativa da constituição não está livre dos fatores reais de poder, porque é oriunda destes mesmos fatores reais de poder.

Entretanto, Hesse atenta para uma questão que entendemos fundamental ao afirmar que a Constituição deve ser concretizada na medida em que surgem condições históricas para a sua realização. Ao afirmar que a Constituição não se impõe, percebe que a única forma de fortalecer a normatividade e eficácia desta Constituição é lançá-la às condições fáticas e a sua valorização⁷².

Vimos acima, que o fato não se desprende dos valores, portanto, nossa posição é a de que as teses de Lassalle e Hesse são, em determinado aspecto, idênticas, e noutro, complementares, uma vez que Hesse percebeu uma forma de atualização da Constituição jurídica, de modo que esta não se distancie da real e efetiva, ao menos sob um plano de normatividade.

Em sua época, Lassalle não poderia conceber a visão de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais, coisa que não ocorreu a Hesse. Enquanto, Lassalle não apontou uma direção para solucionar os conflitos existentes entre a Constituição e a realidade constitucional, Hesse o vislumbrou, ante a realidade de seu tempo, uma saída, qual seja a interpretação:

[...] interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios da subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábuas rasas. Ela há de

(Compêndio de introdução à ciência do direito, São Paulo, Saraiva, 1994, p.129). Grifo nosso.

72 Afirma Hesse: “[...] o *Direito Constitucional* deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao *Direito Constitucional* realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.” (op. cit., p. 27).

contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa das condições reais dominantes numa determinada situação.

A interpretação constitucional emerge como um remédio a curar a chaga aberta pelo conflito entre realidade constitucional e a Constituição. É preciso notar que só assim pode-se manter a força normativa da carta constitucional, pois a interpretação promove a harmonização entre a Constituição folha de papel e a Constituição real e efetiva, tornando-as não em entidades distintas e independentes, mas apenas em uma Constituição, que é aceita, que é eficaz, porque corresponde aos fatores reais de poder na possível medida de sua efetivação.

Ante o exposto, quando nos perguntarem o que é uma Constituição, estaremos satisfeitos em repetir as belas palavras de Eros Grau: “*A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade*” (2003, p. 115). Portanto, se assim não o for, estejam certos de que não há Constituição.

Referências

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, Nº 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 05 de março de 2003.
- COSTA NETO, Antonio Cavalcante da. *Direito, mito e metáfora: os lírios não nascem da lei*. São Paulo: LTr, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *Breve nota sobre a interpretação da Constituição e a democracia do sufrágio*. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1, janeiro/junho de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- LEITE, George Salomão. *Interpretação constitucional e tópica jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DECISÕES DO CADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ORDEM ECONÔMICA

CATARINA MOTA DE FIGUEIREDO PORTO*

RESUMO: O presente artigo esboça, a partir da evolução do sistema de defesa da ordem econômica brasileira, o surgimento do CADE, trazendo algumas questões polêmicas sobre a sua função, como sua interpretação de atos infracionais, e a interpretação desses mesmos atos sob o ponto de vista judicial, observando o equilíbrio almejado nos princípios constitucionais na ordem econômica, inclusive a defesa do consumidor.

Palavras-chave: Decisões administrativas e judiciais - infrações à ordem econômica - Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: This article explains the born of CADE, through the evolution of the public defense system of Brazilian economic order. Some controversial questions are brought about its role and its interpretation of economic infractions, which are also judged by the justice. Moreover, it is considered the desirable balance in the interpretation of the constitutional principles of economic order, including consumer defense.

Key-words: administrative and law interpretation - infractions against economic order - Consumers Defense.

1. O papel do CADE na prevenção e repressão do abuso de Poder Econômico

A ordem econômica e social é objeto de atenção da legislação desde a Constituição Federal de 1934, que se preocupou em garantir a liberdade econômica. A Constituição Federal de 1937 cuidou da liberdade individual como fator da prosperidade nacional, tratando inclusive da possibilidade de intervenção, assim como se preocupou com os crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado. O Decreto-lei n.º 869/38 pode ser considerado a primeira lei antitruste nacional, mas com foco na questão da economia popular. O Decreto-lei nº 7.666/45 (Lei Malaia), por sua vez, criou a Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência - o CADE - órgão incumbido de apurar atos ou fatos contrários à economia popular, subordinado ao Presidente da República.

* Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Atuação em Direito Privado, com ênfase em Direito Civil. Professora Titular da FESP Faculdades e do Instituto de Ensino Superior da Paraíba.

Observa-se que todas essas normas tinham caráter eminentemente nacionalista, fato que se explica, em parte, por causa da economia extremamente intervencionista da época, uma necessidade do país, que estava em processo de formação de sua indústria nacional. A Lei Malaia foi de curta duração, sendo que a Constituição de 1946, em seu artigo 148, resumiu o movimento da defesa da economia nacional, eis que previu a possibilidade de intervenção do Estado na economia, desde que fundada no interesse público e observados os direitos fundamentais. Esse Decreto previu, para repressão do abuso do poder econômico, que a prática do ato infracional somente seria considerada ilícita sob o ponto de vista subjetivo. Dessa forma, apenas se o sujeito agisse com culpa ou dolo é que se configuraria o ilícito antitruste. Atualmente, a prática do ato infracional é considerada ilícita por seus efeitos, de forma objetiva, por isso o entendimento daquele Decreto é considerado bastante retrógrado.

A Lei 4.137/1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com jurisdição nacional, com competência para apurar e reprimir os abusos do poder econômico, regulamentando o artigo 148 da Constituição Federal de 1946. A Lei 8.137/1990 previu crimes contra a ordem tributária, econômica e outras relações de consumo, enquanto a Lei 8.158/91 instituiu normas de defesa da concorrência. A Lei 8.884/94, por fim, transformou o CADE em autarquia, proporcionando-lhe uma maior independência. Nessa legislação, os ilícitos são examinados sob a ótica objetiva, isto é, considerando os efeitos potenciais das práticas infracionais, independentemente da sua ocorrência ou da intenção do agente. A partir dessa lei, portanto, iniciou-se um efetivo combate ao abuso de poder econômico.

Embora a defesa da ordem econômica já estivesse prevista nas legislações anteriores, é importante ressaltar que o CADE não tinha muitos poderes e atuação, excetuando-se naqueles casos relativos ao controle e tabelamento de preços, em virtude da intervenção intensa do Estado na economia, que até mesmo incentivava a formação de monopólios e concentrações empresariais, especialmente do próprio Estado.

A nova lei de defesa da concorrência surgiu quando o Governo previa a liberalização da economia e, por outro lado, fazia com que esse mesmo Estado que pregava a livre iniciativa, prevenisse ou repreendesse os abusos de poder econômico provenientes dessa liberdade.

O CADE é o órgão que julga os processos administrativos relativos ao controle de estruturas ou condutas anticoncorrenciais das empresas, tendo, ainda, a função de educar a população e os empresários a respeito da defesa da livre concorrência. Ademais, conta com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico na defesa da concorrência. No Brasil, é o órgão

responsável pela apuração de infrações econômicas, mas também promove uma economia competitiva por meio de repressão ou prevenção de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994. A grande maioria das decisões do CADE - e que mais chamam a atenção da mídia - são as relacionadas aos atos de concentração, seja pela repressão, seja pela prevenção.

Ressalva-se que, na legislação nacional, nada impede que tais demandas sejam distribuídas diretamente no Poder Judiciário, pois, segundo o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O Poder Judiciário poderá, então, rever atos administrativos, e não haverá necessidade de exaustão da instância administrativa, para a apreciação do caso.

Na apreciação de atos de concentração, o CADE poderá subordinar sua aprovação ao cumprimento de determinadas condições, através de termo de compromisso de desempenho, previsto no art.58 da Lei 8.884/1994 ou de aceitação de condição de aprovação de ato de concentração, fundamentado no § 9º do art.54 da referida lei. Quando as concentrações não causarem impacto no mercado concorrencial, não é preciso exigir termos de compromisso, e as concentrações serão aprovadas pelo CADE. A função preventiva do CADE, esclarece Dutra (2003), será exercida apenas em relação a determinados atos ou negócios jurídicos de empresas com poder econômico, desde que importem ou possam importar em qualquer prejuízo à livre concorrência, presente o domínio do mercado, podendo ser aplicada alguma medida compensatória.

Ao se prevenir ou reprimir atos de concentração, protege-se a livre concorrência e possíveis abusos de poder econômico. Isso também se aplica em relação às condutas anticompetitivas. O CADE, ao examinar atos de concentração ou condutas, prima pela busca dos efeitos dessas condutas ou atos que podem causar danos ao consumidor no âmbito daquele mercado relevante, e não pelos atos em si. O maior temor das autoridades antitruste é em relação aos atos de concentração horizontal, por causa do reforço do poder de mercado que essas concentrações obtêm, tornando-as capazes de elevar seus preços de forma permanente. Já em relação aos atos de concentração vertical, que resultam na associação de empresas em diversas etapas da produção, o maior temor das autoridades antitruste é o fechamento do mercado, dificultando a entrada de novos concorrentes, assim como o acesso a insumos essenciais, facilitando também a prática de condutas colusivas.

Sobre as concentrações verticais, Pinheiro e Pioner (2006: 464-465) destacam a Escola de Chicago e argumentam que não se deve falar em perda de competitividade em face da existência de concorrência vertical, "pois o mero fato de uma concentração vertical

dificultar o acesso dos rivais não integrados a algum insumo não significa que a oferta desse insumo será reduzida para as firmas rivais”. Tal entendimento é considerado muito simplista, pois já se sabe que determinadas concentrações verticais podem realmente prejudicar o mercado. O sistema brasileiro de defesa da concorrência tem-se utilizado de métodos modernos de avaliação de atos de concentração, transformados em verdadeiros guias de análise econômica de determinada prática de mercado ou ato de concentração.

2. Conflito aparente entre os Princípios da Ordem Econômica

Qual seria o parâmetro para o Estado-juiz decidir a respeito de questões relativas à atividade econômica? Petter (cf.: 2005) entende que a atual lei de defesa da concorrência há de ser considerada como uma lei de proteção da ordem econômica em geral. A coletividade seria a titular dos bens que visa a proteger e necessita do Poder Judiciário para conter eventuais abusos do poder econômico.

Por outro lado, Souza (cf.: 2002), sobre o novo papel do Juiz, adverte que o Judiciário não estaria preparado quanto aos conhecimentos econômicos exigíveis, para fazer frente à sua difícil tarefa. A economia é muito dinâmica e requer novos entendimentos diários e decisões rápidas, sob pena de haver normas inúteis.

O Direito da Concorrência faz parte do Direito Econômico, que pode ser conceituado como o instrumento do Estado para realização de sua política econômica. Para Souza (2003: 23), o Direito Econômico é:

[...] O ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto utiliza-se do princípio da economicidade.

O princípio da economicidade, por sua vez, é vinculado à ideia de desempenho qualitativo, ou seja, na obtenção do melhor custo e benefício pelo empresário, em se tratando do setor privado ou do Estado, inserido em uma política pública. O Direito da Concorrência é o núcleo do Direito Econômico o qual disciplina as formas de intervenção do Estado na

economia, para garantir a livre concorrência e livre iniciativa. Questão complexa, segundo Carpena (2005: 23), é a respeito dos objetivos dessa disciplina:

Seus objetivos não são rigorosamente definidos, divergindo a doutrina e a jurisprudência sobre qual interesse deve preponderar: o das pequenas empresas, o dos consumidores ou o do próprio mercado?

A resposta a essa indagação está no entendimento de que deverá haver uma ponderação dos interesses e que, em se tratando de princípios, como é o caso, não se deve confundir com a interpretação das normas legais, em que a aplicação de um determinado artigo poderá implicar na exclusão de outro. Carpena (2005: p.27-28) afirma:

As normas se dividem em regras e princípios: as regras, dotadas de maior concretude, contêm a *fattispecie*, isto é, a descrição de situações nas quais serão aplicáveis, e também a previsão de conseqüências para as hipóteses de cumprimento e descumprimento de seu comando. Os princípios, por outro lado, não descrevem fatos, mas contêm valores. Naturalmente, apresentam maior grau de abstração do que as regras, exigindo do intérprete uma postura ativa e construtiva no momento de invocar sua aplicação. Para Robert Alexy, são mandados de otimização.

Os conflitos entre regras se resolvem no plano da validade, devendo necessariamente uma delas ser excluída pela outra. As regras são aplicadas num processo de subsunção dos fatos, e, portanto estão sujeitas a um regime de “tudo ou nada”. Com os princípios isto não ocorre, admitindo-se a aplicação de dois princípios simultaneamente, ambos incidindo sobre a mesma situação de fato. Atuam portanto em um sistema de peso, cabendo ao aplicador fazê-los incidir em maior ou menor medida, conforme as circunstâncias do caso concreto recomendem.

Em outras palavras, no Direito da Concorrência, deverá haver a ponderação de interesses, em virtude de alguns princípios estarem em aparente conflito, tais como: a livre concorrência e iniciativa em face da proteção da pequena empresa ou em face da proteção do consumidor. A doutrina entende que não há de se falar em hierarquia de princípios, diferente do que ocorre em relação à interpretação de normas. Para Eros Grau (2007: 80),

porém, “a inserção deles no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada”, daí porque essa doutrina não é unânime.

Dworkin (cf.: 1987) entende que os princípios diferem das regras jurídicas em dois sentidos. Em primeiro lugar, as regras são aplicáveis de uma forma “tudo ou nada”, enquanto os princípios podem ser aplicados simultaneamente, sem exclusão um do outro; por outro lado, o princípio se diferencia da norma porque, em sua interpretação, deve-se verificar a importância de cada um naquele contexto. No entanto, a aplicação de um princípio não implica, necessariamente, a negação do outro que tenha sido afastado, ou a que tenha sido atribuído menor peso, em determinado caso concreto. Assim, essas observações sobre a aplicabilidade dos princípios são fundamentais para compreender como o intérprete da Lei 8.884/94 deve lidar com certos princípios que, muitas vezes, podem ser contraditórios.

Então, a ponderação de interesses é o meio mais correto de se encontrar o equilíbrio dos princípios, em se tratando de Direito da Concorrência. Através da análise concreta de uma questão de direito econômico, considerando-se a existência de poder econômico, de mercado relevante, dos impactos da conduta em face daquele mercado específico, o intérprete terá como ponderar e evitar a colisão de princípios. O critério da proporcionalidade deverá ser utilizado para se alcançarem os fins previstos em lei, especialmente em obediência a outros valores e objetivos constitucionais, como a justiça e o maior bem-estar social.

Outro princípio constitucional a ser observado, segundo alguns doutrinadores, é o do desenvolvimento. Os países em desenvolvimento devem atentar para a sua realidade diversa da dos países desenvolvidos e, dessa maneira, o Direito da Concorrência também deve se nortear pela busca do desenvolvimento, de maneira ampla, não se restringindo ao crescimento econômico. Munhoz (2006, p.136-137) explica que:

As liberdades asseguradas pela existência de concorrência no mercado são importantes não apenas por si mesmas, mas também pelo papel que podem desempenhar na promoção de outras liberdades integrantes do processo de desenvolvimento. Ou seja, também possuem importância instrumental, mais especificamente o tipo de liberdade que Sen denomina de “facilidade econômica”, que representa as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, troca ou produção.

Não se fala aqui no aspecto econômico do impacto causado pela concorrência, justamente porque a ênfase recai sobre a noção de liberdade. Mas, isso não quer dizer que a concorrência não cause impacto econômico. Deve-se ficar claro que, na abordagem do desenvolvimento como liberdade, a concorrência tem importância independentemente da geração ou não de efeitos econômicos, justamente por garantir liberdades importantes para o processo de desenvolvimento.

Em suma, a análise de práticas restritivas de mercado não pode se restringir a uma análise econômica dos fatos, tendo a eficiência econômica como único objetivo, pois outros princípios constitucionais também deverão ser observados.

3. Atos vinculados e discricionários do CADE

Ao Judiciário, é permitida a reapreciação de decisões proferidas pelo CADE, considerando que estas não o eximem da apreciação de todo ou qualquer ato lesivo, nos termos da Constituição Federal. O CADE, por sua vez, tem o dever de decidir sobre os processos administrativos que lhe chegam.

Questão polêmica que se coloca é se as decisões do CADE seriam de natureza vinculada, ou discricionária, partindo-se do pressuposto de que muitos dos conceitos jurídicos trazidos pela lei antitruste e do artigo 170 da Carta são considerados indeterminados, a saber: o problema da eficiência econômica, mercado relevante, posição dominante, abuso de poder econômico etc., e, por causa disso, os atos administrativos do CADE deveriam ser considerados como atos discricionários, trazendo consequências na reapreciação pelo Judiciário, eis que a este somente caberia a revisão do ato discricionário, devido à legalidade e ao mérito (oportunidade e conveniência, diante do interesse público a atingir). De qualquer forma, todo ato administrativo está sujeito ao controle judicial.

Se os atos do CADE fossem considerados vinculados, não haveria opções àquela autarquia decidir com base nos critérios de oportunidade e conveniência - algo possível, em se tratando de atos discricionários. Caso fossem considerados atos discricionários, a Administração Pública poderia decidir baseada na oportunidade e conveniência, atitude justificada perante a necessidade de dinamicidade e flexibilidade que lhe são exigidas na aplicação de normas preestabelecidas.

Observa-se que não há um consenso a respeito da discricionariedade, ou vinculação dos atos do CADE sobre a análise e julgamento de questões referentes ao abuso de poder econômico, que pode ser considerado como um conceito jurídico indeterminado. Di Pietro

(2005: 208-209), sobre esses conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, elucida:

Ainda há muita polêmica, podendo-se falar em duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração. Porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções intermediárias.

A diferenciação a respeito da natureza do ato administrativo é importante⁷³ porque, dependendo de sua caracterização, sua apreciação será diferente no Poder Judiciário, estendendo-se também ao âmbito dos ilícitos antitruste. Em relação ao Direito Econômico, as correntes doutrinárias divergem, embora a maior parte entenda que são atos discricionários, em virtude da existência de conceitos indeterminados. Nesse sentido, Gomes (2004, p.99-101) argumenta que o problema não se limita à academia, pois a tese escolhida tem influência nos limites do controle judicial das decisões tomadas pelo CADE:

Neide Therezinha Mallard, em voto proferido no Ato de Concentração n.º06/94, firmado entre Brasilit e Eternit, considerou ser a decisão do CADE – no que respeita ao controle de atos de concentração – de natureza dúplice: (a) vinculada, porque não poderia acrescentar justificativas outras que não as previstas no art.54, nem dispensá-las, além do permitido pelo parágrafo segundo, e (b) discricionária, ao interpretar os ‘conceitos juridicamente indeterminados’ previstos no referido dispositivo. Essa concepção, acolhida pela maior parte da Doutrina, vincula a noção de conceito jurídico indeterminado [...] ao de ato discricionário, para concluir que o CADE, ao aplicar tais conceitos em suas decisões, pratica ato discricionário. Insuscetível, portanto, de controle judicial. Deve-se observar o equívoco de tal postura, veementemente censurada, com toda a propriedade, por Eros Grau, para quem a necessidade de se interpretar conceitos legais indeterminados não representa atividade discricionária. Segundo o autor, a discricionariedade relaciona-se com a formulação de juízos de oportunidade pela autoridade

administrativa e, o mais importante, a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição, pela lei, à autoridade administrativa, jamais decorrendo da lei (como consequência implícita desta), ou seja, “a circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas” não conduzem à discricionariedade.

As decisões do CADE estão sujeitas ao controle judicial. A questão da natureza dos atos administrativos, se discricionários, ou vinculados, persiste como uma incógnita, mas ressalva-se que uma boa parte da doutrina considera essas decisões como atos discricionários. De toda forma, a decisão do CADE é passível de controle judicial, mas se requer que o judiciário encontre o equilíbrio entre uma decisão estritamente técnica, proferida pelo CADE, e os demais princípios defendidos na Constituição Federal.

4. O Direito da concorrência como instrumento de Defesa do Consumidor

A relação entre fornecedores é do interesse da apreciação dos órgãos de defesa da concorrência, desde que ocorram aí infrações à ordem econômica, porque indiretamente podem prejudicar o direito dos consumidores, que, nos termos do artigo segundo do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles que adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatário final.

O fornecedor também deve ter a proteção da lei antitruste, até porque a prática de atos considerados como abusos de poder econômico, as quais tendam a prejudicar fornecedores, e a formação de monopólios, mesmo que não imediatamente, podem prejudicar os consumidores posteriormente. A tendência seria o fechamento do mercado, com inúmeras barreiras à entrada de novos concorrentes.

Observando o nascimento do Direito da Concorrência no Brasil, o qual se vincula diretamente à defesa da economia popular e aos direitos dos consumidores, não se pode deixar de notar que o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência têm vários pontos em comum, quer dizer, os microssistemas teriam pontos de contato entre si, em decorrência do bem jurídico protegido. Ademais, a livre concorrência não é um princípio a ser apreciado isoladamente, mas dentro do sistema jurídico, que prevê também a observação de outros princípios – sendo a defesa do consumidor um deles, mas não o único interesse protegido: a estrutura do mercado pode ser considerada o principal desses interesses, sem ignorar os

demais princípios constitucionais. Por outro lado, Salomão (cf.: 2003) entende que não é o mercado o principal objeto da defesa da concorrência, mas a concorrência em si mesma. Nesse sentido, explica o autor (2003: 48-51):

A concorrência, e não o mercado é o valor a ser protegido pelo direito concorrencial. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado.

Dessa maneira, a defesa da concorrência auxilia no papel redistributivo que o Direito tem, não se limitando a regras que buscam exclusivamente fins ditos econômicos. A busca da justiça social e o princípio da dignidade da pessoa humana são fins previstos na ordem econômica, devendo ser igualmente ser respeitados.

Ao se proteger a livre concorrência, é dado um benefício ao consumidor, direto ou indireto, quando há a tendência natural de redução dos preços, ou o que se chamaria de preço natural, mediante o investimento em novas tecnologias para atrair os consumidores e através de maiores descontos ofertados a eles; se for uma situação de monopólio ou oligopólio, a empresa provavelmente vai impor seus preços e suas condições de venda, já que a finalidade lucrativa é própria das sociedades empresárias.

Embora a defesa da concorrência seja, *a priori*, uma relação que se dá exclusivamente entre fornecedores ou empresários, os consumidores também têm interesses na obtenção de uma concorrência saudável, visto que vão obter informações verdadeiras sobre os produtos e, com base nessa opinião que se formará, poderão fazer suas escolhas em um determinado mercado. Dessa forma, não se trata apenas da busca ao equilíbrio dos preços - o preço de mercado - mas da transparência de informações que auxiliarão o consumidor a fazer a melhor escolha na hora da compra. A garantia da concorrência deve ser vista de maneira ampla, evitando-se a formação de poder econômico de mercado, que não decorra de uma maior eficiência econômica.

Assim, algumas práticas antitruste ou que gerem efeitos anticompetitivos poderão ser aceitas, desde que visem ao maior ganho dos consumidores, considerando-se a ponderação de interesses. É preciso que se analise o caso concreto de determinada estrutura empresarial ou as condutas, que poderão ser admitidas, se estiverem apenas baseadas no critério da maior eficiência, mas trazendo ganhos a sociedade, por serem benéficas ao próprio

sistema concorrencial. A problemática se torna mais simples, quando envolve pequenas e médias empresas, mas não tão simples, quando engloba as grandes corporações, que tendem à dominação do mercado e a restringir a entrada de novos concorrentes. Nessa segunda hipótese, o Estado tem um papel mais intervencionista.

Enfim, todos esses atos devem ter aprovação do CADE, que avaliará quais os bons e quais os maus acordos. Se os referidos acordos tiverem por objetivo exclusivo reduzir, eliminar ou distorcer a concorrência serão casos de abuso de poder econômico. Além do mais, na apreciação de uma infração à ordem econômica, todos os princípios pertinentes à ordem constitucional econômica também ser considerados, buscando-se assim uma interpretação conjunta.

Referências

- BRASIL. *Constituição Federal*. 1998. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8 out. 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição. Acesso em: 01 mar. 2008.
- _____. Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 dez. 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei_principal.htm. Acesso em: 02 fev. 2008.
- _____. Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei_principal.htm. Acesso em: 02 fev. 2008.
- _____. Lei Federal nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, 9 jan. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2008.
- _____. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei_principal.htm. Acesso em: 02 fev. 2008.
- CARPENA, Heloísa. 2005. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2005. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas.
- FARIA, Werter R. 1990. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris.

A DINÂMICA DO PROTOCOLO DE QUIOTO E O MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO

ELOÍZIO HENRIQUE DE MEDEIROS DANTAS*

DÉBORA ALESSANDRA PETER**

RESUMO: O Protocolo de Quioto é o acordo internacional firmado para mitigar os efeitos do aquecimento global. Este acordo disponibiliza o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo como o único dos instrumentos de flexibilização, os quais visam facilitar o cumprimento das metas assumidas pelos países desenvolvidos signatários, que permite a participação dos países em desenvolvimento. Assim, faz-se necessário perceber o contexto histórico da problemática do aquecimento global, bem como os esforços mundiais para celebração do Protocolo de Quioto; para, em seguida, analisar a dinâmica dos projetos ambientais contemplados no âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.

Palavras-Chave: Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, MDL, Protocolo de Quioto.

ABSTRACT: The Kyoto Protocol is the international agreement signed to mitigate the effects of global warming. This agreement provides the Clean Development Mechanism as the only instruments of flexibility, which aim to facilitate the achievement of targets undertaken by developed country Parties, which allows the participation of developing countries. Thus, it is necessary to understand the historical context of the problem of global warming, and global efforts to conclude the Kyoto Protocol, and then analyze the dynamics of environmental projects covered under the Clean Development Mechanism.

Keywords: Clean Development Mechanism, CDM, Kyoto Protocol.

Introdução

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), instrumento de flexibilização previsto no Protocolo de Quioto (PQ), tem como objetivo facilitar o cumprimento das metas de redução de gases de efeito estufa (GEE) assumidas pelos países desenvolvidos signatários do PQ, de forma sustentável.

A partir da certificação dos projetos ambientais, implantados em países em desenvolvimento e habilitados no âmbito do MDL, são emitidas Reduções Certificadas de Emissões (RCEs), as quais podem ser comercializadas com os países desenvolvidos

* Aluno do 9º período do curso de Direito da FESP Faculdades. Orientando da pesquisa científica intitulada “O Protocolo de Quioto e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo”.

** Professora de Assistência Jurídica e Coordenadora do Escritório Modelo de Assistência Jurídica da FESP Faculdades. Orientadora da pesquisa científica intitulada “O Protocolo de Quioto e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo”.

signatários, os quais, a partir daí, se creditarão das reduções de GEE ali representadas e terão esta redução computada para a aferição do cumprimento de suas respectivas metas de redução de GEE.

Para analisar essa dinâmica, primeiramente, é necessário abranger os aspectos históricos, possibilitando assim compreender o surgimento da necessidade de desenvolver e implementar este instrumento do desenvolvimento sustentável; e, nesse norte, poder compreender a dinâmica que orienta o PQ, para, enfim, compreender o MDL.

Esse tema merece debate, uma vez que é um instrumento que representa um novo paradigma para o desenvolvimento e também uma oportunidade ímpar para o Brasil, na qualidade de país em desenvolvimento signatário do PQ, que terá a oportunidade de promover o desenvolvimento voltado para as presentes e futuras gerações e, conseqüentemente, gerar riquezas nesse processo.

O presente estudo trás como fonte basilar parte da literatura existente, a qual é empregada para embasar e conceber raciocínio científico a cerca do tema, optando por uma linguagem simples, clara e precisa, para que corresponda verossimilmente com a realidade.

1. A problemática ambiental do aquecimento global

A problemática ambiental do aquecimento global tem sua origem no período da Revolução Industrial iniciado em meados do século XVIII na Inglaterra e expandido pelo mundo no século XIX. Tal revolução consistiu em um conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo, gerando efeitos positivos e negativos nos âmbitos ambiental, econômico e social.

Nesse período, as ações antrópicas, que desestabilizaram o aquecimento global e deram início ao efeito estufa por meio do aumento exponencial dos índices de GEE na atmosfera, foram representadas pela queima de combustíveis fósseis (carvão, petróleo e gás natural), principais emissores de GEE, em larga escala nos processos industriais, em usinas termoeletricas; bem como pelo aumento dos veículos em circulação e de sistemas domésticos de aquecimentos.

O efeito estufa é um processo que ocorre quando uma parte da radiação solar, que deveria retornar para o espaço sideral, é refletida pela superfície terrestre, e, em seguida, refletida novamente para o solo devido à ação de determinados gases presentes na atmosfera. Em conseqüência disso, o calor fica retido, não sendo liberado ao espaço, aumentando a temperatura terrestre para índices superiores aos ideais.

Ressalte-se, entretanto, que o efeito estufa que obedece ao índice ideal é de vital importância para a vida na terra, pois, sem ele, a vida como a conhecemos não existiria.

O que é alarmante é o fato de que os gases que causam o efeito estufa formam uma espécie de película entre a atmosfera terrestre e o espaço, e, aparecendo em demasia, impossibilitam a reflexão da radiação solar e provocam o aquecimento do globo terrestre, originando o fenômeno conhecido como aquecimento global.

1.1. A Convenção-Quadro

Diante da problemática do aquecimento global a comunidade internacional percebeu a necessidade de mobilizar-se para debater e promover medidas no sentido de conter o avanço da temperatura terrestre ocasionado por ações antrópicas.

Segundo SISTER (2007, pág. 7), o primeiro instrumento internacional a versar sobre alterações do clima é a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, também conhecida como Convenção-Quadro⁷⁴.

A Convenção-Quadro foi ratificada em 1992, após os primeiros trabalhos do Painel Internacional sobre Mudanças Climáticas – IPCC, o qual foi criado em 1988, com a participação de cientistas do mundo todo, para chamar a atenção frente ao problema do aquecimento global.

SABBAG (2008, pág. 23), no jornal O Estado de São Paulo, destaca:

... é importante notar que, desde o início da concepção do regime jurídico internacional da mitigação do aquecimento global, manteve-se em mente uma concepção antropocêntrica do ordenamento jurídico ambiental.

Nesse contexto, a Convenção-Quadro traça regras gerais e serve de guia para as ações contrárias ao aquecimento global, tendo como objetivo primar pela estabilização das concentrações de GEE na atmosfera em níveis seguros, para que seja garantida a continuidade da produção de alimentos e permitida a sustentabilidade do desenvolvimento socioeconômico dos Países-Partes.

Após um processo de intensificação das negociações, ficou estabelecido na Convenção-Quadro que os países desenvolvidos devem cumprir metas quantitativas de

74 Em inglês: United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC

redução de emissões e captação de GEE, bem como descrever políticas e medidas necessárias para alcançar essas metas.

Os países-partes da Convenção-Quadro reúnem-se nas Conferências das partes (COPs), que ocorrem anualmente em diferentes países, para estabelecer instrumentos eficazes contra o efeito estufa demasiado.

Eis que em 1997, na 3ª COP, realizada em Quioto, no Japão, foi ratificado o Protocolo de Quioto.

2. O Protocolo de Quioto

O Protocolo de Quioto é o mais importante instrumento jurídico internacional de combate ao aquecimento global. Tal instrumento entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, contando atualmente com 181 países desenvolvidos signatários⁷⁵. Ressalte-se que nem todos os países que ratificaram a Convenção-Quadro ratificaram o PQ, apesar daquela ter dado origem a este.

De acordo com o artigo 3º do Protocolo de Quioto

Artigo 3

1. As Partes incluídas no Anexo I devem, individual ou conjuntamente, assegurar que suas emissões antrópicas agregadas, expressas em dióxido de carbono equivalente, dos gases de efeito estufa listados no Anexo A não excedam suas quantidades atribuídas, calculadas em conformidade com seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões descritos no Anexo B e de acordo com as disposições deste Artigo, com vistas a reduzir suas emissões totais desses gases em pelo menos 5 por cento abaixo dos níveis de 1990 no período de compromisso de 2008 a 2012.

O citado artigo 3º é expressão do Princípio da Responsabilidade Comum, porém Diferenciada; o qual dita que, apesar de todos terem a responsabilidade comum de reduzir suas emissões de GEE, essa responsabilidade será quantitativamente diferenciada entre os países desenvolvidos, pois a meta individual de redução e/ou captação de GEE de cada um

⁷⁵ Informação disponível em www.unfccc.int. Acesso em 25 /03/2009.

em 5 (cinco) por cento abaixo dos níveis de 1990, os diferencia em quantidades proporcionais de redução/captação, uma vez que quanto maior o índice em 1990 maior será sua quantidade em termos percentuais de redução, pois, em uma escala crescente, a quantidade de GEE representada pelo índice de 1990 representa o quanto o país contribuiu com o aquecimento global.

Assim, com a intenção de viabilizar o alcance das metas de redução pelos países do Anexo I e assegurando, ao mesmo tempo, uma transição econômica viável para adoção dessas medidas de redução de GEE, o PQ criou um mercado que auxilia na diminuição de GEE, constantes e emitidos para atmosfera, através de transação de valores pecuniários.

Para tanto, o PQ prevê três mecanismos de flexibilização: a Implementação Conjunta (IC), o Comércio Internacional de Emissões (CIE) e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), os quais impulsionam toda a dinâmica do PQ.

Cumprir destacar que o Brasil aprovou o Protocolo de Quioto por meio do Decreto Legislativo nº 144, de 20 de junho de 2002, ratificado pelo Governo brasileiro em 23 de agosto de 2002 que posteriormente foi promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005.

2.1. Implementação Conjunta

A IC encontra sua definição no artigo 6º do Protocolo de Quioto:

Artigo 6

1. A fim de cumprir os compromissos assumidos sob o Artigo 3, qualquer Parte incluída no Anexo I pode transferir para ou adquirir de qualquer outra dessas Partes unidades de redução de emissões resultantes de projetos visando a redução das emissões antrópicas por fontes ou o aumento das remoções antrópicas por sumidouros de gases de efeito estufa em qualquer setor da economia, desde que:

- (a) O projeto tenha a aprovação das Partes envolvidas;
- (b) O projeto promova uma redução das emissões por fontes ou um aumento das remoções por sumidouros que sejam adicionais aos que ocorreriam na sua ausência;
- (c) A Parte não adquira nenhuma unidade de redução de emissões se não estiver em conformidade com suas obrigações assumidas sob os Artigos 5 e 7; e
- (d) A aquisição de unidades de redução de emissões seja suplementar às ações domésticas realizadas com o fim de cumprir os compromissos previstos no Artigo 3.

Afirma SISTER (2007, pág. 11):

A IC é o meio pelo qual um país do Anexo I da Convenção-Quadro pode compensar suas emissões adquirindo de outro país do Anexo I unidades de reduções de emissões antrópicas por fontes ou o aumento das remoções antrópicas por sumidouros de GEE em qualquer setor da economia.

[...]

...tal instrumento em constituição e transferência do crédito de emissões de GEE do país em que o projeto está sendo implementado para o país emissor, de tal modo que este último adquira créditos e, em troca, constitui fundos para projetos a serem desenvolvidos em outros países.

Diante disto, podemos afirmar que o instrumento da IC permite que uma empresa de um país desenvolvido, ou os próprios países do anexo I da UNFCCC que ratificaram o PQ, possam financiar projetos específicos para a redução/captação de GEE em outros países desenvolvidos, pelo que receberão os respectivos créditos.

2.2. Comércio Internacional de Emissões

O mecanismo de flexibilização do CIE está previsto no artigo 17 do PQ:

ARTIGO 17

A Conferência das Partes deve definir os princípios, as modalidades, regras e diretrizes apropriados, em particular para verificação, elaboração de relatórios e prestação de contas do comércio de emissões. As Partes incluídas no Anexo B podem participar do comércio de emissões com o objetivo de cumprir os compromissos assumidos sob o Artigo 3. Tal comércio deve ser suplementar às ações domésticas com vistas a atender os compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos sob esse Artigo.

Esse mecanismo de flexibilização é destinado exclusivamente aos países desenvolvidos constantes do anexo I da Convenção-Quadro. Por meio dele é estabelecido um mercado de compra e venda do direito de emitir GEE, conhecidos como créditos de carbono. A

partir deste mecanismo, os países desenvolvidos, que conseguirem reduzir/captar GEE, além das metas estabelecidas no PQ, poderão vender os respectivos créditos excedentes aos demais países signatários.

3. Mecanismo de Desenvolvimento Limpo

O MDL é mais um instrumento de flexibilização disponibilizado pelo PQ como alternativa aos países do Anexo I que não conseguirem atingir suas metas de redução em seus territórios, possibilitando que os países em desenvolvimento signatários do PQ participem deste mercado e sejam financeiramente contemplados pelas atividades em prol da luta contra o aquecimento global.

Esse dispositivo tem previsão no artigo 12 do Protocolo de Quioto:

ARTIGO 12

1. Fica definido um mecanismo de desenvolvimento limpo.
2. O objetivo do mecanismo de desenvolvimento limpo deve ser assistir às Partes não incluídas no Anexo I para que atinjam o desenvolvimento sustentável e contribuam para o objetivo final da Convenção, e assistir às Partes incluídas no Anexo I para que cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3.
3. Sob o mecanismo de desenvolvimento limpo:
 - (a) As Partes não incluídas no Anexo I beneficiar-se-ão de atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões; e
 - (b) As Partes incluídas no Anexo I podem utilizar as reduções certificadas de emissões, resultantes de tais atividades de projetos, para contribuir com o cumprimento de parte de seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3, como determinado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo.
4. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve sujeitar-se à autoridade e orientação da Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo e à supervisão de um conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo.
5. As reduções de emissões resultantes de cada atividade de projeto devem ser certificadas por entidades operacionais a serem designadas pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo, com base em:

- (a) Participação voluntária aprovada por cada Parte envolvida;
- (b) Benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima, e
- (c) Reduções de emissões que sejam adicionais as que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto.

6. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve prestar assistência quanto à obtenção de fundos para atividades certificadas de projetos quando necessário.

7. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve, em sua primeira sessão, elaborar modalidades e procedimentos com o objetivo de assegurar transparência, eficiência e prestação de contas das atividades de projetos por meio de auditorias e verificações independentes.

8. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve assegurar que uma fração dos fundos advindos de atividades de projetos certificadas seja utilizada para cobrir despesas administrativas, assim como assistir às Partes países em desenvolvimento que sejam particularmente vulneráveis aos efeitos adversos da mudança do clima para fazer face aos custos de adaptação.

9. A participação no mecanismo de desenvolvimento limpo, incluindo nas atividades mencionadas no parágrafo 3(a) acima e na aquisição de reduções certificadas de emissão, pode envolver entidades privadas e/ou públicas e deve sujeitar-se a qualquer orientação que possa ser dada pelo conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo.

10. Reduções certificadas de emissões obtidas durante o período do ano 2000 até o início do primeiro período de compromisso podem ser utilizadas para auxiliar no cumprimento das responsabilidades relativas ao primeiro período de compromisso.

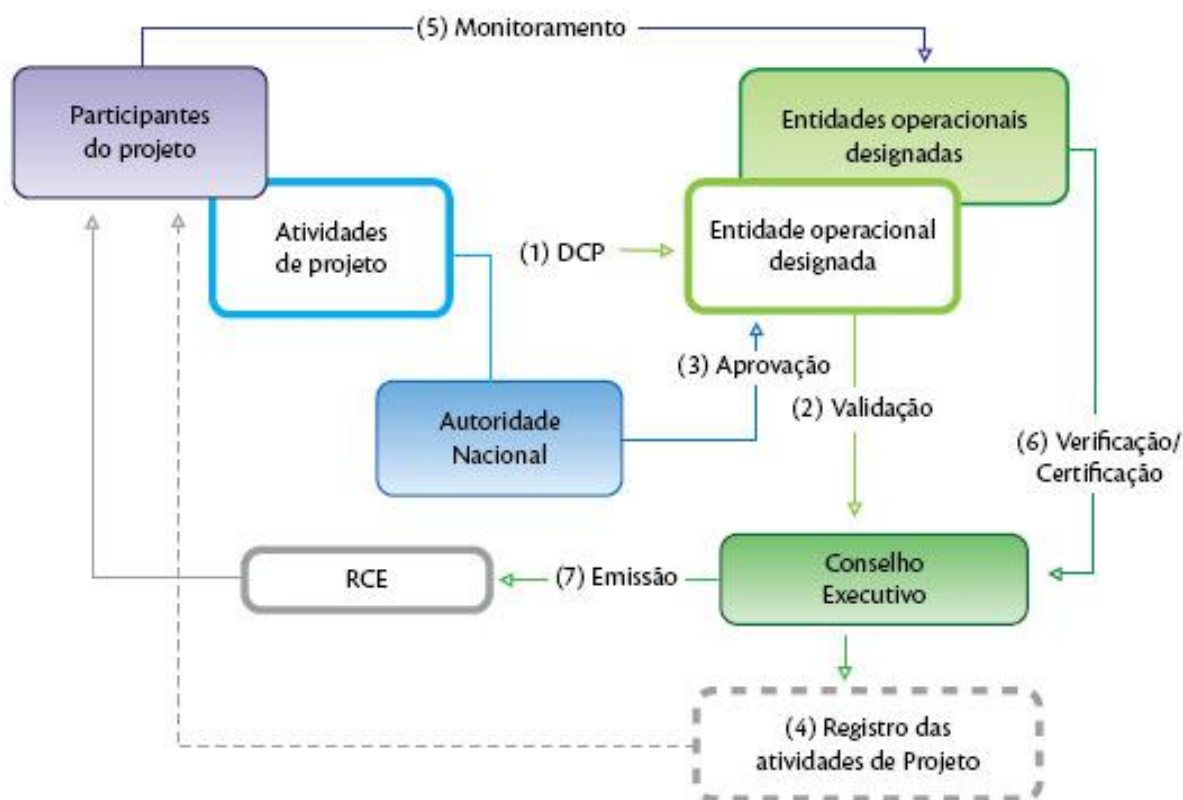
O MDL consiste em uma forma subsidiária de cumprimento de metas de redução de emissão de GEE, uma vez que é vedado aos países do Anexo I utilizar o MDL como forma de cumprimento total de suas metas.

Em síntese, podemos afirmar que o MDL, estruturado no princípio do poluidor-pagador, permite que países do anexo I da Convenção-Quadro, e que também são partes do PQ, invistam em projetos de redução de emissão ou de absorção (captação) de GEE implantados em países em desenvolvimento, possibilitando a certificação dos projetos e a posterior venda dos certificados para países desenvolvidos que se beneficiarão da redução para o cumprimento de suas respectivas metas.

Assim, o MDL é o único instrumento de flexibilização do PQ que permite a participação dos países em desenvolvimento no mercado mundial de carbono⁷⁶, razão pela qual passa a ser o objeto deste estudo.

GERAÇÃO DAS RCES ORIUNDAS DE PROJETOS DE MDL

O processo de geração de RCEs envolve as etapas a seguir demonstradas:



Ciclo do projeto

Fonte: Manual de Capacitação sobre Mudança do Clima e Projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). Centro de Gestão e Estudos Estratégicos - Brasília, DF: 2008.

Nessa dinâmica, primeiramente é realizado o Documento de Concepção do Projeto (DCP) no qual são descritas todas as peculiaridades da atividade a ser implementada, incluindo aspectos tecnológicos, socioambientais e econômicos. Em seguida este documento é enviado a Entidade Operacional Designada (EOD), empresa privada cadastrada no órgão executivo da UNFCCC que analisará o projeto e, caso aprovado, enviará para a Autoridade Nacional Designada (AND), órgão público nacional do país de origem do projeto que, caso aprove a atividade de projeto, concederá a validação. A partir da validação o projeto é

⁷⁶ Denominação popular da dinâmica de comercialização de RCEs.

encaminhado para o Conselho Executivo do MDL que realizará o registro da atividade do projeto. A seguir, o projeto é implementado e a EOD procede ao monitoramento e certificação da atividade. Por fim, o Conselho Executivo do MDL emite as RCEs.

Nas RCEs constarão a quantidade de GEE reduzidos/captados. Esta quantidade é representada por meio do cálculo de equivalência da tonelada de dióxido de carbono (CO₂), o qual é auferido a partir do Potencial de Aquecimento Global (PAG) de cada GEE contemplado pelo PQ, conforme segue:

GEE	PAG
CO ₂ (gás carbônico, dióxido de carbono)	1 tCO ₂ e
CH ₄ – gás metano	298 tCO ₂ e
N ₂ O - óxido nitroso	23 tCO ₂ e
HFC – hidrofluorcarbonos	6500 - 8700 tCO ₂ e
PFC – perfluorcarbonos	140 - 11700 tCO ₂ e
SF ₆ – hexafluoreto de enxofre	23900 tCO ₂ e

Gases de efeito estufa e potencial de aquecimento global

Fonte: Limiro (2008)

Por fim, as RCEs são comercializadas com organismos emissores de GEE situados nos países desenvolvidos signatários do PQ, os quais terão as toneladas de carbono equivalente, representadas nas RCEs, consideradas no cômputo do cumprimento de suas respectivas metas.

Conclusão

Diante das informações constantes neste trabalho percebe-se que o problema do aquecimento global clama por medidas eficazes de contenção. Por isso, a humanidade, atualmente, aposta, dentre inúmeros fatores, que o futuro da produção de alimentos estará garantido por meio do cumprimento das metas estabelecidas no PQ.

Por isso, o debate no âmbito acadêmico há de aprimorar as compreensões sobre essa temática, a qual exige análise multidisciplinar, não restrita no campo da ciência jurídica, tampouco das ciências sociais, uma vez que a complexidade do tema engloba diversos ramos científicos, os quais, uma vez trabalhando em conjunto pelo objetivo do futuro da humanidade, espera-se que encontrem soluções para a problemática das mudanças climáticas.

Logicamente o tema não se esgota neste trabalho, cuja tarefa limitou-se a demonstrar as consequências climáticas das ações antrópicas e introduzir à dinâmica do PQ e do MDL.

Assim, resta dar continuidade ao estudo do tema, explorado, dentre outros, os aspectos da exploração dos recursos naturais e a mudança do paradigma ambiental e a evolução do ser humano, que hoje está sendo reeducado para pensar, agir e executar primando pela sustentabilidade ambiental do planeta, pois é inquestionável que vivemos uma crise ambiental de amplitude global.

Diante disso, sob uma visão otimista, espera-se que por meio do PQ se consiga reverter os erros do passado, o que vem proporcionando uma verdadeira revolução na forma de encarar os recursos naturais, dessa vez explorando-os com responsabilidade e sustentabilidade, tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações.

Referências

- ARAUJO, Antonio Carlos Porto de, Como Comercializar Créditos de Carbono, São Paulo, Trevisan Editora Universitária, 6ª Edição, 2008.
- LIMIRO, Danielle. Créditos de carbono: Protocolo de Kyoto e Projetos de MDL. Curitiba: Juruá, 2008.
- SABBAG, Bruno Kerlakian, O Protocolo de Quioto e Seus Créditos de Carbono: Manual Jurídico Brasileiro de Desenvolvimento limpo, São Paulo – LTr, 2008.
- SILVA, Geraldo Eulácio do Nascimento e, Direito Ambiental Internacional, 2ª Edição Revisada e atualizada. – Rio de Janeiro, Thex Editora, 2002.
- SISTER, Gabriel, Mercado de Carbono e Protocolo de Quioto, Rio de Janeiro – RJ, ELSEVIER, 2007.

A QUEDA DE WALL STREET, A CRISE FINANCEIRA E A REGULAÇÃO DOS MERCADOS*

ANNE AUGUSTA ALENCAR LEITE REINALDO**

DUINA PORTO BELO***

RESUMO: O artigo trata das causas que culminaram na crise econômico-financeira que eclodiu nos Estados Unidos e assumiu proporções mundiais, trazendo à tona discussões acerca do papel do Estado na atividade econômica.

Palavras-chave: Crise econômica – Regulação de mercados – Intervenção estatal.

ABSTRACT: This article deals with the causes of the financial and economic crisis which emerged in the United States and has been spread out in the world, a fact that made people think about the role of the state in economic activity.

Keywords: economic crisis – market regulations – state intervention.

Introdução

A crise financeira que eclodiu nos Estados Unidos em fins de 2008 e atinge proporções globais decorre de um processo de desregulação crescente dos mercados, que, sucumbindo à própria ganância, *perderam o controle* e necessitaram da regulação estatal.

O vocábulo *regulação* pressupõe a “ideia de restrição das escolhas privadas por imposição de regras públicas” (Feitosa 2007: 193), estabelecendo regras para a atividade econômica, no intuito de assegurar o funcionamento equilibrado, consoante determinados objetivos públicos. Exatamente o que está acontecendo, com ênfase, na crise atual.

* Artigo apresentado em novembro de 2008, como requisito parcial para aprovação na disciplina “Temas Fundamentais de Direito Econômico”, no Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB (área de concentração em Direito Econômico). Houve algumas modificações do texto original, para adequá-lo ao novo contexto que se vislumbra nos meados de 2009.

** Mestranda em Direito Econômico (UFPB). Professora da Graduação em Direito (FESP/PB). Advogada.

*** Mestranda em Direito Econômico (UFPB). Professora da Graduação em Direito (IESP/PB). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica (IESP/PB). Advogada militante.

A *desregulação dos mercados*, em prol de um neoliberalismo que alavancou a economia mundial nos últimos anos, mostra sua outra faceta: o abalo de crédito no sistema financeiro mundial e a necessidade da mão (*visível*) do Estado, em um propagado retorno à era Keynes.⁷⁷

Com base nessa filosofia neoliberal de presença mínima do Estado nas relações econômico-financeiras, os mercados passaram a reinar, estimulando a competitividade, as privatizações, o consumo exacerbado, os lucros elevados e os juros baixos. Assim estava *Wall Street*, centro financeiro mundial, especulando em cima de papéis sem liquidez para oferecer crédito facilitado.

Não há, pois, como analisar a crise atual sem entender o alcance da desregulação, no sentido de interferência mínima do Estado na economia de mercado, e sem remontar a algumas teorias fundamentais.

1. Breve contextualização histórico-econômica

A evolução das teorias econômicas reflete os problemas eminentes do contexto social que envolve a época de suas elaborações. Foi assim com o surgimento da economia política clássica, em um cenário liberal sem intervencionismo do Estado. Prevalecia a proteção estatal de direitos individuais – os comportamentos privados - tidos como os maiores inspiradores da economia capitalista liberal.

Adam Smith⁷⁸, um dos grandes expositores do liberalismo clássico, acreditava que a livre iniciativa era fundamental para o desenvolvimento econômico, e que o mercado seria o regulador das decisões econômicas, sem necessidade da intervenção do Estado. Eram os tempos do *laissez-faire*, *laissez-passer*, e da Revolução Industrial, que trazia inovações tecnológicas e profundas transformações das forças produtivas.

A intervenção do Estado não era pressuposto essencial para a regulação econômica; o mercado era dirigido por suas próprias leis. A “mão invisível” do mercado era o fator orientador da economia, organizada pelos interesses individuais.

A teoria econômica clássica não admitia a junção de economia e política, bem como a teoria econômica predominante no século XX. Nessa seara, percebe-se que a intervenção do Estado era um fator prejudicial à economia de mercado, que seria autorregulável.

⁷⁷ John Maynard Keynes publicou, em 1936, a obra intitulada *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, contrariando a ortodoxia do livre mercado e lançando as novas diretrizes para a intervenção governamental na economia.

⁷⁸ Adam Smith publicou, em 1776, *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*.

Com a derrocada do Estado liberal e ascensão do Estado social, intervencionista e voltado à preservação dos interesses transindividuais, revela-se a importância para o mercado da junção dos interesses políticos e econômicos.

Por outro lado, a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a queda da Bolsa de Nova Iorque (1929) foram fatores decisivos para abalar a crença no liberalismo econômico e a certeza de que a teoria clássica e a neoclássica não seriam as mais viáveis para o desenvolvimento da economia. Nessa conjuntura, eclodiram as ideias de Keynes (1936), demonstrando a inexistência do princípio do equilíbrio automático na economia liberal-capitalista e defendendo a ingerência do Estado nas questões econômicas, através de políticas públicas. Sobre o assunto, relata Munhoz (2006: 46):

A obra de John Maynard Keynes constitui uma crítica à teoria do equilíbrio clássica, segundo a qual um sistema concorrencial sozinho pode atingir de forma automática o pleno emprego dos fatores de produção disponíveis, inclusive o fator trabalho. Sua obra foi, em grande parte, influenciada pelos acontecimentos da crise deflagrada em 1929, com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque. [...] Keynes criticou os postulados da economia clássica [...] defendendo uma ação mais efetiva do Estado no direcionamento da economia.

Após os promissores anos 20, o *crack* da Bolsa de Nova York confirmou que a economia americana não conseguira, por sua própria lógica, manter-se e que necessitava da ajuda de fatores exógenos, como, por exemplo, o Estado.

No cenário atual, com a crise financeira do mercado americano refletida na economia mundial, percebe-se que, novamente, segundo economistas renomados, entra em cena a teoria keynesiana, influenciando a regulação dos mercados, tendo em vista a defesa da intervenção do Estado no domínio econômico.

É fato que o mercado não pode se autorregular; se assim fosse, não estariam sendo questionadas as teorias predominantes no século XX as quais preconizavam a não regulação dos mercados pelo Estado.

Retroagindo historicamente, a lacuna percebida por Keynes volta à cena, com o colapso de *Wall Street*. Os economistas debatem uma questão crucial, que poderá trazer novos paradigmas: deve a economia ser regulada por fatores externos, como o Estado, tão presente na teoria keynesiana, ou por outros organismos inerentes à economia moderna, como as agências reguladoras? E de que modo será feita essa regulação?

2. O palco da crise

Uma das explicações para a crise atual pode ser encontrada na expansão de crédito descontrolada advinda das *políticas norte-americanas de concessão de juros baixos* as quais permitiram a criação, no *setor imobiliário*, de uma *bolha de crédito*. Nesse sentido, é a esclarecedora matéria da Revista Época, cujos trechos pertinentes seguem adiante transcritos:

O crédito barato financiou o consumo desenfreado das famílias americanas (cuja dívida agregada equivale hoje a 140% do PIB do país) e está por trás dos empréstimos irresponsáveis e dos investimentos temerários que produziram nos bancos americanos um rombo [...]

O crédito fácil americano criou um boom industrial na China, mexeu com o preço dos alimentos em todas as latitudes e transbordou para diversas áreas da economia mundial. Os bancos captavam dinheiro em Wall Street e o repassavam a seus clientes em outros países. Esse mecanismo foi corresponsável pelo crescimento de crédito no Brasil, financiado em 20% por captações externas. A economia mundial cresceu nos últimos anos com esse anabolizante (Martins 2008:48)

De acordo com Soros (2008:55-57), a crise atual é parte de uma *superbolha*, oriunda de um processo de longo prazo que se desenvolve desde os anos 80, com o aumento acentuado do crédito aliado ao fundamentalismo de mercado, “também conhecido como *laissez-faire*, no século XIX, que defende que os mercados devem ser livres”.

Autor da obra intitulada *O Novo Paradigma para os Mercados Financeiros – A Crise Atual e o Que Ela Significa*, prossegue descrevendo os acontecimentos que, em sua concepção, ajudaram a formar essa *superbolha* (Soros 2008: 56).

Ainda, os diversos incidentes que ameaçaram a estabilidade financeira a partir da década de 80 não levaram a quaisquer reformas regulatórias, diante da capacidade, na época, que o sistema teve para resistir a esses desgastes, o que ratificou o “credo prevaiente do fundamentalismo de mercado e conduziu a um relaxamento ainda maior do ambiente regulador” (Soros 2008: 56). Em seguida, vieram a *bolha* de tecnologia, que estourou em 2000, e o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001.

Interessante abordagem sobre as *bolhas* é feita por Scheinkman (2008: 124), ao afirmar que elas sempre nascem com uma boa história:

[...] A bolha tecnológica nasceu com uma boa história de criar tecnologias, novos serviços, a internet. Mas aí o pessoal exagerou, achando que tudo seria vendido pela rede. A bolha de agora também começou com uma boa história: o aumento da demanda de casa, uma demanda que a economia podia sustentar.

Realmente, o mercado imobiliário americano desenvolveu-se de maneira acelerada após o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 e a crise das empresas *ponto com*, em 2001⁷⁹. Com os juros baixos aplicados pelo *Federal Reserve System* (FED), visando à recuperação da economia, o setor aumentou a oferta sobre os imóveis. Os financiamentos cresceram em demasia, inclusive para classes menos abastadas, o denominado segmento *subprime* (de segunda linha), composto por pessoas de renda baixa e até mesmo inadimplentes (Folha Online, 15 set.2008). A corrida ao lucro era o que interessava aos investidores e especuladores. Não houve precauções nem regulação adequada, seja do Estado ou de agências próprias; o consumismo alastrou-se.

Como esses consumidores do mercado imobiliário não conseguiam pagar suas hipotecas, os títulos *subprime*, sem liquidez no mercado, começaram a causar desconfiança e *pânico*.

Dessa maneira, a crise do mercado hipotecário dos EUA culminou na *crise do mercado de crédito de modo geral*.

Em meados de setembro de 2008, dois dos mais tradicionais bancos de investimentos⁸⁰ de *Wall Street* provocaram instabilidade nas bolsas de valores do mundo inteiro: o *Lehman Brothers*, que entrou em concordata, e o *Merrill Lynch*, que, para não seguir o mesmo caminho, foi vendido ao *Bank of America*, o maior grupo bancário dos EUA.⁸¹

Esses dois gigantes das finanças não resistiram à crise imobiliária americana, às dívidas acumuladas pela insolvência da hipotecas. Na primeira hipótese, a concordata foi inevitável, posto que outras instituições financeiras não conseguiram salvar o *Lehman Brothers* sem o financiamento dos poderes públicos. No caso do *Merrill Lynch*, a intervenção

⁷⁹ Crise que também foi fruto da "inocuidade do discurso da desregulação e paradigmática da necessidade de acompanhamento estatal dos mercados" (Alencar 2007: 05)

⁸⁰ Bancos de investimentos são instituições comerciais que captam dinheiro mais barato de pessoas e empresas, realizam empréstimos caros, cobrando taxas pela operação, e investem de forma ousada no mercado. (Revista Veja: 2008)

⁸¹ Pouco antes, em março de 2008, essa *desconfiança* no mercado já surgira com a compra do banco Bear Stearns pelo J.P. Morgan Chase e a estatização das agências Fannie Mae e Freddie Mac.

do governo americano evitou a quebra. Sobre o tema, eis a reportagem publicada na Folha Online (15 set. 2008, grifos apostos):

LEHMAN BROTHERS ANUNCIA QUE VAI PEDIR CONCORDATA

O banco de investimentos Lehman Brothers, o quarto maior dos Estados Unidos, anunciou nesta segunda-feira que vai declarar concordata, um dia depois de falharem as negociações de compra da instituição de investimento.

O Lehman informou em comunicado que apresentará a documentação necessária para se declarar em quebra perante o tribunal de Quebras do Distrito Sul de Nova York.

[...]

A concordata, que já era esperada, ficou iminente depois que o banco britânico Barclays decidiu abandonar as negociações, no fim de semana.

O banco britânico considerou que adquirir o centenário Lehman seria impossível sem uma ajuda dos poderes públicos comparável à que foi decidida em março para o JPMorgan Chase, na compra do Bear Stearns --outro banco também em dificuldades nos EUA por conta da crise de crédito que atinge a maior economia do planeta.

O Lehman Brothers mantém negócios com os principais bancos do mundo e sua provável liquidação deverá causar prejuízos a todas essas instituições. O banco perdeu mais de 77% de seu valor de mercado apenas na semana passada. Apenas entre o início de março e o final de agosto deste ano, a instituição financeira perdeu US\$ 6,7 bilhões.

Há 158 anos em funcionamento, o Lehman é o terceiro banco de investimento que quebra ou é comprado em seis meses nos EUA. Em março o Bear Stearns obrigou a intervenção do Departamento do Tesouro. Ontem à noite o Bank of America comprou o Merrill Lynch.

MERRILL LYNCH

Sem ajuda financeira do governo dos EUA e do Fed (o banco Central dos EUA), os bancos teriam desistido do Lehman e partido para salvar o Merrill, outro banco tradicional de Wall Street, apontado como o próximo arriscado de insolvência na crise iniciada com as hipotecas "subprime" (segunda linha) nos EUA.

O Bank of America também chegou a anunciar seu interesse no Lehman, mas voltou atrás diante da resistência do governo em fornecer financiamento e anunciou a compra do Merrill Lynch por cerca de US\$ 50 bilhões.

Com a aquisição, o Bank of America --o maior grupo bancário dos EUA-- consolida ainda mais sua posição de gigante reforçada já por uma série de compras anteriores que incluem o banco hipotecário Countrywide Financial.

A compra do Merrill Lynch serve para enfrentar as consequências que pode acarretar a previsível quebra do Lehman Brothers, e permite ao Bank Of America controlar a maior força de intermediários das bolsas de valores do país e cria uma entidade que terá braços em todo o sistema financeiro dos EUA, diz o jornal "The Wall Street Journal".

Diante do *pânico* instalado no mercado, outras importantes instituições – como a *American International Group* (AIG), maior seguradora do mundo - passaram a ser socorridas pelo governo americano⁸², e, nos demais países, a intervenção do Estado na economia veio através de políticas legislativas e do financiamento pelos bancos estatais, para evitar o colapso do sistema financeiro.

No Brasil, os primeiros exemplos foram medidas provisórias que autorizaram instituições públicas financeiras – Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal - a arrematar outros bancos, seguradoras, entidades previdenciárias e de capitalização, já influenciadas pelo projeto de socorro financeiro americano (Lei de Estabilização Econômica de Emergência), o qual, pelo seu impacto político e econômico, merece uma análise mais detalhada.

3. A Lei de Estabilização Econômica de Emergência e outras medidas

O socorro financeiro americano veio à tona através da formalização de um plano de emergência, elaborado pelo secretário do Tesouro – Henry Paulson - e negado, a princípio, pela Câmara de Representantes, sendo aprovado, posteriormente, pelo Senado.

Entre os membros do Senado, duas presenças se destacaram por aderir ao plano: os então candidatos à presidência americana, John McCain e Barack Obama.

O Senado, diferentemente da Câmara, ratificou o projeto emergencial com uma votação de 74 posicionamentos favoráveis e contra 25 contrários. Nesta conjuntura, e destinados a modificar o posicionamento da Câmara de Representantes, o projeto recebeu várias emendas com o intuito de agradar aos deputados que votaram contra o plano original. Por essa razão, o número de páginas do projeto passou de 102 para 451.

⁸² Notadamente o Federal Reserve System (FED), que é o banco central americano.

Além da série de medidas implantadas ao projeto, visando a facilitar sua aceitação na Câmara de Representantes, houve a previsão de gastos de US\$ 700 bilhões para a compra de títulos “podres” em poder dos bancos.

Eis o eixo central do plano americano: o resgate dos créditos sem liquidez das instituições financeiras, os quais são fruto da crise dos empréstimos imobiliários de risco, quando da facilitação do crédito (*subprime*).

Outras medidas também foram previstas como forma emergencial de combate à crise econômica, como a ampliação do limite dos valores dos depósitos bancários garantidos pelo governo americano, que passou de US\$100 mil para US\$250 mil, dos vários cortes em impostos e mais garantias aos depósitos dos contribuintes e dos benefícios fiscais para a classe média e para as empresas.

Esse mesmo plano concedeu poderes para que o governo socorresse o setor bancário, restabelecendo linhas de crédito abaladas pela crise.

A rejeição ao texto do projeto emergencial poderia agravar a situação das empresas e dos consumidores que já enfrentavam, naquele momento, dificuldades na obtenção do crédito, não obstante haja crítica, como a do professor da Universidade de Nova York, Nouriel Roubini (apud Pinheiro 2008: 39), de que “o pacote foi uma colcha de retalhos injusta, que apenas socializa os prejuízos da crise financeira”

Com a aderência do Senado, a Câmara de Representação aprovou o projeto, com 263 votos favoráveis e 171 contrários, após dias de incertezas e intensas negociações. O projeto emergencial tornou-se lei, ainda sob o governo de George W. Bush.

Outras medidas de política econômica continuam a ser editadas não apenas pelos EUA, mas por diversos países; porém, a *recessão econômica* já é fato em muitos deles, e o governo de Barack Obama não conseguirá milagres para conter a crise que se alastra de forma sincronizada pelo mundo, atingindo setores produtivos e disseminando o desemprego em níveis alarmantes.

A constatação de que a crise rumava para uma recessão sem precedentes fez com que os líderes dos 20 países economicamente mais desenvolvidos do planeta – G20 – reunissem forças, em abril de 2009, na cidade de Londres, para discutir a nova ordem mundial que está sendo redesenhada e implementar atitudes concretas para tentar reavivar a economia mundial.

Essas medidas envolvem, em linhas gerais, os estímulos fiscais e a injeção de recursos que os países promovem em suas economias, como meio de mantê-las “aquecidas”; o combate ao protecionismo, visando a incentivar o comércio internacional; a recapitalização

do Fundo Monetário Internacional – FMI, com o aporte de recursos que, somados, superam a cifra de US\$ 1 trilhão, para o incentivo do comércio exterior e para os bancos de desenvolvimento; e a criação de estruturas regulatórias mais fortes, a exemplo do Conselho para a Estabilidade Financeira, órgão internacional composto pelos membros do G20, com o intuito de fiscalizar e detectar sinais de riscos macroeconômicos, dentre outras.

Assim, a regulamentação financeira, seja através de Estados, seja mediante instituições, tornou-se realidade após o colapso de *Wall Street* em 2008, haja vista que uma das principais causas da crise foi a falta de fiscalização mais rígida sobre as instituições financeiras.

Conclusões

Ante as colocações apresentadas, constata-se que o cenário tornou-se propício às discussões sobre o papel do Estado na economia capitalista atual, o intervencionismo estatal, e sobre como a desregulação dos mercados eclodiu em uma das maiores crises financeiras experimentadas desde o *crack* da Bolsa, em 1929.

Está em pauta a relação entre Estado e mercado, sempre acentuada nas épocas críticas, frisando-se que “a regulação das atividades econômicas representa apenas uma das funções (talvez a principal) do Estado contemporâneo, de perfil intervencionista, mas agente de políticas liberais” (Feitosa 2007: 27).

O desafio é encontrar o ponto de equilíbrio dessa relação: não se pode permitir que a fúria reguladora, estimulada pela demagogia política (cf. Delfim Neto 2008), atrapalhe o crescimento da economia; por outro lado, é patente que a regulação é necessária, porém está sendo redefinida, inclusive com a modernização do aparato regulatório composto pelas agências reguladoras e outras instituições similares.

Por fim, ainda é muito cedo para extrair conclusões acerca das consequências da crise, mas a ideia de que o mundo será multipolar é factível, diante do abalo na economia e na hegemonia norte-americana e dos reflexos para os demais países, que estão alterando seus papéis no tocante à política, economia e finanças globais.

Referências

- CARTA CAPITAL. *A bóia brasileira: o governo dá aval a bancos públicos para prevenir naufrágios na economia*. 2008. Carta Capital, São Paulo, p. 22, 29 out.
- DELFIN NETO, Antonio. 2008. *Repetição do mesmo*. Carta Capital, p. 39, 22 out.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. 2006. *A desregulação dos mercados e as recentes crises econômicas: questionamentos acerca da teoria das expectativas racionais no âmbito da Law and Economics*. Boletim de Ciências Econômicas XLIX. Coimbra.

_____. 2007. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora.

FOLHA ONLINE. *Entenda a crise financeira que atinge a economia dos EUA*. 2008. Folha Online, São Paulo, 15 set. Disponível em: <<http://www.folha.com.br>>. Acesso em: 29 out.

MARTINS, Ivan. 2008. *Atalho para o futuro*. Época, Rio de Janeiro, n. 544, p.48-50, 13 out.

MUNHOZ, Carolina Pancotto. 2006. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2007.

ULTIMOSEGUNDO. *Pacote de ajuda ao mercado americano é aprovado na Câmara*. 2008. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2008/10/03/aprovacao_de_plano_de_resgate_traz_alivio_a_governo_e_congresso_dos_eua_1970380.html>. Acesso em: 03 nov.

PINHEIRO, Márcia. 2008. *Pacote remendado: aprovadas no Senado, as medidas de Paulson geram dúvidas no mercado*. Carta Capital, p. 39, 08 out.

SENADO americano aprova pacote de resgate financeiro de US\$700bi. 2008. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/economia/noticia.jsf?id=974218-89k->>. Acesso em: 03 nov.

SENADO americano aprova pacote de socorro financeiro. 2008. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/economia/2008/10/01/ult35u62624.jhtm>>. Acesso em: 03 nov.

SCHEINKMAN, José Alexandre. 2008. *Vida e morte das bolhas*. Veja, Rio de Janeiro, p. 124, 08 out.

SOROS, George. 2008. *O fundamentalismo levou à crise*. Época, Rio de Janeiro, p. 55-57, 13 out.

CONTRATOS PÚBLICOS: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA*

RESUMO: O texto aborda a evolução do contrato administrativo numa perspectiva da operacionalidade em relação à Administração Pública, enfatizando o seu papel no procedimento relacional com os administrados desde a lei de licitações e contratos, concessão comum, culminando com as parcerias público-privadas.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Concessão. Parcerias.

ABSTRACT: The text discusses the evolution of administrative contract in terms of operation in relation to public administration, emphasizing its role in relationship with the administration procedure since the law of tenders and contracts, issuing common, culminating with public-private partnerships

Key-words: Administrative contracts. Concession contracts. Partnership contracts

1. Apontamentos sobre o contrato público

O contrato público não pode ser analisado fora de seu contexto histórico e econômico, visto que as influências transformadoras tanto as de trato legislativo como as do próprio papel do Estado, e, ainda, do particular-empresário além das financeiras, de modo algum podem ser descartadas quando desta análise.

Inicialmente, quando do Estado Social, o direito administrativo tinha como base a formalidade, em conformidade a princípios de autoridade⁸³. Como consequência, a Administração Pública ao sustentar a necessidade de manter esses tradicionais e rigorosos

* Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Contabilidade e Auditoria Pública pela Universidade Federal da Paraíba. Graduada em Matemática pela Universidade de Pernambuco, em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Pernambuco, em Direito pela UNIPÊ. Auditora de Contas Públicas/Controladoria Geral da Paraíba. Advogada.

⁸³ FERRAZ, Luciano. Contrato Administrativo – possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial – atenção às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*. Ano II, nº 21, abril, 2002/2003.p. 815.

princípios de autoridade, como fundamentais ao desempenho de suas funções, terminou ficando inacessível a interferências e participações externas em sua atividade⁸⁴.

Produziu-se a quase ausência de comunicação entre Estado e sociedade predominante no século XIX⁸⁵. Evidentemente que, na concepção atual, a Administração desenvolve atividades múltiplas e amplas, como de tomador e de prestador de serviços públicos em áreas diversas e que compreende a colaboração do particular tanto física como jurídica, com o fito de interesse público.

A cada necessidade da sociedade, a Administração tomava para si a incumbência de prestá-la, proporcionou-se, assim, um agigantamento de suas funções, e formou-se, enfim, uma estrutura estatal burocrática e pesada. Transformações aconteceram. A sociedade se transforma, requer serviços eficientes, e, até então a Administração não se preocupava com resultados.

No Brasil, principalmente, com a Emenda Constitucional nº 19/1998, a reforma administrativa se fez presente com a atuação na modernização da Administração, em que os órgãos públicos devem obediência não somente aos ditames da legalidade, mas também da eficiência. As mutações ocorridas na Administração Pública se fazem sentir no direito administrativo, em consonância com as transformações da sociedade e uma das searas atingidas é a contratual pública.

2. Sobre o Direito Administrativo

O direito administrativo pós-moderno evoluiu para conformar-se ao Estado Democrático de Direito, ou seja, passou a atuar não mais apenas sob o império da lei, mas sob o império do direito⁸⁶. O contrato público contemporâneo figura-se como o cerne operacional da Administração, conseqüentemente submete as normas juspublicistas, revestido dessas mutações que ressalta um modelo mais flexível e consensual.

A noção de contrato administrativo esteve sempre ligada ao problema geral da delimitação legal, num sentido de oposição ao direito civil, em que neste pode-se fazer tudo, mas naquele a idéia de que o administrador público tem pouquíssima liberdade de atuação.

⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 126.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

Porém, a idéia não deveria ser assim. O administrador quando age em nome do Estado, está submetido a:

Normas de direito administrativo regulam a realização do interesse público e conferem à Administração, encarregada de buscá-lo, poderes de autoridade, cujo exercício produz relações jurídicas verticais (em que ela tem posição de superioridade frente ao particular). Mas esses poderes são muito condicionados: a Administração só os tem quando previstos em lei (legalidade); seu exercício não mera faculdade, mas dever do administrador, e só pode ocorrer para realizar os fins previstos em lei (função)⁸⁷.

O Direito Administrativo é associado a uma idéia de poder público. Nesse panorama, o contrato administrativo tem o Estado como fonte, revestido de autoridade suprema invocada nas suas decisões visando ao interesse público. Sendo de inevitável aplicação do Direito Público precisamente aqueles casos em que a Administração se encontra numa situação que não é compatível à dos particulares⁸⁸.

Nessa esteira, o Direito Administrativo também se renova nas suas relações com os particulares, mostrando maior interatividade, flexibilidade, consensualidade e negociação contratual com o intuito de execução de obras e/ou serviços e prestação de serviços.

A consensualidade advém de um reflexo das novas relações juspolíticas entre o Estado e a sociedade, passando a ser uma forma privilegiada de administrar interesses públicos nas relações entre Administração e administrados⁸⁹, como marca de muitos novos institutos, em que a flexibilidade, a negociação, o uso criterioso da discricionariedade, o exercício da ponderação entre interesses, valores e direitos e, sobretudo a motivação, dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo.

Por sua vez a flexibilidade assentada na busca do interesse público, para que se possa fornecer as diversas requisições dos serviços ora pretendidos pela sociedade, quando requer serviços que venham proporcionar também melhoria de condições de vida, em que seus direitos fundamentais são respeitados

Tem-se que entender que a Administração Pública exige uma técnica jurídica geral, em conformidade com a particularidade da instituição. Assim, é necessário avaliar quais são as alterações, que aspecto subjetivo da Administração insere na estrutura contratual, sem

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 105.

⁸⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 30.

⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.

precisar fazer uma comparação com as disposições do direito civil. Isso porque, a atual ação do Estado encontra-se confrontada com uma sociedade resultante do pluralismo político, consequência da relação cidadão-Estado.

Nesse ínterim, a Administração Pública pátria se viu compelida a repensar o seu papel e os seus objetivos para atender a essa nova sociedade, como também de dar respostas dos resultados esperados aos serviços postos à disposição dela.

Por isso, a colaboração entre a empresa privada e a Administração decorre da necessidade de ser dada ao contrato administrativo maior flexibilidade, deixando de lado, aquela concepção de que nos contratos realizados com o poder público, este deverá exigir muito mais do que em relação aos contratos chamados privados. Pensamento compartilhado por Gérard Farjat, diante da nova concepção contratualista, que traduz num contrato que não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas que pode ter a sua base numa relação de cooperação.⁹⁰

Nesse compasso a interpretação dos contratos administrativos se funda ao atendimento do interesse público, mesmo com a influência e ingerência de normas de direito privado.

Conceito de contrato administrativo trazido por MELLO⁹¹:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas as sujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Enfatiza-se que a existência de atividade contratual do Estado relaciona-se com os princípios mais fundamentais da estruturação do poder político⁹². Princípios jurídicos considerados fundamentais que estão historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional⁹³.

⁹⁰ WALD, Arnold. As novas tendências do Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*. Editora NDJ Ltda: São Paulo, nº7, 2003, p.550.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 592-593.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética. 2003, p. 153.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra:Almedina, 2003, p. 1165.

A Constituição Federal brasileira traz como um dos princípios da administração pública dos mais importantes dessa estrutura: o da legalidade. Este como base pilar para o contrato administrativo, em que as cláusulas deverão estar de acordo com os comandos constitucionais e legais, sob pena de nulidade.

Permeando esse lastro principiológico, a Lei Magna contempla no art. 37, que, para que seja possível essa atividade contratual, deve-se observar o princípio licitatório:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Daí a importância do instrumento contratual quando o Estado precisa atender as suas necessidades operacionais, em que a participação do particular figura-se de forma autorizada pelas vias do Direito, em estrita conformação com o Estado Democrático de Direito. Enfim, a expressão “contrato administrativo” é utilizada para indicar um vínculo jurídico entre a Administração Pública e um particular visando à realização de determinada prestação⁹⁴.

O contrato administrativo regulamentado como se encontra na Lei nº 8.666/93 contém amarras próprias de supremacia do Poder Público, não conferindo nenhuma liberdade a uma possível negociabilidade ao Administrador com os administrados.

Vislumbra-se uma preocupação excessiva por parte da Administração, à época da edição da lei em comento, ao escolher o seu contratante particular, em torno da proposta mais vantajosa para a própria Administração, traduzida por aquela que apresentasse o menor preço. Paralelamente, o poder público enxergava nos futuros contratantes, uma desconfiança de parceria nas execuções dos contratos, transformando o particular em adversário.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1988)*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 468.

Esse ambiente de conflito gerou-se, em parte, por culpa do contraente particular que, animado de um espírito de lucro, pretendia a todo custo recuperar, o mais depressa possível, os investimentos realizados inicialmente⁹⁵.

Por outro lado, a Administração presa a um contrato de difícil maleabilidade, decorrente da rigidez de suas cláusulas, sentia dificuldades jurídicas em adaptá-las, principalmente, à realidade da execução das obras, isso em consequência de mentalidade de uma Administração em que direitos somente pertenciam ao Estado.

Aos poucos, as relações entre a Administração Pública e os licitantes/contratantes, com a ajuda da doutrina pátria, tem caminhado em diminuir os atritos de confiança mútua. Por uma parte, da melhoria da atuação e tratamento que o Estado tem conferido aos contratantes, quando reconhece a importância em cumprir as obrigações (na verdade, o poder público também as têm), principalmente financeiras.

Assim, o contrato administrativo sob a égide da Lei nº 8.666/93 e suas alterações continua desempenhando um papel central de instrumento para operacionalidade da Administração Pública, demonstrando-se, por fim, a concepção tradicional do contrato, contudo não quer dizer que o contrato administrativo nesses moldes seja de cunho autoritário.

Considerações finais

Com a evolução do pensamento em relação ao papel do contrato administrativo na concessão, a contratação se opera para uma prestação de serviços públicos, com o propósito de atender à sociedade, isto é, o usuário; este é quem irá proporcionar a remuneração do serviço, por meio de tarifas. Podendo ser possível outras fontes de recursos para completar a remuneração. Outrossim, somente se configura a concessão de serviço público quando o objetivo for a exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral⁹⁶.

A concessão de serviço público é delegada por meio de um contrato administrativo, portanto, de regime de direito público, sendo regida pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Na concessão, o cerne principal é a prestação de um serviço público, por parte de um particular, com o compromisso não somente no serviço em si, mas na relação com a sociedade, principalmente na modicidade das tarifas cobradas aos usuários.

⁹⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Livraria Almedina: Coimbra, 2003, p. 56.

⁹⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 679.

A concessão deve ser vista numa forma contemporânea, como um específico modo de gestão dos serviços públicos, em que há de ser compreendida como uma integração cooperativa entre o setor público e o setor privado, ambos unidos de molde a prestar o melhor e o mais eficiente serviço possível aos usuários. Deve ser encarada como um específico modo de gestão dos serviços públicos outorgados à cura do Estado – implementado porque mais eficiente e mais adequado a determinados setores econômicos⁹⁷.

O contrato é o melhor instrumento até hoje encontrado para retratar o núcleo da relação jurídica concreta de concessão. Disserta, ainda, MUKAI⁹⁸que

em nosso sistema, o contrato de concessão é apenas um dos instrumentos que refletem a relação jurídica existente entre o concedente e o concessionário, o que se verifica ao analisarmos os seguintes passos: a lei autoriza a concessão e delimita a amplitude do contrato a ser firmado, o procedimento licitatório define algumas condições contratuais prévias, o regulamento estabelece as condições de execução do serviço.

O contrato consubstancia a transferência da execução do serviço, por delegação, ao vencedor da concorrência, que se torna o concessionário, estabelece definitivamente o equilíbrio econômico-financeiro e limita, de certa forma, o poder regulamentar.

Na linha evolutiva dos contratos administrativos surgiram novas figuras, como o termo de parceria, vinculado à contratualização, com a finalidade de abranger os mais diversos ajustes que demonstram a colaboração entre as entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores⁹⁹.

A terminologia contratualização deve ser compreendida como instrumento de aperfeiçoamento de contratação, com vistas a uma prestação de serviço de qualidade. Esse instrumento contratual para atingir o desempenho almejado, utiliza-se como fim a atingir critérios de avaliação objetivamente definidos.

O instrumento contratual de concessão adotado pelas parcerias público-privadas se coaduna com o momento histórico pelo qual a Administração Pública brasileira passa, em que novos contornos têm-se posicionado em matéria de serviços públicos, como também da

⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Contrato de Concessão de Serviço Público: sua compreensão contemporânea. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos*. Doutrina. Editora Zênite: Curitiba. Ano XII, nº 138. Ago/2005, p. 677.

⁹⁸ MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ Ltda. Ano XVIII. Nº 11, Nov/2002, p. 856

⁹⁹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 212-213.

evolução dos contratos administrativos, incorporando a consensualidade e a negociação das partes.

Paralelamente, a legislação também avançou para adaptar-se aos novos tempos da concessão por parcerias, abrangida como uma alternativa de integração entre o particular e o setor público.

Os instrumentos contratuais de parcerias público-privadas terão a função central em fundir as diretrizes estruturais consubstanciadas nos projetos e as exigências das normas legais, como também as expectativas negociais dos parceiros público e privado.

Com isso, o Direito Público ganha uma abrangência maior no cenário jurídico em decorrência da interferência do estado na economia de mercado.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, surgiu como nova figura de contratação no âmbito da Administração Pública brasileira, dando outra forma de relacionamento entre o Público e o Privado, com o intuito de demonstrar normas gerais para licitação nessa área.

O texto legal arremessa um novo fôlego na Administração Pública quando refaz o papel do poder público frente às entidades privadas, no campo do entendimento da responsabilidade social. A sociedade clama por desenvolvimento, mas o Estado sabe que sozinho não terá condições suficientes para supri-la, busca, portanto, no setor privado, o apoio ao reestruturar os investimentos apropriados a abrir uma via ao desenvolvimento econômico e social.

Concluindo, o contrato administrativo apesar de todas as transformações ocorridas no Estado, em face da necessidade de recursos financeiros para atender a demanda de investimentos, não o deixou à margem do processo histórico, mas o renova para adequá-lo aos novos tempos da relação Administração e administrado.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed (4ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ, Luciano. Contrato Administrativo – possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial – atenção às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*. Ano II, nº 21, abril, 2002/2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética. 2003.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1988)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contrato de Concessão de Serviço Público: sua compreensão contemporânea. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos*. Doutrina. Editora Zênite: Curitiba. Ano XII, nº 138. Ago/2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ Ltda. Ano XVIII. Nº 11, Nov/2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

WALD, Arnold. As novas tendências do Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*. Editora NDJ Ltda: São Paulo, n.7, 2003.

O FILOSOFAR NA GRÉCIA ANTIGA E A ORIGEM DA ÉTICA

LUCRÉCIO ARAÚJO DE SÁ JÚNIOR*

RESUMO: Múltiplos são os caminhos, se quisermos estabelecer uma sistematização para o pensar filosófico sobre a vida social e política. Por isso, é bastante difícil tratar dessas relações de uma maneira generalizada. É preciso delimitar as áreas de discussão e situar as repostas historicamente. Este artigo versa sobre o pensar social e político como objeto da filosofia que se inicia com Sócrates e que toma forma sistemática no pensamento de Platão e Aristóteles.

Palavras-chave: Ética; Política; Sociedade.

ABSTRACT: Multiples are the roads, if we want to establish a systemization for thinking philosophical on the social life and politics. Therefore, it is quite difficult to treat of those relationships in a widespread way. It is necessary to delimit the discussion areas and to place them restored historically. This article turns on thinking social and political as object of the philosophy that begins with Sócrates and it takes systematic form in the thought of Plato and Aristotle.

Key words: Ethics; Politics; Society.

Introdução

O pensar filosófico na Grécia Clássica volta-se para o campo social e político, assim o estudo da filosofia indaga principalmente sobre a origem, natureza e significado das relações humanas e a legitimidade do poder. Nas dimensões da vida política surgem indagações como: Qual o fundamento do poder? Qual a sua legitimidade? O que torna viável o poder de um sobre o outro? Qual a melhor forma de organização política? Como as dimensões pessoais e coletivas da vida humana se interrelacionam no espaço político da sociedade? O que é natural (instintivo) e o que é cultural (adquirido através da experiência) no Homem?

Algumas dessas questões serão abordadas neste ensaio à medida que observados os problemas que preocuparam Sócrates no decorrer da sua história e sequencialmente o

* Doutorando na Universidade Federal da Paraíba – UFPB e na Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa – UL. Professor da FESP Faculdades.

pensamento platônico e aristotélico. Sócrates percebeu já nas suas primeiras indagações que os seres humanos buscam viver harmonicamente em sociedade e é desta busca que resulta a necessidade de se organizar politicamente e instituir regras que permitam os interesses. Observando a formação do Estado grego Sócrates percebe que a evolução da prática político-social dos seres humanos permitiu o aperfeiçoamento das formas de organização social dos grupos humanos. É questionando o sistema político da sociedade em que viveu que Sócrates formula sua filosofia política. As questões do filósofo grego se referiam à ordem ética, cuja culminância se encontra na organização política. Assim, sua pergunta capital era: qual a razão de ser da *polis*?

1. Os sofistas e a democracia

Para abordar o processo do filosofar na Grécia Clássica e suas características uma observação se faz necessária: na história da filosofia grega o apogeu e esplendor teórico se iniciam justamente no momento de uma ascensão material (econômica). As idéias de Sócrates aparecem justamente no momento que a sociedade grega em geral, e a ateniense em particular, vivenciam seu ponto mais alto.

Porém, esse desenvolvimento econômico provoca uma verdadeira mudança nos valores existentes na sociedade. De uma forma geral Sócrates, e os sucessores Platão e Aristóteles desenvolvem idéias políticas num cenário de grande desagregação interna, de dominação da política pelos demagogos, pela decadência dos velhos modos de vida, da superação da riqueza intelectual pela material. O domínio imperial de Atenas garante à cidade as fontes de seu supremo desenvolvimento econômico; ao canalizar para a cidade vultoso volume de recursos, o imperialismo garante um esplendor em todas as artes. É o período dos grandes monumentos, da arquitetura, da escultura. É também o momento no qual os sábios de todo o mundo helênico – da Ásia Menor à Calábria, então chamada de Magna Grécia – convergem à Atenas na busca tanto de um ambiente de efervescência cultural como de patronos, mecenas.

Quando não havia democracia, mas dominavam as famílias aristocráticas, senhoras das terras, o poder lhes pertencia. Essas famílias, valendo-se dos dois grandes poetas gregos, Homero e Hesíodo, criaram um padrão de educação, próprio dos aristocratas. Esse padrão afirmava, por exemplo, que Zeus, o pai dos deuses, estava ocupado em distribuir benção e maldições entre os homens, sendo o poder político afortunamento e graça, os homens deveriam ser conformados com o seu destino. Quando, porém, a democracia se

instala e o poder vai sendo retirado dos aristocratas, esse ideal educativo ou pedagógico também vai sendo substituído por outro. O ideal da educação do Século de Péricles é a formação do cidadão. A *Arete* é a virtude cívica. Ora, qual é o momento em que o cidadão mais aparece e mais exerce sua cidadania? Quando opina, discute, delibera e vota nas assembléias. Assim, a nova educação estabelece como padrão ideal a formação do bom orador, isto é, aquele que saiba falar em público e persuadir os outros na política. Os sofistas sicilianos foram os primeiros a se ocupar dessa educação pelo seu envolvimento profissional, como advogados, nos inúmeros julgamentos e questões políticos suscitados pelas revoluções ocorridas durante o séc. v.

Os sofistas ensinavam técnicas de persuasão para os jovens, que aprendiam a defender a posição ou opinião A, depois a posição ou opinião contrária, não-A, de modo que, numa assembléia, soubessem ter fortes argumentos a favor ou contra uma opinião e ganhassem a discussão. Desse pendor retórico, porém, nunca mais conseguiram se libertar, e acabaram por transformar as questões sobre moral e justiça em meros argumentos de debates retóricos.

Os sofistas são um fruto pedagógico deste período atribulado, são geralmente acusados por seus adversários de destacar o conhecimento de sua base moral, ensinando que qualquer discussão poderia ser vencida desde que utilizados os meios corretos da arte da persuasão. Ainda que esta visão possa ser mero exagero dos seus comentadores é a partir deles que se institui uma discussão política. Independente das críticas aos sofistas serem tendenciosas ou honestas, há nelas um componente novo, inusitado, crítico: o relativismo moral. Da velha identidade entre a felicidade individual e o bem comum da sociedade grega se chegará, através dos sofistas, a uma situação na qual tanto o primeiro como o segundo tornam-se relativos, não universais ou divinamente inspirados.

O pensamento sofista não deixa de ser uma evidência da hipocrisia ateniense no qual os velhos valores não são mais evocados senão como uma justificativa da dominação de Atenas sobre outros Estados, dos ricos demagogos sobre a idéia da democracia, da escravidão e da plutocracia na qual a sociedade grega havia se transformado. A frase "o homem é a medida de todas as coisas", de Protágoras é sobretudo uma contestação da própria essência da legitimidade do Estado grego, firmada já não mais numa profunda consciência do *Império da Lei*, mas simplesmente em um amontoado de convenções sociais habilmente manipuladas.

O cerne desta estrutura de legitimação é trazida à luz por Trasimaco, para qual a justiça e outros conceitos derivados da lei não eram senão ferramentas para que os fortes

submetessem e dominassem os fracos. Conceitos como esse iam contra os valores da sociedade grega, transformavam o velho respeito ao "*Império da lei*" em mera hipocrisia, o velho sentimento de missão e superioridade gregos em vaga justificativa da escravidão.

2. A crítica socrática

É nesse contexto de decadência e crise moral que os esforços intelectuais de Sócrates devem ser entendidos. Quando se enxerga a questão por este prisma, o fato de Sócrates ter "inventado" a Ética revela não o surgimento de uma nova ordem, mas antes a necessidade de se refletir, sistematizar e defender conceitos que antes eram dados como automáticos, em especial quanto à essência da ética, ou seja, as relações entre o bem comum e a felicidade individual.

Sócrates, considerado o patrono da Filosofia, rebelou-se contra os sofistas, dizendo que não eram filósofos, pois não tinham amor pela sabedoria nem respeito pela verdade, pois estes defendiam qualquer idéia, se isso fosse vantajoso. Para Sócrates os sofistas corrompiam o espírito dos jovens, pois faziam o erro e a mentira valer tanto quanto a verdade. Como homem de seu tempo, Sócrates concordava com os sofistas em um ponto: por um lado, a educação antiga do guerreiro belo e bom já não atendia às exigências da sociedade grega, e, por outro lado, os filósofos *cosmologistas* defendiam idéias tão contrárias entre si que também não eram uma fonte segura para o conhecimento verdadeiro.

É com os sofistas que Sócrates dialoga, em um esforço para refutar seu relativismo moral cuja validação, sabe ele, significaria o fim do "espírito grego". O grande mérito de Sócrates é enfrentar de forma virulenta a hipocrisia da sociedade ateniense cuja resposta aos sofistas era apenas a reafirmação insincera dos velhos valores.

Sócrates defende a identidade entre os interesses individuais e os comunitários como único caminho para a felicidade, o que implica na valorização da bondade, da moderação dos apetites, na busca do conhecimento. Sócrates se contrapõe aos sofistas e aos políticos tradicionalistas, aos primeiros por negarem uma realidade objetiva e universal aos valores éticos, aos segundos por não serem capazes de compreender a essência destes valores. Ele próprio pensa na Ética não como uma especulação abstrata, mas como uma força transformadora, capaz de trazer a felicidade a ambos, Sociedade e Indivíduo – aliás a única forma de se obter esta felicidade.

O problema ético, para Sócrates, é sobretudo uma questão de definição de termos. Como chegar a este valor absoluto capaz de guiar o homem? Sócrates não dá uma resposta

absoluta, antes propõe um método para se chegar a resposta, demolindo as visões correntes, mostrando quão ilusórias são as certezas, abalando as convicções arraigadas através de questionamentos implacáveis.

Uma pergunta central do pensamento socrático revelada no *Euthyphron* de Platão era saber como se explicaria, então, a dissociação real entre os valores pessoais e coletivos, se ao homem, como afirma Sócrates, basta saber o que é o *Bem* para que ele seja bom? Os sofistas respondiam a esta questão considerando que a Ética era mera convenção social. Sócrates os refuta, afirmando que a aparente dissociação se dá justamente porque os homens não sabem o que realmente é a bondade. As falsas idéias, noções baseadas na opinião pessoal, particular e relativa, perdidas em meio à vaidade e a hipocrisia dominante cegam o homem que ao invés de lutar por conceitos universais, *logos*, confunde-se na névoa das convenções sociais e na assimilação de falsos argumentos - *ortho logos* (aqui o embrião da noção que Platão consolidará e generalizará na sua Alegoria da Caverna).

Sócrates é um perguntador, disposto a arrancar as pessoas da vã certeza vaidosa na qual se encontram para fazê-las mergulhar mais profundamente em suas consciências em busca de respostas. É ele quem principia a Filosofia, ou teoria racional da Ética. Foi Sócrates, afirma Aristóteles no livro M da Metafísica (1078b,17) quem primeiro procurou definir as virtudes morais, isto é, exprimir a sua essência por meio de uma fórmula geral.

É assim que se abre, pela via dos conceitos, dos raciocínios indutivos, e das definições universais, o caminho do conhecimento racional: a reflexão ética atingiu desde logo, com os mais eminentes seguidores do método, Platão e Aristóteles, uma notável elevação.

3. Política e Ética: *Arete* e *Nomos*

Na língua grega duas palavras quase homônimas e com a mesma etimologia – *êthos* (*nous*) e *ethos* (*etos*) – indicam, a primeira, de um lado, o domicílio de alguém, ou o abrigo dos animais, e de outro, a maneira de ser ou os hábitos de uma pessoa; a segunda, os usos e costumes vigentes numa sociedade e também, secundariamente os hábitos individuais. Já na etimologia, portanto, encontramos, as duas vertentes clássicas da reflexão ética: a subjetiva, centrada em torno do comportamento individual, e a objetiva, fundada num modo coletivo de vida. Essas duas vertentes foram cumpridamente exploradas no pensamento grego do período clássico. Na primeira delas, a individual, a regra de vida proposta foi a virtude (*Arete*); na segunda, a lei (*Nomos*).

A ética, salientou Aristóteles na sua obra a *Nicomaco* (livro I), é por excelência uma filosofia das coisas humanas. O seu objeto é o estudo do supremo bem a que podem aspirar os homens, isto é, a felicidade. A ética procura, pois, no filosofar da Grécia Clássica, saber, em primeiro lugar, em que consiste a felicidade; em segundo lugar, qual a forma de organização política que assegure a felicidade geral. Aristóteles procurou responder a primeira indagação na *Ética a Nicômaco*, e à segunda na *Política*¹⁰⁰.

Ora, o fato de que a política é a principal dimensão da vida humana, e de que não é possível dissociar no mundo ético o aspecto subjetivo do objetivo, Platão e Aristóteles tiraram a conclusão lógica de que a educação do cidadão para a vida cívica é a principal tarefa do estado. “Nada há de mais importante, a reforma política deve começar pela educação dos jovens”, afirma Sócrates em *A República* (423 e)¹⁰¹. Da mesma sorte, Aristóteles, ao acentuar a íntima ligação entre a constituição da polis e os hábitos de vida do povo, sublinhou que “a educação pública se exerce por meio de leis, pois somente boas leis produzem uma boa educação (*Ética a Nicômaco*, 1180 a, 35). Por conseguinte, aquele que pretende por meio da educação tornar os homens melhores deve esforçar-se por se tornar, ele próprio, um bom legislador (*nomotehikos*); ou seja, deve aprender a ciência da legislação. Educar para a cidadania, frisa ele numa passagem da política (1277b), que parece referir-se a todos os regimes, mas diz respeito obviamente tão-só à democracia, consiste em formar, não apenas bons cidadãos para o respeito das leis, mas também bons legisladores.

Tanto Platão quanto Aristóteles asseveram que a forma mais segura de garantir a estabilidade do regime político consiste em educar politicamente os cidadãos. Acrescentam porém, com melancolia, que esta era uma tarefa desprezada pelos homens de seu tempo.

Platão, como discípulo de Sócrates, busca interpretar a reflexão sobre os homens, como objeto da *Política*, segundo os ideais de uma Cidade moralmente perfeita na qual houvesse uma harmonia entre os diversos interesses individuais e coletivos. No pensamento de Platão há necessidade de se resgatar o velho sentido da Ética, da Justiça e da Moral, perdidos durante o período de crescimento e enriquecimento de Atenas. Assim, com relação à dissociação entre o mundo real e os valores éticos Platão propõe a necessidade de uma reconstrução da sociedade segundo o valor do Bem, por mais radical que ele possa parecer. O eixo da ampla reforma sugerida por Platão para construir a sociedade perfeita é a substituição da plutocracia que reinava na Atenas Imperial dos mercadores por uma

¹⁰⁰ Não se tratam de dois livros sobre assuntos distintos, mas de duas partes de um mesmo tratado.

¹⁰¹ É o que também o diz no *Euthyphron*.

"timocracia do espírito" na qual os governantes seriam os melhores dentre os homens de seu tempo em termos de conhecimento e sabedoria.

Esta noção em certa medida vem das inúmeras ocasiões nas quais Sócrates deplorou a pouca preparação intelectual dos dirigentes, clamando que era incompreensível que para as tarefas mais triviais se exigisse preparação, mas que aos governantes bastava serem capazes de conduzir pela demagogia ou pela compra de votos à massa dos atenienses. No pensamento de Platão, portanto, o reencontro da ética e da realidade se dá através de uma grande reforma social, política e econômica que torne a cidade desligada dos valores materiais, mais igualitária. A preservação desta nova cidade só poderia ser feita se o poder fosse centralizado no estrato dominante dos *guardiões* para os quais a simplicidade e a privação – bem como a educação – deveriam ser ainda mais rígidos.

Assim a concepção essencial da ética de Sócrates – segundo a qual basta saber o que é a bondade para ser bom – é também a concepção de Platão, mas com duas diferenças básicas. Sócrates jamais exprimiu de forma objetiva o que ele entendia como bondade, deu apenas definições do conceito demonstrando o caráter superficial vigente em sua época. Platão por sua vez define esta bondade como sendo a Idéia Geral de bondade, sendo o conceito mais abstrato cuja sombra seria as noções cotidianas da bondade. Para descobrir o que era a Bondade, portanto, seria necessário afastar esta sombra refletida pelas convenções para chegar à noção *em si* da bondade. A segunda diferença é que ao propor sua utopia, Platão esforça-se se não para definir este conceito absoluto de bondade, ao menos para definir como seria uma sociedade na qual ela poderia prosperar.

Enquanto Platão sonha com uma sociedade ideal na qual não praticar o bem se torna uma impossibilidade tal a extensão das instituições que eliminam a vida privada, Aristóteles propõe o que, de certa forma, pode ser compreendido como um caminho contrário, corrigindo o intelectualismo abstrato de Platão. Para Aristóteles, a Lei deve ser capaz de compreender as limitações do ser humano, aproveitar-se das suas paixões e instintos, e produzir instituições que promovam o bem e reprimam o mal.

Assim se para Platão a Lei deve moldar o real, para Aristóteles o real deve moldar a Lei, única forma de seu cumprimento ser possível a todos. A exposição destes conceitos na Ética de Aristóteles parece estar diretamente dirigida contra a Utopia platônica que, na visão de Aristóteles, está condenada ao fracasso porque não respeita os impulsos do homem, seus apetites e paixões.

A essência da virtude seria, então, a moderação entre os extremos de cada paixão, a Regra Dourada do *caminho do meio* entre a indulgência absoluta e a privação absoluta.

Assim a verdadeira definição de coragem estaria entre a covardia e a bravata *itimorata*, a amizade entre a subserviência e a insolência. É evidente o vínculo com os múltiplos questionamentos de Sócrates sobre as essências dos valores morais, bem como com a noção das Idéias Gerais de Platão. Mas se há uma continuidade há igualmente uma ruptura nesta nova noção. A mais significativa delas é a existência de uma resposta objetiva àquilo que Sócrates recusou-se a responder e Platão respondeu de forma abstrata. Aristóteles está preocupado em termos de Ética – como no restante da sua filosofia – em encontrar regras claras que possam ser conhecidas, rotuladas, catalogadas. Aristóteles também não está preocupado em uma utopia, mas em construir uma sociedade com os homens que estão disponíveis, não com super-homens idealizados, assim tenta construir uma visão de ética que seja capaz de atender as necessidades reais e urgentes.

A virtude moral sendo o produto dos usos e costumes, disse Aristóteles, ela não existe nos homens naturalmente, pois nada do que é natural se adquire pelo costume. Ora, tratando-se de uma faculdade prática, isto é, dirigida à ação, é necessário que os homens se exercitem na virtude para adquiri-la, como sucede com todas as faculdades desse gênero. Da mesma forma que alguém, para tornar-se construtor, precisa praticar a técnica da construção, e para tornar-se músico precisa exercita-se nessa arte instrumental, assim também é pela prática das ações justas que nos tornamos justos. Essa verdade, prossegue Aristóteles, nos é comprovada pelo que ocorre na sociedade política, na qual os legisladores tornam bons os cidadãos, ao se esforçarem por fazê-los adquirir bons hábitos. É este, aliás, o propósito de toda legislação, de tal forma que é pelo bom ou mau efeito que as leis produzem na alma de um povo que se pode distinguir entre uma e boa e má organização da polis (*politéia*).

Como se vê, o raciocínio passa, insensivelmente, da vida individual à social, dos hábitos pessoais às leis, do *êthos* ao *ethos*, e vice-versa. Para o pensamento grego de modo geral, não existe separação admissível entre a vida do cidadão e a organização ética da vida política, dado que a virtude nada mais é do que a lei interiorizada, e a lei, a virtude objetivada.

A finalidade última do estado só pode ser a realização da felicidade plena para todos os homens, sem exclusões ou restrições. A felicidade é com efeito, o fim supremo da vida humana, aquele que se basta a si mesmo. Todos os outros bens da vida não passam de meios para se atingir a felicidade última. O objetivo da organização política é dar a todas as categorias de cidadãos, e não apenas a uma ou algumas delas, a possibilidade de uma vida feliz.

Conclusão

Como se vê, o filosofar na Grécia Antiga é dirigido para o mais geral, para o que é comum a todos, e não para uma situação ou uma classe de pessoas em particular. Tudo isso mostra como a concepção grega de polis e da política diferia profundamente da moderna. Os filósofos gregos sempre analisaram a política, tal como o homem do qual ela é simples reflexo, em sua integralidade e não sob o ângulo específico de uma qualidade ou aspectos particular.

Para Platão e Aristóteles, todas as atividades humanas, assim a econômica, como a religiosa, a militar ou qualquer outra, devem subordinar-se à política, enquanto arte de organização integral da vida na polis. Na era moderna, ao contrário, a concepção teórica de política e a organização constitucional do estado visam fins particulares, e priorizam certas e determinadas atividades humanas – a econômica, a militar, e até a religiosa, mesmo em crise – em detrimento de outras. No estado capitalista, com o advento da burguesia, não é a política que organiza e regula a economia, mas o contrário. A finalidade da organização estatal, apregoada pelos intelectuais orgânicos do regime e moldada pelos representantes políticos das classes dominantes nas Constituições e nas Leis, consiste em facilitar e garantir o livre exercício da atividade empresarial, sustentando-se que todas as demais classes de cidadãos têm vantagens com isso.

Para finalizar esta reflexão uma pergunta é central: sobre a fundamentação da vida ética, cuja culminância se encontra na organização política, qual o sentido e a razão de ser cidadão, afinal? Para os problemas dos dias atuais a resposta a essa indagação é bem clara, seguindo ainda o filosofar na Grécia Clássica.

A essência da Ética Socrática é o poder libertador do verdadeiro conhecimento confrontado com a hipocrisia. É através deste conhecimento, crê Sócrates, que o indivíduo é capaz de um dia chegar à compreensão do que é o Bem, conhecimento que por si só tem efeito transformador tanto de quem o adquire como da sociedade na qual ele vive. Partindo dos mesmos pressupostos de Sócrates, Platão avançaria no sentido de buscar uma definição concreta para esta Ética objetiva, definindo em seu conceito o que seria a Idéia geral do Bem que precisaria ser buscada. A investigação platônica começaria pela dualidade entre o bem comum e o bem individual, hoje totalmente descoladas. Platão advogaria uma sociedade ideal na qual os dois conjuntos de interesses seriam mantidos. Aristóteles tentaria pensar uma sociedade na qual as instituições – baseadas numa análise das paixões humanas – seriam

capazes de harmonizar os seres humanos de forma a produzir o melhor resultado possível. A filosofia de Aristóteles estaria voltada para a definição das virtudes morais e das virtudes políticas, tendo como objeto central as idéias e práticas que norteiam os comportamentos dos seres humanos tanto como indivíduos quanto como cidadãos.

O filosofar na Grécia Clássica, está definido na história da filosofia como período socrático e antropológico, isto é, voltado para o conhecimento do homem, particularmente de seu espírito e de sua capacidade para conhecer a verdade. É um momento em que a Filosofia se volta para as questões humanas no plano da ação, dos comportamentos, das idéias, das crenças, dos valores e, portanto, se preocupa com as questões morais e políticas. E, é por considerar a importância e atualidade do pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles que se justifica este estudo.

Reflexões filosóficas que se referem a valores como justiça, cidadania, ética política, nunca são escassas. Para Sócrates a reflexão política deveria ser cotidiana e rotineira, principalmente na realização de cada indivíduo como ser social. Pensar sobre ética é buscar sentir-se parte de um todo social. A idéia de integração político-social como condição do aperfeiçoamento moral para realização da cidadania é bastante antiga, porém adormecida se torna pouco usual.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- CORNFORD, F.M. - *Estudos de Filosofia Antiga* (Sócrates, Platão e Aristóteles).Coimbra. Atlântida. 1996.
- CRESCENZO, Luciano - *História da Filosofia Grega a partir de Sócrates*. Lisboa, Presença. 1999
- FINLEY, M.I.- *O Cidadão da Antiga Grécia*.Lisboa.70, 1990.
- GLOTZ, G. - *A Cidade Grega*. São Paulo/Rio de Janeiro, DIFEL, 1980.
- GUTHRIE, W.K.- *Os Filósofos Gregos- De Tales a Aristóteles*. Lisboa. Presença. 1995
- JEAGER, Werner - *Paideia, a Formação do Homem Grego*. Lisboa. Aster.1979
- LAERTIOS, Diógenes. *Vidas e Doutrinas dos Filósofos Ilustres*, Brasília, UNB, 1987.
- MONDOLFO, R.- *O Pensamento Antigo - História da Filosofia Greco-Romana*. 2 Vols. São Paulo. Ed. Mestre
- PLATÃO. *A República*. Trad. M. H. R. Pereira. Lisboa: Fundação Calouste. Gulbenkian, 1993
- THOMSON, George - *Os Primeiros Filósofos* -2 vols. Lisboa. Estampa.1974
- TRINDADE SANTOS, José G. *Platão. Eutífron, Apologia de Sócrates e Críton*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1984.

OS PERCALÇOS DA MIGRAÇÃO: MEMÓRIA E IDENTIDADE NA TRILOGIA DE ANTÔNIO TORRES*

ANA CLARA TEIXEIRA LEÃO ALMEIDA**

ROBERTO HENRIQUE SEIDEL***

RESUMO: Este trabalho trata da intensificação dos fluxos migratórios do Nordeste para o Sudeste do Brasil a partir da década de 1950, com base nos romances *Essa terra* (1976), *O cachorro e o lobo* (1997) e *Pelo fundo da agulha* (2006), do escritor Antônio Torres. Analisamos as causas do processo de migração e também seus efeitos sobre a questão identitária, bem como o embate entre o local e o global.

Palavras-chave: migração, identidade local, identidade global, Antônio Torres.

ABSTRACT: This work discusses about the migratory flows from Northeast to South-east of Brazil since the 1950s, based on the novels *Essa terra* (1976), *O cachorro e o lobo* (1997) and *Pelo fundo da agulha* (2006), written by Antônio Torres. We analyze the reasons for the migration process and also its effects on identity question, as well as the conflict between the local and the global.

Keywords: migration, local identity, global identity, Antônio Torres.

Introdução

A produção literária de Antônio Torres (1940) representa um capítulo relevante na trajetória do romance brasileiro contemporâneo. Nascido em Junco, antigo povoado do interior baiano que hoje corresponde à cidade de Sátiro Dias, situada na região do semi-árido, o escritor trouxe muitas de suas experiências e de seus conterrâneos para o universo da ficção, revelando a penosa realidade daqueles que se distanciam da terra de origem com o intuito de escapar das condições geográficas e climáticas desfavoráveis.

* Trabalho desenvolvido no âmbito do projeto de pesquisa *Descaminhos do Viandante: espaço nacional, fronteiras e deslocamentos na obra de Antônio Torres*.

** Graduada em Letras com Língua Inglesa pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS) e Comunicação Social com Habilitação em Jornalismo (FAESF/ UNEF). Bolsista IC pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (Fapesb), sob orientação do Prof. Dr. Roberto Henrique Seidel, no âmbito do projeto *Descaminhos do Viandante: Espaço Nacional, Fronteiras e Deslocamentos na Obra de Antônio Torres*.

*** Doutorado em Letras pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor Adjunto B da Universidade Estadual de Feira de Santana.

Distinta dos exemplos dos autores mais proeminentes da geração regionalista de 30 – tais como Graciliano Ramos, Jorge Amado, Rachel de Queiroz e José Lins do Rego –, a obra torresiana inicia uma nova abordagem do tema migratório ao traçar o caminho ou reter os processos desencadeados na segunda metade do século XX, muito embora tenha incorporado referências significativas das obras daqueles ficcionistas num diálogo esteticamente fulgurante. Entram, nessa perspectiva, efeitos que invocam um panorama identitário conflituoso, a se debater entre os traços locais e globais, encurralado numa espécie de *entre-lugar* da cultura incompreensível e impraticável aos personagens.

A trilogia, composta por *Essa terra*, *O cachorro e o lobo* e *Pelo fundo da agulha* detém uma forte carga autobiográfica. Reunidas, as narrativas constituem a saga de uma numerosa família nordestina que sofre uma dispersão decorrente da perda da propriedade rural e cujos membros, com exceção do pai, se deparam com a necessidade de deslocamento. Por conseguinte, deslocam-se as identidades, pois a impossibilidade de identificação com o ambiente-destino é proporcional à da reidentificação com a terra natal.

1. A migração nordestina

Enfocar a temática da migração de nordestinos não seria suficiente para se apontar uma inovação da obra de Antônio Torres dentro do discurso do regionalismo na literatura. Afinal, a imagem da diáspora sertaneja ou do povo que foge de uma terra inóspita sempre fora uma constante no referido plano. O traço inovador surge, neste caso com a demonstração de que nem sempre o ato de migrar constitui um movimento obrigatório, mas uma opção mesclada à esperança de tempos menos sofridos. Essa perspectiva emerge ao lado da explosão industrial iniciada na derradeira gestão presidencial de Getúlio Vargas, de 1951 a 1954.

A industrialização, sobretudo concentrada no Estado de São Paulo, fez com que o Sudeste alcançasse um nível de desenvolvimento ágil e contundente, ao qual as demais regiões do país ficaram aquém. Naquela época, as aplicações governamentais coincidiram com um intenso período de estiagem no Nordeste que durou de 1951 – justamente quando o Polígono das Secas passou por uma nova revisão territorial – até 1953, levando muitos sertanejos a deixar o seu lugar. Doravante, a região metropolitana paulista afigurar-se-ia como um provedor de oportunidades de trabalho, moradia e bom poder aquisitivo, correspondendo às expectativas da quimera que, de acordo com o professor Roland Walter (2004), faz parte e é transmitida pelos discursos e imagens da ficção.

Além do notável investimento em indústrias que foi prioritário no governo de Juscelino Kubitschek (1956-1961), há que se destacar o papel das políticas do regime militar no sentido de fomento às desigualdades regionais e à centralização de auxílios e o tímido êxito das gestões posteriores, escolhidas via processos eleitorais diretos, no que tange a reduzi-las. Roland Walter (2004, p. 19 e 20) recorre a um retrospecto:

Em consequência do programa de modernização e industrialização do governo militar – projetos infra-estruturais financiados mediante empréstimos de vários bilhões de dólares que criaram a dívida externa do país – e dos planos de estabilização, a liberalização e privatização econômica dos anos 80 em diante, as contradições entre o Nordeste agrário e o Sul tecnocrático não foram resolvidas mas trasladadas para o interior nordestino e, por causa dos migrantes, para os centros urbanos, principalmente Recife, Fortaleza, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo. Se bem que o *Plano Real*, implementado pelo governo de FHC em 1994, conseguiu reduzir a taxa de inflação a um baixo nível recorde (7.98%) e segurar (até aumentar) o influxo de capital estrangeiro tanto em investimentos como em empréstimos comerciais, resultando num crescimento constante do PIB, a integração regional econômica progrediu a um ritmo muito devagar. Apesar de um aumento modesto da desconcentração industrial – a relocação de empresas dos centros urbanos para as zonas do interior – e da distribuição de terra desde 1995, o Sudeste e o Sul, particularmente a cidade de São Paulo, continuam constituindo o centro da atividade econômica do país.

Os fluxos migratórios em questão têm na má distribuição de recursos seu fator fundamental, pois que isso implica em produção de bens de consumo igualmente centralizada e, portanto, em motivo duplo para o deslocamento. O primeiro deles, naturalmente, diz respeito aos problemas sociais, econômicos e climáticos do semi-árido, ao passo que o outro emerge do poder atrativo que a possível posse de tais produtos desempenha mediante uma sociedade dominada pela lógica do consumismo e por um senso de globalização que rompe resistências ou barreiras locais.

2. A voz do desespero em *Essa terra*

A narrativa de *Essa terra*, primeira componente da trilogia torresiana, caracteriza-se pela violência da linguagem e urgência estilística, o que bem corresponde à trágica história do protagonista Nelo. Primogênito de uma família da zona rural de Junco – aqui, Torres toma por espaço sua própria cidade e reforça a incidência da autobiografia –, o rapaz muda-se para

São Paulo quando o pai perde as terras por conta de um empréstimo mal-sucedido numa agência bancária que atende pelo nome de Ancar, representação do descaso estatal com relação a elaborar programas de desenvolvimento sustentável para pequenos proprietários. A mãe, por sua vez, separa-se do esposo e leva os filhos mais novos para Feira de Santana, importante centro urbano do interior da Bahia, demonstrando uma preocupação incomum com a educação da prole.

Vinte anos depois, Nelo misteriosamente retorna à cidadezinha onde passara a infância e a adolescência. É recebido não tanto como um conterrâneo, mas como alguém cheio de civilidades, um típico homem da metrópole, mais rico e mais bonito, com sotaque mudado e aparência atraente. Contudo, não eram essas as boas-vindas que o recém-chegado desejava. Ele queria, em verdade, um reencontro puro com as origens para apagar da memória os fracassos e humilhações que havia enfrentado na capital paulista. Ao constatar que trilhou um caminho sem volta, suicida-se emblematicamente, como testemunha o irmão Totonhim:

– Nelo – gritei da calçada. – Vem me ensinar como se flutua em cima do tronco de mulungu. Me disseram que você já foi bom nisso.

Não ouvi o que ele respondeu, quer dizer, não houve resposta. Não houve e houve. Na roça me falavam de um pássaro mal-assombrado, que vinha perturbar uma moça, toda vez que ela saía ao terreiro, a qualquer hora da noite. Podia ter sido o meu irmão quem acabava de piar no meu ouvido, pelo bico daquele pássaro noturno e invisível, no qual eu nunca acreditei. Atordoados, me apressei e bati na porta e bastou uma única batida para que ela se abrisse – e para que eu fosse o primeiro a ver o pescoço do meu irmão pendurado na corda, no armador da rede.

– Deixa disso, Nelo – bati com a mão aberta no lado esquerdo do seu rosto e devo ter batido com alguma força, porque sua cabeça virou e caiu para a direita. – Deixa disso, pelo amor de Deus – tornei a dizer, batendo na outra face, e ele se virou de novo e caiu para outro lado.

Pronto.

Eu nunca mais ia querer subir por uma corda até Deus (2005, p. 12 e 13).

Totonhim é um narrador que não raras vezes segue ou reproduz a consciência abalada do suicida. O desespero marcante no tom da obra é o mesmo utilizado para contar o suicídio de Gil, protagonista de *Carta ao bispo* – outra obra de Torres. Tamanha energia descarta a

necessidade do uso de traços dialetais do regionalismo linguístico e, segundo posfácio de Vânia Pinheiro Chaves (2005, p. 186), a ausência deste também se explica “pela tendência moderna para uma certa uniformização do linguajar popular, decorrente da atração que a linguagem das áreas mais desenvolvidas do país exerce sobre a população sertaneja”. Destarte, o relato torna-se ainda mais autêntico em suas intenções e construções.

Em *Essa terra*, Torres coloca em pauta de maneira mais veemente as causas da migração, através de um episódio trágico particular que explicita o drama vivido por muitos nordestinos e mesmo por qualquer indivíduo em experiência semelhante. Ao descrever a paisagem esquecida e pouco desenvolvida de Junco, ainda sujeita aos ditames do assistencialismo paternalista, o peso da responsabilidade recai no Estado numa contestação latente. O governo, em linhas gerais, omite-se e deixa a população rural à própria sorte, sem estímulos que propiciem coexistir harmoniosamente com aquele ambiente árido de baixíssimos índices pluviométricos. Em lugar da política de convivência, capaz de manter as populações, tem-se uma multidão que se vê, por razões básicas, impelida a partir.

A denúncia aparece, de igual modo, na exposição da precariedade em que vivia o migrante Nelo na cidade de São Paulo, submetido à marginalidade e aos abusos de poder da polícia. Tendo sido abandonado pela esposa e pelos filhos, vítima de injustiças e espancamentos, escondido aos olhos dos indiferentes, sendo apenas mais um vulto na imensa região metropolitana, o personagem não consegue desvincular-se, em devaneios, de passado tão recente.

– Volta, volta – me debato, esperneio, imploro. – Estou me endireitando, estou ganhando dinheiro outra vez, faço negócios, compro confecções aqui e vendo no norte do Paraná – me sacolejo dentro das malhas, uma rede de malhas: os braços. – Semana passada ganhei um dinheirão em Londrina, parei de beber, agora trabalho duro, volta – um alicate na barriga, um arrepio, um estremeço. – Volta, serei outro homem para você, serei outro Nelo, me perdoa, volta – um trompaço, mexem em meus bolsos, onde está a arma? – Não agüento mais, quero ver meus filhos, quero acordar todos os dias e ver os meus filhos – me apalpam, me beliscam, os faróis me atordoam, o povo me rodeia, todo mundo quer ver, o que foi que houve, um ladrão. – Volta, volta, pelo amor de Deus (2005, p. 57 e 58).

Nelo, que fora enxotado de sua terra de origem por não mais possuí-la, agora era ejetado pela cidade de São Paulo pelo fato de jamais poder pertencer a ela. Lá seria

invariavelmente a mão-de-obra barata, o *baiano*, o bêbado preguiçoso, o perdedor. Com esse estereótipo, não pretende Torres generalizar a forma como o Sudeste enxerga os nordestinos, isto é, a representação que deles se faz. Tampouco é do interesse do romancista criar uma relação entre explorador (paulista) e explorado (nordestino), mas unicamente denunciar a ausência de uma infra-estrutura apta a oferecer qualidade de vida a um número elevado de migrantes, indicando que a dispersão, tomada por solução imediata à pobreza sertaneja, aumentaria a indignação em outra parte.

A universalidade atingida pela narrativa fica evidente com o desfecho. Depois de suportar a repercussão da morte do irmão, o surto mental da mãe e a melancolia do pai, Totonhim parece não vislumbrar alternativas e vai-se embora também para São Paulo, dando prosseguimento a um ciclo que, caso continue ignorado pelo poder público, permanecerá sem final. Ademais, embora atento à realidade externa, Torres preza a densidade interior de seus personagens, suas contradições, sofrimentos e silêncio. Este último, a propósito, diz muito mais que as palavras, porque representante de uma incompreensão e da falta de comunicação diante de um quadro confuso, de uma sensação de estar desprotegido e suspenso em algum lugar não-identificado.

Trata-se do que Silviano Santiago (2000), referindo-se ao discurso pós-colonial da literatura latino-americana posicionado em relação a um original desde sempre faltante e o trazido pelos colonizadores, denomina *entre-lugar*. Mostram-se ausentes tanto a ligação com as raízes quanto a adaptação, ou antes a inserção adequada, no ambiente de destino. Nos dizeres de Roland Walter (2004, p. 23), “Antônio Torres cria entre-sujeitos ambivalentes procurando os fragmentos das suas identidades quebradas entre raízes e rotas num país fronteirizado”. A fragmentação do texto e dos personagens é, então, reflexo desse painel.

3. O cachorro e o lobo: Embates entre o Local e o Global

Em *A identidade cultural na pós-modernidade*, Stuart Hall (2006) admite que a globalização não provém do conjunto de rupturas característico do que ele considera o pós-moderno, sendo um produto mesmo da modernidade. Porém, existiriam, teoricamente, três possíveis efeitos da globalização sobre as identidades culturais, a saber: desintegração das identidades nacionais, em virtude da expansão da homogeneização das culturas; identidades nacionais e locais reforçadas pela tentativa de resistir ao “pós-moderno global”; o declínio das identidades nacionais ao lado do surgimento de outras híbridas, que as substituem. As ações

da narrativa de *O cachorro e o lobo*, segunda parte da trilogia de Torres, narradas e protagonizadas por Totonhim, parecem indicar a seguinte situação:

Alguns teóricos culturais argumentam que a tendência em direção a uma maior interdependência global está levando ao colapso de todas as identidades culturais fortes e está produzindo aquela fragmentação de códigos culturais, aquela multiplicidade de estilos, aquela ênfase no efêmero, no flutuante, no impermanente e na diferença no pluralismo cultural descrita por Kenneth Thompson (1992), mas agora numa escala global – o que poderíamos chamar de pós-moderno global (HALL, 2006, p. 73 e 74).

O romance começa com um telefonema de muito longe. Era Noêmia, irmã de Totonhim, convidando-o para uma visita a Junco por ocasião do recente aniversário do pai que completara oitenta anos. Ela questiona a falta de notícias e lembra que o irmão não aparece há duas décadas. Vinte anos sem ver a família, muito mais do que um ato de desdém, significava para Totonhim uma forma segura de esquecer o enforcamento de Nelo e as circunstâncias e consequências que o cercaram. A partida para São Paulo logo após a tragédia traduzia, sobretudo, um desejo de fuga daquele contexto insustentável.

Pressionada pela culpa, a “rês desgarrada” atende ao apelo e decide-se a enfrentar seus próprios receios e fantasmas ao menos por um dia, tempo suficiente para que as mudanças saltem aos olhos. Se, em *Essa terra*, o marasmo era perceptível naquele “lugarejo de sopapo, caibro, telha e cal” (2005, p.11 e 12), agora há indícios de que Junco caminha para inserir-se numa urbanização sem precedentes. Ao contrário da ocasião da vinda do irmão mais velho, a chegada de Totonhim sequer causa impacto nos moradores, pois o homem urbanizado não constitui mais uma novidade a essa altura, isto é, os mecanismos sistemáticos dos fluxos migratórios não consentem maiores contrastes:

Agora sou eu o que volta, sem festa nem foguetório. Pelo tempo em que estou à janela e pela rapidez com que as notícias correm neste lugar, já era para ter sido notado. Mas ninguém apareceu ainda para os rapapés de antigamente. Vai ver o ir e vir se tornou tão banal que já não impressiona a pessoa alguma. São Paulo virou um caminho de roça. O mundo ficou pequeno. Viajar já não é mais uma aventura emocionante (2006, p. 69).

Com efeito, modificam-se as configurações de tempo-espaço na globalização. Acontecimentos localizados a longa distância interferem na realidade de outros lugares, como se interconectados. Isso, para Hall (2006), inviabiliza a narrativa tradicional de “início-meio-fim”, tendo em vista que o tempo e o espaço atuam como coordenadas basilares de todo e qualquer sistema de representação. Frente à perda dessas dimensões habituais, as identidades culturais perdem também seu referencial primeiro, a ponto de resultar no estranhamento do *lugar*. Daí a dificuldade de Totonhim no que diz respeito a reconhecer a Junco de suas lembranças. O exercício da memória, mais que recuperar os antigos laços, ressalta as alterações ocorridas ao longo daquele período ausente. Há uma diferença primordial entre lugar e espaço que se faz imprescindível ao entendimento da obra torresiana a partir dessa perspectiva:

O “lugar” é específico, concreto, conhecido, familiar, delimitado: o ponto de práticas sociais específicas que nos moldaram e nos formaram e com as quais nossas identidades estão estreitamente ligadas [...]. Os lugares permanecem fixos; é neles que temos “raízes”. Entretanto, o espaço pode ser “cruzado” num piscar de olhos – por avião a jato, por fax ou por satélite (HALL, 2006, p. 72 e 73).

Destarte, chegar a Junco numa concepção espacial fora fácil e rápido para Totonhim. A missão mais árdua, agora, está na volta ao lugar, já que este não é mais o mesmo. O município, apesar de tipicamente interiorano, revela-se familiarizado com diversas tecnologias, dispondo de um sistema eficiente de luz elétrica e de água encanada, aparelhos de televisão em quantidade considerável, escolas modernizadas, hospitais, supermercados, automóveis, banca de jornal e de revistas e biblioteca. Além disso, o funcionalismo público consolidara-se, à proporção que a decadência da zona rural. As ruas esvaziaram-se de tal modo que Totonhim pensava terem sido todos engolidos pela migração ou estar ele a andar por uma cidade de mortos, como a Comala de *Pedro Páramo*, obra-prima do mexicano Juan Rulfo.

A quase completa extinção dos roceiros matutos, naturalmente, gerou seus prejuízos, exemplificados por meio do encontro com a tia Anita. Dona de uma fazenda que fora feliz cenário dos tempos de criança de Totonhim e os irmãos, a velha pede esmolas pelos logradouros quando o sobrinho a encontra, numa absoluta condição de miséria. À medida que incorpora elementos do cenário urbano e se transforma em um deles, Junco adquire seus

problemas alegóricos, incluindo o emprego questionável do dinheiro público, a violência, a insegurança, a impunidade, o isolamento e a falta de solidariedade.

Para Milton Santos (2008, p. 58), o egoísmo é corriqueiro na globalização comandada pela soberania do capital. Logo, ser competitivo implica abrir mão de ser solidário, já que todos são concorrentes:

[...] a idéia de que o desemprego é resultado de um jogo simplório entre formas técnicas e decisões microeconômicas das empresas é uma simplificação [...], como se a nação não devesse solidariedade a cada um de seus membros. O abandono da idéia de solidariedade está por trás desse entendimento da economia e conduz ao desamparo em que vivemos hoje. Jamais houve na história um período em que o medo fosse tão generalizado e alcançasse todas as áreas da nossa vida: medo do desemprego, medo da fome, medo da violência, medo do outro.

O *entre-lugar*, que em *Essa terra* manifestava-se psicologicamente em Nelo, é externalizado em *O cachorro e o lobo* através do ambiente transformado, irreconhecível ao personagem. Junco, enfim, mantém-se afastada de muitos de seus aspectos locais pretéritos, mas por outro lado está longe de ser uma metrópole. É, por assim dizer, um lugar que “vai levando a vida entre os antigos sonhos e a modernidade das antenas parabólicas” (TORRES, 2006, p. 172). Simultaneamente, há pessoas que se apegam a um entretenimento ininterrupto com a TV – vale destacar o papel do apelo midiático, neste sentido, enquanto fomentador do sonho do migrante – e existem meninos cuja ingenuidade lhes permite almejar o domínio poético das palavras sem sequer pensar em retirar-se da terra. O local e o global, ocupando uma mesma atmosfera, travam conflitos dos quais emergem um meio-termo.

4. *Pelo fundo da agulha e a busca da memória*

Depois de se estabelecer em São Paulo, Totonhim constitui família, emprega-se como bancário e obtém uma aparente segurança quanto ao futuro, até que o momento da aposentadoria faz cair por terra todas as falsas certezas. Já separado da esposa e sem um vínculo sólido com os filhos, o protagonista entrega-se à memória numa noite solitária num quarto imerso em penumbras. Sente-se inútil e perdido, percebe-se descartado após décadas de serventia a uma estrutura e duvida de que ainda haja algo a ser feito ou pelo que esperar.

Tal fluidez, típica da ordem global, remete ao entendimento de Bauman (2007, p. 16) acerca da índole fugaz das relações humanas:

O terreno sobre o qual se presume que nossas perspectivas de vida se assentem é reconhecidamente instável – tal como são os nossos empregos e as empresas que os oferecem, nossos parceiros e nossas redes de amizade, a posição que desfrutamos na sociedade mais ampla e a auto-estima e a autoconfiança que o acompanham.

Resta ao personagem, como último alento, buscar as figuras remotas de suas origens.

A narração surge em terceira pessoa – uma forma favoravelmente contemplativa – e mergulha nas memórias, que são impulsionadas pela singela imagem da mãe enfiando uma linha pelo fundo da agulha sem a ajuda de óculos. O esforço advém da sensação de vazio ou de não pertencer a lugar algum. Para convencer-se do oposto, somente retornando a Junco em pensamentos, numa viagem onde mortos e vivos se misturam até conduzi-lo ao ponto presente. Por que motivo estaria ele ali, naquela hora e naquelas circunstâncias?

Epílogo da trilogia, *Pelo fundo da agulha* forma-se pelo passado em andamento de ir e vir. Uma década se passou desde a visita de *O cachorro e o lobo* e Torres mostra-se ciente da passagem do tempo e das suas marcas. O suicídio, mais uma vez, atravessa a vida de Totonhim, sendo ele mesmo o alvo em potencial. É a mãe, já falecida, quem consegue dissuadi-lo da idéia ao convidá-lo para um trajeto no vale dos que atentam contra a própria existência. Lá estão o primo Pedrinho, o atormentado Gil de *Carta ao Bispo* e, evidentemente, o irmão Nelo, que por uma ironia amarga lhe servira de exemplo. Em meio ao grupo de desistentes, diz a velha: “– Entendeu agora, Totonhim, por que eu lhe trouxe aqui? Para você ver como é o vale dos suicidas. Não é um horror? Não dá para comparar isso com a vida dos aposentados. Sei o que estou dizendo. Já me aposentei há muito tempo”. (2006, p. 215).

A narrativa, de cunho memorialístico como as outras, é uma espécie desmistificação da “migração que dá certo”. Não só Nelo, que chegou às raias do enforcamento, como também Totonhim encara a perda do elo mais forte com o lugar de origem. Ainda que voltasse a Junco àquela altura, ambos não seriam mais os de outrora, não haveria o reencontro previsto no imaginário, isto é, a confirmação da idealização da memória. O lugarejo e o menino da roça existirão, doravante, apenas nas reminiscências, nunca no orbe temporal vigente.

Considerações finais

Na trilogia torresiana, a intertextualidade é mais perceptível que nas demais obras, sejam elas a respeito da migração ou próximas da crônica histórica. Com personagens e espaços narrativos comuns, o romancista cria um universo literário que prima pela propriedade. *Essa terra*, *O cachorro e o lobo* e *Pelo fundo da agulha* são um retrato cruel da migração, suas causas envolvidas e desdobramentos, sem se afastar dos princípios estéticos que regem o fazer literário quando aproxima o leitor dos conflitos interiores do indivíduo deslocado. Os fluxos migratórios são resultantes tanto da omissão política quanto dos atrativos que a metrópole põe em vitrine e agem de modo fragmentário sobre as identidades culturais dos envolvidos.

Como lembra Candido (2000), depreende-se, da ficção em geral, uma estrutura lógica – porém, não menos profunda ou complexa – de composição de personagens que nos permite conhecer aquele outro em sua totalidade, ao passo que, na vida real, tal conhecimento é dividido. Os romances de que tratamos proporcionam uma compreensão verossímil do real que, por vezes, nem mesmo a observação da realidade em si pode proporcionar, o que mais justifica a relevância dos pontos concernentes à obra de Antônio Torres.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- CANDIDO, Antonio et al. *A personagem de ficção*. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- SANTIAGO, Silviano. O entre-lugar do discurso latino-americano. In: Idem. *Uma literatura nos trópicos: ensaios sobre dependência cultural*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 9-26.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- TORRES Antônio. *Essa Terra*. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- _____. *O cachorro e o lobo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- _____. *Pelo fundo da agulha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- WALTER, Roland. *Narrative Identities: (Inter)Cultural In-betweenness in the Americas*. Bern/Berlin/New York: Peter Lang, 2002 [Tradução feita pelo próprio autor].

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações

sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 11 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo do trabalho segundo o exemplo: ...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar *itálico* e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em *itálico*. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano, devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: 12 a 15 páginas.

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º
Piso; Manaíra Shopping;

Bairro: Manaíra;

Cidade: João Pessoa – PB

CEP: 58037-000

Fone: (0xx83) 2106 6175

E-mail para envio de artigos:

revistadafesp@gmail.com

Com cópia para: (Cc)

Lucrecio.sa@hotmail.com



fesp
Faculdades

Venha fazer parte desta equipe.

**Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º Piso Manaíra Shopping
Manaíra - João Pessoa - PB - CEP: 58.037-000
Tel. 83 2106 6175**