



REVISTA DA fesp

periódico de diálogos científicos

ISSN 1982-0895



Outubro de 2010 - Ano IV

8ª Edição

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.
v. 1, n. 7, (mar. 2010). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior
da
Paraíba, 2010

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]. 2010, vol. 1, 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.

FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA
REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.
ISSN: 1982-0895

EXPEDIENTE

Diretora Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretor Administrativo-pedagógico: Maria Goretti de Assis Laier

Diretor Financeiro: Marcelo Henriques da Silva

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Eduardo Cavalcanti

Coordenação de Prática Jurídica: Débora Peter

Coordenação de Monitoria e Estágio: Fernando Monteiro

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Lara Sanábria Viana

Direção Editorial

Lara Sanábria Viana

Comitê Editorial Interno:

Antonio Carlos Iranlei *FESP*

Eduardo Cavalcanti *FESP*

Fernando Monteiro *FESP*

Goretti de Assis Laier *FESP*
Lara Sanábria Viana *FESP*
Luciana Vilar de Assis *FESP*
Raissa de Sena Xavier *FESP*
Socorro Menezes *FESP*

Comitê Editorial Externo:

Alexandre Cavalcanti Belo – UFPB
Edísio Ferreira de Farias Júnior - UEPB

Gustavo Henrique Cordeiro Galvão de
Souza – FAVIP/PE
Marco Antônio Martins – UFSC
Antonio da Silva Campos Junior - UFCG
Maríla Marques – UFCG
Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas –
FAVIP/PE
Sônia Barreto – UFSE
Sueli Arnoud - UFPB

Sumário

O Estado democrático de direito e os direitos fundamentais: perspectivas históricas

Lara Sanábria Viana

..... 7

Livre concorrência e regulação de mercados: o caso da regulação das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Raissa de Sena Xavier V. Batista

..... 22

Civilização e Reino Moral em Kant

Filino Carvalho Neto e Sônia Barreto

..... 41

A capacidade da pessoa física como elemento fundamental dos contratos internacionais: possibilidade da ocorrência de fracionamento ou *depécage*.

Luciane Gomes

..... 56

A pseudo-independência do poder judiciário: um obstáculo à celeridade e efetividade processual

Adriano Mesquita Dantas

..... 76

Limites dos poderes do empregador

Mônica de Lourdes Queiroz e Adriano Mesquita Dantas

.....108

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

..... 121

EDITORIAL

A Faculdade de Ensino Superior da Paraíba- FESP vem buscando a excelência no ensino jurídico. Para tanto, volta-se para a importância da Pesquisa e Extensão.

Neste sentido, a produção científica desenvolvida pela própria faculdade e por meio da colaboração de professores externos reafirma inequivocamente o necessário fomento a uma abordagem transdisciplinar da ciência do Direito, sob o enfoque do atual paradigma contemporâneo inerente ao processo de globalização.

Apostando na confluência desses fenômenos a Revista de Períodos recebe a colaboração de um corpo docente qualificado proveniente não apenas da área jurídica, mas também, com atuações na área de História, Filosofia, Política e Sociologia.

As publicações têm como objetivo realizar a ponte de exteriorização da produção acadêmica ao conhecimento da sociedade em geral, por essa razão, não se destina apenas à comunidade científica.

Acreditamos que a experiência auferida pelo conhecimento deve-se traduzir na reflexão e na solução das problemáticas sociais, bem como na produção de novas perspectivas palpáveis e realizáveis com o fim de construir e contribuir para o bem comum da coletividade.

Esta é a nossa honrosa e desafiadora missão.

Lara Sanábria Viana

Editora

João Pessoa, 04 de outubro de 2010

ARTIGOS

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: perspectivas históricas

LARA SANÁBRIA VIANA*

“Nos lugares onde o Direito é imponente, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco, do despotismo”.

Norberto Bobbio

RESUMO

Partindo da experiência histórica do processo de formação do Estado Democrático de Direito, observa-se um contexto repleto de forças que se contrapõem na luta pelo poder. Entretanto, ao mesmo tempo, novas exigências sociais são impostas conjuntamente e, que de fato, colaboram efetivamente para a formação de uma cultura política conectada pela necessidade de criação e defesa de novos direitos. O processo de positivação de direitos fundamentais, os movimentos constitucionalistas e, sobretudo, as massivas codificações colaboraram para a formação de um sistema jurídico complexo e aberto às proposições que objetivam integrar e preencher as lacunas deixadas pelo sistema como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é muito utilizado na tutela penal para auferir limites ao *jus puniendi*. Faz-se mister, nesta conjuntura global de intensas transformações sociais o aperfeiçoamento de uma cultura política orientada para os valores eminentemente democráticos inerentes ao pluralismo jurídico. Desta forma, pode-se afirmar os Direitos do Homem com maior amplitude de sentido.

Palavras- chave: Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

Starting from the historical experience of the training process of the democratic state of law, there is a context full of forces that oppose the struggle for power. Among both at the same time new social demands are imposed jointly and in fact, collaborate effectively for the formation of a political culture connected by the need to create new rights. The processes of positive fundamental rights, the constitutional movements and above all the massive codification, contributed to the formation of a complex legal system and open to proposals that aim to integrate and fill the gaps left by the system with, for example, the principle of human dignity,

which is widely used in criminal law, to give limits to *jus puniendi* ambit. What is needed is in this overall context of intense social changes the processing of a political culture oriented values eminently democratic and plural in its essence, thus, can affirm human rights.

Keywords: Democratic Rule of Law State; Fundamental Rights; Human Rights.

* Advogada militante. Membro do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba – NCDH. Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, professora de Direito Penal e Ciência Política do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba - FESP

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo tratar acerca do processo evolutivo da afirmação histórica dos Direitos Humanos. Conjuntamente, procura-se esboçar de forma sintética e analítica o processo de humanização das penas, de acordo com a tradição ocidental e os limiares basilares do Estado Democrático. Este como instituição organizada do poder legalmente constituído.

Não obstante, evidencia-se que mesmo com a tradição democrática e o sistema de liberdades individuais, verifica-se graves violações aos Direitos Humanos. Busca-se em um primeiro momento estabelecer os estanques para uma fundamentação histórica dos Direitos Humanos calcados na experiência cristã e na luta de classe dos movimentos sociais do Séc. XIX.

Destarte, pretende-se elencar o processo histórico na construção dos Direitos Humanos sem, todavia, olvidar-se do seu caráter cultural, ético e econômico, o qual serve como paradigma na atualidade, uma vez que, os processos de globalização, intensos fluxos de informação incorrem inegavelmente, em novas tecnologias.

Desta forma, reputa-se a necessária criação de “novos Direitos”, tendo em mira, a nossa era. Pode-se então defini - lá como a “Era dos Direitos”.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SUA FORMAÇÃO HISTÓRICA

O vernáculo poder (*potere*), do latim, *pouvoir* (francês), *power*, (inglês) e *macht* (alemão), em um amplo significado pode ser entendido como “capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos”. (LEITE, 2001, p.67).

Weber afirma que poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade, distinguindo-o de dominação que é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo,(...) a probabilidade de encontrar obediência pronta automática e esquemática, a uma ordem [...]. (1991 *apud* LEITE, 2006, p. 71).

Noticia-se desde as civilizações mais antigas, a figura mítica do líder como aquele detentor das habilidades necessárias para conduzir o seu povo. Esse dirigente contava diretamente com o auxílio divino e lhe possibilitava plenos poderes no exercício de seu governo. Assim, a religião e o poder andaram de mãos dadas por um longo período da História do Homem: no Egito Antigo, onde se acreditava na natureza divina e inquestionável do Faraó; na cultura hebraica, quando Moisés conduziu o povo pelo deserto até Canaã, depois da fuga do Egito, inspirado por Deus, exercendo a função de líder espiritual e de organização do povo hebreu, como ilustram as Escrituras Sagradas; em Roma, onde os Césares impunham seus castigos inexoráveis e suas celebrações místicas; na Europa, onde os Senhores feudais supostamente garantiam amparo protetivo aos seus vassalos em troca de mão de obra praticamente escrava, e os Monarcas e seus Estados Absolutos e imponentes legitimaram o exercício do poder através do mundo das crenças e de valores míticos. Desde os primórdios, portanto, verificou-se a necessidade de organização da vida em sociedade, reafirmando a concentração do poder em caráter absoluto, através de um ente quer de origem espiritual, quer eminentemente proveniente da própria racionalidade humana.

A separação entre Estado e a Igreja, possibilitou uma tênue democratização do poder sob a égide do pensamento iluminista do Séc. XVIII, na ótica liberal de um ordenamento jurídico devidamente positivado e racionalizado.

Guiado por regras e normas de organização e controle, o qual conferia uma esfera mais objetiva, mais palpável e não tão metafísica, como nos exemplos anteriormente mencionados. Mas o poder ainda continuou refém de uma pequena parcela da classe social detentora deste poder.

Para Hans Kelsen (2000), o poder será manifesto como o produto de uma ordem jurídica estabelecida de validade e eficácia e também como função do Estado compreendido em sua forma. A este respeito, Vico observa:

[...] o que é sentido como justo por todos ou pela maior parte dos homens deve ser a regra da vida em sociedade”, ao que se segue o conselho a quem “quiser escapar” desses limites que “devem ser os confins da humana razão” de que “ele se cuide para não escapar de toda a humanidade. (1744 *apud* BOBBIO,1996, p. 33.)

A legitimação da sociedade política está calcada na idéia de consenso esculpida no contrato social. Ela é concebida como “uma verdade da razão, na medida em que é um elo necessário na cadeia de raciocínios que começa com a hipótese de indivíduos”. A idéia de contrato é uma espécie de ambiente artificial criado para legitimar e conceituar as bases do poder organizado pela instituição do Estado. Ao afirmar a existência de um contrato, ao menos, tácito de delegação de poderes ao ente estatal para o exercício do poder, em detrimento do “eu” individual para a noção de um “eu comum”, encontrado em Jean Jacques Rousseau, para quem o homem só é livre quando obedece à lei que ele mesmo se deu”. (LEITE, 2001, p.67).

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

O Estado de Direito tem como base o império da lei e sua fiel observância, conferindo direitos e garantias, mas as experiências oriundas da Segunda Guerra Mundial, em face do Estado nazista alemão e fascista italiano de Mussolini

indicaram a ineficiência desses Estados na tutela de alguns direitos. Nem com a Constituição alemã de *Weimar* foi possível evitar as atrocidades cometidas pelo terceiro *Reich* contra a dignidade da humanidade.

“O Estado deve limitar-se a exercer seu poder na esfera das relações públicas, sem imiscuir-se na órbita privada do indivíduo”. (VERDÚ, 2007, p.45) Consolida-se, com esta afirmação, todo o sentido do pensamento liberal, com o prestígio da segurança jurídica, da separação dos poderes como uma garantia, dentre outros direitos aos seus cidadãos; entretanto, verificou-se certo caráter retórico no que concerne à necessidade de satisfação desses direitos, uma vez que, o ambiente do Estado liberal não é o favorável para a sua concretização. A barreira do Estado de Direito foi o grande desafio do tribunal de Nuremberg em 1945, que condenou o condenável, mas sem o direito ao *due process of law*, típico dos tribunais de exceção, ferindo o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que significa “aqui há um limite para el castigo, especialmente en el caso que deba ser respetado el punto de vista de la equality, Del derecho consuetudinário y de uma justicia penal que se basea en casos precedentes”. (SCHMIT, 2006, p. 34)

Diante das experiências vividas no Pós-Guerra, chegou-se à conclusão da necessidade de adoção do termo “democracia”. Esta acompanhada do pluralismo, e ambos devem ser norteados pelo anseio de efetividade das garantias antes cristalizadas retoricamente nas letras mortas e sem vida dos Estados de Direito.

Como bem dizia São Tomás de Aquino a esse respeito, a letra mata, o espírito vivifica. Tal espírito motivou a busca pela satisfação dessas garantias em caráter programático, dando ensejo, ao debate sobre a finalidade do Estado. Para Thomas Hobbes, a paz é o fim a que se destina o Estado. Spinoza considera a liberdade como finalidade do Estado, distanciando-se da idéia de que o Estado seria responsável por realizar a felicidade de todos.

O Estado de Direito, pela própria acepção da palavra “direito”, pode assumir vários sentidos, desde social, maquiado por interesses totalitários e autoritários de uma minoria sobre uma maioria, até os mais genuínos. Como se viu, a idéia vazia e nebulosa de Estado de Direito foi evoluindo a uma concepção de Estado Social de Direito, típico de uma economia neocapitalista e característico

do *Welfare State*, conforme observa Elías Díaz, citado pelo constitucionalista José Afonso, em seu **Curso de Direito Constitucional Positivo**. (SILVA, 2005, p.115)

O Estado Social de Direito sofre grandes críticas também pela sua conceituação ampla de no sentido da acepção do termo “social”, bem como pela concentração do poder econômico por grupos politizados, de cunho monopolista.

É a humanidade que tem os pulsos atados às algemas da globalização neoliberal, a escravidão branca do século XXI. Vivem, assim, os povos periféricos num mundo de atraso, ódios, trevas e preconceitos; o mundo das perseguições sociais e das desigualdades iníquas que desonram o século; o mundo onde a dignidade da pessoa humana é, todos os dias, ofendida e conculcada. (BONAVIDES, 2001, p.16)

Destarte, demonstra-se com o fracasso do *Welfare State*, a necessidade de um novo significado para o termo “Democracia”, surgindo o Estado Democrático de Direito, sendo democrático o governo do povo sobre o povo. (BOBBIO, 1996, p.60)

A democracia é um processo de convivência social em liberdade, uma forma participativa, plural, solidária, destinada à redução e ao combate às desigualdades sociais e das minorias, ampliando, assim, o rol de participação da população nos contextos políticos, culturais, sociais, com ações presentes e imbuídas de um teor de racionalidade erigidas com base nos parâmetros de legalidade.

Por fim, tem-se o dever de observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. DA POSITIVAÇÃO DAS GARANTIAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

Os direitos fundamentais manifestam-se como direitos positivos de cariz constitucional, além dos valores éticos e morais. A luta pela afirmação desses direitos está entrelaçada à história do constitucionalismo e sua constitui-se o maior desafio na atualidade.

Do ponto de vista da efetividade e da proteção, há uma distinção entre os direitos fundamentais e direitos humanos, estes sendo de teor internacional, e desfrutando de uma ampla proteção ancorada em tratados e convenções internacionais. Já os direitos fundamentais têm o *status* de direito público interno, pois apenas contar com mecanismos de defesa e aplicação domésticos, por meio de leis constitucionais e infraconstitucionais.

Uma análise histórica desses direitos permite que se identifique sua natureza e suas dimensões como formas de limitação do poder.

Graças ao longo processo de evolução dos Estados chegou-se até ao Estado Democrático de Direito à industrialização, advinda das novas formas tecnológicas características da Revolução Industrial e dos avanços científicos, surgindo a necessidade de tutela dos direitos das mulheres e crianças nas jornadas desumanas de trabalho de 14 e 16 horas, ensejando no surgimento da Organização Internacional do Trabalho.

Através do jusnaturalismo e a idéia de que esses direitos são irrenunciáveis, esboça-se o pensamento cristão de São Tomás de Aquino que conferiu força e expressão às questões de cunho humanista, como o princípio da igualdade.

Professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. (LUÑO *apud* SARLET, 2004, p. 45).

Tardiamente, John Locke veio corroborar o pensamento tomista, assevera o direito de resistência. Julgando-o legítimo, entendendo que o direito à vida, à liberdade, à propriedade, são inalienáveis e inerentes à condição humana. Esse pensamento mais tarde formulou as bases do constitucionalismo e a interpretação desses direitos como balizas ao poder do Estado. (SANJUÁN *apud* SARLET, 2004, p. 47).

A Magna Carta estabelecida em 1215, pontifica alguns direitos dos súditos ingleses, mais especificadamente, dos nobres como o *habeas corpus*, o *due process of law* e o direito de propriedade, confirmando um marco histórico na evolução dos direitos fundamentais.

Outro movimento que propiciou a evolução dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante. Ela consagrou o direito à liberdade de culto e opção religiosa no contexto europeu, como bem demonstrou o Editto de Nantes de 1598.

A *Petition of Rights* de 1628, fruto da Revolução Gloriosa foi recebida como um dos mais consistentes precedentes na afirmação desses direitos. Neste documento foi estabelecida a proibição das prisões arbitrárias, concedendo-se *habeas corpus* e conferindo o direito de petição, como também o princípio da legalidade penal. (SARLET, 2004, p.51)

A Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, consubstancia a idéia de que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e de que todo poder emana do povo, assegurava o direito de defesa nos processos criminais, o julgamento célere e imparcial, a liberdade de imprensa, entre outros direitos que assumem uma feição democrática na formação do novo governo.

A Constituição norte americana, aprovada na Convenção de Filadélfia, ratifica o sentimento e a necessidade de estruturação e positivação desses direitos.

Adiante, temos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de origem francesa, de 1789, com um teor mais metafísico e universal, estabelecendo um novo paradigma, não obstante as críticas a sua consistência. Uma delas, encabeçada por Edmund Burke, citado por Bobbio é a seguinte: “Nós não nos deixamos esvaziar de nossos sentimentos para nos encher artificialmente, como pássaros embalsamados num museu, de palha, de cinzas e de insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos do homem”. (BOBBIO, 2004,p.134).

Segundo Bobbio, “a reconciliação do pensamento cristão com uma das mais altas expressões do pensamento racionalista e laico,” está unido pelo elo do

ente humano e de sua ingerência espirituosa, no afã da luta pela própria existência e persistência na crença em um Estado ou mundo mais digno e justo, concretizado pelos direitos fundamentais, não há nada mais que humano. (BOBBIO, 2004, p.134).

No pós Segunda Guerra, em 1948, a Assembléia Geral da ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assumiu um caráter de proteção em âmbito internacional, criando-se a comissão dos Direitos do Homem, revestida do sentimento de negação aos horrores e violações a tais direitos, como o extermínio de judeus, as deportações em massa, nos trabalhos forçados, nos assassinatos políticos, típicos da conjuntura da época.

Na Europa, através do Estatuto de Roma de 1950, foi criada a Convenção Européia dos Direitos Humanos. Neste contexto, foi estabelecida a Corte Européia de Direitos Humanos que reúne protocolos previstos na Carta Social Européia, com legitimidade apenas para avaliar violações relativas aos direitos inerentes à Convenção Européia de Direitos Humanos. Os Estados signatários são submetidos à jurisdição da Corte Européia de Direitos Humanos, sediada em Strasbourg.

Na América, foi criada a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como o Pacto San José da Costa Rica, em 1969, com jurisdição exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1978; no entanto, o Brasil tornou-se signatário apenas em 1992. Um dos fatores que impediram ou retardaram um desenvolvimento mais plausível na América Latina foi à ditadura e os seus desdobramentos políticos.

No Brasil, a preocupação do legislador originário sempre foi evidente quanto aos Direitos do Homem e data da primeira Constituição brasileira, de 1824, na vanguarda até mesmo em relação à constituição belga de 1831, que continha em suas disposições gerais direitos civis e políticos. Seguem-se as constituições de 1891, 1934, 1937, já sob a égide ditatorial, ampliando o rol de direitos para a inclusão da ordem econômica social. Segue. A Constituição de 1946 não consagrou o direito à subsistência, ocorrendo o mesmo com a de 1967 e, posteriormente, com a de 1969, que de forma sistematizada, elenca os direitos

econômicos e sociais. Por fim, a Constituição de 1988 reserva especial atenção aos direitos fundamentais, contendo o título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, conferindo por força do art. 5º, §1º, o caráter de aplicabilidade imediata para as garantias fundamentais e, ainda, com o rol abstraído do art.60, § 4º, as cláusulas pétreas, limitadoras à atuação do poder constituinte derivado (SARLET,2004,p.52).

Não se concebem os direitos fundamentais como um sistema fechado e esgotado no texto constitucional. A lume o pensamento de Claus Roxin, o Direito é um sistema aberto, e não autopoietico, como imaginam alguns filósofos. Esta afirmativa se perfaz diante da aplicabilidade de Tratados e Convenções Internacionais, a exemplo do Pacto San José da Costa Rica, que não admite a prisão de depositário infiel. Embora, a nossa Magna Carta admita esta possibilidade, sobre o caso a Suprema Corte brasileira, no informativo nº 477, já se manifestou pela aplicação do Pacto San José, em detrimento de nossa Constituição, por força da Emenda Constitucional nº 45:

O Tribunal iniciou julgamento de *habeas corpus*, afetado ao Plenário pela 1ª Turma, em que se questiona a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual. Sustenta-se, na espécie, a insubsistência da custódia, sob a alegação de que esta contrariaria a EC 45/2004, no que endossados tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, haja vista que a subscrição, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica impossibilitaria a prisão do depositário infiel — v. Informativo 471. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu o *writ* para afastar do cenário jurídico a ordem de prisão decretada contra o paciente. Entendeu que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduziria à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF, dispositivo este não auto-aplicável, porquanto dependente de regulamentação, por texto legal, acerca dessa prisão, inclusive quanto ao seu período. Concluiu, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Ademais, ressaltou que, no caso, o paciente não tentara furta-se ao pagamento de seu débito, formulando, até mesmo, propostas de acordo com a credora, todas rejeitadas. Após, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello. HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 29.8.2007. (HC-87585).¹

¹ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 21 de Set de 2007.

Os direitos de primeira dimensão são concebidos como direitos de defesa, oriundos do individualismo típico do liberalismo burguês do séc. XVIII. Eles assumem um caráter negativo e correspondem aos direitos à liberdade, à igualdade, à propriedade e demais liberdades, como a de expressão, associação, participação política, basilares para a democracia, o que corporifica o Estado Democrático de Direito e equivale aos direitos políticos e civis.

Os direitos de segunda dimensão dizem respeito aos direitos econômicos e sociais. Luta-se pela realização de justiça social, haja vista, os processos massificados que o capitalismo e a ordem econômica geraram nestes últimos anos. Este processo foi agravado pela globalização e pelo crescimento das desigualdades sociais. O aumento das formas cada vez mais sofisticadas e modernas de delinquência exige do Estado uma ação expressiva, devendo atuar através de medidas e políticas afirmativas e não negativas, como se percebe nos direitos de primeira dimensão. Os direitos de segunda dimensão têm um caráter programático de plano de governo e visam satisfazer direitos como saúde, educação, segurança, constituindo-se em um verdadeiro calcanhar de Aquiles, dada a sua complexidade e dispêndio, mas possibilitam uma verdadeira inserção do indivíduo na sociedade, tornando-o realmente, livre em sua essência validando o princípio da igualdade.

Os direitos de terceira dimensão compreendem os direitos de solidariedade e fraternidade, tão esquecidos inclusive no contexto francês, onde muito se apregoeou a igualdade, mas pouco se falou em fraternidade. Atualmente se tem buscado o resgate destes valores em benefício das futuras gerações. O direito à paz é um dos mais controvertidos em nossos dias, defendido em nome de uma belicância desordenada, como se tem visto na Guerra do Iraque e em diversos conflitos armados de projeção internacional².

² As prisões de Guantánamo repercutiram internacionalmente como uma nódoa na tradição democrática dos Estados Unidos, bem como um exemplo notório de violação aos direitos humanos e aos *standards* mínimos de proteção da pessoa humana. Isso se deve ao tratamento penitenciário, e à forma desumana, degradante nas quais se encontram os presos, que, além de torturados, são impedidos de ter a possibilidade de apelar para a Corte Americana, sob o argumento de serem terroristas (inimigos combatentes) e, destarte, devem ser neutralizados. A Comissão de Direitos Humanos da ONU, no relatório preliminar E/CN.4/2006/120, analisando o

Estes últimos direitos são fruto da construção global cada vez mais compacta e complexa das relações humanas, que resulta em problemáticas não meramente regionais, mas mundiais como, por exemplo, os problemas ambientais, o do aquecimento global, o desmatamento e a poluição.

Paulo Bonavides, defende também uma quarta dimensão de direitos destinada à salvaguarda dos direitos resultantes dos processos de globalização e universalização dos direitos fundamentais. Estes direitos englobam a democracia, a informação e o pluralismo.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido como o fundamento que legitima o próprio Estado Democrático de Direito, através do cânone que revela a superioridade de sentido a que se destina proteger. Inerente à pessoa em sua qualidade humana, desdobra-se em várias vertentes no intuito de garantir a própria existência humana.

Pode-se ainda visualizá-lo como um meio e fim da promoção do homem enquanto o ser e o dever ser. Está contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Sob uma análise crítica, os homens não nascem em condições iguais, mas nascem iguais em dignidade. Por esta razão e qualidade, tornam-se humanos em seu sentido literalmente construído, seja pelo pensamento tomista de igualdade perante Deus, na idéia de que o homem é imagem e semelhança do Criador, e, por isso, deve ter sua dignidade preservada revestida de um direito natural, ou seja, por um dado culturalmente estabelecido como um elo de

caso, de acordo com as diretrizes emitidas pela Resolução 1373 de 2001, contra o terrorismo, determina o combate, à tipificação do crime de terrorismo, à proibição e prevenção, destacando a obrigatoriedade de os Estados atuarem sobre as regras de Direito Internacional, Direitos Humanos, Humanitários e de Refugiados, na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais.

NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Comissão de Direitos Humanos E/CN. 4/2006/120 sobre a situação dos detidos em Guantánamo*. Disponível em: <<http://www.universalhumanrightsindex.org>> Acesso em: 21 de Out. de 2007.

afirmação imbuído do direito de resistência positivamente garantido pelo consenso. Tenta-se definir e estabelecer a natureza deste princípio que se origina inegavelmente de um dado apriorístico de caráter metafísico.

É importante destacar, a esse respeito, a relevância deste princípio dentro do ordenamento jurídico, uma vez que, ele não admite relativização, assumindo uma feição absoluta, o que, em uma escala de valores, o coloca em primazia de posição e sentido.

De conteúdo abstrato, embora expressivo e significativo, o princípio da dignidade humana vem ganhando notoriedade nas outras esferas de direitos. em todas as suas dimensões, estando presente como princípio informador de utilidade hermenêutica e como parâmetro para a aplicação de leis nos casos concretos, “é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos”. (SARLET, 2004, p.101)

No que toca às questões penais, este principio se revela como vanguarda desde aplicação da lei penal até a sua execução, com uma especial atenção aos métodos ortodoxos de tortura, maus tratos, que insistem em permear o ambiente democrático. O Brasil já responde à reclamação feita perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como informa a seguinte resolução:

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Noviembre de 2005, Solicitud de medidas provisionales presentada por La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Respecto de La República Federativa Del Brasil: caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el “complexo do Tatuapé” de FEBEM:

- durante los últimos meses se han producido hechos que demuestran que la vida de los internos se encuentra en riesgo constante. Las amenazas entre internos, peleas, golpizas, alegaciones de torturas y amotinamientos se producen con excesiva frecuencia, sin que las autoridades, que evidentemente están en conocimiento de la gravedad del problema, hayan adoptado medidas efectivas para remediar la situación;
- todo el Complejo do Tatuapé adolece de problemas agudos de saturación, deficientes condiciones de higiene y salud, las cuales fueron verificadas por el Comisionado Florentín Meléndez, Relator para los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana, en su reciente visita al establecimiento el 23 de julio de 2005.
- proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los niños y adolescentes internos en FEBEM Tatuapé; impedir que los internos

sean sometidos a tortura o castigos físicos; evaluar la pertinencia de cesar en funciones a los custodios involucrados en actos de violencia; y adecuar la estructura física y las condiciones de higiene y seguridad del complejo a los estándares mínimos vigentes para la materia;³

A Corte Interamericana de Derechos Humanos resolve:

Requerir al Estado que adopte de forma inmediata las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los niños y adolescentes residentes en el Complejo do Tatuapé de FEBEM, así como la de todas las personas que se encuentren en el interior de éste .⁴

Face ao exposto, percebe-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na seara penal, principalmente, nas questões em que envolvem os menores infratores.

Tendo em vista, a real situação de caos que se encontra o atual sistema prisional brasileiro, faz-se mister, a proteção e defesa desses indivíduos privados de liberdade, de acordo com a máxima de que a pena não deve ir além da noção de justo.

Isto imputa ao poder público dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana nas execuções penais e, também, nas casas de detenção, a fim de promover um ambiente salubre e que possibilite o retorno dessas pessoas ao convívio social.

Destarte, percebe-se o princípio da dignidade da pessoa configura-se como um princípio ordenador e orientador do próprio Estado Democrático de Direito e, que por sua vez, tem aplicação não só no Direito Penal, bem como em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção histórica da formação do Estado Democrático de Direito é na verdade, o paradigma para as bases da democracia ocidental. Dessa forma, busca-

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Documento que analisa a situação dos menores infratores da FEBEM de Tatuapé em São Paulo: Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_011.doc> Acesso em: 22 de Set. de 2007

⁴ Ainda sob a óptica do mesmo documento: Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_011.doc> Acesso em: 22 de Set. de 2007

se estabelecer o alcance social das normas constitucionais voltadas à promoção dos Direitos Humanos. O princípio da dignidade da pessoa humana revela-se fundamental na aplicação da lei penal, bem como na imposição de limites ao *jus puniendi* estatal.

Em uma perspectiva atual, percebe-se, que as novas demandas sociais produzem o clamor público no tocante aos chamados “novos Direitos”. Estes, por sua vez, espelham o processo de judicialização dos conflitos sociais, dessa forma os princípios ordenadores do ordenamento jurídico ocupam posição de destaque na nova hermenêutica neoconstitucional com vistas à emancipação dos espaços públicos e, principalmente, na construção de uma nova cultura política.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 2ª. Tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer, Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 4. ed. Brasília: Brasiliense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 16.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_011.doc> Acesso em: 22 de Set. de 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. LEITE, Flamarion. *Os nervos do poder: uma visão cibernética do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Comissão de Direitos Humanos E/CN.4/2006/120 sobre a situação dos detidos em Guantánamo*. Disponível em: <<http://www.universalhumanrightsindex.org>> Acesso em: 21 de Out. de 2007.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 4 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl, *El crímen de guerra de agresión en el derecho internacional, y el principio nullum crimen, nulla poena sine lege*. Trad. Max Maureira Pacheco y Klaus Wrehde: Argentina: Hamurabi, 2006.

SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERDÚ, Pablo. *A luta pelo estado de direito*. Trad Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIVRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DE MERCADOS

O caso da regulação das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Raissa de Sena Xavier V. Batista*

RESUMO

O mercado de planos e seguros de saúde no país desenvolveu-se em um contexto de baixa regulação, até que fosse estabelecido um arcabouço legal e normativo minimamente adequado ao comportamento dos seus agentes. A ausência de uma estruturação conjunta do sistema, capaz de identificar as necessidades e definir prioridades na condução e planificação estratégica do mercado operador de saúde, tem ocasionado vários problemas nos arranjos institucionais e organizatórios das empresas e na forma de relacionamento entre o setor público e privado. A efetividade do processo regulatório representa um grande desafio à gestão pública, com a imposição de um novo desenho para a atuação do Estado na área social, permitindo a harmonia das políticas públicas de caráter universalistas com as alternativas assistenciais particulares. Imprescindível, para tanto, o desenvolvimento de ações capazes de projetar, impor e manter um controle efetivo na qualidade dos serviços na assistência médica, sem se sobrepor ao princípio constitucional da livre concorrência, tornando as práticas empresariais eficientes. O presente trabalho objetiva apreciar os impactos da política Estatal no âmbito da saúde suplementar, evidenciando a dificuldade do desenvolvimento de um mercado competitivo, sem a conseqüente acentuação das desigualdades que existem e perpassam todo o sistema em sua execução corrente.

Palavras-chave: Saúde suplementar; Regulação; Livre concorrência.

ABSTRACT

The market of plans and health insurance in country developed itself in a low regulation structure until be settled a leastly adequate lawful skeleton and prescriptive to behavior of your agents. The lack of sistem'structure whole able to identify the needs and to define priorities in strategic conduction and to planing out of health operator market has caused several troubles institutionals and organizer arrangement of enterprises and both public and private sector. The regulator process's effectiveness represent a big challenge for pulic management with the imposition of new design to action of state in social area, permitting the public policy's harmony of universalist characters with particulars assistenciais alternatives. Essential therefore to develop the action ables to project, to impose, to maintain a effective control in quality of medical assistance service, without superpose itself for the constitutional principle of free compete changing efficient the enterprises pratics. The current article to aim appreciate the state politic's impacts in supplementary health'scope, evidencing the difficult of develop in competitive market without the following accentuation of unequals what exist and pass by all of sistem in it current execution.

Keywords: supplementary health; regularization; free competition.

* Mestra em Direito Econômico pela UFPB, professora no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP e advogada militante.

Introdução

O direito à livre concorrência necessita ser compreendido sob uma perspectiva institucional, abrangendo os objetivos programáticos da regulação distributiva, permissora de uma universalização da prestação e acesso aos serviços. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 11-13).

Permeando, de forma equânime, os mercados relevantes, a teoria da regulação conduz a uma cooperação construtiva a jusante dos agentes envolvidos, rechaçando as condutas iníquas de exclusão de concorrentes e a ações que visem à dominação de mercados e eliminação de oferta.

Nesse contexto, a intervenção do Estado no domínio econômico deve ser pautada por uma função reequilibradora das forças do mercado, sem, contudo, impor barreiras ao efetivo desenvolvimento concorrencial.

As mudanças no mercado suplementar, como adiante explanadas, têm provocado intenso confronto na livre concorrência e competitividade das empresas.

1.0 Fundamentos da regulação

A estruturação dos modelos econômicos vigentes conduz ao entendimento de que a iniciativa privada é mais eficiente do que o Estado em produzir e definir a alocação adequada de recursos.

A auto-regulação da economia, entretanto, pode acarretar ineficiências organizatórias geradas por falhas de mercado, exigindo a interferência estatal, definida como um conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores.(PINHEIRO, 2005, p. 254).

Liminarmente, por meio da ação permanente de órgãos da administração pública, é possível harmonizar a estrutura hostil dos mercados significativos em termos sociais e econômicos à estratégia competitiva, prevenindo o abuso do poder econômico.

Como principal mecanismo para garantir um bom desempenho da economia, a regulação propicia a instituição de incentivos para que os agentes econômicos tomem decisões que maximizem o bem-estar social.

A intervenção estatal deve, no entanto, observar as especificidades dos setores sujeitos à regulação, sob pena de haver a substituição das falhas de mercado pelas falhas de governo, com a eliminação da competição.

1.1 Fundamentos econômicos

O regime econômico liberal vigente no século dezenove, notabilizado pelo individualismo exacerbado, foi ultrapassado, no início do século vinte, com a crescente elevação social dos grandes estratos da população e a respectiva afirmação política de seus direitos.

O referido modelo foi substituído por uma intervenção temperada do Estado na economia e na ordem social, sob a forma de regulação, com vistas à busca da dignidade da pessoa humana.

No contexto político-econômico hodierno, o Estado passou a exercer o papel de agente regulador e fomentador da concorrência, impondo regras para recuperar e manter o equilíbrio dos mercados, ficando subsumido ao princípio da subsidiariedade o seu papel, acarretando, conseqüentemente, o esvaziamento do seu modelo como protagonista do processo econômico.

Desenvolvendo ações de fomento, o Estado passou a apoiar a iniciativa privada, estimulando determinados comportamentos.

Como agente homeostático, o ente estatal passou a ser dotado de poder para intervir suficientemente e corrigir as deformações do mercado. (MOREIRA NETO, 2003, p. 78).

O atual modelo regulatório brasileiro encontra-se estruturado por meio de agências reguladoras independentes, plasmadas no texto constitucional, cujos limites demarcatórios da extensão material estão institucionalmente estabelecidos.

A técnica econômica da regulação se propõe a compatibilizar a relação entre superestimação do benefício social e a maximização do lucro da empresa, (KENNETH TRAIN, 1995, p.69) abrangendo, assim, não apenas os setores econômicos, mas também os sociais críticos sensíveis, que se desenvolvem nas sociedades complexas.

1.2 Fundamentos políticos

Sob a perspectiva política, é possível graduar e minimizar o grau de interferência do Estado na economia por meio dos entes reguladores setoriais.

Constitui, assim, em uma opção racional de política pública de se avaliar a necessidade de suas inversões em setores econômica e socialmente carentes, frente à inexistência de alternativas ideológicas à prestação ineficiente de serviços estatais à população, sem contemplar os princípios da generalidade, da continuidade, de atualização e de modicidade, e, de outro lado, de prestá-los por meio da iniciativa privada, com um mínimo de resguardo satisfatório desses requisitos. (MOREIRA NETO, 2003, p. 85).

O alicerce político emerge também pela necessidade de se ocupar o grande vazio no controle público das atividades em geral, na prestação de serviços relevantes por empresas privadas.

1.3 Fundamentos jurídicos

As decisões regulatórias devem se revestir de um rigoroso referencial de eficiência e juridicidade, sempre objetivando o atingimento de um resultado prático, que alie a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outras garantias constitucionalmente protegidas, bem como, secundariamente, com o menor dispêndio dos recursos públicos disponíveis. (MOREIRA NETO, 2003, p. 93).

Nesse diapasão, o planejamento estratégico e a negociação (SOMBRA, 1947, p. 86) pretendem ofertar uma nova clivagem às orientações utilizadas, para equacionar o problema da compatibilização da atividade regulatória com os objetivos sociais do Estado.

Na busca de novos referenciais democráticos na gestão dos interesses públicos, o ente estatal passou a exercer as suas atividades com fulcro nos primados da eficiência, legalidade, legitimidade e equilíbrio das suas ações, com a descentralização da administração e o surgimento das agências reguladoras.

As decisões judiciais e administrativas, neste contexto, desempenham papel irrefutável na distribuição da justiça pelo Estado, devendo observar as normas balizadoras da regulação, a fim de estabelecer resoluções que se harmonizem com os valores protegidos pela sociedade.

2.0 Efetividade da regulação

A concepção de uma regulação efetiva está inexoravelmente interligada a uma estrutura de mercado economicamente viável, assinalada por um cenário de ampla competição.

Na ordem econômica, a regulação propõe viabilizar o princípio da livre iniciativa e a defesa do consumidor, (SOUTO, 2005, p. 112) resguardando a competição e o interesse transindividualizado, evitando as denominadas falhas de mercado. (SANTA CRUZ, 2001, p. 85).

A prestação de serviços nos segmentos relevantes deve apresentar um desempenho social, econômico e politicamente aceitáveis, sem manifestar externalidades que comprometam a eficiência dos agentes.

Aos mercados, no seu funcionamento, incumbem apresentar uma eficiência alocativa e produtiva, nem sempre obtida por uma auto-regulação. Naquelas estruturas hostis à livre concorrência, imprescindível é a imposição de uma regulação especial que facilitará a competição, mas não a promove.

Para tanto, a Constituição Federal, em uma explícita mitigação ao princípio da auto-regulação da economia, impõe um regime jurídico intervencionista, com a atuação estatal em relação ao processo econômico do país. (GRAU, 2005, p. 314).

Assim, o exercício de atividades econômicas está adstrito à observância de limites e condicionamentos, objeto da função regulatória normativa, planejando a maximização do interesse coletivo, em observância a todos os princípios relevantes e informadores do direito econômico.

A eficiência da regulação está intimamente relacionada ao controle de condutas com efeitos anti-concorrenciais, não podendo a intervenção econômica, no entanto, ultrapassar o limite da desproporcionalidade.

O Estado, como ente regulador, avoca atribuições econômicas. Como condutor do desenvolvimento, exerce ações de cunho distributivista com o intuito de adelgaçar algumas distorções do mercado e estear os agentes econômicos que estejam ao largo do processo desenvolvimentista.

É incontroverso, portanto, o fato de que a exploração de muitos setores estratégicos da economia compete à iniciativa privada, que atua como protagonista do sistema produtivo, representando, e.m diversos casos, uma alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente. (MOREIRA NETO, 2003, p. 22).

A conservação do interesse público especialmente afetado em determinados mercados de bens e serviços (DUTRA, 1997, p. 37-50) é imprescindível para se determinar a extensão do poder regulatório a ser imposto pelo ente estatal, permitindo que as atividades desenvolvidas tenham visibilidade, sendo eficientemente desempenhadas.

A exeqüibilidade da regulação está vinculada ao poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos, aliando as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coeratividade estatal.

A prática regulatória, exerce, destarte, uma função homeostática, permitindo o máximo de eficiência no âmbito das discussões econômicas, por

intermédio de um híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadoras, negociais, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. (MOREIRA NETO, 2003, p.107).

Dessa feita, a eficácia da ação regulatória deverá ser auferida por intermédio do exercício qualificado, negociado e ponderado da atividade econômica, concluindo-se, com encômio, que apenas a redução dos conflitos setoriais permitirá um equilíbrio nas relações e condutas entre os agentes econômicos, o Estado e o consumidor.

3.0 Regulação e livre concorrência

Apenas uma Constituição que adote os princípios do liberalismo, ou de uma vertente neoliberal no regramento da ordem econômica, garantirá o pressuposto jurídico do regime econômico da livre iniciativa e da livre competição. (COELHO, 2002, p.27).

A livre concorrência, como um desdobramento necessário e inexorável da livre iniciativa, proporciona a criação de um mercado ideal, caracterizado pelo estado de concorrência. (ARAUJO, 2002, p. 394).

Expressa, portanto, a livre concorrência uma situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia, em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos.

É assim, uma manifestação da liberdade de iniciativa, garantida pela Constituição, (SILVA, 2001, p. 773) e dois dispositivos que se completam no mesmo objetivo, visando, de forma inequívoca, tutelar o sistema de mercado e, especialmente, protegê-lo contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista.

Constituindo-se em um dos alicerces da estrutura liberal da economia, a livre concorrência tem muito a ver com a livre iniciativa, posto que só subsistirá aquela onde também existir esta. (BASTOS, 2002, p. 733). Portanto,

são princípios que se agregam e que norteiam a atual situação dos diversos agentes produtores, que estão dispostos à concorrência dos rivais.

O livre mercado concorrencial é constituído por atores econômicos que desenvolvem atividades com base na oferta e na demanda de bens e serviços.

O poder econômico oriundo dos mais variados mercados relevantes – com expressiva significação econômico-social – deve se coadunar com um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar a livre concorrência, com a observância irrestrita das regras incidentes no mercado.

A livre concorrência constitui, assim, um desdobramento objetivo, no plano econômico, das liberdades e garantias individuais, sendo elevada a princípio da ordem econômica pela Constituição Federal (art. 170, inciso IV).

Considerada elemento fundamental para o democrático desenvolvimento da estrutura econômica, (BARBIERI FILHO, 1984, p. 119) é a pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico.

Em decorrência do caráter eminentemente privatista da ordem econômica constitucional, (COMPARATO, 1990, p. 270) o legislador impôs ao Estado uma posição secundária, conquanto importante, na exploração da atividade econômica. (FERREIRA FILHO, 1995, p.4).

O texto constitucional imprimiu a concepção heteróclita (HORTA, 1995, p. 296) da ordem econômica, com alternância na formulação dos seus princípios, dos fundamentos do intervencionismo e do liberalismo, fundamentando a intervenção estatal, para o fim precípua de regular e fiscalizar a atividade econômica, com o estímulo à criação de órgãos reguladores de bens e serviços.

À jurisdição desses órgãos estão submetidos os agentes econômicos privados, atuantes em mercados onde o interesse público é direta e significativamente afetado.

Influindo como agente normativo e regulador da atividade, o Estado exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O alargamento do papel do Estado como ente regulador (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 1997, p.73) tem contribuído para a formação de novos regimes e instâncias de regulação que visam proporcionar um maior respeito às regras concorrenciais para as empresas, além de garantir e assegurar a qualidade e a quantidade dos bens ou serviços produzidos.

Essa intervenção se faz imprescindível porque, em muitos casos, a dinâmica dos mercados impossibilita a sua auto-regulação, levando ao que a doutrina econômica passou a denominar “falha de mercado” - *market failure*.

Many of the rationales for regulating can be described as instances of ‘market failure’. Regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled market place will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest (BALDWIN; CAVE, 1999, p. 9).

Zelando pelo efetivo primado da livre concorrência, a atuação estatal nos mercados não transmuda a natureza da atividade econômica desenvolvida, desde que observado o primado legal.

Assim, determinados setores vão demandar uma regulação especial, a fim de que sejam prevenidas eventuais infrações à ordem concorrencial. O regime normativo da defesa da concorrência (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 26-27) garante, destarte, o restabelecimento das condições de mercado livre, proporcionando a eliminação das suas disfunções e imperfeições.

Com a regulação, são estabelecidos termos e condições especiais para as ofertas, protegendo, desta feita, o interesse público e transindividualizado que estes serviços e bens afetam expressiva e diretamente.

A demanda nos mercados relevantes é expressiva em seu volume e cativa na sua forma, face à essencialidade dos serviços e bens prestados. A sociedade, neste contexto, não mais é vista como um agregado de indivíduos, mas sim como uma entidade naturalmente orgânica (BARBOSA, 1952, p. 297), onde os limites individuais encontram limiares inevitáveis na coletividade.

A regulação, a fim de não comprometer a unidade do mercado econômico e a orientação privatista, deve verificar a realidade de cada mercado,

de seus agentes e de sua inserção no conjunto dos demais mercados (DUTRA, 2003, p. 253), sendo possível diferenciar as estruturas e condutas admissíveis em cada um deles.

O que a ordem econômica não permite é estabelecer normas reguladoras que venham a sacrificar a posição competitiva de uma empresa, beneficiando a sua competidora, tendo em vista a natureza jurídica, a titularidade do seu controle ou a disciplina especial que abarca a prestação de determinado serviço, irrespectivamente.

Isso porque prejudicada estaria a orientação privatista da ordem econômica se fosse possível estabelecer ditames diferenciais para a atuação das empresas quando da sua inserção no mercado.

Neste sentido:

Si l'entreprise du secteur public se voit offrir les mêmes possibilités que ses concurrents, elle devra, respecter cette égalité au niveau du droit de la concurrence. Si elle participe à la production et à l'échange des biens et des services d'une manière semblable à celle des entreprises privées, il est logique et juste de se voir soumise au même régime juridique. (CONDOVASAINITIS, 1990, p. 47 – 78)

À regulação é vedado interferir no livre jogo das forças do mercado que possibilita o incremento do poder econômico das empresas, devendo, ao contrário, perquirir a concorrência perfeita, empreendendo uma ação de caráter marcadamente preventiva que não iniba a livre concorrência e sim, a complemento.

O estado competitivo é característica inafastável do mercado, não podendo a regulação intervir e transfigurar na sua atuação, violando o efetivo primado da livre concorrência.

Ao contrário, faz-se necessário determinar condições essenciais na formação das estruturas, proporcionando uma cooperação construtiva e eficiente entre os órgãos do governo, as empresas e o consumidor.

A regulação e a concorrência, por clara definição constitucional, não são conceitos excludentes, mas complementares (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 36), estando profundamente ligados ao equilíbrio das forças do mercado, em uma

verdadeira função reequilibradora das relações econômicas, possibilitando o acesso aos bens e produtos de forma ampla e equânime.

4.0 Os impactos da regulação da saúde suplementar sobre a livre concorrência

Qualquer proposta de regulação da saúde supletiva terá que observar, obrigatoriamente, as peculiaridades do setor, em especial, no tocante à diversidade de organização das empresas, à abrangência geográfica dos contratos, às segmentações assistenciais, às formas de contratação e ao perfil dos beneficiários dos planos de saúde.

O mercado contempla uma geografia setorial que acompanha as desigualdades sociais do país, com a concentração de planos nas regiões mais desenvolvidas.

Com relação à cobertura da população por município, dos 5.564 municípios do país, 70% apresentam menos de 5% de sua população coberta por planos privados de assistência à saúde e 2% dos municípios não possuem beneficiários. Os usuários se concentram em cerca de 30% dos municípios brasileiros – que concentram 70% da população brasileira -, sendo que as maiores taxas de cobertura encontram-se nos municípios com maior atividade econômica, situados principalmente na região sudeste, em especial, no Estado de São Paulo. (ANS, 2006, p. 17).

Ademais, observamos a afluência dos planos coletivos em detrimento dos planos individuais, reforçando o entendimento de que os estratos populacionais menos aquinhoados apenas têm acesso aos serviços privados por intermédio da pessoa jurídica a que presta serviços.

Como se depreende, a expansão do setor está diretamente relacionada com as assimetrias sócio-econômico-regionais do Brasil, em especial, com a carência de elementos que conduzam à dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

A distribuição dos consumidores não ocorre de forma unívoca em todo o território nacional, não sendo plausível que o mercado seja edificado com base em normas técnicas uniformes, com detração aos portes das operadoras, sua área geográfica de atuação e características individuais, sob pena de implicar em situações impactantes na livre iniciativa e competitividade dessas empresas.

Entretanto, observa-se que o ente regulador tem assim procedido, contribuindo, sobremaneira para a concentração do mercado, com a eliminação das pequenas operadoras.

A lei e o conjunto de normas administrativas são excessivamente rigorosas, o que deverá alijar um elevado número de pequenas operadoras.

Parafraseando o pensamento do literário inglês George Orwell (ORWELL, 2003, p. 112), entendemos que para a ANS, todas as operadoras são iguais, mas algumas são mais iguais que as outras.

Constata-se que há uma grande concentração de beneficiários em um pequeno número de empresas, em um manifesto adensamento mercadológico, prejudicial a um processo de oferta mais democrático.

O modelo de regulação que emerge do Congresso é ainda diferenciado em relação à experiência internacional. Isto porque na maioria dos países a regulação é feita a partir da atividade econômica em si, atuando sobre as empresas do setor, garantindo suas condições de solvência e a competitividade do mercado. No Brasil, a opção foi por regular também – e fortemente – o produto oferecido, ou seja, a assistência à saúde, com medidas inovadoras como a proibição da seleção de risco e de rompimento unilateral dos contratos (FERRON, 2002, p. 19), mas que, por outro lado, dificultaram o ingresso de parte da população no setor, tendo em vista o aumento do preço inicial do produto.

Vivendo uma densa transformação desde o início da vigência da Lei nº 9.656/98, ao mercado foi proibida a comercialização de planos anteriores ao marco regulatório.

Os novos contratos, portanto, passaram a ser disciplinados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, que instituiu um pacote obrigatório de coberturas, fixando uma cesta básica de produtos a ser ofertada aos

consumidores, como opção única, em uma patente formação de *clusters* legalizados.

O órgão regulador determinou um rol mínimo de atos médicos e hospitalares a serem cobertos pelas operadoras de planos de saúde, não permitindo a exclusão de procedimentos, mesmo tendo a aquiescência do beneficiário.

Inconteste o fato de que esses planos sempre se configuraram em típicos contratos de adesão. Entretanto, houve um engessamento nas disposições negociais, que se tornaram imutáveis pelas operadoras e pelos usuários.

Atualmente, os contratos firmados entre os consumidores e operadoras de planos de saúde sofrem inúmeros cerceamentos em relação à disponibilidade de discussão de suas cláusulas.

A instabilidade mercadológica trouxe grande mobilidade aos usuários de planos de saúde que, em muitos casos, perdem a capacidade contributiva, sendo obrigados a retornar ao sistema, vinculando-se a planos regulamentados.

Com estipulações contratuais mais rígidas, os novos planos se tornaram menos atraentes, com a condensação de um expresso número de beneficiários em planos antigos, apesar dos esforços da ANS em estimular a adaptação dos contratos.

Com efeito, a resolução normativa RN/ANS nº 64, de 22 de dezembro de 2003 instituiu a criação do Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos – PIAC, com a finalidade de estimular a adequação de planos de saúde celebrados antes de 02 de janeiro de 1999 que não estavam adequados às regras operacionais e garantias da Lei nº 9.656/98.

O programa consistia na apresentação pelas operadoras de planos de saúde de propostas para os usuários de planos antigos, oferecendo condições especiais de adaptação e migração desses contratos, visando a alterações simultâneas dos mesmos em curto prazo.

Desde a sua criação, o PIAC sofrera inúmeros questionamentos, inclusive por órgãos de defesa do consumidor, tendo sido suspenso por força de

decisão judicial, com efeito *erga omnes*⁵; posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça restabeleceu o programa, que foi interrompido pela ANS, face à pequena adesão dos usuários.

Em relação à época de contratação, os planos podem ser classificados em antigos (não-regulamentados) e os novos (regulamentados), tendo sempre em vista o marco regulatório que é a Lei nº 9.656/98.

No que tange à fixação de preços, apesar de não operar em regime de concessão e tarifação, o setor de saúde suplementar é a única área da economia que sofre controle de preço, sendo adotado um modelo de comedimento indireto e inversamente proporcional à competitividade e à mobilidade dos usuários, com as exigências para fixação de valores diferenciados por reajuste de faixa etária.

Foi, ainda, determinada a desindexação dos custos assistenciais em relação aos reajustes anuais a às revisões para o equilíbrio econômico-financeiro das carteiras de usuários.

A proibição do preço de venda livre, da não aplicação dos reajustes anuais automáticos e indexados e das cláusulas de re-equilíbrio econômico-financeiro, dentre outras medidas, trouxeram profunda concussão nos princípios da livre concorrência e iniciativa.

Tal acontece porque o poder econômico privado se corporifica na capacidade que têm as empresas de influir nas condições e nos resultados econômicos do mercado. Retirar-lhes essa prerrogativa implica a perda do equilíbrio econômico e jurídico entre a livre iniciativa e a disciplina da concorrência.

À empresa, em geral, é garantida pelo ordenamento jurídico pátrio a liberdade para agir, conquistar mercados e para estabelecer os preços pelos quais vai vender seus produtos e serviços. Interferir nesta seara significa restringir direitos e vulnerar os princípios constitucionais regentes da iniciativa privada.

⁵ Processo nº 2004.83.00.0011896-0 – 1ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal da Pernambuco. Autora: Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde. Ré: ANS.

A ANS estabeleceu regras de controle dos preços dos contratos de planos de saúde. Em consonância com a legislação vigente, o aumento de mensalidade, por faixa etária, terá que observar os requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.656/98 e pelo Estatuto do Idoso.

A Resolução Normativa nº 63, publicada pela ANS em dezembro de 2003, instituiu dez faixas etárias para os reajustes, determinando que o valor fixado para a última faixa etária (59 anos), não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa (0 a 18 anos). A resolução determina, também, que a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não pode ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Com isso, a pirâmide etária dos beneficiários de planos de assistência médica também sofreu impação com os novos critérios de reajustes adotados pela ANS.

Como é cediço, a tutela da concorrência se revela no sistema constitucional brasileiro como sendo um instrumento de realização de uma política pública, a começar pela fixação do modelo econômico que se pretende fazer presente no Brasil. Encontra, portanto, relação direta com um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, que é o desenvolvimento econômico.

Revela-se, pois, a concorrência como sendo um dos alicerces (TAVARES, 2003, p. 255), da existência e do desenvolvimento do modelo capitalista contemporâneo, ou seja, do sistema econômico de mercado em que hoje vivemos, assim conforme a grande maioria das nações ocidentais. Segundo este entendimento, respaldado nas palavras de tantos outros renomados juristas, é a existência da livre iniciativa, pautada pela concorrência leal entre os empreendedores, que permite o desenvolvimento da economia de um país. Sem concorrência livre, não se pode, efetivamente, falar em economia de mercado, de sistema capitalista ou de Estado liberal.

A infração a esse direito refere-se a atos praticados com o fim de impedir o estabelecimento ou a manutenção de um mercado em que a concorrência exista efetivamente. (PROENÇA, 2002, p. 154).

Conforme ilustrado por Grau (1997), a livre concorrência de que trata a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) tem que estar em consonância com a competitividade, representando garantias de oportunidades iguais a todos os agentes e gerando extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como forma de uma sociedade mais equilibrada.

Com a regulação do setor de saúde suplementar tem-se observado as constantes liquidações extrajudiciais de operadoras de saúde, tendo em vista a não possibilidade de cumprimento das determinações estatuídas pela ANS, de forma discricionária e sem levar em consideração as diferenças e sazonalidades regionais, desrespeitando regras do Direito Econômico como a do equilíbrio, equivalência, recompensa, irreversibilidade, e, principalmente, a liberdade de ação, indexação e precaução.

Não questionamos a possibilidade do Estado intervir na iniciativa privada, no tocante ao estabelecimento de regras acerca do funcionamento e dos requisitos dos contratos firmados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, de acordo com o previsto no art. 197 da Constituição Federal, entretanto, a Lei no 9.656/98 e sua regulamentação não se limitaram a esse disciplinamento. O grau da intervenção, desta forma, vem inviabilizando o próprio mercado e o acesso dos consumidores aos produtos.

O marco regulatório do setor não vem observando a natureza jurídica das operadoras privadas de assistência à saúde, não sendo dispensado tratamento jurídico diferenciado às diferentes modalidades de empresas que atuam na área, impactando, desta feita, na viabilidade econômico-financeira dos planos de assistência à saúde.

A legislação é repleta de controvérsias e o próprio modelo de agência reguladora apresenta uma série de conflitos.

A ANS, como autarquia federal especial, foi concebida como uma espécie de entidade que, embora mantendo algum tipo de vínculo com a Administração Central, tem em relação a ela acentuado grau de autonomia.

Quatro aspectos fundamentais dessa autonomia podem ser destacados: a independência política dos gestores; a independência técnica decisional, que assegura a atuação apolítica da agência; a independência normativa; e a independência gerencial, financeira e orçamentária, que completa o quadro de que se precisa para garantir as condições internas de atuação da entidade com autonomia de gestão de seus próprios meios. (NETO MOREIRA, 2002, p. 416-418).

Desta feita, propomos a flexibilização da Lei nº 9.656/98, a fim de que sejam permitidas sub-segmentações ou determinadas exclusões de cobertura, a fim de viabilizar a incorporação de um maior número de consumidores, além da instituição de normas econômico-financeiras mais maleáveis e a garantia da liberdade de contratação entre a operadora e o prestador de serviços.

O plano de saúde deve ser visto como parte da solução da questão da assistência médica pública, estimulando-se a celebração de convênios entre as operadoras e o Estado, e a adoção de uma política de fomento capaz de ajudar no crescimento do sistema.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Cadernos de informações da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Ano 1 (mar. 2006) -.- Dados eletrônicos: Rio de Janeiro, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBIERI FILHO, Celso. *Disciplina jurídica da concordância: abuso de poder econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BARBOSA, Rui. *Teoria política*. Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. Porto Alegre: W.M. Jackson Inc. Ed., 1952.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v7. São Paulo: Saraiva, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. O exercício da atividade empresarial pelo Estado *In Revista de Direito Público*, n. 93, jan./mar. 1990.

CONDOVASAINITIS, Théodore. *Le secteur public industriel et commercial*. Paris: LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, t. 210. 1990.

DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUTRA, Pedro. Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações. *Revista do IBRAC*, v. 4-3, São Paulo, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v4. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRON, Fabiana. *Planos privados de assistência à saúde: Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Leud, 2002.

GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KENNETH TRAIN, *Optimal Regulation. The Economic Theory of Natural Monopoly*, 4ed. Massachussets: The MIT Press, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A independência das agências reguladoras* *In Boletim de direito administrativo*, 2000.

_____. *Direito regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. São Paulo: Globo, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTACRUZ, Ruy. *Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados*, in: Revista Arché Interdisciplinar, nº 29. Rio de Janeiro: Candido Mendes, 2001.

SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SOMBRA, Severino. *Técnica de planejamento*. Rio de Janeiro, publicação do DASP, 1947.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

Civilização e reino moral em Kant

Filino Carvalho Neto^{*}

Sônia Barreto^{**}

RESUMO

Este trabalho aborda o tema da construção da moralidade na filosofia de Kant, a partir da análise da instituição do conceito de um ato moral à construção da moralidade na história. Nesse percurso, discorre-se a respeito das relações humanas uma vez que, no sistema filosófico de Kant, a liberdade torna possível a lei moral e esta deve determinar a conduta humana

Palavras-chave: moralidade – história - direito

ABSTRACT

This work discusses about the theme of morality in Kant's philosophy, starting from the concept of a moral act until the construction of morality in history. In this course, it treats about the relations between a moral conduct and other areas of human acting inside Kant's philosophic system.

Keywords: morality – construction – history

^{*} Mestrando em Filosofia na USP, pesquisador do Grupo de Estudos Kant-NEPHEM/UFS

^{**} Professora do Departamento de Filosofia da UFS, Coordenadora do Grupo de Estudos Kant – NEPHEM/UFS, professora do Programa de Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente-PRODEMA/UFS.

Introdução

Na construção kantiana do sistema crítico é possível demonstrar a pertinência da abordagem de uma questão que interessa sobremaneira aos dias atuais, à medida que envolve o homem e suas relações com os demais membros de uma comunidade: o problema moral. É inegável, que o fato da moralidade constitui o cerne da filosofia prática de Kant, embora esta não compareça a título de questão central em sua obra mais conhecida, a *Crítica da Razão Pura*. Com efeito, na referida obra, Kant assume a tarefa de elaborar uma crítica à razão e, neste sentido, delimitar o alcance do conhecimento humano. Num primeiro momento, não haveria como se estabelecer, ao mesmo tempo, ou no âmbito do mesmo domínio, uma relação entre o estabelecimento das condições de possibilidade do conhecimento e da validade dos princípios morais, tendo em vista a distinção do fundamento de determinação entre juízos de conhecimento e juízos morais. De acordo com Kant,

A tarefa desta crítica da razão especulativa consiste neste ensaio de alterar o método que a metafísica até agora seguiu, operando assim nela uma revolução completa, segundo o exemplo dos geômetras e dos físicos. É um tratado acerca do método, não um sistema da própria ciência; porém, circunscreve-a totalmente, não só descrevendo o contorno dos seus limites, mas também toda a sua estrutura interna. (Kant, 2001, p. 23)

Entretanto, podemos observar que desde os anos 70, nos escritos que precedem a *Crítica da Razão Pura* a questão moral comparece como tema central do seu pensamento e esta equivale à pergunta: *Que devo fazer?* (cf.: Kant, 1985, p.141-148). Vemos, portanto, que a preocupação com a questão moral está presente nas investigações empreendidas por Kant, o que vem provar a unidade da sua filosofia enquanto sistema. Além do estabelecimento das condições de possibilidade do conhecimento, presente na *Crítica da Razão Pura*, posteriormente na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática*, Kant investiga como o homem deve agir e qual é a condição sobre a qual se ergue a moralidade.

Neste sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar a maneira pela qual Kant concebe o que seja um ato moral e constrói, a partir daí, o reino próprio da moralidade. Seguindo este horizonte, a nossa investigação é dividida em dois momentos: no primeiro, delimitamos o conceito de *boa vontade*, como condição de possibilidade de uma ação genuinamente moral, imbuída do sentimento de dever e, em seguida, demonstraremos como o filósofo erige o reino próprio da moralidade, diferenciando-o da civilização. Assinalamos ainda, que além dos textos já referidos, buscamos subsídio teórico em alguns opúsculos, a exemplo da *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, e em textos de alguns estudiosos da filosofia crítica, conforme referências no final do texto.

I

Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant retoma de Aristóteles a concepção de Filosofia que a divide em três partes: a Lógica, a Física e a Ética. Acerca da tripartição Kant dirá que “Esta divisão está perfeitamente conforme com a natureza das coisas, e nada há a corrigir nela, a não ser apenas acrescentar o princípio em que se baseia, para deste modo, por um lado, nos assegurarmos da sua perfeição, e, por outro, podermos determinar exatamente as necessárias subdivisões” (Kant, 1997, p.13). Assim, a Lógica diz respeito àquela modalidade de conhecimento que se ocupa da forma, já a Física e a Ética relacionam-se ao âmbito material, sendo que a primeira diz respeito às leis da natureza, enquanto que a segunda relaciona-se com as leis da liberdade. Desta maneira, o filósofo vislumbra um caráter peculiar nas investigações concernentes à ciência da Natureza: existe nela uma parte empírica (*a posteriori*) e uma parte pura (*a priori*). Trazendo esse duplo aspecto para o âmbito do problema moral, constata-se que é possível analisá-la, também, sob dois aspectos, a saber: o de uma *Antropologia Prática*, que se debruça sobre o que há de empírico, e sob a ótica de uma *Metafísica dos Costumes*.

Com efeito, para situar o problema em questão no âmbito de uma Filosofia Moral, Kant alerta que se deve depurá-lo de elementos empíricos, e assim sendo, a

Metafísica dos Costumes será a fonte dos princípios práticos duma vontade pura, desinteressada, que tem sua origem *a priori* na nossa razão.

Uma Metafísica dos Costumes é, pois, indispensavelmente necessária, não só por motivos de ordem especulativa para investigar a fonte dos princípios práticos que residem *a priori* na nossa razão, mas também porque os próprios costumes ficam sujeitos a toda a sorte de perversão enquanto lhes faltar aquele fio condutor e norma suprema do seu exato julgamento. (Kant, 1997, p. 16)

Kant considera que, *a priori*, deve haver uma lei de validade moral que possua uma necessidade absoluta e, em relação a essa lei, cabe ainda ressaltar que justamente porque é uma lei, ela deve resguardar o princípio de validade para todos os homens: e isto se justifica porque se um preceito apóia-se num princípio empírico, poderemos chamá-lo de regra prática, mas não de lei moral. Assim, com base na diferença semântica entre um preceito prático, e a lei moral, Kant distingue a antropologia pragmática de uma metafísica dos costumes.

Desse modo, dirigindo a atenção mais especificamente à problemática da práxis humana, verifica-se que o indivíduo, durante a sua vida, tende a buscar sempre aquilo que lhe proporciona a conservação e que lhe traz bem-estar, felicidade, e nessa busca, os sentidos e os instintos são os seus guias. Entretanto, uma vez que, em se tratando de princípios da moralidade, não é lícito considerar os instintos de cada um dos indivíduos como determinantes das suas ações, visto que a moralidade pressupõe a existência do *outro*, então a coexistências das liberdades, e com base neste princípio, os móveis sensíveis - aos quais estão ligados os instintos e as inclinações - não são o melhor caminho para fundá-la. Estes podem ser parte constitutiva de estudos relacionados a uma Antropologia Prática, conforme assinalamos anteriormente, mas se o objetivo consiste em analisar o problema moral sob a ótica de uma Filosofia Moral, então deve-se depurá-lo dessa parte empírica, e ater-se àquilo que nele há de *puro*. Disso podemos inferir que a consonância de uma ação com a moralidade deve ser produzida de acordo com a disposição do próprio homem, movido pelo sentimento moral, como sentimento de respeito à lei, sem se deixar afetar, portanto, por móveis sensíveis.

Vemos então que pode-se, destarte, conceber as ações humanas de duas maneiras: relacionado ao campo sensível (no qual imperam os motivos egoísticos), ou relacionado a um mundo em que a moral, para se fazer possível, não deve ser guiada por elementos sensíveis; por conseqüência, um mundo no qual o dever se faz presente como ponto fundante da ação. Constata-se assim que, guiado por uma intenção egoística, o homem age tendo em vista aquilo que lhe apraz, e objetiva satisfazer as suas necessidades mais pessoais.

II

Por sua vez, Kant dirá que uma ação praticada por *dever* tem que necessariamente desprezar as inclinações, os medos e todos os móveis sensíveis nos quais o indivíduo poderia tentar fundamentar normas de conduta. Um exemplo bastante ilustrativo dessa concepção é fornecido pelo próprio Kant: supõe-se que haja uma pessoa que sinta grande satisfação em proporcionar alegria àqueles que se encontram ao seu redor. Tal atitude, efetivamente, deve ser motivo de alegrias no seu meio social, e certamente um exemplo digno de ser seguido, mas o filósofo pergunta-se sobre o fundamento da ação, a moral presente no ato. Apesar deste ter proporcionado resultados positivos, a moralidade não incide aí, pois uma vez que tal atitude solidária foi exercida por inclinação do agente, esta não seria uma ação detentora de um valor moral: para possuir tal valor, ela deve ser praticada apenas por dever e não pela satisfação da inclinação..Convém também ressaltar, que na filosofia de Kant, notadamente na sua filosofia prática, o conceito de *dever* assume um papel decisivo, uma vez que é um conceito central, trazido da tradição metafísica, mas desenvolvido e reformulado no interior do seu sistema.³

³ Na crítica estóica da ética clássica, encontra-se a origem mais remota do conceito de dever e, embora Kant tivesse familiaridade com os textos estóicos, uma vez que faz várias referências no conjunto de sua obra, o conceito de dever, no modo como comparece e se transforma na obra de Kant, tem uma relação direta com a noção estóica do dever, mas no modo como ressurgue na Holanda seiscentista. Paulatinamente, o conceito agrega uma visão muito particular na Prússia e esse alargamento semântico, acontece em meio à reforma protestante, às teorias dos direitos naturais e as práticas disciplinares que marcam os estados totalitários modernos, e, por sua vez,

É mister lembrar que, referindo-se ao dever, este não pode deixar ser levado por qualquer impulso externo. A ação interessada, ressalte-se mais uma vez, apesar de ser louvável, não é detentora de um valor moral. Kant, fundamentando uma vez mais a sua concepção do que seria um ato moral, dá mais um exemplo: desta vez, o agente é um homem que não traz consigo nenhuma simpatia pelos seus semelhantes, não possui inclinação alguma para proporcionar o bem alheio e, a despeito do que se pudesse esperar de tal indivíduo, este pratica atos típicos de um verdadeiro filantropo. Uma vez que este homem não se deixou guiar por móveis externos ou por uma satisfação particular, constata-se que ele praticou um ato imbuído de valor moral na medida em que este ato de benevolência foi guiado tão-somente pelo dever.

Observa-se que uma ação praticada, para possuir seu valor moral, depende unicamente do princípio formal do querer, pois dele retira-se tudo aquilo de material que pudesse servir como propósito a ser atingido. O dever, por conseguinte, é concebido como “*a necessidade de uma acção por respeito à lei*” (Kant, 1997, p. 31 - grifo do autor). O filósofo ressalta ainda que, em relação aos objetos, nós sentimos apenas inclinação e não respeito.

O respeito, contido na definição do conceito de dever, é sempre respeito pela lei. Ainda que o homem defronte-se com uma pessoa que pratique um ato exemplar, o respeito que porventura venha a existir de sua parte não deve se dirigir à pessoa, mas ao exemplo dado por ela, portanto à lei. Uma vez que o respeito dirige-se à própria lei, é lícito concluir que há uma disposição do indivíduo para a lei: a esta Kant chama, *sentimento moral*.

Todavia, essa modalidade de sentimento não diz respeito ao âmbito empírico, uma vez que este trata de afecções causadas por um objeto externo; o

repercute primeiramente na obra de Pufendorf (1672). Seguidamente, o conceito de dever comparece na filosofia prática das Universidades prussianas, primeiramente através das obras de Thomasius, mas sobretudo na filosofia de Wolff (172-1721). Dá-se, a partir daí, origem a escola wolffiana de filosofia prática, sobretudo com Alexander Baumgarten, cujos manuais Kant usou nas lições sobre ética. Sobre a influência de Wolff, via Baumgarten, Kant desenvolve suas lições dando ênfase ao conceito de dever, mas, embora mantendo o conceito, em sua filosofia crítica Kant reformula radicalmente o seu conteúdo, inclusive indagando sobre sua genealogia, e de forma muito peculiar, o distingue da ortodoxia wolffiana. Cf. Caygill, Howard, 2000.

sentimento moral, por sua vez, “é um motivo subjetivo e sensível, mas de origem *a priori*”, como observa LOPARIC (1999, p. 37 - grifo do autor). Nesta direção, Kant vai propor uma conformidade com uma lei de caráter universal, que pode ser compreendida na seguinte afirmação: deve-se proceder de tal forma que se deseje que a máxima (princípio de querer subjetivo) torne-se uma lei de caráter universal.

Imagine-se agora que um indivíduo encontre-se em apuros, e para escapar dessa situação, formule uma promessa tendo consciência de que não poderá cumpri-la, a fim de que alguém o resgate: elevando-se essa máxima ao estatuto de uma “lei universal da mentira”, ela se autodestruiria, visto que as pessoas não acreditariam naquele indivíduo, ou então, procederiam com ele da mesma maneira. Vê-se, assim, que o indivíduo naquela situação até poderia proferir uma mentira, mas não poderia desejar que a sua máxima se transformasse em uma lei universal, pois ela destruiria a si própria.

Assim, lei moral deve possuir uma natureza necessária e desprovida de elementos empíricos, pois não é concebível que as leis determinantes da nossa vontade fundamentem-se nos móveis sensíveis, o que anularia seu caráter necessário. Explicitando a sua concepção, Kant nos fornece um exemplo bastante ilustrativo, presente em Lucas, 18:19 : “Por que me chamas bom? Ninguém é bom senão só Deus”. A pura representação do dever e da moral (neste exemplo, Deus), desvinculados dos móveis sensíveis (os exemplos daquelas pessoas consideradas boas), deve promover uma influência muito mais poderosa. E mais: os exemplos só vêm a personificar o que enuncia a lei abstrata, como já foi dito anteriormente. Há de se considerar que um exemplo pode tornar uma idéia mais fácil de ser compreendida, mas se não se juntar a ele a estrutura necessária à sua justificação, não haverá a possibilidade de transmissão do significado da idéia, em sua profundidade. Assim, a moralidade é uma relação entre as ações do agente e uma legislação universal, fundada no dever.

Vemos então que esse aspecto do agir por dever traz à tona um importante ponto a considerar, a saber, a forma livre de uma ação. Somente se concebe a moral juntamente com a liberdade, e através dela é que se pode

compreender o que vem a ser uma crítica da razão prática. Essa forma livre de agir traz consigo um conceito deveras importante para a filosofia prática de Kant: o conceito de *autonomia*. Sobre ele, diz Kant:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer, como lei universal (Kant, 1997, p. 85).

Ainda sobre a liberdade como requisito fundamental na forma do agir moral, é mister considerar que a fim de que se possa vislumbrá-la num indivíduo, este deve ser considerado sob um duplo aspecto, já delineado anteriormente: como pertencendo ao mundo sensível e ao inteligível. Ao encontrar-se afetado por móveis sensíveis, e tendo a sua forma de agir direcionada à satisfação de impulsos subjetivos (e que, por consequência, não podem ser universalizados), o indivíduo encontra-se na esfera sensível, na qual não incidem o dever e a moralidade, como instancias originárias. Entretanto, visto que o sujeito não se encontra inserido somente no mundo sensível, mas também possui uma esfera inteligível, eis aqui o campo próprio da moral (e, conseqüentemente, da liberdade). Nesta esfera, o indivíduo não é afetado pelos móveis externos, e justamente pelo fato de encontrar-se depurado desses elementos é que podemos conceber um campo no qual o sujeito pode ser o agente causador, livre, das suas ações. Por conseguinte, é nesse campo que se faz presente a forma de agir que entra em sintonia com o conceito de dever.

III

Pensemos agora a diferença fundamental existente entre os conceitos de legalidade e moralidade. Com efeito, uma ação legal é aquela que demonstra obediência a uma determinação; entretanto, essa obediência é motivada por elementos empíricos (podemos constatar isso quando alguém realiza determinada conduta por temer alguma espécie de sanção por parte do Estado), e assim

sendo, essa máxima de ação não pode ser encarada sob a ótica do dever. A legalidade, como veremos mais adiante, é a principal característica da civilização.

O dever, por seu turno, mostra que uma máxima, a fim de que possa ser formuladora de uma conduta moral, deve ser universalizada, e para tal intento é mister que se leve em consideração apenas a forma daquela máxima, como foi dito anteriormente. Enquanto a moralidade exige de nós um respeito desinteressado, relacionando-se unicamente ao dever, a ação legal, por sua vez, tomando como parâmetro a aplicação de sanções, diz respeito a móveis exteriores, impostos pelo meio civil no qual vive o homem. Neste âmbito, não se verifica a intenção, apenas a exterioridade das ações é que são consideradas no julgamento do cumprimento ou não de uma determinada norma de conduta. Sobre os móveis que determinam uma ação legal Terra (1995, p. 78) afirma que: “a lei jurídica, entretanto, admite um outro móbil que não a idéia do dever, no caso, móveis que determinem o arbítrio de maneira patológica (e não prática, espontânea), ou seja, por sentimentos, sensíveis, que causam aversão, pois a lei deve obrigar de alguma maneira eficaz”.

Um exemplo disso verifica-se quando um sujeito formula o seguinte pensamento: “Não devo roubar, se quiser continuar livre”. Como se pode observar, o exemplo demonstra que esse sujeito fundou a sua conduta noutra base que não a simples forma do querer; destarte, a abstenção da prática delituosa deu-se em virtude do receio da aplicação de uma medida punitiva por parte do estado civil e não por respeito à lei moral.

A legislação ética, desta maneira, possui um caráter eminentemente interior, visto que diz respeito à intenção do agente, e uma vez que o seu móbil deve ser o respeito à lei, essa maneira de agir só pode ser controlada por um juiz, a saber, o próprio agente. A legislação jurídica, por seu turno, detém-se na exterioridade das ações, e traz consigo um elemento coercitivo. Com efeito, a não-observação do indivíduo em relação a determinadas condutas pode suscitar aplicação de sanções; destarte, a legalidade possibilita meios de forçar a realização de determinadas ações.

IV

Uma vez delineado o campo próprio do agir moral, é possível observar de que maneira Kant vai construir o reino próprio da moralidade. No seu opúsculo *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, Kant vai tratar do processo civilizatório, suas principais características e seus efeitos em relação ao indivíduo. O filósofo toma como fio condutor a idéia de História e a partir dela erige uma Filosofia da História, em que a civilização ocupa um papel deveras importante. Kant inicia sua exposição tratando das liberdades individuais; analisando as ações humanas que decorrem dela, poder-se-ia constatar que, individualmente consideradas, elas se mostram confusas e desordenadas. Porém, a partir de uma visão do conjunto, pode dizer-se que elas possuem um curso regular, ainda que os homens não se apercebam disso.

[...] o que se mostra confuso e irregular nos sujeitos individuais poderá ser reconhecido, no conjunto da espécie, como um desenvolvimento continuamente progressivo, embora lento, das suas disposições originais. Porque a vontade livre dos homens tem tanta influência sobre os casamentos, os nascimentos que daí advém e a morte, eles não parecem estar submetidos a nenhuma regra segundo a qual se possa de antemão calcular o seu número. E, no entanto, estatísticas anuais dos grandes países demonstram que eles acontecem de acordo com leis naturais constantes. (Kant, 2003, p. 3).

Podemos constatar que a concepção kantiana da História assinala para uma importante distinção: a saber, o homem individualmente considerado e os homens considerados enquanto espécie, agindo em conjunto.

Essa distinção proposta por Kant está ligada diretamente à sua doutrina teleológica da natureza, que enuncia que não há nada criado por esta última que não possua um determinado fim. Esta é anunciada na Primeira Proposição da *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. Destarte, o homem deve desenvolver integralmente as suas disposições naturais que objetivam o uso da razão, visto que esta última amplia as regras e as intenções do uso das forças do indivíduo para além do instinto natural, não reconhecendo limites para seus projetos.

Por isso, essa tarefa da razão não é executada de forma instintiva: necessita de ininterruptas tentativas e, somente através do exercício e da aprendizagem é que torna-se possível pensar num progresso gradual nas etapas do conhecimento. Constata-se, entretanto, que tal projeto é por demais grandioso para se realizar no homem individualmente considerado (pois este haveria de viver um tempo bastante longo para aprender a utilizar perfeitamente as suas disposições). Desta maneira, essa tarefa deve ser realizada na espécie humana, através da sucessão de gerações. Sobre isso, diz Kant:

[...] se a natureza concedeu-lhe somente um curto tempo de vida (como efetivamente aconteceu), ela necessita de uma série talvez indefinida de gerações que transmitam umas às outras as suas luzes para finalmente conduzir, em nossa espécie, o germe da natureza àquele grau de desenvolvimento que é completamente adequado ao seu propósito. (Kant, 2003, p. 6-7).

O plano da natureza concernente ao homem, enfim, encara este último como um projeto a ser realizado individualmente através da sucessão de gerações. Tal constatação ocupará um lugar central na filosofia kantiana, sendo a chave de compreensão para o seu projeto pedagógico e também para o conceito de civilização. Na obra *Sobre a Pedagogia*, diz o filósofo: “É certo igualmente que os indivíduos, ao educarem seus filhos, não poderão jamais fazer que estes cheguem a atingir a destinação. Essa finalidade, pois, não pode ser atingida pelo homem singular, mas unicamente pela espécie humana” (Kant, 1996, p.19).

Após discorrer sobre a maneira pela qual o projeto da natureza se realiza, Kant investiga, mais especificamente, o processo civilizatório. Segundo o filósofo, o desenvolvimento das disposições do homem só é possível enquanto este se encontra inserido na sociedade. Entretanto, a inserção de que fala Kant não se realiza de uma maneira plenamente pacífica: há no homem uma espécie de antagonismo, pois ao mesmo tempo em que é impelido para a convivência mútua, o indivíduo deseja dispor de tudo à sua maneira, o que acarreta uma resistência por parte dos demais. Tal antagonismo é chamado por Kant de *insociável sociabilidade*: o homem tende, de forma natural, à convivência em sociedade, mas

também busca satisfazer as suas próprias inclinações, o que provoca um conflito com os demais membros do corpo social.

A partir da resistência dos seus semelhantes é que são despertadas no homem todas as suas forças, o que o faz vencer a preguiça, partindo de sua ânsia de poder a fim de conquistar uma posição de destaque. Desta maneira, o convívio com os demais traz à luz os talentos de cada um. Vê-se com isso que o conflito ocupa um papel fundamental no projeto do homem: à medida que adentra na civilização, o indivíduo desenvolve suas aptidões que estavam ocultas. O estado civil, portanto, é uma etapa crucial para o pleno desenvolvimento da espécie humana. Neste sentido, o filósofo de Königsberg ataca duramente a permanência dos indivíduos no estado natural (pré-social):

[...] os homens, de tão cômica índole quanto as ovelhas que apascentam, mal proporcionariam à sua existência um valor maior do que o de seus animais; eles não preencheriam o vazio da criação em vista de seu fim como natureza racional. Agradeçamos, pois, à natureza a intratabilidade, a vaidade que produz a inveja competitiva, pelo sempre insatisfeito desejo de ter e também de dominar! (Kant, 2003, p. 9).

Considerações Finais:

Diante do exposto, constata-se que a civilização é uma etapa *sui generis* no desenvolvimento da espécie humana: nesse estágio, o indivíduo faz vir à tona os seus talentos, mas unicamente através do conflito. Com efeito, uma vez reunidos num mesmo espaço e com inclinações divergentes, os homens tendem a entrar em combate; todavia, a fim de prevenir o conflito, o homem faz uso da legalidade, que vem a interferir nas inclinações individuais objetivando um bem maior. Assim, a busca por uma constituição civil justa, que promova o pleno desenvolvimento dos homens no meio social “deve ser a mais elevada tarefa da natureza para a espécie humana” (Kant, 2003, p.10).

O homem civilizado, portanto, pode sofrer uma coerção externa toda vez que sua liberdade for utilizada em prejuízo do meio social. Esse temor por uma sanção faz com que o indivíduo adote determinadas condutas que tornam a vida comum possível; todavia, esses comportamentos não refletem a verdadeira

vontade desse homem. Eis aqui mais uma importante distinção estabelecida por Kant, desta vez consistente entre civilização e moralidade. Segundo o filósofo de Königsberg, “[...]somos *civilizados* até a saturação por toda espécie de boas maneiras e decoro sociais. Mas ainda falta muito para nos considerarmos *moralizados*.” (Kant, 2003, p. 16 - grifos do autor).

Vemos então que a civilização toma como parâmetro apenas o comportamento do indivíduo, não se preocupando com o motivo que o levou a praticar aquela ação. Portanto, a fim de exigir determinados comportamentos de seus cidadãos, o estado civil utiliza-se de meios para constranger os indivíduos a fazer ou deixar de fazer algo, o que os torna civilizados. A moralidade, por seu turno, deve possuir uma natureza necessária e, ao mesmo tempo, desprovida de elementos empíricos, pois não é concebível que as leis determinantes da nossa vontade fundamentem-se nos móveis sensíveis, como castigos e recompensas.

Assim, enquanto a moralidade exige de nós um respeito desinteressado e, portanto, livre, a ação legal, própria da civilização, toma como parâmetro a aplicação de sanções e, contrária à moralidade, diz respeito a móveis exteriores. Por isso, não se verifica a intenção, apenas a exterioridade das ações é considerada no julgamento do cumprimento ou não de uma determinada conduta. A moralidade, enfim, uma vez que demonstra independência em relação às sanções (típicas da civilização), é o último estágio a ser conquistado pelo homem, de acordo com o projeto da natureza; entretanto, como assinalou o próprio Kant, a espécie humana encontra-se ainda longe de realizá-lo.

Através da sucessão das gerações e do constante aprimoramento das lições dos seus antepassados, o homem parte em busca de um estado moral, em que as ações corresponderão a um respeito desinteressado, livre dos móveis sensíveis. Contudo, isso não seria possível sem a civilização: esta constitui um estágio deveras importante no processo de desenvolvimento da espécie humana, pois através dela é que o homem traz à luz os seus talentos e aprende a conviver com os seus semelhantes, preparando-o para ser um agente livre, um agente moral, portanto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guido Antônio de. *Liberdade e Moralidade segundo Kant. Analytica*, vol. 2, nº 1, p. 175-202, 1997.

BÍBLIA, N. T. Lucas. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução: Centro Bíblico Católico. 101. ed. São Paulo: Ave Maria, 1996.

BARRETO, Sônia. *A determinação fundamental do tempo na teoria kantiana do juízo*. Philosophica-Revista de Filosofia da História e Modernidade, número 4, março de 2003, p. 57-73.

_____, *Da semântica Transcendental à semântica Existencial: Kant e Heidegger*. Philosophica-Revista de Filosofia da História e Modernidade, número 7, março de 2006, p. 93-110.

_____, *Esquematismo transcendental e ontologia fundamental: Heidegger intérprete de Kant*. In, SANTOS, Antonio Carlos (Org.), *História, Pensamento e Ação*, p. 321-334, São Cristóvão, Editora UFS, 2006.

_____, *O esquematismo transcendental: da sensibilização dos conceitos à semântica transcendental*. In, Salles, João Carlos, (Org.), *Pesquisa & Filosofia*, p.333-358 Salvador, Quarteto Editora, 2007.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. Tradução de: A Kant dictionary.

CRAMPE-CASNABET, Michele. *Kant: uma revolução filosófica*. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. Tradução de: Kant (Une révolution philosophique).

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1994. Tradução de: Kritik der praktischen Vernunft.

_____. *Crítica da Razão Pura*. Tradução: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução de: Kritik der reinen Vernunft.

_____. *Carta a Marcus Herz*. Tradução: António Marques. Lisboa: Imprensa Nacional, 1985.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997. Tradução de: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.

_____. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. Tradução: Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de: Idee Zu Einer Allgemeinen Geschichte In Weltbürgerlicher Absicht.

_____. *Sobre a Pedagogia*. Tradução: Francisco Cock Fontanella. 3. ed. São Paulo: Unimep, 1996. Tradução de: Über Paedagogie.

LOPARIC, Zeljko. *A Semântica Transcendental de Kant*, Campinas, Coleção CLE, 2000.

_____. *O Fato da Razão – uma interpretação semântica*. *Analytica*, vol. 4, nº1. p. 13-55, 1999.

PASCAL, Georges. *O Pensamento de Kant*. Tradução: Raimundo Vier. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1985. Tradução de: La Pensée de Kant.

TERRA, Ricardo. *A Política Tensa: Idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995.

A CAPACIDADE DA PESSOA FÍSICA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: possibilidade da ocorrência do fracionamento ou *depéçage*.

Luciane Gomes*

RESUMO

A massificação das relações de consumo, mais especificamente no âmbito internacional, intensificados em virtude da denominada globalização, com sua intensa circulação de bens, capitais e tecnologia, deu ensejo a preocupações das mais variadas, destacando-se a busca pela norma que se deve aplicar nos casos em que os conflitos se apresentem. Diante dessa realidade, este estudo possui por desígnio primordial a apreciação da legislação aplicável no que concerne à verificação da capacidade civil das partes envolvidas nos contratos celebrados nesta seara, em que figure como um dos contratantes um domiciliado no Brasil. Na busca pelo escopo colimados, no desenvolver da pesquisa, procedeu-se à verificação da possibilidade, nos casos em que a lei do domicílio não atenda às necessidades para aferição da capacidade das partes, da ocorrência do fracionamento ou *depéçage* ou, ainda, *morcellement*, consistente na aplicação concomitante de mais de uma legislação a uma única relação contratual internacional, contrariando a teoria unitarista. A aplicação do fracionamento é perfeitamente cabível à integridade da relação entre as partes e a preservação do contrato, atendendo, dessa feita, às finalidades do direito contratual internacional.

Palavras-Chave: Contrato internacional; Capacidade das partes; Manutenção do contrato; Fracionamento; *Depéçage*; *Morcellement*.

ABSTRACT

The popularize of consumption relationships, more specifically in international scope, enhance owing to called globalization with your intense assets flow, wealth and tecnologia gave opportunity for several worries, standing out the search for rule what one must to apply in cases of disagreement show itself. In face of from that reality this study has for prime purpose the estimate of applicable rules which concern at civil capacity verification of parts involved with celebrated contracts in this field, whom appear as resident in Brazil. In search of purpose, with the develop of research one proceded the verification of possibility, in cases where the domicile law attend no needs for parts ability's gauging from occurrence of fragment or *depéçage*, or still, *morcellement*, consistent in concomitant application of more than one legislation toward only one international contractual relationship opposing the unitarian theory. The application of fragment is perfectly appropriate with aims both to preserve the connection between of parts and preservation of celebrated contract attending this way the international contractual law's objectives.

Keywords: International contract; Parts capacity; Contract's maintenance; Fragment; *Depéçage*; *Morcellement*.

* Mestra em direito econômico pela Universidade da Paraíba, professora do curso de graduação em direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

Introdução

A crescente celebração de contratos internacionais, intensificados em virtude da chamada globalização, com sua intensa circulação de bens, capitais e tecnologia, fez nascer preocupações das mais variadas.

Em que pese o fato de que a caracterização de um contrato como internacional dependa de critérios próprios de interpretação, presentes em cada ordenamento jurídico, interessa apontar os aspectos jurídicos que o cercam, destacando-se a questão da legislação incidente.

Nesse viés, merecedora de destaque é a verificação da lei aplicável para fins de determinação da capacidade civil da pessoa física, elemento essencial na formação de um contrato.

Para tanto, ocupa-se o presente estudo do enfrentamento da questão de escolha da legislação incidente, no que atine à determinação da capacidade civil, em dado contrato internacional, em que figure como um dos contratantes um domiciliado no Brasil, tendo em vista a existência de normas no ordenamento pátrio a regular a questão, bem assim a possibilidade de conflito com normas desse teor constantes do ordenamento aplicável ao outro contratante ou no país da celebração.

Justifica-se tal preocupação, uma vez que os ordenamentos jurídicos conflitantes são pertencentes a Estados soberanos e independentes.

Dessa feita, interessa verificar a possibilidade da aplicação concomitante da legislação pessoal de cada parte, ou do Estado de celebração, a um único contrato internacional, fenômeno a que se denomina *depéçage* ou fracionamento, ou, ainda, *morcellement*.

1. Conceituações preliminares

Para melhor incursão no tema em análise, convém situar o leitor no campo de conhecimento específico do Direito Internacional Privado, a partir da

apresentação de conceitos, definições e estruturações acerca dos principais pontos que serão abordados no decorrer do estudo.

1.1 Contrato internacional

Cumprir trazer à colação o conceito oferecido por Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, para quem contrato internacional é o acordo de vontades que está potencialmente sujeito a dois ou mais sistemas jurídicos (AMARAL, 2004, p.218).

Justamente em razão da retroapontada sujeição a mais de um sistema jurídico, reside a importância em se determinar a qual deles o contrato internacional se subsume, em caso de conflito entre as partes.

Alguns elementos devem ser analisados quando se objetiva determinar se um contrato é ou não internacional, dentre os quais destacam-se: o domicílio das partes, a sua nacionalidade, o objeto, o local em que se deu a formação do contrato e o local em que se dará a sua execução.

De se consignar que o ordenamento pátrio adotou como um dos elementos de identificação de um contrato como internacional o domicílio das partes contratantes, ou seja, um dos pólos deve ser domiciliado no Brasil e outro no exterior, ainda que ambos sejam brasileiros.

Isto quer dizer que a nacionalidade das partes não é o critério definidor do contrato como internacional, mas o domicílio de uma das partes no Brasil. Ainda que se trate de dois estrangeiros, portanto, sendo um deles domiciliado no Brasil, o contrato seria internacional, de acordo com o estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Trazendo hipótese diferenciada, cumprir trazer à baila o entendimento de José Carlos de Magalhães, para quem nem sempre a localização do domicílio ou da sede pode ser suficiente para a caracterização do contrato como internacional. Pode ocorrer que o negócio não importe em transferência de recursos ou de seu objeto de um país para outro (MAGALHÃES, 2005, p.265).

Exemplifica o autor com a situação de um comprador com domicílio no exterior e o objeto do contrato situar-se no Brasil, onde o pagamento será feito em moeda nacional, com fundos que o comprador possuir no país, não importando em contrato internacional, eis que apenas a ordem jurídica brasileira está envolvida no negócio (MAGALHÃES, 2005, p. 265).

No caso em apreço, não houve a transferência de recursos de um país a outro, o negócio se deu inteiramente no Brasil, ainda que nenhuma das partes tenha residido no país.

Interessante arrematar essa idéia com a conclusão de José Carlos de Magalhães, ao lecionar que ao se afirmar que o contrato é internacional porque as partes têm domicílio ou sede em países distintos não é inteiramente verdadeiro, havendo situações em que isso não ocorre (MAGALHÃES, 2005, p. 265).

Depreende-se, portanto, que, para a caracterização de um contrato como internacional, deve-se utilizar, em regra, o critério da diversidade de domicílio das partes, consoante disposto na legislação pátria. Contudo, não se pode olvidar que não se trata de regra absoluta, eis que comporta exceções, a exemplo da retroapontada, em que não houve transferências de recursos de um país a outro, bem assim daqueles contratos em que o objeto do contrato não se desloca entre os Estados de domicílios das partes.

1.2 Capacidade civil

Com supedâneo na doutrina mais abalizada, por capacidade civil deve-se entender a medida jurídica da personalidade, que, por sua vez, é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

À aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, a doutrina dá o nome de capacidade de gozo ou de direito (*Rechtsfähigkeit*). A capacidade de fato ou de exercício (*handlungsfähigkeit* ou *die geschäftsfähigkeit*) é a aptidão de exercer por si os atos da vida jurídica, dependendo, portanto, do discernimento, que é o critério, a prudência, o juízo, o tino, a inteligência e, sob o prisma jurídico, a

aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial (DINIZ, 2002, p. 210).

Para ser capaz, continua a autora, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir, por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica. (DINIZ, 2002, p. 210).

Nesse ponto, como se pode observar, trata a autora da capacidade de fato ou de exercício, a que mais gera conflito nos contratos, em especial nos contratos internacionais, em que podem incidir duas ou mais legislações.

Isso porque, no Brasil, por exemplo, a capacidade de fato ou de exercício pressupõe a de gozo ou de direito, ou seja, aquele a quem a lei confere a capacidade de fato ou de exercício possui também a capacidade de gozo ou de direito, lembrando que o contrário nem sempre ocorre.

Em que pese a importância da capacidade de fato ou de exercício para a formação dos contratos internacionais, cumpre assinalar que ambas as capacidades se submetem à sistemática adotada pelo Direito Internacional privado, oportunamente abordada.

1.3 A lei de introdução ao código civil

A Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657/1942, estabelece os alicerces do sistema jurídico pátrio e constitui postulado fundamental do Direito Internacional Privado, objeto do presente trabalho, sendo considerada, de acordo com apontamentos da doutrina, como norma de sobredireito ou metadireito, uma vez que regula a aplicação do próprio direito, destinando-se a todas as áreas e não só ao direito civil, como faz parecer sua denominação.

1.4 *Depéçage* ou fracionamento

Igualmente denominada *morcellement*, o fracionamento refere-se à possibilidade de aplicação de várias legislações a uma única relação contratual internacional, contrariando a teoria unitarista, vez que se pode ter, em algumas questões, mais de uma lei aplicável ao caso.

Para fins de contextualização, convém apontar que os casos em que se faça necessária a determinação da capacidade civil nos contratos internacionais são hipóteses de aplicação do fracionamento ou *depéçage*.

O tema será melhor aprofundado por ocasião da verificação de sua aplicação aos contratos internacionais em que uma das partes consista em pessoa física domiciliada no Brasil.

2. A importância do Direito Internacional Privado na delimitação dos elementos de conexão dos contratos internacionais

De início, a esse respeito, convém trazer à baila as lições de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, para quem a importância do Direito Internacional Privado caminha *pari passu* com a internacionalização das relações jurídicas, em face da proliferação dos contratos internacionais do comércio, que, por sua natureza, não restringem seus vínculos a um único e exclusivo sistema legal. (AMARAL, 2004, p.220).

O Direito Internacional ocupa-se da solução dos conflitos de leis no espaço, os chamados conflitos interestaduais, ou seja, da aplicação de dois ou mais ordenamentos jurídicos para a regulamentação de determinado caso concreto.

Dentre outros misteres, trata da caracterização de um contrato como internacional, fornecendo os elementos de conexão e as normas aplicáveis.

Consoante ensinamentos de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, o Direito Internacional Privado é considerado um “meta-direito”, que regula a aplicação do

próprio direito, é, apesar de sua denominação, um direito interno e não internacional, no sentido de que cada Estado tem o seu, podendo diferir dos demais, e um direito público e não privado, no sentido de que é composto de normas cogentes. (AMARAL, 2004, p.220).

Consta, no ordenamento jurídico brasileiro, da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, já referida anteriormente.

Cumprе lembrar, consoante lições de Nadia de Araujo, que não compete ao Direito Internacional privado fornecer a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar o ordenamento jurídico ao qual a norma aplicável deverá ser requerida. (ARAÚJO, 2003, p.37).

Os elementos de conexão fornecidos pelo Direito Internacional Privado possuem a finalidade de se verificar qual será o ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto, em que se apresentem conflitos entre as legislações dos países envolvidos.

Destacam-se, segundo lições de João Grandino Rodas, três aspectos distintos e independentes nos elementos de conexão relacionados às obrigações: a) elementos de conexão relativos à capacidade das partes obrigadas, que, por sua vez, subdividem-se naqueles concernentes à capacidade da pessoa física e naqueles atinentes à capacidade da pessoa jurídica; b) elementos de conexão referentes às obrigações em si, subdivididos em elementos de conexão relacionados aos aspectos extrínsecos ou formais das obrigações e elementos de conexão relacionados aos aspectos intrínsecos ou de fundo das obrigações; e por fim, c) a vontade das partes como elemento de conexão. (RODAS *apud* AMARAL, 2004, p. 220-221).

O terceiro item, que aponta a vontade das partes como elemento de conexão, diz com a ocorrência do Princípio da Autonomia Privada, outrora denominado Princípio da Autonomia da Vontade, fonte de diversas celeumas na seara do direito internacional, tão veementemente defendido por uns e refutado por outros.

A caracterização de um contrato como internacional, sujeito ao Direito Internacional Privado, determinada pela aludida LICC, possui algumas finalidades, destacando-se o socorro das partes quando da ocorrência de litígio.

No dizer de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, havendo um litígio deve-se: a) descobrir através do Direito Internacional Privado qual a lei competente para dirimi-lo; b) saber se os usos e costumes internacionais aplicam-se ao caso e c) qual o foro competente para julgar a causa. (AMARAL, 2004, p. 219).

Interessa ao presente estudo a primeira questão apontada pelo autor em epígrafe, que diz com a verificação da lei aplicável ao caso concreto, mormente no que tange à determinação da capacidade das partes, em especial quando conflitantes as normas no que atine à capacidade das partes para a celebração do contrato internacional.

3. A questão da soberania dos estados nos contratos internacionais.

Antes de adentrar na sistemática a ser adotada para a solução dos conflitos interestatais, deve-se recordar que o conflito ocorre entre partes integrantes de Estados Soberanos. A esse respeito, convém tecer algumas considerações.

A soberania, em termos jurídicos, corresponde, em síntese, ao poder de declarar a validade de suas normas e de assegurar e resolver os conflitos que as envolvam.

Segundo Enrique Ricardo Lewandowski, o Estado, embora constitua a instância máxima de decisão dentro de determinada circunscrição territorial, não detém um poder absoluto e ilimitado (LEWANDOWSKI, 2004, p. 236). Pode, portanto, sofrer certa ingerência de outros ordenamentos, igualmente soberanos.

Casos há, informa Maria Helena Diniz, em que se admite a interpenetração de norma estrangeira atuando no território nacional, pois nem sempre as leis

poderão ficar enclausuradas dentro dos limites espaciais do Estado. (DINIZ, 2002, p. 206).

Há quem entenda, hodiernamente, no sentido da supremacia do direito internacional sobre o privado, o que modifica profundamente a noção clássica de soberania.

A opção intelectual pelo primado do direito internacional sobre o direito interno leva necessariamente a um abrandamento da noção tradicional de soberania. Sob essa ótica, o Estado somente é soberano num sentido relativo, eis que não está subordinado a nenhuma ordem jurídica superior, salvo a internacional, ensina Lewandowski (2004, p. 246).

Em síntese, afirma o autor citado que a soberania é hoje considerada uma soberania contestada, em razão, especialmente, do processo de globalização da economia e da sua contrapartida, a formação dos blocos econômicos (regionalização da economia).

Dessa feita, o entendimento deve caminhar, portanto, no sentido de se mitigar a tradicional noção de soberania, a fim de que o comércio internacional possa se desenvolver plenamente, sem que isso signifique, contudo, que ficará à margem da lei dos Estados envolvidos, para que não se prestigie a má-fé nas relações internacionais e, assim, sejam respeitados os princípios gerais do Direito, aplicáveis igualmente na seara internacional.

4. Lei aplicável aos contratos internacionais

Em regra, o ordenamento jurídico de cada país determina qual a sistemática a ser adotada para a solução dos conflitos de lei no espaço, visando regular as relações internacionais e com o escopo de evitar e/ou solucionar litígios entre as partes contratantes.

Para tanto, são apontados alguns critérios para a solução da questão relativa à lei aplicável à substância das obrigações, a saber:

4.1 *Lex loci contractus*

Partindo-se desse critério, a solução é apontada pela lei do lugar do contrato, ou melhor, pela lei do local da constituição das obrigações. Desse modo, se um contrato foi constituído no Brasil, as normas brasileiras serão as aplicáveis.

É o adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante oportunamente se poderá observar com mais vagar.

4.2 *Lex loci executionis*

Utilizando-se do critério da *lex loci executionis*, a lei de execução do contrato, ou seja, a lei do lugar do cumprimento das obrigações será a aplicável na solução de eventuais litígios que se apresentem.

Pode-se exemplificar com a hipótese de um contrato que deva ser cumprido no Brasil, cuja eventual controvérsia será resolvida pela aplicação de normas constantes do ordenamento jurídico pátrio.

4.3 *Lex patriae* ou *lex domicilii* do devedor

A partir da solução ofertada por esse critério, a legislação aplicável será a da lei pessoal do devedor. É utilizada por alguns tribunais em contratos de mútuo, por exemplo.

4.4 *Lex patriae* ou *lex domicilii* comum das partes

Por sua vez, ao se adotar esse critério, a lei aplicável será a lei pessoal das partes.

Interessa o critério em exame para o presente estudo, a fim de que se possa verificar a possibilidade de sua aplicação a contratos internacionais

firmados por um domiciliado no país, no tocante à verificação da capacidade das partes, pela lei pessoal de ambos os polos da obrigação, aplicando-se o fracionamento ou *depéçage*.

4.5 Critério adotado pelo direito internacional privado brasileiro

Consoante anteriormente mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o critério da *lex loci contractus*. Da leitura do artigo 9º da LICC, depreende-se claramente a adoção da sistemática da constituição das obrigações. Dispõe o mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

(...)

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Dessa feita, para se determinar o lugar do surgimento ou da constituição do contrato, um forte indício a ser utilizado é o do local da assinatura (*lex loci celebrationis*), admitindo-se, no entanto, o contrário, pontifica Antonio Carlos Rodrigues do Amaral. (AMARAL, 2004, p. 225).

Em que pese a regra geral adotada pelo ordenamento brasileiro, outra solução foi adotada para um caso específico, qual seja, a do contrato entre ausentes, estampada igualmente no artigo 9º da LICC, porém em seu parágrafo segundo, ao dispor que o lugar da **residência** do proponente determinará o direito que irá regular a relação contratual.

Verifica-se, portanto, que não se pode falar em apenas um critério definidor, mas em vários, eis que diversas as situações conflitantes que podem envolver um contrato internacional, razão pela qual o ordenamento pátrio tratou de não quedar estancado, abarcando-os, no sentido de regular, tanto quanto possível, os contratos internacionais.

5. Sistemas de determinação da capacidade civil

No tocante à determinação da capacidade das pessoas físicas, objeto mais específico do presente estudo, convém salientar que foram apontados três sistemas diferenciados, a saber:

5.1 Sistema da territorialidade (*lex fori*)

Por esse sistema, a Lei do Estado aplica-se a todas as pessoas que se encontrarem em seu território, ainda que apenas temporariamente, sem ânimo de ali fixar residência ou domicílio.

Segundo salienta Helder Eduardo Vicentini, aplica-se independentemente da nacionalidade da parte que esteja em seu território ou, ainda, se residem ou estão apenas de passagem, o que o torna pouco utilizado no comércio internacional, uma vez que o dificulta, por contrariar os interesses individuais das partes. (VICENTINI, 2005, p. 402).

Posição idêntica adota Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, ao afirmar que tal sistema tende a desaparecer, visto que dificulta o comércio internacional. (AMARAL, 2004, p. 221).

Por esse critério, se um turista estivesse em dado país, a lei desse local seria a aplicada. Diante das implicações decorrentes da sua aplicação, há que se concordar com os autores apontados, tendo em conta que dificulta sobremaneira o comércio internacional, uma vez que, conforme posteriormente se verá, a lei do local de domicílio é a mais indicada, em razão de que é onde a parte está domiciliada que predominam seus interesses e é conhecido o ordenamento jurídico. Regra, essa que, contudo, igualmente comporta exceções, a exemplo do estampado no presente estudo, em que se pretende o fracionamento ou *depéçage*, quando se estiver diante de contrato que o indique como o mais adequado.

5.2 Sistema da nacionalidade (*lex patriae*)

Adotando-se esse sistema, a capacidade das partes é disciplinada pela lei do país de seu nascimento. Segundo a doutrina, é predominante a sua adoção nos países com características emigratórias.

No caso desse trabalho, verifica-se que pode ser aplicado em dadas situações, especialmente com o escopo de preservar a relação contratual, primando pela validade do contrato, com supedâneo no princípio da boa-fé contratual, que deve ser, tanto quanto possível, prestigiado.

5.3 Sistema do domicílio (*lex domicilii*)

Por fim, ao ser adotado o sistema do domicílio, a determinação da capacidade das partes será regulada pelo ordenamento jurídico em que se der o domicílio das partes contratantes.

É o sistema adotado nos países com características imigratórias, a exemplo do Brasil.

Isso porque, segundo lições de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, a adoção desse sistema pelo Brasil, país de imigração, deu-se com o escopo de facilitar a integração do estrangeiro à vida nacional. (AMARAL, 2004, p. 222).

Desse modo, ainda que se trate de estrangeiro, estando domiciliado no Brasil, a capacidade será aferida pelas normas pátrias, salvo conflitos de aplicação de leis, em que se pode verificar a aplicação de normas alienígenas, consoante anteriormente referido.

5.4 Sistemática adotada pelo ordenamento pátrio

Consoante apontado anteriormente e do que se depreende da análise da regra contida no artigo 7º, da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, o ordenamento brasileiro adotou a **teoria** ou **sistema do domicílio** para a determinação da capacidade, senão veja-se:

Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

Portanto, como visto acima, caso determinada pessoa, domiciliada no Brasil, contrate com empresa estrangeira ou ainda com pessoa física domiciliada no exterior, aplicar-se-á a lei nacional no tocante à verificação da capacidade da parte que possuir domicílio no país.

De outra banca, um contrato que venha a ser constituído no Brasil, será regulado, **via de regra**, consoante o disposto no art. 9º da LICC, pela lei brasileira.

Levando-se essa premissa em consideração, pergunta-se: qual regra seria aplicada para a verificação da capacidade da outra parte, não domiciliada no Brasil, se o ordenamento de seu país dispusesse de forma diversa? Ainda assim estaria submetida à regra estampada na LICC? E se houvesse má-fé por parte de um dos contratantes?

Essa problemática impulsionou a elaboração do presente trabalho, com vistas a aclarar a questão prática de aplicação de leis no espaço, especialmente quando conflitantes.

Dessa feita, convém tecer algumas considerações acerca do fracionamento ou *depéçage* e suas implicações quando de sua aplicação aos contratos internacionais, objeto de tópico a seguir, ao qual se remete o leitor.

5.4.1 A situação dos apátridas

Antes de se adentrar no tema específico do estudo, cumpre informar que, no caso dos apátridas, foi ratificada pelo Brasil, em **22 de maio de 2002**, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas.

A Convenção em epígrafe foi adotada em **28 de setembro de 1954** pela Conferência de Plenipotenciários convocada pela Resolução 526 A (XVII), do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas, de 26 de abril de 1954.

Dispõe, acerca do ordenamento jurídico que regerá o estatuto pessoal, onde se inclui a questão atinente à capacidade, em seu artigo 12, *in verbis*:

Art. 12 O estatuto pessoal de todo apátrida será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência.

Depreende-se, portanto, que pouco difere da sistemática adotada para os demais, qual seja, a regra do domicílio, excepcionada apenas quando o apátrida não tiver domicílio, ocasião em que será utilizado o critério da residência.

6. Possibilidade da aplicação do fracionamento ou *depéçage* aos contratos internacionais

Consoante anteriormente disposto, o *depéçage* ou fracionamento, ou ainda, *morcellement*, consiste na possibilidade de aplicação de mais de um sistema jurídico a uma única relação, a exemplo de um contrato de comércio internacional.

No entender de Danilo Desiderio, “*questa tecnica, definita “depeçage” (“frazionamento”) o “morcellement”, presuppone la scomposizione del contratto più*

parte, con l'assogettamento di ciascuna di esse a leggi nazionali diverse(...)". (DESIDERIO, 2005, p.02).

O fracionamento contraria a teoria unitarista, que prevaleceu por longo tempo, a qual propõe sejam aplicadas regras de um único ordenamento jurídico a um contrato internacional.

Ocorre no fracionamento uma dualidade ou, ainda, pluralidade regencial, com ordenamentos jurídicos de dois ou mais países a regulamentar certas questões relativas a um mesmo contrato internacional.

Há uma divisão do contrato em partes ora que se subsumem a um único ordenamento jurídico, ora em partes em que se admite a pluralidade de ordenamentos incidentes.

Pode advir do próprio sistema de Direito Internacional Privado, como também em razão do exercício da autonomia privada, atualmente aceita nos contratos internacionais, em que pesem opiniões doutrinárias contrárias.

Segundo informações de Nadia de Araújo, a técnica é consagrada nas convenções internacionais sobre o assunto, uma vez que tanto a Convenção de Roma quanto a Convenção do México a adotaram em sua regulamentação. (ARAÚJO, 2003, p. 327).

Nas lições de Horacio A. Grigera Naón, esta faceta (da *depéçage*)

[...]constituye un apartamiento de las doctrinas conflictualistas clásicas basadas en la subsunción de relaciones jurídicas en categorías abstractas, condenando a aquellas a regirse irremediabilmente, en todos sus aspectos o cuestiones litigiosas que pudieran suscitar, por el ordenamiento jurídico nacional identificado según el punto de conexión (que generalmente opera mediante su localización geográfica) asignado a esa categoría. (NAÓN, 2002, p. 600).

Continua o autor, ao afirmar que *“por cierto, aun el derecho internacional privado clásico reconoce excepciones a la aplicación del derecho sustantivo indicado por la norma de conflicto, en hipótesis de violación del orden publico internacional o bajo otras teorías, como la del fraude a la ley”*. (NAÓN, 2002, p. 600).

Um dos aspectos do contrato internacional passível de ocorrer o fracionamento ou *depéçage* diz exatamente com a questão da capacidade das partes contratantes.

Isso porque a capacidade é fundamental para a perpetuação do contrato e este deve ser o escopo visado pelo Direito Internacional Privado, sempre que possível, ou seja, devem ser aplicadas normas de forma a objetivar a preservação do contrato, velando pela sua validade.

A esse respeito, cumpre trazer informações apresentadas por José Carlos de Magalhães, ao afirmar que a jurisprudência norte-americana, que, por sua vez, por influência do Beale inscrita do *First Restatement*, apreciava a licitude do contrato segundo a lei do país de sua conclusão, também admite outros critérios, visando a aplicação de lei que valide o contrato, seja essa lei do local da conclusão, seja a do cumprimento, seja a escolhida pelas partes. (MAGALHÃES, 2005, P. 280).

Da análise da escolha do legislador pátrio pelo ordenamento de domicílio dos contratantes, verifica-se a possibilidade de aplicação do fracionamento ou *depéçage*, uma vez que será aplicado o ordenamento pátrio para o contratante aqui domiciliado e o ordenamento do país de domicílio do outro contratante.

Esse critério é o que mais atende às demandas, tendo em conta que, conforme salienta Maria Helena Diniz, o Direito do meio social onde a pessoa efetivamente vive e exerce suas atividades, atendendo a seus interesses, respondendo juridicamente, é que deverá ser considerado na apreciação de sua capacidade. (DINIZ, 2002, p. 213).

Entretanto, cumpre salientar que a regra do domicílio nem sempre será suficiente para a determinação da capacidade das partes sem que se prestigie o princípio da boa-fé nos contratos, ressalte-se, aplicável igualmente às relações contratuais internacionais.

Para melhor ilustração acerca dessa assertiva, no tópico seguinte, será apresentado um caso hipotético, criado especialmente para o presente estudo,

onde será analisada a questão do fracionamento, fora da possibilidade apresentada pela LICC.

Por fim, convém consignar as oportunas lições de Everardo Nóbrega de Oliveira, para quem há uma relação de complementariedade ou colaboração entre as fontes estatais e fontes anacionais. O comércio internacional tem necessidade de uniformidade e busca evitar as disparidades legislativas, político-administrativas e financeiras, que constituem obstáculos às trocas internacionais. (QUEIROZ, 2002).

Desse modo, importante que na eleição do ordenamento a incidir a dado contrato internacional, sempre com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e na manutenção do comércio internacional, procure-se manter a preservação da relação contratual e não o seu afastamento ou desfazimento.

7. Caso hipotético

Para melhor compreensão prática do exposto, cumpre trazer à colação caso hipotético acerca do tema, assinalando que as regras de maioria e aquisição da capacidade civil plena nos países apresentados são fictícias.

JOÃO DA SILVA, brasileiro, solteiro, 18 anos, domiciliado no Brasil, contrata com MÁRIO TROVANNI, italiano, solteiro, 19 anos, domiciliado na Argentina, há apenas dois meses, a fim de adquirir do segundo contratante uma carga de casacos de lã. O contrato foi constituído no Brasil, onde ocorreu, inclusive, sua assinatura. Após a constituição do contrato, o segundo contratante alega que não possui condições de cumpri-lo, uma vez que não possui capacidade civil de acordo com as leis de seu país de domicílio, a Argentina, cuja aquisição se dá aos 21 anos. Contudo, em seu país de nascimento, ou seja, na Itália, onde era domiciliado até dois meses atrás, possuía a aludida capacidade civil, onde, inclusive, contratava há mais de um ano com várias pessoas em países diversos.

Uma das justificativas para a adoção das regras do domicílio é justamente por ser o local onde o contratante estaria mais adaptado às regras jurídicas.

Contudo, não é o caso presente. O segundo contratante estava adaptado às regras de seu país de origem desde há muito, uma vez que era domiciliado na Itália até poucos meses antes da celebração do contrato e já havia firmado contrato com outras pessoas domiciliadas em diversos países, com plena capacidade civil para tanto.

Depois, verificando poder se eximir do cumprimento do avençado com o primeiro contratante, pelas leis de seu país de domicílio, alegou a sua incapacidade para contratar.

Verifica-se que possuía capacidade civil plena na Itália, onde firmou diversos contratos internacionais e, tão logo chegou à Argentina, a “perdeu” e, oportunamente, disso se aproveita, alegando sua incapacidade, posteriormente à constituição do contrato.

Aceitar-se o argumento da incapacidade fere frontalmente o princípio da boa-fé objetiva, que deve informar as relações contratuais, incidente igualmente nos contratos internacionais, consoante outrora mencionado.

Desse modo, objetivando a preservação do contrato e a observância do princípio da boa-fé contratual, o caso poderia ser resolvido com a aplicação do fracionamento ou *depéçage*, anteriormente analisado, utilizando-se as regras da capacidade civil adotadas na Itália, as quais validariam o contrato, ao tornar o agente plenamente capaz da realização dos atos e proporcionariam a manutenção do contrato e da ordem do comércio internacional.

Considerações Finais

Longe de esperar ser a última palavra em qualquer dos temas expostos, e com base nas pesquisas realizadas, constatou-se, fundamentando-se na exegese e na hermenêutica jurídicas, o seguinte:

a) A regra da determinação da capacidade das partes pelo ordenamento do domicílio atende grande parte das exigências do cenário dos contratos internacionais atualmente;

b) Contudo, casos há em que se torna inviável, contrariando as modernas tendências de comércio internacional e outros, ainda, em que uma das partes se socorre das regras de seu domicílio para se eximir de cumprir com o avençado, como no caso hipotético apresentado no presente estudo. Nesses casos, deve-se primar, sempre que possível, pela preservação do contrato, aplicando-se, se necessário, o fracionamento ou *depéçage*, com a incidência dos ordenamentos pessoais dos contratantes que mais atendam às finalidades do direito contratual internacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras e Lex Editora, 2004.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DESIDERIO, Danilo. *Il problema della determinazione della legge applicabile al contratto internazionale*. Milano, 2005. Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=9865>. Acesso em 20 out. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional: Tendências e Perspectivas*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

NAÓN, Horacio Grigera. *Los arbitros internacionales, ¿Pueden o deben aplicar las leyes de policía?* Montevideo, 2002. Disponível em <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/SamtlebenJuergen/Festschrift.html>. Acesso em 06 out. 2006.

QUEIROZ, Everardo Nóbrega de. *O Princípio da boa-fé objetiva ou da razoabilidade como fundamento jurídico da lex mercatoria*. In *Direito do Comércio Internacional*. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

A PSDEUDO-INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO:

Um obstáculo à celeridade e efetividade processual

Adriano Mesquita Dantas*

RESUMO

O presente trabalho consiste em uma análise crítica da situação de dependência em que se encontra o Poder Judiciário, notadamente no que diz respeito à sistemática de remuneração dos magistrados. Partindo da teoria da tripartição dos poderes, o estudo aborda alguns requisitos necessários à plena independência e isenção dos magistrados, o que demanda, necessariamente, uma remuneração digna e atualizada constantemente para ter preservado o poder aquisitivo do subsídio. O estudo também contempla o volume de trabalho dos magistrados e o grau de responsabilidade do cargo, fazendo um paralelo com outras categorias.

Palavras-chave: independência; responsabilidade; remuneração.

ABSTRACT

The present work consists in a critical analysis of the situation from dependence in what to be the Judicial Power, notably in what concern to systematic of magistrate's wages. Starting of powers tripartition theory, the study boards some essencial requisites to full independence and exemption of magistrates what demands, necessarily, a worthy wage and constantly updated for to have preserved acquisitive power of subsidy. The study observes too a magistrate's work capacity and the degree of function's responsibility, draw a parallel with others categories.

Keywords: independence; responsibility; wage.

* Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região/PB, Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito e Diretor de Prerrogativas e Assuntos Legislativos da Amatra13. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Pós-Graduado em Direito Processual Civil e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Potiguar (UnP).

1. O Poder Judiciário e a Tripartição dos Poderes:

Como sabemos, o Brasil adotou a tripartição dos Poderes, modelo difundido por Montesquieu na obra *De L'Esprit des Lois* (1748). Com isso, temos o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si, mas cada qual responsável pelo exercício de uma função típica do Estado.

Segundo a lógica de Montesquieu, os Poderes constituídos atuariam de forma independente, mas harmônica e equilibrada, assegurando a ordem jurídica e a paz social. Para evitar o despotismo e o abuso do poder, é possível a moderação de um Poder por outro quando os limites delimitados pela Constituição Federal forem extrapolados. Por essa razão, os Poderes são compostos e integrados por pessoas e grupos distintos.

Dentro desse sistema, cabe ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, das Leis e das instituições democráticas. Cabe ao Poder Judiciário, assim, o controle da constitucionalidade e legalidade das leis e dos atos administrativos, aquelas oriundas do Poder Legislativo e estes do Poder Executivo.

Fica claro, nesse contexto, que o Poder Judiciário exerce uma função importante e relevante para a sociedade, mas isso não implica na sua superioridade frente ao Poder Legislativo ou Executivo.

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro sustenta, com propriedade, que é imperioso que o Poder Judiciário se imponha como Poder do Estado nas relações com os outros Poderes. E mais, acrescenta que se isso não ocorrer, “*surge a hipertrofia de um ou mais Poderes em detrimento de um deles ou dos outros dois, ensejando desequilíbrio no funcionamento dos órgãos estatais, com todas as consequências nefastas para a sociedade*”.

Os Poderes, como exposto, são independentes e harmônicos entre si. Todos devem atuar em estrita observância das normas e limites constitucionais, cumprindo as atribuições que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte.

O papel moderador do Poder Judiciário, nesse quadro, só deve ser exercido diante de eventual excesso ou abuso dos outros Poderes, seja pela ação ou pela omissão.

O desejável, como exposto, é que cada Poder funcione adequadamente e cumpra suas funções e atribuições constitucionais, sem que haja a interferência, ainda que legítima, de um sobre o outro.

Há quem sustente, nos dias atuais, que o Poder Judiciário está se imiscuindo indevidamente nas atribuições conferidas ao Poder Legislativo. Alegam que o Poder Judiciário está legislando, que está havendo um verdadeiro “*ativismo normatizante*” por parte do Supremo Tribunal Federal.

Outros, no entanto, fazem essa crítica ao Poder Executivo, que vem editando as famigeradas medidas provisórias quase que diariamente. Com isso, o regular funcionamento do Poder Legislativo fica comprometendo, já que a pauta é “trancada” com frequência (art. 62, §6º, da Constituição Federal).

Muitas medidas provisórias são realmente editadas sem qualquer circunstância que caracterize urgência ou relevância, desvirtuando, assim, a previsão constitucional. O instituto está sendo usado como forma de agilizar e abreviar a tramitação de um projeto de lei de interesse do Poder Executivo, já que as medidas provisórias têm força de lei desde sua edição.

Nessa questão há, de fato, interferência indevida de um Poder em outro, tanto que, em novembro de 2008, o então Presidente do Senado Federal, Senador Garibaldi Alves Filho, devolveu ao Poder Executivo a Medida Provisória n.º 446, apelidada de “MP da filantropia”. O fato teve grande repercussão no meio político e na imprensa, pois foi a segunda vez que essa medida foi adotada por parte do Senado Federal. Fato semelhante ocorreu há aproximadamente 20 anos, em 1989.

O ato do Senador, embora raro no âmbito do Poder Legislativo, merece aplausos da sociedade, pois visa preservar a autonomia e independência do Poder Legislativo.

Situação semelhante ocorre com a atuação do Poder Judiciário em relação as matérias não regulamentadas pelo Poder Legislativo.

Não obstante os fundamentos e argumentos dos críticos, não há nada de errado ou anormal na atuação do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal. Este, na verdade, vem sendo instado pela sociedade a suprir as

lacunas e omissões do Poder Legislativo, que vem se omitido em seu papel constitucional, sem qualquer motivo aparente.

A atual Constituição foi promulgada há mais de 20 anos e até hoje várias matérias importantes e relevantes para a sociedade brasileira não foram devidamente regulamentadas pelo Poder Legislativo. A título de exemplo, vale citar o direito de greve dos servidores públicos, o adicional para as atividades penosas, o nepotismo, a efetiva proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, a proporcionalidade do aviso prévio de acordo com o tempo de serviço, o conceito de atividade jurídica (art. 93, , da Constituição Federal), entre outras questões e matérias.

Isso caracteriza um verdadeiro vácuo legislativo, fruto da omissão do próprio Parlamento. Mas a situação que parece ser drástica, não é, pois a Constituição vigente justifica e autoriza a atuação do Poder Judiciário diante dessas situações excepcionais.

Isso decorre do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*).

A omissão do Poder Legislativo, em alguns casos, foge da razoabilidade e enseja a atuação enérgica do Poder Judiciário para que direitos constitucionais e fundamentais dos cidadãos sejam assegurados.

Nessas hipóteses, a atuação do Poder Judiciário se justifica para evitar ou amenizar os efeitos dos abusos praticados pelo Poder Legislativo, que não vem observando as normas Constitucionais nem cumprindo as atribuições conferidas pelo Poder Constituinte.

O caso é de abuso de poder por omissão. E a causa da chamada “*supremocracia*” e do “*ativismo normatizante*” do Supremo Tribunal Federal é a própria omissão do Poder Legislativo, que tem a atividade legislativa como função típica.

Por essa razão, o Poder Judiciário é considerado a última porta que o cidadão tem a bater para fazer valer os seus direitos e corrigir injustiças. E para cumprir essa missão constitucional, não pode se omitir nem sofrer censura ou interferências dos demais Poderes. Deve agir com independência e autonomia.

2. A independência e a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário:

Para exercer seu papel constitucional de forma satisfatória, o Poder Judiciário precisa ter um mínimo de estrutura material. Precisa também de Magistrados independentes, isentos, vitalícios, capacitados, eticamente comprometidos, bem remunerados e inamovíveis. Precisa, enfim, de autonomia e independência em todos os sentidos.

A independência precisa ser real e ampla, tanto no que diz respeito ao funcionamento dos órgãos e instituições, quanto na atuação dos Magistrados na atividade jurisdicional. Isso é assegurado pelos arts. 2º, 96 e 99 da Constituição Federal, que tratam da independência e autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Entretanto, o Poder Judiciário depende da colaboração e respaldo dos outros Poderes para atender suas necessidades básicas, já que estes comandam e controlam o ciclo financeiro, orçamentário, bem como a atividade legislativa.

Nesse contexto, a colaboração entre os Poderes constituídos não pode sucumbir frente a outros interesses ou questões alheias aos fins primeiros do Estado. Em primeiro plano deve estar sempre a Constituição Federal, que deve ser fielmente observada e cumprida por todos os Poderes, notadamente no que diz respeito à independência de cada um deles.

Eventual censura ou rejeição de pretensão do Poder Judiciário por parte do Poder Executivo ou Legislativo só pode ocorrer se o primeiro extrapolar os limites legais e constitucionais.

Isso significa que eventuais pedidos de créditos adicionais ou mesmo projetos de lei de iniciativa do Poder Judiciário não podem sofrer interferências (modificações, restrições, etc.) dos demais Poderes, já que isso interfere diretamente na própria independência daquele.

O mesmo pode ser dito em relação ao contingenciamento orçamentário imposto de forma unilateral pelo Poder Executivo, que compromete a execução

orçamentária dos Tribunais e, em última análise, a própria atividade fim do Poder Judiciário, que é a prestação jurisdicional.

Ao ditar as regras do contingenciamento, o Poder Executivo termina privando o Poder Judiciário dos recursos necessários para as despesas eleitas fundamentais e necessárias ao seu bom funcionamento, interferindo, de modo patente, na própria independência e na autonomia deste.

Vale ressaltar, no particular, que foi conferida autonomia ao Poder Judiciário para elaborar a sua proposta orçamentária, o que inclui, por razões óbvias, a autonomia para executá-la e implementá-la sem qualquer interferência externa, exceto no que diz respeito aos aspectos ligados à legalidade e constitucionalidade das previsões e despesas.

Ora, pelo sistema de freios e contrapesos um Poder só pode deter ou conter a atuação de outro se houver excesso ou abuso de poder, ou seja, se algum Poder extrapolar os limites traçados pela Constituição Federal.

Assim, ao deflagrar o processo legislativo em matéria de sua competência originária, o Poder Judiciário está, apenas, se autogovernando, o que lhe foi expressamente assegurado pela Constituição Federal (arts. 2º, 96 e 99), ao lhe conferir independência e autonomia administrativa e financeira. O mesmo acontece nos pedidos de créditos adicionais, úteis e necessários ao próprio funcionamento do Poder Judiciário.

E o motivo de ser assim é simples: é o próprio Poder Judiciário (independente e autônomo) que tem as melhores condições de avaliar as suas necessidades, seus problemas e, com base nisso, eleger e propor as medidas legais e administrativas pertinentes, sem qualquer interferência dos demais Poderes, tudo conforme o disposto no art. 96 da Constituição Federal, exceto no que concerne à legalidade e constitucionalidade destas.

Portanto, o Poder Executivo e o Poder Legislativo só podem interferir no Poder Judiciário quando a atuação deste afrontar a Constituição Federal e a legalidade.

É exatamente - e apenas - para possibilitar a constatação de eventual excesso ou abuso que algumas matérias de interesse exclusivo do próprio Poder

Judiciário são submetidas ao crivo dos outros Poderes. A análise e deliberação destes deve ser restrita à legalidade ou constitucionalidade, não podendo adentrar no exame da conveniência e oportunidade da medida.

Acontece, no entanto, que os Poderes Executivo e Legislativo vêm adentrando sistematicamente no mérito (conveniência e oportunidade) das proposições e pretensões do Poder Judiciário, chegando ao ponto de avaliar e deliberar inclusive sobre o seu próprio funcionamento (férias coletivas, recesso forense, índice de reajuste dos vencimentos e subsídio, etc.).

Isso, sem dúvida, compromete a independência e a autonomia do Poder Judiciário, já que normalmente não há qualquer alegação de excesso, abuso, ilegalidade ou inconstitucionalidade das suas pretensões ou projetos, mas mera interferência indevida de um poder no outro, mera deliberação sobre a conveniência e oportunidade com base em premissas ou valores alheios àquele Poder.

Desse modo, projetos de lei que versam sobre orçamento, alteração do número de membros dos Tribunais, criação e extinção de cargos e unidades, fixação de subsídio e vencimentos dos membros e servidores do Poder Judiciário, entre outros, não podem sofrer valoração sobre o próprio mérito (conveniência e oportunidade) por parte dos Parlamentares e Chefe do Poder Executivo.

Cabe, no particular, apenas a aprovação ou a rejeição. Nesse último caso, essa medida só é possível se restar cabalmente caracterizado o despotismo, o abuso do poder, o excesso ou a arbitrariedade, enfim, a ilegalidade ou inconstitucionalidade.

E deve ser assim pelo simples fato de a análise da conveniência e oportunidade ficar a cargo, exclusivo, dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Conselho da Justiça Federal, Pleno dos Tribunais e Órgãos Especiais, dentro das respectivas atribuições), fugindo das atribuições e competência do Poder Legislativo e Executivo.

Só assim o Poder Judiciário será efetivamente autônomo e independente.

Essa sistemática constitucional, no entanto, não é observada e, com frequência, pretensões e projetos de interesse do Poder Judiciário são modificados no âmbito do Congresso Nacional, com as mais diversas motivações, caracterizado indevida interferência na independência e autonomia do Poder Judiciário.

Ora, como exposto anteriormente, é o próprio Poder Judiciário que tem as melhores condições de avaliar as suas necessidades e problemas, elegendo e propondo, com base nisso, as medidas legais e administrativas pertinentes, sem qualquer interferência dos demais Poderes, salvo quando estas forem arbitrárias, ilegais ou inconstitucionais.

É possível, assim, afirmar que o mérito (conveniência e oportunidade) das propostas, projetos e pretensões do Poder Judiciário não pode ser objeto de deliberação por parte dos demais Poderes, sob pena de restar violada a tão almejada e defendida independência dos Poderes. A análise feita por esses, então, deve ser meramente formal, restrita à averiguação da legalidade e constitucionalidade, nunca de cunho meritório.

3. A efetiva e necessária independência do Juiz – aspectos polêmicos:

Não obstante a necessária independência e autonomia do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes constituídos, este também precisa de Magistrados independentes, isentos, vitalícios, capacitados, eticamente comprometidos, bem remunerados e inamovíveis, para que se afirme como Poder do Estado.

Acontece, no entanto, que com exceção da formação e do comprometimento ético e moral do Juiz, que decorrem da sua formação pessoal e humana, as demais características e requisitos da Magistratura podem sofrer interferências alheias, indevidas e indesejadas do meio e da atividade dos outros Poderes.

Para minimizar um pouco essas indesejadas interferências, a Constituição Federal assegura ao Juiz a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95 da Constituição Federal).

Isso decorre do dever de o Magistrado pautar-se, no desempenho de suas atividades, sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos (art. 5º do Código de Ética da Magistratura Nacional).

Recentemente o eminente Desembargador Mário Machado, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, publicou um artigo abordando a independência do Juiz no Jornal Correio Braziliense. O artigo - *“Que juiz você deseja?”* - iniciava com as seguintes reflexões:

Nas sociedades modernas, democráticas, a base do Estado de Direito repousa em uma Justiça independente. Para ser independente, resistir às pressões dos grupos, à sedução do poder econômico, à força das injunções políticas, à ingerência das altas autoridades do país, enfim, para livremente aplicar a lei e fazer justiça, o juiz, em todas as nações democráticas, é dotado das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Seria vulnerável o juiz que, livremente, pudesse ser destituído, removido e ter o salário reduzido. Ficaria nas mãos de quem pudesse fazê-lo.

O Juiz, assim, torna-se vitalício após dois anos de exercício no cargo. Com isso, não pode ser dele destituído aleatoriamente. Também não pode ser removido de determinada localidade contra sua vontade, salvo por motivo de interesse público. Isso assegura o princípio do Juiz natural e representa uma garantia para a sociedade.

Por outro lado, assegura-se à sociedade o direito de ver atuando em qualquer causa distribuída a determinado órgão apenas aquele Juiz previamente designado com base em critérios objetivos, abstratos e pré-determinados em lei. Evitam-se, com isso, remoções e transferências involuntárias, punitivas e mal intencionadas, próprias dos déspotas.

A Constituição Federal assegura, ainda, a irredutibilidade de subsídio e a revisão anual deste. Isso quer dizer, então, que a remuneração dos Magistrados

não pode ser reduzida e deve ser revisada anualmente para garantir e assegurar o poder aquisitivo e corrigir eventuais distorções ocasionadas pela inflação.

Com essas garantias, o Juiz pode exercer suas funções de forma plena, independente e imparcial.

Não obstante a expressa previsão constitucional, a terceira garantia (irredutibilidade de subsídio) vem sendo sistematicamente violada, o que pode comprometer a higidez, a harmonia e a independência dos Poderes.

E essa violação possui três vertentes. A primeira decorre da fixação do subsídio dos membros do Poder Judiciário por lei aprovada pelo Poder Legislativo. A segunda, da omissão deste em revisar anualmente a remuneração dos membros daquele. A terceira, da falta de estrutura e de condições de trabalho, bem como da falta de investimento em capacitação e qualificação.

Ora, a remuneração dos Parlamentares é definida pelo próprio Congresso Nacional, sem qualquer interferência ou análise por parte dos outros Poderes, tudo conforme os arts. 48, *caput*, e 49, VII, da Constituição Federal. Não há, então, qualquer razoabilidade na disposição constitucional que confere ao Poder Legislativo a competência para aprovar a lei que estabelece a remuneração dos Magistrados (art. 48, XV).

Urge, pois, a promulgação de uma Emenda Constitucional alterando esse sistema e conferindo tal competência ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, como uma das medidas necessárias à preservação da independência e autonomia desse.

Há, no particular, críticas infundadas de que a Suprema Corte ficaria em posição desconfortável, pois estaria deliberando soberanamente sobre os interesses de seus próprios Ministros.

Acontece, no entanto, que a deliberação não é tão soberana, pois o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) permite a censura dos abusos e eventuais excessos pelos outros Poderes.

De todo modo, outra opção válida e bem mais razoável seria o Conselho Nacional de Justiça, órgão plural e democrático, com alguns membros que não integram a Magistratura e representam a sociedade. Enquanto responsável pelo

controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, bem como pela autonomia deste, o Conselho Nacional de Justiça certamente prezaria pela efetiva independência da Magistratura, revisando anualmente o subsídio em busca da preservação do poder aquisitivo.

Enquanto essa alteração não ocorre, a forma de fixação do subsídio da Magistratura permanece literalmente “*nas mãos*” do Poder Legislativo. E no tocante à revisão anual, é fato público e notório que existem muitas restrições ao tema no âmbito do Parlamento, já que a medida não tem uma boa repercussão na mídia e na sociedade.

Há, aqui, uma indevida interferência na própria atuação do Juiz, que deve ter sua remuneração sempre proporcional e razoável ao múnus público, com a constante preservação do poder aquisitivo. Do contrário, haverá a corrosão e a defasagem da remuneração, que equivale à redução salarial, vedada pela Constituição Federal.

É lamentável que os membros de um Poder tão relevante e importante para a República sofram esse tipo de tratamento, ainda mais quando praticamente todas as demais categorias do funcionalismo público e da iniciativa privada têm suas remunerações corrigidas anualmente. Muitas dessas revisões implicam, inclusive, em ganho real (aumento) e não simples reposição da inflação.

Não é justo nem razoável que apenas algumas categorias tenham as respectivas remunerações revisadas, enquanto outras são imotivadamente discriminadas.

Qual será a razão para essa discriminação? Será que os Juízes não podem ter uma remuneração digna e devidamente atualizada?

Com a devida vênia, não só podem como devem ter uma remuneração digna e diferenciada face às peculiaridades do cargo. E a atualização monetária desta remuneração não pode ficar vulnerável ao contexto político partidário, que é instável e ditado por diversos interesses.

Ora, toda e qualquer controvérsia entre cidadãos ou entre um cidadão e o Poder Público pode ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, independentemente da sua expressão econômica.

Diariamente os Juízes apreciam muitas causas, das mais simples às mais complexas, das mais insignificantes sob aspecto financeiro às milionárias. Isso exige uma ação responsável, atenta, dedicada, serena, isenta e independente, justificando a necessidade uma remuneração digna para os Juízes.

No artigo citado, o Desembargador Mário Machado pondera também que “*o juiz, como todos, tem contas a pagar, mas, como poucos, não pode exercer outras atividades para completar sua renda, exceto um cargo de professor, normalmente mal remunerado, e se para isso tiver tempo*”.

Interessante, no particular, é a seguinte decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça:

Embora os magistrados modernos devam ser partícipes e integrados à sociedade, não se afastando do cotidiano, aprimorando suas orientações humanísticas, filosóficas e sociológicas, devem dedicação exclusiva à sua função, jamais podendo desviar o conjunto de suas forças intelectuais e físicas para outras atividades. Assim, pode – e deve – o magistrado participar da vida em sociedade, escolher seu time de futebol, seu clube, sua organização não governamental, suas atividades voluntárias mas, jamais poderá exercer, em quaisquer dessas entidades, cargos de direção porque estaria dividindo seu esforço, escapando à dedicação exclusiva, altamente salutar para o bom desempenho da judicatura. Somente é permitido ao magistrado, como exceção, o exercício de magistério, onde poderá aprimorar, com seus conhecimentos, a formação dos futuros profissionais do Direito, melhorando, por conseguinte, a prestação da Justiça para toda a população. Também se permite que o Juiz dirija órgãos de classe, como a Associação de 386 Magistrados, visando promover as melhorias necessárias à carreira da Magistratura, à formação e atuação dos Juízes, à criação de Escola de Magistratura etc. Convém destacar, por oportuno, que o Conselho foi criado, entre outras funções, para fiscalizar desvios de conduta de magistrados, então não se pode admitir que o Juiz, a pretexto de participar do mundo, nele desgaste sua energia em prejuízo da função jurisdicional, já tão sacrificada pela imensa quantidade de processos que abarrotam os fóruns de todo o País. (CNJ – PP 971 – Rel. Designado Cons. Marcus Faver – 29ª Sessão Ordinária – j. 14.11.2006 – DJU 06.12.2006).

Ao apreciar outro processo, o mesmo Conselho decidiu que:

Não pode o magistrado exercer comércio ou participar, como diretor ou ocupante de cargo de direção, de sociedade comercial de qualquer espécie/natureza ou de economia mista (art. 36, I da LOMAN). Também está impedido de exercer cargo de direção ou de técnico de pessoas jurídicas de direito privado (art. 44 do C.Civil, c.c. 36, II da LOMAN). Ressalva-se apenas a direção de associação de classe ou de escola de magistrados e o exercício de um cargo de magistério. Não pode, conseqüentemente, um juiz ser presidente ou diretor de Rotary, de Lions, de APAEs, de ONGs, de Sociedade Espírita, Rosa-Cruz, etc. Vedado também ser Grão Mestre de Maçonaria; síndico de edifício em condomínio; diretor de escola ou faculdade pública ou particular, entre

outras vedações. Consulta que se conhece respondendo-se afirmativamente no sentido dos impedimentos. (CNJ – PP 775 – Rel. Cons. Marcus Faver – 29ª Sessão – j. 14.11.2006 – DJU 06.12.2006).

Fica claro, nesse contexto, a Magistratura é uma atividade árdua que exige abnegação e renúncia do Magistrado em sua vida pessoal, tudo em prol da sociedade. A carreira da Magistratura exige dedicação exclusiva do Magistrado, que sequer pode ser síndico do prédio onde reside. Em outras palavras, é possível afirmar que o Juiz não pode sequer administrar sua própria residência.

Outro aspecto interessante e digno de nota é o dever de o magistrado *“comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cõnscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral”* (art. 16 do Código de Ética da Magistratura Nacional).

Além disso tudo, os Juízes devem atender aos advogados, despachar inúmeros processos no prazo de 48 horas, sentenciar em 10 dias, presidir audiências onde são colhidas as provas, administrar as respectivas unidades e atuar nos plantões, tudo sem prejuízo de outras obrigações e vedações legais.

Os Magistrados precisam estudar muito para galgar tão importante cargo e, uma vez empossados, devem permanecer em constante estado de atualização (estudos, pesquisas, etc.), sem falar no tempo gasto para o estudo e análise dos processos e redação das respectivas decisões.

O Juiz profícuo muitas vezes é privado do convívio familiar diante do dever de atuar e morar nas mais longínquas cidades, notadamente no início de carreira. Como muitas cidades interioranas carecem de um mínimo de infra-estrutura hospitalar e educacional, alguns Juízes optam por manter as famílias nos grandes centros e nas capitais, migrando solitariamente pelos rincões.

Tudo isso impõe uma remuneração digna e também diferenciada aos Magistrados, sob pena de haver um desinteresse por parte dos vocacionados e abnegados e um aviltamento dos experientes e dedicados à arte de julgar. Tudo isso sem falar no quadro de evasão que pouco a pouco vem se instalando.

E mais, diferentemente do que parte da população pensa e do que a imprensa divulga, os Juízes brasileiros trabalham muito, sem falar que exercem

cargos de alta responsabilidade, o que dificulta o próprio exercício do magistério (que também é uma atividade mal remunerada).

Recentemente a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB realizou uma pesquisa onde concluiu que:

o número de juízes no Brasil é insuficiente para a quantidade de processos: 85% das varas judiciais têm mais de mil processos em andamento. Portanto, em apenas 15% das unidades tramitam até mil processos - número considerado aceitável. Além do número insuficiente de magistrados, a pesquisa revela que a quantidade de pessoal técnico é praticamente a metade do que seria necessário para atender a demanda do judiciário – que hoje está na casa de 68 milhões de processos, de acordo com dados estimados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Isso mesmo: 85% das unidades estão sobrecarregadas e trabalham com mais de 1.000 processos por ano, número aceitável para a atividade anual de um Magistrado. O anuário “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça aponta no mesmo sentido, corroborando a assertiva de que os Juízes são submetidos a uma exaustiva carga de trabalho.

Diante desse quadro, podemos dizer que a “lenda popular” de que os Juízes trabalham pouco é, no mínimo, uma falácia. Os dados estatísticos oficiais comprovam exatamente o contrário: os Juízes trabalham muito.

Ainda no que diz respeito à remuneração, e para não sair da esfera do próprio Poder Judiciário, merece registro a remuneração dos próprios servidores deste, cujos vencimentos em alguns casos e situações superam o subsídio dos Magistrados. Antes esses casos esdrúxulos eram pontuais e isolados; atualmente essa situação está cada vez mais comum, já que os servidores têm seus vencimentos revisados com frequência, o que não ocorre com os Magistrados. Há, inclusive, muitos servidores cujos vencimentos superam até mesmo o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Essa situação não é nada razoável e inverte a lógica do sistema.

A lógica do sistema, ao que parece, é que os Juízes devem receber remuneração superior a dos servidores, que são seus subordinados, até pela diferença entre as respectivas funções, atribuições e responsabilidades.

E tanto é assim que o Conselho Nacional de Justiça fixou como teto máximo para a diária paga aos servidores o equivalente a 60% da diária paga aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 6º, § 1º, da Resolução que regulamenta as diárias no âmbito do Poder Judiciário).

Isso decorre, por óbvio, do grau de responsabilidade das atribuições conferidas a cada categoria. Certamente as atribuições e o grau de responsabilidade da Magistratura superam as dos servidores, o que justifica esse tratamento diferenciado.

Atento a essa realidade, o notável Ministro Marco Aurélio ponderou, nos debates da ADI-MC n.º 2.323-3/DF perante o Supremo Tribunal Federal, que:

Sabemos, por experiência própria, o que vem ocorrendo, em verdadeira confusão remuneratória, nos cartórios das varas, nos tribunais, nos tribunais superiores e, até mesmo, no Supremo Tribunal Federal. Há inúmeros servidores que percebem mais que os Ministros da Casa. Ouço de colegas da magistratura que são o quarto, o quinto vencimento no respectivo cartório. Será que a maioria que está se formando está disposta a aumentar essa diferença, a aprofundar essa inversão de valores?

Em outra ocasião, o eminente Ministro Cezar Peluso, enquanto Relator da ADI-MC n.º 3854 perante o Supremo Tribunal Federal, considerou extravagante a situação *“de servidores federais subalternos que podem perceber remuneração superior à de desembargadores dos tribunais de justiça, cujo presidente é, na ordem constitucional, substituto e sucessor eventual do governador do Estado!”*.

Parece, realmente, que algo está errado.

A situação é extravagante e representa uma profunda inversão de valores. Não há como admitir servidores federais percebendo remuneração igual ou superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, cujo Presidente é, na ordem constitucional, substituto e sucessor eventual do Presidente da República.

O problema, no entanto, não está na remuneração dos servidores - que está em patamares razoáveis -, mas na dos Magistrados, cujas atribuições e responsabilidades são infinitamente maiores do que as daqueles, mas a remuneração é, em linhas gerais, bem parecida.

Não há, nesse contexto, qualquer proporcionalidade entre as atribuições e responsabilidades dos Magistrados e o subsídio vigente, o que impõe a revisão deste.

Além disso, diversas categorias do serviço público federal possuem remuneração semelhante à da Magistratura, embora não sejam integradas por membros de Poder. Muitas delas possuem funções destituídas de qualquer poder decisório e não integram carreiras típicas de Estado, sem falar que nem de longe se comparam com a Magistratura no tocante às restrições, exigências, renúncias e responsabilidades.

Por outro lado, fazendo um paralelo com a iniciativa privada, a conclusão é que os altos empregados desta recebem remuneração muito superior a percebida atualmente pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a necessidade de reajuste imediato e de atualizações anuais para preservar o poder aquisitivo.

Os bons advogados, âncoras do telejornalismo, diretores de instituições financeiras, executivos de empresas de grande porte, entre outros, ganham bem mais do que os Chefes dos três Poderes da República. Isso é fato e pode ser facilmente constatado por qualquer cidadão, basta uma simples pesquisa na internet.

Não obstante essas distorções, o Poder Legislativo insiste em descumprir o que determina a Constituição Federal, se imiscuindo no mérito das propostas e projetos de lei encaminhados pelo Supremo Tribunal Federal. Isso quando não se abstém de analisá-los.

Essa prática é corrente quando o projeto de lei trata da remuneração da Magistratura. Nesse caso, o Poder Legislativo demora bastante a apreciar a matéria e, ao fazê-lo, adentra no próprio mérito, discutindo valores e índices sem qualquer parâmetro ou premissa razoável, o que fere a independência e a harmonia dos Poderes.

Analisando a dificuldade na aprovação de projetos de lei sobre o tema, o Desembargador Mário Machado pondera, no artigo já citado, que:

Por que a matéria não é votada? Ocorre que, nos bastidores das Casas das Leis, também se escondem interesses nada éticos. Muitos parlamentares querem atrelar o referido projeto a uma proposta de reajuste nos próprios vencimentos, como se fossem insuficientes todas as vantagens diretas e indiretas que já detém. Outros, claramente insatisfeitos com recentes decisões do Poder Judiciário, como nas questões do nepotismo, da fidelidade partidária, da cassação do mandato de influentes políticos, e desgostosos com a atuação da Associação dos Magistrados Brasileiros por eleições limpas, simplesmente retaliam e impedem o curso do projeto. O recado, silencioso, é claro: enquanto sucederem decisões e intervenções desfavoráveis, não haverá correção salarial. Outra é a explicação oficial, prestada pelo porta-voz do Congresso, líder do governo na Câmara, deputado Henrique Fontana (PT-RS): "Não acho que o momento seja adequado para aprovação dessa matéria". Incertezas na economia mundial? Necessidade de contenção dos gastos públicos?

Independente do motivo que impede ou retarda a votação do projeto de lei que revisa o subsídio da Magistratura, deve ser ressaltado que essa postura do Poder Legislativo implica em manifesta violação das disposições constitucionais, seja pela omissão (ausência de revisão em si), seja pelo tratamento discriminatório (revisão apenas de algumas categorias e com índices variados) ou, ainda, pela intromissão indevida em aspectos que dizem respeito à independência e autonomia do Poder Judiciário (mérito da proposta, com deliberação do Parlamento sobre índices e valores).

Como exposto anteriormente, não cabe qualquer deliberação sobre o mérito das propostas e projetos do Poder Judiciário. A deliberação parlamentar é restrita aos aspectos da legalidade e da constitucionalidade. A análise da conveniência e oportunidade é própria e exclusiva do Poder Judiciário, através dos seus órgãos de cúpula (art. 96 da Constituição Federal).

No particular, é válido reiterar que a remuneração dos Parlamentares é definida pelo próprio Congresso Nacional, sem qualquer interferência ou análise por parte dos outros Poderes, tudo conforme os arts. 48, *caput*, e 49, VII, da Constituição Federal.

Por todas essas razões, a população deve defender e lutar pela independência (institucional e funcional) ampla e real dos Juízes, que não podem nem devem participar nem se imiscuírem nas negociações inerentes a aprovação de projetos de lei.

Para que um Poder seja efetivamente independente, ele não pode ter sua atuação tolhida ou intimidada por investidas espúrias dos outros Poderes. Não pode haver qualquer tipo de contenção ou retaliação de um Poder contra a atuação constitucional e legítima de um outro.

O sistema de freios e contrapesos, como já ressaltado, só deve ser invocado e posto em prática diante de excessos e abusos, ou seja, quando as medidas e a atuação de um Poder for ilegal e inconstitucional.

Isso porque os Juízes precisam de segurança, independência e tranquilidade para a análise livre, justa e isenta dos casos que lhes são submetidos. Não podem ter medo ou qualquer receio de retaliação quando decidem. Não devem *“receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos”* (art. 5º do Código de Ética da Magistratura Nacional).

Por tudo isso é vedado ao magistrado participar de atividade político-partidária, não sendo admissível que a cada ano a Magistratura, por meio das associações (ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, AJUFE – Associação dos Juízes Federais e AMB – Associação dos Magistrados do Brasil), tenha que se mobilizar para pressionar o Poder Legislativo a cumprir o seu papel, que é legislar, e, por esse meio, revisar a remuneração do funcionalismo público, sempre na mesma data e sem distinção de índice.

Ora, o lobby não combina com os Membros de Poder; ao contrário, compromete a independência destes, o que é altamente prejudicial para a sociedade e para o Estado Democrático de Direito.

Cada Poder deve cumprir suas obrigações constitucionais e permitir a atuação e o funcionamento regular dos demais, sem o que não existirão Poderes independentes e harmônicos entre si.

Assim, cabe ao Poder Legislativo cumprir o que determina a Constituição Federal e revisar anualmente o subsídio da Magistratura, com o que manterá os Poderes independentes e harmônicos.

Embora seja um tema polêmico e controvertido diante da realidade sócio-econômica do país, a sociedade não pode se furtar ao debate. Embora nenhum

momento seja politicamente adequado para a discussão de matérias polêmicas, é fato que cabe ao Poder Legislativo discuti-las e enfrentá-las quando provocado, até porque esse papel lhe foi conferido pela nossa Carta Maior.

Nesse contexto, a omissão do Poder Legislativo em revisar anualmente a remuneração dos Membros do Poder Judiciário é inconstitucional e demasiadamente prejudicial à sociedade e ao próprio Estado Democrático de Direito. São igualmente inconstitucionais e prejudiciais as avaliações e deliberações sobre o mérito das propostas e projetos de lei de iniciativa do Poder Judiciário. Também são inconstitucionais e imorais os recados subliminares dados pela imprensa, no sentido de que decisões e intervenções desfavoráveis aos interesses dos Parlamentares impede ou dificulta a aprovação de projetos de interesse do Poder Judiciário.

Como se não bastassem todos os problemas, dilemas e impasses já relatados, a Magistratura brasileira enfrenta ainda outros obstáculos decorrentes da falta de estrutura e de condições de trabalho, bem como da falta de investimento em capacitação e qualificação por parte do poder público.

A qualificação e capacitação dos Magistrados é requisito de grande importância para o bom desempenho da atividade jurisdicional, tanto que o Conselho Nacional de Justiça reconheceu que *“a exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça”* (art. 29 do Código de Ética da Magistratura Nacional).

E mais, segundo o Conselho Nacional de Justiça, *“a obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais”* (art. 31 do Código de Ética da Magistratura Nacional).

Acontece, no entanto, que a capacitação e a qualificação permanente compromete o orçamento pessoal dos Juízes, tendo em vista a alegação de

contensão de despesas ou de carência de recursos financeiros por parte da administração dos Tribunais.

Nesse quadro, resta ao Magistrado, com seus poucos recursos, custear os cursos de pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado), os livros e a participação em eventos científicos.

O elevado número de novas leis e medidas provisórias impõe aos Magistrados o dever – dispendioso – de atualizar as respectivas bibliotecas com frequência, já que as unidades de trabalho quase sempre são destituídas de acervo bibliográfico.

De outra banda, devem arcar com a inscrição em eventos científicos e demais despesas com deslocamento, hospedagem, etc. A participação nesses eventos é de grande valia para a atividade jurisdicional, pois mantém o Magistrado atualizado com as teorias vanguardistas que pregam o amplo acesso a uma justiça célere, efetiva e eficaz.

Nesse quadro, não é justo que todas essas despesas, efetuadas em prol de uma boa e efetiva prestação jurisdicional, sejam suportadas pelos Magistrados. Tudo isso é dever do Estado, que deve remunerar dignamente seus agentes políticos e provê-los de meios necessários e adequados para o satisfatório desempenho de suas funções.

Outrossim, é inadmissível que determinados órgãos judiciais careçam de material de expediente, forçando o Juiz, comprometido com suas atribuições, a comprar com seus próprios recursos papel e outros materiais.

Indo além, deve ser destacado que muitas unidades contam com menos de um computador por magistrado/servidor e que algumas carecem de acesso a internet e não possuem biblioteca.

Outro aspecto digno de nota é a falta de estrutura física e de segurança das unidades. A pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB concluiu que faltam gabinetes e salas de audiência em 9% das unidades, que 14% das Varas não possuem Secretaria e 10% não possuem banheiros. Concluiu, ainda, que em 46% das varas não existe sequer policiamento. E o pior:

em mais de 80% não existem itens de segurança, como detectores de metais e câmeras de monitoramento.

Esse ambiente de trabalho não é digno nem merecido por qualquer trabalhador e é inadmissível em se tratando de um Membro de Poder.

Tratamento distinto e bem mais digno recebem os membros do Poder Legislativo, cujo local de trabalho é dotado de uma excelente estrutura física. Além disso, recebem subsídio mensal complementado por diversos benefícios, todos de natureza indenizatória (sem qualquer desconto a título de previdência ou Imposto de Renda).

A título de exemplo podemos listar os seguintes benefícios: residência funcional ou auxílio-moradia em pecúnia; carro oficial com motorista; verba indenizatória para custear as despesas com passagens aéreas, segurança, telefone, correios, combustível, aluguel de escritório, alimentação, consultorias, entre outras; 13º, 14º e 15º salário; e assistência médica excepcional, pelo sistema de reembolso integral e sem limite, mediante a apresentação dos respectivos recibos.

Como se não bastassem as vantagens enumeradas, a competência para fixar o subsídio dos Deputados Federais e Senadores é exclusiva do Congresso Nacional, na forma do art. 49, VII, da Constituição Federal. Ou seja, os Parlamentares fixam o próprio subsídio, sem qualquer interferência ou ingerência de outro Poder.

Quanto ao Presidente da República, este percebe subsídio mensal e ainda tem praticamente todas as suas despesas pessoais custeadas pela União, desde a moradia e alimentação até o transporte e segurança, sendo alguns benefícios extensíveis à família.

Enquanto isso, os Juízes percebem apenas o subsídio mensal sem nenhum outro benefício, vantagem, gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Sequer recebem a ajuda de custo para moradia nas localidades em que não há residência oficial à disposição do Magistrado, como prevê a LOMAN (art. 65, II).

De todo modo, as vantagens percebidas pelos Membros dos Poderes Legislativo e Executivo não devem ser criticadas nem censuradas, já que diversas verbas são efetivamente destinadas e essenciais ao custeio da própria atividade política. Isso, inclusive, é inerente e necessário para a atuação independente de todo Membro de Poder.

O que deve ser criticado, com veemência, é o tratamento conferido aos Membros do Poder Judiciário, que também são Agentes Políticos e Membros de Poder e, por isso, precisam de remuneração digna, atualizada e de todos meios necessários e adequados para o satisfatório desempenho de suas funções. Tudo isso depende, no entanto, da disponibilização de dotação orçamentária e liberação de recursos financeiros.

Nesse passo, além da intromissão indevida dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo no mérito (conveniência e oportunidade) das propostas e projetos do Poder Judiciário, podemos apontar como concausa dos problemas desse a falta de continuidade nas ações administrativas dos Tribunais.

E a falta de continuidade decorre da mudança nos cargos de direção dos Tribunais a cada dois anos, aliada à inexistência de um planejamento a longo prazo, problemas que não decorrem da atuação dos outros Poderes do Estado, mas da própria organização e atuação administrativa do Poder Judiciário.

Isso tudo traz sérios danos ao erário, além de comprometer a execução orçamentária e o atendimento das prioridades eleitas pelos Magistrados e servidores, já que há um verdadeiro derrame de recursos públicos a cada recomeço, seja em razão do abandono de um projeto não concluído, seja pelo insucesso de um outro plano.

4. O Planejamento e a Gestão Estratégica do Poder Judiciário:

Durante muitos anos a atuação do Juízes foi restrita à aplicação do direito positivo aos casos concretos que lhes eram submetidos. Suas atribuições estavam estritamente ligadas à atividade jurisdicional, ou seja, sempre vinculadas aos processos judiciais.

O bom Juiz, nessa concepção, era aquele que decidia de forma justa, célere, efetiva e de acordo com os princípios e o ordenamento jurídico vigente. Era aquele que concentrava em sua pessoa todas as atribuições relacionadas ao tramite processual, pois toda tramitação dependia de prévio despacho judicial.

Acontece que a sociedade evoluiu, e os valores sociais, políticos e econômicos então vigentes também evoluíram.

A concentração em centros urbanos, a progressiva industrialização, automação e expansão comercial, o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte, a adoção do modelo capitalista de produção, o crescente desemprego, a globalização, a internet, o rompimento de barreiras econômicas e a internacionalização dos mercados, entre outras questões, também exigiram a evolução dos órgãos e instituições, sempre em busca de soluções e respostas rápidas para os problemas.

E com o Poder Judiciário não foi, nem podia ser diferente. A sociedade passou a exigir mudanças, inclusive no que diz respeito a atuação dos Juízes, que foram incumbidos da árdua missão de pôr fim à nefasta morosidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto, é evidente que os predicados do bom Juiz também passaram por uma evolução, estando o conceito anteriormente exposto ultrapassado e em franco desuso.

O Juiz moderno, de acordo com os anseios e valores da sociedade atual, é aquele tem boa desenvoltura na atividade jurisdicional e, também, na administrativa. Deve, então, desempenhar com presteza e eficiência as funções de administrador, seja como Presidente de Tribunal, Vice-Presidente, Corregedor, Ouvidor, Diretor ou Coordenador de Escola Judicial, Diretor de Fórum ou mesmo como administrador e responsável pela sua Unidade (Vara).

Para ser um bom Juiz hoje não basta proferir decisões justas, tecnicamente corretas e no prazo legal. A sociedade exige mais. Exige que o Magistrado domine a arte da administração e da gestão de pessoas e rotinas (processos de trabalho), sempre em busca dos melhores resultados. Exige, ainda, responsabilidade social.

O Juiz, enquanto administrador, deve otimizar os esforços e os recursos disponíveis para preservar o erário, sempre atento à transparência administrativa. Deve racionalizar as despesas e prestigiar a integração, a interação e o intercâmbio entre os Poderes e os órgãos administrativos, já que experiências e projetos desenvolvidos por um determinado órgão, se exitosos, podem ajudar e aperfeiçoar a atuação de outro.

Pelo mesmo motivo, deve estar em constante diálogo com os seus pares e servidores, estimulando as boas práticas e iniciativas.

Situação parecida, mas em sentido inverso, foi verificada com os servidores e auxiliares do Poder Judiciário, que normalmente estavam vinculados à atividade administrativa e burocrática.

Em épocas passadas, os servidores burocratas tinham destaque nas respectivas equipes. Era considerado exemplar o servidor excessivamente apegado às formalidades arcaicas, ou seja, aquele que considerava o processo não como meio, mas como fim em si mesmo.

No sistema antigo, praticamente toda tramitação processual dependia de prévia determinação dos Juízes, da mais simples (despacho de mero expediente) à mais complexa (sentenças), o que ocasionou o acúmulo de serviço nos gabinetes desses e contribuiu para a demora na efetivação da prestação jurisdicional.

No entanto, muitos atos dispensavam essa prévia deliberação do Juiz, notadamente aqueles destinados ao mero impulso processual ou ao cumprimento de disposição procedimental prevista em lei, regimento interno ou provimentos dos Tribunais. Tais atos, por carecerem de conteúdo decisório, foram delegados aos servidores, na forma do art. 162, §4º, do Código de Processo Civil e do art. 93, XIV, da Constituição Federal.

A partilha de atribuições com os servidores, a desburocratização e a padronização de procedimentos são medidas de cunho administrativo que geraram excelentes resultados no âmbito do processo. Aliado a tudo isso, é possível citar a qualificação e capacitação dos servidores, que tem contribuído bastante para a melhoria dos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Em interessante estudo sobre o tema, José Wilson Ferreira Sobrinho apresenta as seguintes reflexões:

O trabalho desenvolvido em uma Vara Federal, como qualquer trabalho, necessita de certas premissas organizacionais como forma de racionalizá-lo. Já vai bem longe, felizmente, o tempo em que o juiz centralizava tudo. Hoje, com o volume avassalador de processos, um juiz não pode se dar ao luxo de fazer tudo. É preciso distribuir tarefas e fiscalizar seu cumprimento. A denominada distribuição de tarefas é, na verdade, a velha 'delegação', ou seja, o juiz delega para seus auxiliares certas atribuições que não têm conteúdo decisório. De fato, certos procedimentos encontráveis nas varas não necessitam de uma intervenção direta do juiz. Por exemplo: abertura de vista em caso de réplica ou contestação. Os servidores das varas poderão, com vantagem, praticar tais atos. Todavia, convém que se diga que a delegação aludida anteriormente não pode abarcar as denominadas 'decisões judiciais', isto é, os atos decisórios do juiz.

Assim, ao tempo em que promoveu uma desconcentração das atividades, a previsão dos chamados atos ordinatórios racionalizou a divisão de tarefas dentro dos órgãos do Poder Judiciário, proporcionando mais tempo para o Juiz deliberar sobre as questões relevantes e proferir as decisões e sentenças.

Essa foi uma simples, mas efetiva, medida de gestão de processos de trabalho que contribuiu sobremaneira para simplificar e racionalizar o funcionamento do Poder Judiciário, em busca da excelência na prestação jurisdicional.

Além dos atos ordinatórios, a administração judiciária tem proporcionado ao Poder Judiciário meios de superar os problemas, entraves e desafios, buscando, sempre, a eficiência, a eficácia e a razoável duração do processo.

Atento a essa realidade, o Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 103-B, §4º, da Constituição Federal), editou as Resoluções n.º 49 e 70, que dispõem sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito dos Tribunais.

O propósito maior é reconhecer os problemas, as fraquezas e as deficiências para, em seguida, racionalizar o uso dos recursos disponíveis em busca de soluções efetivas.

Movido pela necessidade de aperfeiçoar, racionalizar e modernizar os serviços judiciais, bem como de conferir maior continuidade administrativa aos tribunais, independentemente das alternâncias de seus gestores, o Conselho Nacional de Justiça traçou, de modo geral, os objetivos, as metas, as linhas de atuação e sugeriu algumas ações, cabendo a cada Tribunal a tarefa de adequar ou alinhar estas à sua realidade.

Valorizando as boas práticas, o Conselho catalogou aproximadamente mil projetos desenvolvidos com êxito pelos diversos Tribunais, o que facilita e estimula a integração, a interação e o intercâmbio entre os órgãos administrativos e reduz os gastos do Poder Judiciário.

Com essas medidas, o Conselho Nacional de Justiça busca as soluções para os principais problemas e dificuldades enfrentados pelo Poder Judiciário, para que este proporcione uma prestação jurisdicional de excelência e seja *“reconhecido pela Sociedade como instrumento efetivo de Justiça, Equidade e Paz Social”*.

Como exposto anteriormente, a falta de continuidade nas ações administrativas dos Tribunais e a inexistência de um planejamento ou plano de ações a longo prazo são algumas das causas de um dos maiores problemas enfrentados tanto pela Magistratura quanto pela própria sociedade, que é a morosidade do Poder Judiciário.

A prática atual não prima muito pela democracia, impessoalidade, pluralidade e transparência.

Em alguns Tribunais o princípio da impessoalidade é literalmente ignorado. A cada eleição e posse de novos gestores, surgem planos e metas diametralmente opostos aos que estão em execução, tudo com base em valores, convicções e experiências eminentemente pessoais. O propósito principal é deixar nomes nos anais, em placas comemorativas e em atos administrativos.

A democracia também é deixada de lado, já que decisões que repercutem no funcionamento de todo o Poder Judiciário são concentradas nas mãos de poucos. Há casos em que os administrados sequer têm o direito de voz e voto nas

deliberações, sendo literalmente privados dos debates sobre as estratégias e as medidas administrativas futuras.

Urge, pois, a mudança desse quadro. A descontinuidade nas ações administrativas dos Tribunais está com os dias contados. É inadmissível o abandono de um projeto em curso apenas em face de mudança na cúpula de um Tribunal.

Também não é aceitável ver os Tribunais executando os mais diversos projetos em busca de um fim ou de um resultado comum. As boas práticas e os bons projetos devem ser compartilhados. Se já há uma experiência exitosa em um dado Tribunal, ela deve ser assimilada pelos demais. Com a padronização dos procedimentos não há mais espaço para projetos exclusivos e personalizados para cada Tribunal, até porque essa prática – condenável – é bastante dispendiosa.

O Poder Judiciário não tem tempo a perder. Necessita, realmente, de um Planejamento e de uma Gestão Estratégica para buscar a eficiência e combater a morosidade.

O pontapé inicial já foi dado com a Resoluções n.º 49 e 70 do Conselho Nacional de Justiça. Agora, segundo os Juízes Antônio Umberto S. Júnior e Luciano Athayde Chaves *“os atores do Poder Judiciário têm a obrigação institucional e constitucional de promover a sua democratização e a sua abertura para a sociedade, posturas que, com certeza, contribuirão para a sua maior legitimação”*.

Importante medida levada a cabo pela Resolução n.º 70 diz respeito à efetiva participação dos Magistrados na comissão que acompanha toda a execução orçamentária e o planejamento estratégico. Não se trata de uma faculdade, mas, na verdade, de um direito, uma prerrogativa da Magistratura, que poderá acompanhar todo o ciclo orçamentário, participando das tomadas de decisões.

Ora, se o Poder Judiciário é que deve deliberar sobre sua própria política administrativa, mediante o autogoverno, é evidente que os Magistrados, enquanto membros deste Poder, têm não só o dever, mas a obrigação, de atuar

efetivamente tanto no planejamento quanto na própria execução orçamentária, tarefas que durante anos foram relegadas aos servidores.

Nessa quadra da história, essa medida será o marco de uma nova era do Poder Judiciário, mais democrático, transparente, participativo e plural.

Analisando esse contexto, os Juízes Antônio Umberto S. Júnior e Luciano Athayde Chaves ponderam com bastante propriedade o seguinte:

Fruto de opinião consensual retirada dos vários encontros regionais realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com os tribunais em 2008, a medida visa a maior democratização das decisões administrativas e financeiras através do engajamento dos magistrados e servidores na melhoria da qualidade de gerência e planejamento das cortes de Justiça brasileiras. Toda a programação quanto à execução dos orçamentos e dos planejamentos de médio e longo prazos dos tribunais passará pelos representantes dos magistrados e dos servidores e por eles será acompanhada. Integrados formalmente às instâncias deliberativas dos tribunais, as cúpulas terão que repartir com a comunidade administrada as decisões de onde e como devem ser gastos os recursos públicos. Destaque-se que os representantes da magistratura serão indicados pelas respectivas associações, legítimas interlocutoras dos juízes.

Resta, assim, devidamente instituído o orçamento participativo, que inclui necessariamente as etapas de planejamento, execução e gestão, sempre e obrigatoriamente com a efetiva colaboração de todos os segmentos da magistratura, medida salutar para a construção de um Poder Judiciário republicano e democrático.

E para que essa participação dos administrados seja efetiva, o próprio Conselho Nacional de Justiça cuidou de estabelecer, no Anexo I da Resolução n.º 70 (Tema: Gestão de Pessoas), as seguintes ações administrativas: *“Aperfeiçoar e capacitar continuamente magistrados e servidores em conhecimentos jurídicos e interdisciplinares”* e *“Capacitar magistrados e servidores em gestão e execução da estratégia, gestão administrativa, de pessoas, de projetos”*.

No Anexo I da citada Resolução, o Conselho Nacional de Justiça listou também outros os objetivos, metas, linhas de atuação e algumas ações sugeridas, cabendo a cada Tribunal fazer a devida adequação à sua realidade.

No âmbito interno dos Tribunais, o Planejamento Estratégico deverá respeitar as particularidades locais e estabelecer metas e resultados de curto,

médio e longo prazo (continuidade), sempre buscando a *“economicidade dos recursos por meio da racionalização na aquisição e utilização de todos os materiais, bens e serviços (responsabilidade ambiental), e da melhor alocação dos recursos humanos necessários à prestação jurisdicional”*.

Há, também, expressa previsão dos seguintes objetivos:

a) *“Prover os recursos materiais e tecnológicos (instalações, mobiliários, equipamentos de informática) que permitam o bom desempenho das unidades do Judiciário, garantindo aos magistrados e servidores condições de trabalho com saúde e segurança, além da proteção e manutenção dos bens materiais e dos sistemas”*;

b) *buscar a unicidade e a integração dos órgãos do Poder Judiciário “por meio da troca de experiências entre Tribunais, compartilhando conhecimento, práticas, unidades, estruturas e soluções jurídicas e administrativas”*.

Como exposto anteriormente, isso possibilitará uma grande economia para os cofres públicos, pois representará uma significativa redução das despesas ordinárias, permitindo a melhoria das condições de trabalho e o acolhimento de várias pretensões da Magistratura, como o custeio de cursos de pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado), a aquisição de material bibliográfico, a revisão anual do subsídio, o pagamento dos passivos, a construção de Fóruns modernos, funcionais, bem equipados e seguros, entre outras.

Essa economia permitirá, ainda, a criação de novos cargos de Juiz e mais Varas, facilitando o acesso à Justiça, na medida em que é ampliada a sua capilaridade e reduzidas as distâncias entre os órgãos jurisdicionais.

De outra banda, o compartilhamento das boas práticas e dos bons projetos entre os Tribunais também é medida que atende ao primado da economicidade. Se já há uma experiência exitosa em um dado Tribunal, não há razão para o início e a execução de um outro projeto com o mesmo fim por outro. Basta o simples intercâmbio de experiências.

No tocante às relações entre os Poderes, há a previsão para o fortalecimento e a harmonização destas, promovendo a integração do Judiciário com os Poderes Executivo e Legislativo.

Esse objetivo está relacionado com a atuação institucional e, se bem trabalhado, poderá representar ou amenizar as interferências indevidas dos outros Poderes (Executivo e Legislativo) no próprio funcionamento do Poder Judiciário.

Nesse particular merece destaque a proposta de “*assegurar recursos orçamentários necessários para a execução dos objetivos da estratégia*”, mediante as seguintes ações: a) viabilizar a regulamentação legal nos Estados do repasse do duodécimo em percentual da receita corrente líquida; b) incrementar as fontes de receita (depósitos judiciais, serventias extrajudiciais, custas judiciais etc.); c) viabilizar a criação de fundo de reaparelhamento e modernização do Poder Judiciário; d) otimizar a execução orçamentária.

Ora, os recursos orçamentários são controlados pelos Poderes Legislativo e Executivo. O primeiro aprovando as leis relativas ao orçamento; o segundo, realizando a arrecadação e as liberações em prol dos outros, sem falar no contingenciamento.

No sistema atual, o Poder Judiciário tem pouca ou quase nenhuma independência ou autonomia. Fica a mercê dos outros Poderes, pelo que a busca da “*disponibilização dos recursos orçamentários necessários para a execução dos projetos estratégicos, de acordo com os cronogramas estabelecidos para cada iniciativa*” contribuirá bastante para amenizar os efeitos dessa nefasta dependência.

De outra banda, a implantação do Planejamento Estratégico no âmbito do Poder Judiciário contribuirá decisivamente para a superação das suas dificuldades, problemas e entraves, o que terá reflexos positivos na atividade fim (prestação jurisdicional). Isso implicará em uma maior efetividade dos provimentos jurisdicionais, que corresponde a uma tutela justa, tempestiva e adequada.

Assim, se tudo acontecer da forma idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça, certamente o Poder Judiciário em breve não será mais taxado de moroso nem de inefetivo. Não sofrerá censura ou interferências indevidas dos demais Poderes. Toda a sua atuação será fruto de uma real e concreta independência e autonomia. Será, certamente, motivo de orgulho para os cidadãos brasileiros.

A institucionalização do Planejamento e da Gestão Estratégica e o estabelecimento de metas e resultados de curto, médio e longo prazo ajudará o Poder Judiciário a superar a atual crise (morosidade e ineficiência), o que implicará na sua valorização e respeito e facilitará a sua afirmação como típico Poder do Estado nas relações com os outros Poderes.

Nessas circunstâncias, não haverá espaço para críticas veladas ou inconsistentes aos projetos e pleitos do Poder Judiciário e da Magistratura. Ao contrário, cumprindo de forma sistemática e efetiva o seu papel constitucional em razão das metas e estratégias de curto, médio e longo prazo, o Poder Judiciário contará com o apoio incondicional dos demais Poderes.

Isso porque não haverá espaço para críticas, censuras, omissões nas deliberações ou mesmo intromissões indevidas no mérito das propostas e projetos de lei de iniciativa do Poder Judiciário, já que ao Poder responsável será imputada a responsabilidade ou culpa pelo insucesso e eventual retrocesso do Poder Judiciário.

Nesse particular, o que toda a população brasileira deseja é a superação definitiva do presente quadro de morosidade e ineficiência do Poder Judiciário. E uma vez conquistada a excelência (celeridade e eficiência), dificilmente algum Poder atuará deliberadamente contra .

Essa ilação, embora precipitada e empolgada, decorre da premissa de que criticar o errado é fácil, difícil é criticar o correto, o exemplar. Criticar simplesmente por criticar é fácil, difícil é fazer uma crítica construtiva a algo exitoso. Recorrendo a um ditado popular, é possível afirmar que “*chutar cachorro morto é fácil*”, difícil será criticar e censurar o “novo” Poder Judiciário.

Certamente todas essas medidas contribuirão bastante para o fortalecimento do Poder Judiciário e, em consequência, da Magistratura. Contribuirão, ao final, com a efetiva independência do Poder Judiciário.

5. Considerações finais:

As palavras dos Juízes Antônio Umberto S. Júnior e Luciano Athayde Chaves sintetizam com bastante propriedade momento político vivido, “*in verbis*”:

O Brasil vive momentos de construção de uma democracia de alta intensidade, superando processos históricos de rupturas institucionais e constitucionais. A participação da sociedade nas decisões políticas e a ocupação dos espaços públicos rumam, ainda que com alguns percalços, para um sistema político forte e representativo.

Nesse contexto, é possível afirmar que o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário proporcionará uma maior independência e autonomia, amenizando principalmente a dependência e às interferências indevidas dos outros Poderes.

O Planejamento Estratégico será o marco de uma nova era do Poder Judiciário, mais democrático, transparente, participativo, plural, célere e efetivo.

Por tudo isso, já é possível vislumbrar e sonhar com o “novo” Poder Judiciário, “*instrumento efetivo de Justiça, Equidade e Paz Social*”.

6. Referências:

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *A Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 20.08.2009.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Concretude processual. O dia-a-dia do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto; CHAVES, Luciano Athayde. *Uma nova gestão para o Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.amatra13.org.br>>. Acesso em 20.08.2009.

LIMITES DOS PODERES DO EMPREGADOR:
Diretivo, Disciplinar, Fiscalizador e Regulamentar

Mônica de Lourdes Oliveira Queiroz*

Adriano Mesquita Dantas**

RESUMO

Este artigo tem como foco esclarecer os limites que devem ser impostos e observados pelo empregador nas relações de trabalho com seus empregados. Tem como objetivo principal conceituar, em linhas gerais, trabalho e relações laborais, para, posteriormente e de modo específico, dissertar sobre os limites diretivos, disciplinares, fiscalizadores e regulamentares que caracterizam a relação do empregador com o empregado. Do ponto de vista metodológico o artigo é classificado como uma pesquisa bibliográfica e descritiva, a partir do estudo de autores consagrados existentes em livros, artigos científicos, disponibilizados em bibliotecas, revistas e na rede mundial de computadores, caracterizados como fontes primárias e secundárias recomendadas pela moderna metodologia científica a qual também rege sua estrutura, apresentada sob a forma de introdução, desenvolvimento e conclusão. A conclusão que se chegou ao final do artigo é que as relações laborais, como todas as outras existentes entre os seres humanos, se constituem em vias de mão dupla, onde cada parte está imbuída de direitos e de deveres para com a outra.

Palavras-chave: Poderes do empregador, limites dos poderes, relações trabalhistas.

ABSTRACT

This article focuses on clarifying the limits that should be enforced and observed by the employer in labor relations with employees. Its main aim conceptualizes broadly, labor and industrial relations, to later and specifically, discourse on the limits directive, disciplinary, supervisory and regulatory features of the relationship of employer to employee. From the methodological point of view the article is classified as a bibliographical and descriptive study from renowned authors exist in books, scientific papers, available in libraries, magazines and on the worldwide computer network, characterized as primary and secondary sources recommended

by modern scientific methodology which also governs your structure, presented in the form of introduction, development and conclusion. The conclusion reached by the end of the article is that industrial relations, like all others that exist among human beings, constitute two-way process, where each piece is imbued with rights and duties to the other.

Keywords: Employer's powers, Powers' limit, Labor relations.

*Graduada em História pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPE; graduanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

** Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região/PB, Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito e Diretor de Prerrogativas e Assuntos Legislativos da Amatra13. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Pós-Graduado em Direito Processual Civil e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Potiguar (UnP).

INTRODUÇÃO

As relações trabalhistas, de um modo geral, sempre são geradoras de conflitos, os mais diversos, porque envolvem relações típicas da convivência social, não tão fáceis de serem observadas, principalmente em tempos de crises.

Embora as relações patrões *versus* empregados sejam amparadas em leis claras e objetivas, não há como esquecer que as mesmas devem se dar dentro dos mais nobres conceitos da ética e da moralidade, e, principalmente, que hajam limites a serem respeitados, especialmente no que diz aos limites a serem observados pelo empregador.

É exatamente para estes limites que devem ser impostos e observados pelo empregador que este trabalho acadêmico volta o seu foco, buscando conceituar, em linhas gerais, trabalho e relações laborais, para, posteriormente, dissertar sobre os limites diretivos, disciplinares, fiscalizadores e regulamentares que caracterizam a relação do empregador com o empregado.

É de se entender que o trabalho não pretende esgotar o tema, apenas ofertar uma contribuição para os acadêmicos que desejem se especializar no Direito do Trabalho, como forma de alicerçar o seu futuro profissional.

DO CONCEITO DE LIMITE

Das sete definições para o termo limite existentes no Dicionário Houaiss (2002), duas chama a atenção por se enquadrarem na temática em foco: “o que determina, marca os contornos de um domínio abstrato ou separa dois desses domínios” e “o que não pode ou não deve ser ultrapassado”.

Entende-se que há domínios naturais nas relações trabalhistas, o empregador é o comandante da relação, o que lhe é garantido porque a ele cabe a iniciativa de contratar e pagar salários ao empregado. Por outro lado, ao empregado cabe o domínio de suas ações, no exercício de suas funções. E tais domínios se tornam abstratos, subjetivos, intangíveis, porque a nenhum deles é permitida a transgressão, vez que não podem ser exercidos soberanamente e solitariamente por qualquer uma das partes, ou seja, há uma linha que embora tênue, que o divide.

E, naturalmente, não se podem ultrapassar tais limites, até mesmo porque a sabedoria popular tem afirmado que “o direito de um termina exatamente aonde começa o do outro”.

Nos itens seguintes, busca-se definir as relações do trabalho, dando ênfase aos limites dos poderes do empregador.

BREVES CONCEITOS DE TRABALHO, EMPREGADOR E EMPREGADO

Os conceitos de trabalho, empregador e empregado são definidos, de maneira absolutamente técnica pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

Em seu artigo 2º, a CLT assim define empregador:

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

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou

administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas (CLT, 1943).

Imediatamente, no artigo 3º da CLT, encontra-se a definição de empregado:

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

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Importante observar nos parágrafo primeiro e segundo do art. 2º acima descrito que outras pessoas ou empresas podem ser consideradas como empregadores.

Existem características básicas que fortalecem tanto a condição de empregador como a de empregado.

Em resumo, o empregador deve assumir os riscos de sua atividade, não pode transferi-las para os empregados; o empregador é que contrata o empregado e detém poderes para dirigir suas atividades, inclusive podendo editar normas disciplinares, utilizar sua força de trabalho, respeitados os direitos do trabalhador. Para ser considerado como empregado, o cidadão deve ser obrigatoriamente pessoa física e o a prestação de serviços não pode ser eventual, isto é, há que se permanente (VALLIM, 2009).

A dependência do trabalhador em relação ao empregador se dá por subordinação, e a deste em relação ao empregado se dá por direção.

PODERES INERENTES AO EMPREGADOR

É fato concreto e indiscutível que o empregador ao assumir o risco de uma atividade econômica adquire os poderes de direcionar, fiscalizar, disciplinar e regulamentar tal atividade, porém isto deve se dar dentro de princípios éticos e morais.

Segundo Avalone Filho (2009, p. 2), a palavra "poder" “vem do latim *"potere"* (*"poti"*), que significa chefe de um grupo; traduz a idéia de posse, de obediência e de força, pressupondo a existência de vários graus entre pessoas unidas por um vínculo de autoridade”.

Há que se entender, entretanto, que os poderes do empregador, dentro dos princípios éticos e morais citados, que os poderes que são adquiridos de direito pelo empregador não poderão ser exercidos de forma abusiva, é preciso que sejam estabelecidos limites na sua execução.

Para Delgado (2006, p. 631, apud SANTOS, 2009, p. 3),

o poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.

Os itens seguintes tratam dos principais poderes do empregador, que afetam as relações de trabalho no dia-a-dia, buscando enfatizar os seus limites.

O Poder Diretivo

O momento atual porque passa o Direito, não é possível admitir a supremacia de um sujeito da relação jurídica sobre o outro, seja nas relações jurídicas ou de trabalho. Porém admite-se que a relação empregatícia “pressupõe o exercício de um poder diretivo do empregador sobre o empregado [...]”, sendo que nesta relação tal poder deve ser exercido como simples forma “organização do trabalho alheio” (AVALONE FILHO, 2009, p.2).

Portanto, não pode o poder diretivo ser exercido de forma abusiva, criando situações tais que agredam à dignidade humana. O empregado mantém com o empregador, por força de um contrato de trabalho, uma relação subordinada, em um regime de colaboração, o que não significa dizer que seja obrigado a sujeitar-se a toda e qualquer vontade do empregador, de forma ilimitada.

Há que ser lembrado que este poder tem amparo constitucional, respaldando-se no Direito à Propriedade e tem amparo da própria CLT, conforme se observa no seu art. 2º retro-citado.

A Constituição garante o direito de propriedade, desde que atenda à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). Estabelece que a função social da propriedade rural é cumprida quando observa as disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração favoreça o bem-estar dos trabalhadores. (art. 186, III e IV). Vinculada aos objetivos de justiça social e fundada na valorização do trabalho humano, prevê como princípios da ordem econômica, a propriedade privada e a função social da propriedade (SOUZA, 2009, p.8).

Garantidos assim os direitos diretivos ao proprietário e porque consequência ao empregador, estes, entretanto, não podem ser contrários à ética e a aos direitos e às garantias fundamentais do trabalhador.

A ética constitui-se no primeiro limite ao poder diretivo do empregador, e se reporta ao respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, o reconhecimento dos direitos do empregado enquanto Homem, porque este não é um objeto, uma máquina que vende sua força de trabalho, mas sim um indivíduo possuidor de criatividade, de vontade, sentimento, imaginação, preocupações, necessidades, objetivos, história e valores pessoais, ou seja, o principal elemento que ocasiona o bom desempenho da máquina empresarial, o indivíduo que contribui para a organização, de personalidade única, que agrega valor, originalidade e qualidade ao meio (AVALONE FILHO, 2009).

Deste modo, entende-se que os limites básicos e intransponíveis ao poder diretivo empresarial são os direitos fundamentais de qualquer ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à privacidade e à igualdade, conforme o autor, que ainda comenta:

Daí considerar-se que será sempre ilegal (e obviamente imoral): o trabalho escravo (por afronta ao princípio da liberdade); a contratação de trabalhadora para exercer a mesma função ocupada por empregado, mas ganhando salário menor (por violação ao princípio da igualdade ou isonomia); o trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem treinamento adequado e sem o fornecimento dos equipamentos de proteção individual (por ofensa ao direito à segurança e à saúde); submeter a empregada a revista íntima e vexatória, sob a suspeita de

prática de ato que atentaria contra o patrimônio da empresa (por agressão ao direito à intimidade), etc. Há outros princípios e garantias constitucionais assegurados a todas as pessoas, mas que também protegem aquelas que integram as relações individuais e coletivas de trabalho, dentre os quais convém ressaltar os seguintes : legalidade ("ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", princípio que se traduz, por exemplo, na ilicitude dos descontos salariais sem prévia estipulação legal, normativa ou contratual); liberdade de expressão, manifestação e comunicação, individual e coletiva; liberdade de reunião e de associação para fins lícitos; liberdade de consciência, convicção e crença religiosa, filosófica ou política; inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; inviolabilidade da correspondência pessoal; etc.(AVALONE FILHO, 2009, p. 2::3).

O que se observa é que ferir princípios fundamentais básicos significa ferir, no todo a dignidade humana e esta é amparada por todas os ordenamentos jurídicos no mundo inteiro e pelas convenções trabalhistas, e sempre defendidas por todas as organizações, nacionais ou internacionais do trabalho.

O Poder Disciplinador

Atrelado ao poder diretivo, o que é comum a todos os poderes do empregador, o poder disciplinar pode ser definido como o poder que cabe o empregador, de aplicações de sanções, “tendo em contrapartida a sujeição do sujeito passivo, o empregado, o que denota a expressão de sua subordinação jurídica, permitindo qualificá-lo como um poder sancionatório decorrente da relação de emprego” (SANTOS, 2009, p. 3).

Na prática jurídica existem diversas teorias sobre o poder disciplinar, cada uma defendendo suas particularidades, porém considera-se como mais importante a Teoria do Poder Disciplinar Convencional.

Esta teoria entende que o poder disciplinar mantém uma ligação direta com o contrato de trabalho, não pode existir sem sua presença e estaria condicionada sua aplicação à discussão em convenções coletivas de trabalho.

Segundo Santos (2009, p. 4):

[...] observa-se que, por meio dessa teoria, o Poder Disciplinar não pode ser unilateralmente exercido pelo empregador, já que estaria previsto expressamente na convenção coletiva de trabalho, e toda punição ou sanção disciplinar aplicada pelo empregador não circunscrita ao estabelecido em negociação coletiva seria nula, e destarte, estaria desprovida de qualquer efeito jurídico.

Na prática, agir unilateralmente, além de não ser ético, tem levado empregadores aos tribunais competentes, é comum aplicar ao empregado mais de uma sanção pelo mesmo delito, tais como suspender e posteriormente demitir o empregado.

Em relação ao poder disciplinar, pode-se ainda afirmar que,

[...] pelas lições dos institucionalistas, que o empregado se vincularia ao empregador numa verdadeira relação *estatutária*, daí porque ficaria sujeito ao poder disciplinar deste último. Instituição essa próxima das organizações de natureza militar, que se amparam nos princípios da hierarquia e da disciplina (MEIRELES, 2006, p.3).

Tal teoria é fruto das ideologias dominantes nas décadas de 30 e 40 do século passado, no florescer do nazismo, do fascismo e que tomou força na Espanha durante o período franquista, segundo o autor.

No Brasil as empresas, especialmente os bancos estatais, dividiam até o final da década de 80 do século XX em “bateria” (onde os clientes faziam suas retiradas e depósitos) e “retaguarda”, onde se efetuavam os serviços internos. Na bateria os operadores de caixas eram isolados em verdadeiras “guaritas”, semelhantes às utilizadas nas torres de observação dos quartéis e presídios na atualidade. Uma estrutura organizacional claramente militarizada.⁶

O Poder Fiscalizador

O poder fiscalizador está intimamente ligado ao diretivo o que se observa claramente quando Meireles (2006, p. 5) define este: “o poder diretivo em sentido restrito, como mencionado acima, é o direito do empregador ditar ordens e, obviamente, fiscalizar os serviços contratados”.

⁶ Informações colhidas informalmente junto a um bancário aposentado.

Afonso (2008, p. 13) afirma:

Sabemos que é um direito de o empregador fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados, enquanto estiverem à disposição daquele, mais acontece que certos limites devem ser impostos para que esse poder não venha interferir imprecisamente em todos os fatores de envolvimento acima relatados.

Porém este direito deve executado de forma organizada, visando a obtenção de resultados, mas nunca de forma pejorativa, vexatória, isto é, sempre respeitando a dignidade do trabalhador.

O autor cita, com base em outros estudiosos, alguns dos mais comuns tipos legais de fiscalização, a marcação do cartão de ponto, para fiscalizar o correto horário de trabalho, a qual deve ser medida preventiva e de valorização do trabalho. Monitorar a atividade do empregado no computador, inclusive no campo de e-mails, buscando identificar a produção e saída de dados, é outra medida fiscalizatória (AFONSO, 2008).

O que não pode é utilizar de uma prática que tem sido comum nas empresas, embora atualmente amplamente combatida, é utilizar de meios ilegais de fiscalização, como as que visam vistorias íntimas de empregados, homens ou mulheres.

Tal vistoria, ou revista, fere de pronto o art. 373-A, Inciso VI, (incluídos pela Lei nº. 9.799, de 26.5.1999), da própria CLT:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

[...]

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias (CLT, 1943).

Embora o Inciso VI não cite diretamente o empregado, a jurisprudência tem aceitado a tese também para o empregado do sexo masculino, por semelhança na prática do ato.

Para muitos condenáveis, que têm gerado indenizações por parte das empresas, a revista íntima e o próprio poder fiscalizador tem regras claras que defendem o empregador, do mesmo modo que as têm em defesa do empregado.

Inobstante inexistirem no ordenamento jurídico brasileiro regras claras que disciplinem a revista pessoal de empregados, há regras e princípios gerais capazes de orientar sua aplicação no caso de situações concretas. Se de um lado tem-se os princípios constitucionais que legitimam a revista do empregado, em razão da defesa do patrimônio do empregador, como o direito de propriedade (art. 5º, XXII da CF) e da livre iniciativa (art. 170 da CF), de outro tem-se a intimidade do empregado (art. 5º X da CF) bem como o princípio constitucional de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF) (FABRIN; SILVA, 2005, p. 1).

O que se observa é que, como em todas as relações humanas, nas relações laborais também são distribuídos direitos e deveres para ambos os lados nelas comprometidos, o que se deve observar são os limites de um e de outro lado.

As autoras citadas afirmam que o importante é busca conciliar o legítimo interesse do empregador em defesa do seu patrimônio, com o indispensável respeito à dignidade do trabalhador, sem ferir a dignidade da pessoa humana, isto é, a fiscalização deve ser aplicada sob métodos razoáveis, de forma a não submeter o empregado a situações vexatórias, humilhantes, que firam sua dignidade, enquanto pessoa humana (FABRIN; SILVA, 2005).

O Poder Regulamentador

O poder regulamentar assegura ao empregador ditar regras gerais no curso da relação de emprego, dentro de suas ações diretivas, as quais devem ser obedecidos pelos subordinados, respeitados os limites legais.

Regulamentar, para muitos autores, tem o mesmo sentido de controlar, isto é, ao empregador é dado o direito de regulamentar e controlar as atividades dos seus subordinados. Obviamente tal poder não pode ser exercido abusivamente, vez que aos empregados é dado o direito de recusar atividades e funções que não estejam previstas no seu contrato de trabalho, isto é, o empregado pode exercer o seu direito à resistência.

De acordo com Souza (2009, p. 4) empregador pode também exercer o poder de controle “sobre a prestação da atividade pelo obreiro, a fim de verificar o

atendimento de metas de produção. Esse poder, se utilizado de forma desvirtuada, pode promover graves afrontas aos direitos fundamentais dos trabalhadores”.

Quanto ao poder de resistência, é bem clara a posição jurídica sobre o fato:

Ressalte-se que o empregado pode, legitimamente, negar-se à obediência de ordens contrárias ao direito, alheias à prestação do serviço, oriundas de pessoas não legitimadas, bem como de exigências de condutas que afrontem os seus direitos de personalidade. Esses direitos são tutelados em todas as suas dimensões: integridade física (direito à vida, à higidez corpórea), moral (direito à intimidade, à imagem, à honra, à liberdade civil, política) e intelectual (direito de autoria, à liberdade de pensamento). Todos são oponíveis ao empregador. Não lhe é permitido atentar contra a dignidade do obreiro. Em todos esses casos, o empregado pode exercer o seu *jus resistentiae*. (SOUZA, 2009, p. 4)

Naturalmente o empregado não pode exercer tal direito de forma abusiva, há que está sempre baseado nos direitos que lhes são concedidos pela CLT e pela convenção de trabalho que, em cada profissão, descrevem direitos e deveres de patrões e de empregados. Na medida do possível, tais recusas ao exercício de determinadas funções ou ao exercício de atividade não prevista deverão ter sempre orientação jurídica, o que normalmente é oferecido pelo sindicato da categoria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho se obtém uma conclusão óbvia, conhecida por todos, que é a de que as relações laborais, como todas as outras existentes entres os seres humanos, se constituem em vias de mão dupla, onde cada parte está imbuída de direitos e de deveres para com a outra.

O poder empregatício, ou do empregador é garantido pela Constituição, que age em defesa da propriedade. Mas a Constituição também oferece garantias e direitos individuais, às pessoas, e, por conseguinte aos trabalhadores, os quais, também se protegem pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho.

Daí surgir à necessidade de que ambas as partes - trabalhadores e empregadores - sejam amparados por limites que são estabelecidos pela razão,

com base nos procedimentos éticos e morais que devem reger as relações humanas, porém amparados pela jurisprudência existente no ordenamento jurídico internacional e nacional.

Na prática, como nem sempre se recorre aos tribunais da espécie, o bom-senso deve prevalecer, e para isto basta se recorrer ao princípio da alteridade, que filosoficamente representa a faculdade de que cada indivíduo tem de colocar-se, ou apenas tentar fazê-lo, na posição exercida pelo outro.

O trabalho também evidenciou e descreveu em linhas gerais os poderes diretivos, que se complementam com os poderes disciplinares, fiscalizadores e regulamentadores, deixando bem claro, como já referido, que somente uma atitude ética, que deve permear ambas as partes permitirá que os limites sejam estabelecidos entre o que é ou não abusivo, por parte dos empregadores, e o que pode ou não ser um direito de resistência, por parte dos empregados.

REFERÊNCIAS

AFONSO, André Luís Rodrigues. *Limites constitucionais do poder diretivo na vida privada do empregado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 58, 31/10/2008 [Internet]. Versão PDF. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 16 out. 2009.

AVALONE FILHO, Jofir. *A ética, o direito e os poderes do empregador*. Artigo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>. Acesso em: 17 out. 2009.

CLT – CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. In: *Vade Mecum Saraiva*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2006. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinar compartilhado*. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2009.

FABRIN, Akira Valéska Fabrin; SILVA, Josiane Martinelli. *Poder de fiscalização do empregador: A revista de empregados e o monitoramento de e-mails*. Boletim

Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, n. 135 nov/2005. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em: 16 out. 2009

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. 5 ed. Versão 1.0. São Paulo: Objetiva, 2002.

MEIRELES, Edilton. *Poderes do empregador: crítica ao pensamento dominante*. Artigo de 2006. Disponível em: <www.facs.br/revistajuridica>. Acesso em: 14 out. 2009.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinar compartilhado*. Disponível em: <http://www.jusvox.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2009.

SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. *Limites aos poderes do empregador. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2230, 9 ago. 2009*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 18 out. 2009.

VALLIM, Cláudio Roberto. *Questões trabalhistas: conceito de empregador e empregado*. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br>>. Acesso em: 17 abr. 2009.

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 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo 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